

El derecho de reunificación familiar del extranjero en España (desde la perspectiva de un internacionalista)

*CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA**
Universidad de Murcia*

Resumen

Aunque el Derecho Internacional General no obliga a los Estados a reconocer el derecho de reagrupación familiar de los extranjeros residentes, algún tratado internacional sí lo hace. Nuestro país es parte en uno de esos tratados, de ámbito regional, como la Carta Social Europea (1961) auspiciada por el Consejo de Europa. En aplicación del mismo, el Derecho español ha reconocido ese derecho y ha regulado su ejercicio en la llamada Ley de Extranjería vigente (2000) y en su Reglamento de ejecución (2001). Esta legislación tendrá en su caso que sufrir algún ajuste de conformidad con las normas que respecto de este derecho adopte en su caso la Unión Europea.

Abstract

Le Droit international général n'oblige pas les Etats à reconnaître le droit de réunification familiale des étrangers résidents, mais quelques traités internationaux, par contre, oui. L'Espagne est partie à la Charte Sociale Européenne (1961) du Conseil de l'Europe, traité qui établit le droit cité. En conséquence, le Droit

* Fecha de recepción: 7 abril 2003.

** Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Facultad de Derecho. Universidad de Murcia. C/. Sto. Cristo, 1. 30001 - Murcia. Telf. 968 36 30 57.

espagnol a reconnu et reglementé ce droit dans la loi disant Loi des Étrangers du 2000 et leur Règlement d'application du 2001. Ce Droit interne souffrira certaines modifications si, finalement, les normes pertinentes de l'Union Européenne sont adoptées.

1. Justificación

Dado que el lema de las presentes Jornadas es el de «Infancia, menores y migraciones contemporáneas...», creo que los de *migración* y *menores* son los dos conceptos clave o ideas-fuerza de aquéllas.

Habiéndome invitado a participar en las mismas y creer que debía hacerlo desde o con una colaboración concreta y lo más actual posible, viviendo como lo hacemos un tiempo en el que el péndulo de la historia nos ha transformado del Estado centrífugo que fuimos (desde el que se partía...) en cuanto a flujos migratorios se refiere a un país centrípeto (hacia el que se viene...), me ha parecido que reflexionar brevemente sobre el pretendido derecho de reunificación familiar de los extranjeros en España implicaba tratar de esas dos ideas a las que me refería anteriormente: Las migraciones y la infancia.

Y es que, si bien se mira, abordar hoy ese derecho del extranjero en nuestro país¹, es referirse forzosamente *al que emigró* de su hogar para arribar al nuestro y a su familia, a su mujer y a sus hijos, en suma, a la figura del *menor*.

2. ¿Reconoce el derecho internacional el derecho de reunificación familiar de los extranjeros?

2.1. No con carácter general

No parece posible afirmar, desde luego, la existencia de una norma de Derecho internacional general que obligue a los Estados a reconocer y regular en sus respectivos

1 **Ad ex.** ARAGÓN BOMBIN, R. (editor): *Regularización de trabajadores y reagrupación familiar de inmigrantes extranjeros en España*, Barcelona: Fundación P. Torres Doménech. 1994; SANTOS ARNAU, L.: «Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad: Especial referencia al visado para la reagrupación familiar», *Extranjeros*, Madrid: CGPJ (Cuadernos de Derecho Judicial). 1994, pp. 439-462; ESTEVE GONZÁLEZ, L.: «Reagrupación familiar», en Asensi Sabater, J. (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Zaragoza: Editorial Edijus. 2000, pp. 111 ss.; MOYA ESCUDERO, M.: «El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de Extranjería», *La Ley*, 1 de febrero de 2000, pp. 1-8; AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M. y GRIEGER MACHADO, H.: «La reagrupación familiar de los extranjeros en España», en Rodríguez Benot, A. Y Hornero Méndez, C. (coord.), *El nuevo Derecho de extranjería*, Granada: Comares.2000, pp. 97-143; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: «El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros», *Derecho y conocimiento*, Universidad de Huelva, 1 (2001), pp. 375-397; SALADO OSUNA, A.: «La protección de los niños refugiados», en Fernández Sánchez, P.A. (editor), *La revitalización de la protección de los refugiados*, Huelva: Publicaciones de la Universidad.2002, pp. 201-230; MARÍN LÓPEZ, A.: «Los extranjeros favorecidos en su entrada en España», en Mariño Menéndez, F.M. (editor): *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid: Trotta.2002, pp. 433-462 (XII: «La reagrupación familiar», pp. 458-461).

ordenamientos jurídicos el derecho de reunificación familiar de los extranjeros que residen en su territorio.

Por el contrario, el Derecho internacional general permite que sea cada Estado el que regule la admisión, estancia y expulsión de los extranjeros, sin más límite que el respeto por su parte de los derechos y libertades fundamentales del ser humano².

De acuerdo con ello, sólo si se considerara que el derecho de los extranjeros a la reunificación familiar es uno de los derechos humanos fundamentales cabría argüir que todo Estado tiene la obligación de respetarlo en su ordenamiento jurídico.

Pero no creo que este derecho pueda calificarse de básico o fundamental, entendiendo por tal, como es costumbre, un derecho del ser humano inderogable, es decir, susceptible de ser exigido por la persona en toda circunstancia (de paz o de guerra, sea nacional o extranjero en un Estado, resida en él legal o ilegalmente...).

Y que ello es así, puede deducirse con relativa facilidad del examen que se hace de tales derechos absolutos o inderogables en los tratados internacionales de derechos humanos más relevantes, tanto de alcance universal como regional; en ninguno de ellos aparece el de reagrupación familiar de los extranjeros (...):

- Así ocurre, en primer lugar, con *el Pacto sobre los derechos civiles y políticos de Naciones Unidas* (1966), en cuyo artículo 4.2 no cabe encontrar, entre los que según el mismo no pueden suspenderse en ningún caso por los Estados partes, el derecho que nos ocupa³.
- Lo mismo puede decirse del *Convenio de Roma (1950) sobre derechos humanos y libertades fundamentales* del Consejo de Europa⁴.
- Y, en fin, aunque es verdad que en la *Convención Americana de derechos humanos* (1978) sí se considera, entre los inderogables, su artículo 17 (*protección de la familia*)⁵, éste aparece tan genéricamente redactado en relación con el tema objeto

2 En este mismo sentido, por ejemplo, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: «El derecho de reagrupación...» cit. (nota 1), p. 395.

3 Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 16 diciembre 1966 (*BOE* 30 abril 1977).

Los derechos que no son susceptibles de suspensión son los siguientes: Derecho a la vida (art. 6), prohibición de la tortura (art. 7), prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 8), derecho a no ser encarcelado por el incumplimiento de obligaciones meramente contractuales (art. 11), principio de **nullum crimen sine previa lege** (art. 15), derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 16), derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18).

4 Art. 15.2, Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, Roma, 4 noviembre 1950, enmendado por el Protocolo nº 11, Estrasburgo, 11 mayo 1994 (*BOE* 26 junio 1998 y [corrección de errores] 17 septiembre 1998).

Los derechos inderogables son: El derecho a la vida (art. 2), la prohibición de la tortura (art. 3), prohibición de la esclavitud o la servidumbre (art. 4.1), principio del **nullum crimen sine previa lege** (art. 7).

5 Art. 27.2 de la Convención Americana sobre derechos humanos, adoptada en la Conferencia Especializada Inter-americana sobre Derechos Humanos de 18 de julio de 1978 (su texto, que no es fácil de encontrar en las recopilaciones habituales, puede consultarse en PECES-BARBA, G.; LLAMAS CASCÓN, A. y FERNÁNDEZ-LIESA, C.: *Textos básicos de derechos humanos. Con estudios generales y específicos y comentarios a cada texto nacional e internacional*, obra coordinada por Barranco Avilés, C., Domínguez Redondo, E., Escudero Alday, R., Pavón Pérez, J.A., Rodríguez Uribe, J.M., Editorial Aranzadi, 2001, pp. 602-621).

del presente artículo que no resulta de utilidad para nuestro problema, de una parte⁶; y, de otra, en él se regulan cuestiones que ya no se refieren en rigor al mismo (art. 17.3 a 17.5, como el derecho al matrimonio o a la igualdad entre cónyuges)⁷.

Es cierto, que la reagrupación familiar del emigrante constituye, en la actualidad, una cuestión de enorme interés y que Organizaciones internacionales y Conferencias de la máxima importancia vienen «incitando» en general a los Estados a reconocer ese derecho.

Me refiero, por ejemplo, a la resolución que la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó en el 2001 *sobre el respeto del derecho a la libertad mundial de viajar e importancia vital de la reunificación familiar*⁸, en la que se reafirma el deber de todo Gobierno, y en particular el de los Estados de acogida, de reconocer la importancia vital de la reunificación familiar y de promover su incorporación a la legislación nacional. Pero las resoluciones de la Asamblea General no generan **per se** normas jurídicamente vinculantes, por lo que estas disposiciones solo se entenderían obligatorias de constituir la declaración de normas consuetudinarias pre-existentes, su cristalización o de demostrarse que han generado una práctica general realizada, además, con el convencimiento de su obligatoriedad jurídica por los Estados que forman la sociedad internacional. No existe, empero, dato alguno que asegure que esto puede ser predicado de la susodicha resolución.

También podría referirme al *Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Refugiados de 1951*. En dicha Conferencia, como es sabido, se adoptó la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto del Refugiado (1951), pero en el texto de este tratado no se incluyó el derecho a la reunificación familiar de los extranjeros refugiados⁹. El Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y la Apatridia de 28 de julio de 1951 sí adoptó, por el contrario, una recomendación en este sentido, en la que pide a los Gobiernos que, en particular, tomen las medidas necesarias para «1. Asegurar que se mantenga la unidad

6 Art. 17.1: «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegido por la sociedad y el Estado».

Para una disposición análoga, más detallada incluso, el artículo 18 de la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, adoptada por la 18ª sesión de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, el 27 de julio de 1981 (texto en PECES-BARBA, LLAMAS CASCÓN y FERNÁNDEZ-LIESA: *Textos básicos...* cit., pp. 635-646). La Carta no contiene disposición alguna sobre derechos humanos inderogables.

7 Además del art. 17 (protección a la familia), el art. 27.2 de la Convención considera como inderogables: El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3), derecho a la vida (art. 4), a la integridad personal (art. 5), prohibición de la esclavitud y la servidumbre (art. 6), los principios de legalidad y retroactividad (art. 9), libertad de conciencia y religión (art. 12), derecho al nombre (art. 18), derechos del niño (art. 19), derecho a la nacionalidad (art. 20), y derechos políticos (art. 23), así como «las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos».

8 Resolución 55/100, 1 marzo 2001.

9 Convención sobre el estatuto de los refugiados de 28 de julio de 1951 y Protocolo de 1967 (BOE de 14 agosto 1977 y 21 octubre 1978). Véanse los arts. 2-5 y 12-34 de la Convención.

familiar del refugiado, sobre todo en aquellos casos en que el jefe de familia reúna las condiciones necesarias para ser admitido en un país (...)»¹⁰.

Pero las recomendaciones de una Conferencia internacional no son fuente de normas jurídicas obligatorias, como es sabido; con todo, algunos Estados han ido dando cumplimiento a la misma, como España, por ejemplo, que en su ley de 23 de marzo de 1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado establece la concesión del asilo «por extensión, a los ascendentes y descendientes en primer grado y al cónyuge del refugiado (...)»¹¹.

2.2. *Algún tratado internacional, de vocación universal, sí obligará a los Estados partes a regular el derecho del extranjero trabajador a la reagrupación familiar. Pero será de poca utilidad (...)*

Existen, ciertamente, tratados internacionales importantes, tanto de alcance universal como regional, que reconocen, como uno de los derechos humanos, el de la protección de la familia. Tal es el caso del *Pacto sobre derechos civiles y políticos de Naciones Unidas* (1966)¹², así como del relativo a los *derechos sociales, económicos y culturales*¹³; también el de la *Convención Americana de derechos humanos* (1978) y su *Protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales* (1988)¹⁴; asimismo, el de la *Carta*

10 El texto de la recomendación es el siguiente:

«Considerando que la unidad de la familia, elemento natural y fundamento de la sociedad, es un derecho fundamental del refugiado; y que dicha unidad se halla constantemente amenazada, y

Tomando nota con satisfacción de que según el Comentario Oficial del Comité Especial sobre la Apatridia y Problemas Conexos (E/1618, p. 40 del texto inglés), los derechos del refugiado se extienden a los miembros de su familia,

Recomienda a los Gobiernos que adopten las medidas necesarias para la protección de la familia del refugiado y especialmente para: 1. (...) - 2. Asegurar la protección de los refugiados menores de edad y sobre todo a los niños aislados y a los jóvenes, especialmente en cuanto a la tutela y la adopción» (ALTO COMISARIADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS: *Manual de procedimiento y criterios para determinar la condición de refugiado* (doc. HCR/IP/4/Spa/Rev.1), Ginebra, 1992, p. 26).

Sobre esta cuestión, GALINSOGA JORDÁ, A.: «El estatuto de los refugiados en el Derecho internacional contemporáneo», en Fernández Sánchez, P.A. (coord.), *Refugiados: Derecho y solidaridad*, Sevilla: Ediciones de la Universidad, 1994, pp. 35-79 (p. 61); FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: «El derecho de reagrupación...» cit. (nota 1), pp. 377-378; SALADO OSUNA, A.: «La protección de los niños...» cit. (nota 1), pp. 213-214.

11 Art. 10.1 (BOE 27 marzo 1984), que ha sido parcialmente modificado por ley 9/1994, de 9 de mayo. Según SALADO OSUNA (cit. en nota 1, p. 213), «los Estados suelen observar la citada Recomendación».

12 Texto... cit. (nota 3), art. 23.1: «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado». El resto del artículo no atañe expresamente a la unidad familiar como tal, sino al derecho de contraer matrimonio, la libertad de consentimiento para éste y la igualdad entre ambos cónyuges (art. 23.2 a 4).

13 Su artículo 10 se refiere a la familia en general, no al tema de los extranjeros emigrantes en particular. Para el texto de este Pacto, también de 16 de diciembre de 1966, BOE de 30 abril 1977.

14 Art. 17 de la Convención cit. (nota 5); y art. 15 del Protocolo de San Salvador, adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en su 18º período de sesiones de 17 de noviembre de 1988 (texto en PECES-BARBA, LLAMAS CASCÓN, FERNÁNDEZ-LIESA: *Textos Básicos...* cit. [nota 5], pp. 623-631).

Africana de los derechos del hombre y de los pueblos (1981)¹⁵; y, en fin, del *Convenio de Roma (1950) sobre los derechos humanos y libertades fundamentales*¹⁶.

Todos ellos, sin embargo, son demasiado genéricos en el reconocimiento de ese derecho a la protección de la familia, ya por la concreta formulación del mismo, ya por su clara referencia a las familias en general de los ciudadanos que moran desde siempre en un determinado país, sin plantearse el supuesto concreto que nos ocupa, el del ser humano migrante, que arrastra su vida, irregularmente a veces desde el punto de vista jurídico-administrativo, en un país extraño al que emigró en penosas condiciones y en el que, solo y desarraigado, en penosas condiciones vive (¿?). Su generalidad les priva de utilidad y eficacia para la regulación del pretendido derecho de reagrupación familiar del emigrante¹⁷.

El 18 de diciembre de 1990, sin embargo, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la *Convención sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares*¹⁸. Y en ella, los Estados partes sí se obligan en términos concretos respecto de la reunificación familiar de los trabajadores extranjeros, puesto que deben tomar «las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio» (art. 44.1). Y no solo asumen la obligación de proteger la unidad familiar del trabajador migrante «que vino con ella», sino que se obligan, asimismo, a tomar «las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo» (art. 44.2)¹⁹.

15 Carta... cit. (nota 6), art. 18: «1. «La familia es el elemento natural y la base de la sociedad. Debe ser protegida por el Estado, que debe velar por su salud física y moral.- 2. El Estado tiene la obligación de asistir a la familia en su misión de guardiana de la moral y de los valores tradicionales reconocidos por la comunidad». El resto del artículo, como ocurriera con el Pacto de Naciones Unidas (1966) o la Convención Americana (1978) no se refiere en rigor a la unidad familiar (vid. art. 18.3 y 4).

16 Convención... cit. (nota 4), art. 8.1: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar».

17 Que disposiciones como las examinadas, del tipo de las establecidas, por ejemplo, en el art. 23.1 del Pacto de Naciones Unidas sobre los derechos civiles y políticos (1966), son demasiado generales para ser útiles, queda reconocido en mi opinión por la necesidad que el Comité de Derechos Humanos, órgano que el citado Pacto creó, viene sintiendo (eso sí, ya en la década de los noventa) de concretar públicamente, desde una interpretación teleológica del tenor literal de aquél, sus corolarios. Por ejemplo, al considerar que para ofrecer «de una manera eficaz la protección prevista en el artículo 23 del Pacto es preciso que los Estados adopten medidas de carácter legislativo, administrativo o de otro tipo» (*Observación general 19*, 27 julio 1990, párrafo 3).

18 Resolución 45/158.

19 En el párrafo 3 del art. 44 se estipula que «los Estado de empleo, por razones humanitarias, considerarán favorablemente conceder un trato igual al previsto en el párrafo 2 del presente artículo a otros familiares de los trabajadores migratorios».

La Convención, como en el texto se indica, todavía no ha entrado en vigor, pudiendo consultarse su texto en doc.: A/Res.45/158, de 18 diciembre 1990, o en MARTÍN ARRIBAS, J.J. (editor), *Código de los extranjeros*, Editorial Aranzadi.2001, pp. 687-715.

Pero esta Convención, aparte el hecho de los términos que utiliza, que me parecen «flexibles» y por tanto dan un margen de apreciación no despreciable a los Estados partes («medidas que [cada Estado] estimen apropiadas», «para facilitar» [no para conseguir o lograr...]), no ha logrado aún los veinte consentimientos que son precisos para su entrada en vigor²⁰.

Más aún, es que aunque los consiga y no está lejos de lograrlo, pues a 31 de diciembre de 2002 eran ya diecinueve los Estados que habían prestado su consentimiento a la Convención, difícilmente será esta una normativa internacional eficaz respecto del problema que nos ocupa habida cuenta de quiénes son sus sujetos partes:

- *Ocho Estados africanos* (Cabo Verde, Egipto, Ghana, Guinea, Islas Seychelles, Marruecos, Senegal y Uganda), *cuatro asiáticos* (Azerbaijón, Filipinas, Sri Lanka y Tajikistán), *seis americanos* (Belize, Bolivia, Colombia, Ecuador, Méjico y Uruguay), y *uno europeo* (Bosnia-Herzegovina)²¹.
- No lo son, transcurridos ya más de doce años desde que la Convención se abrió a la firma, lo que parece revelar un manifiesto desinterés por ella, *ni Estados Unidos*, *ni Canadá*, *ni Japón*, *ni ninguno de los quince Estados miembros de la Unión Europea* (Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca, Irlanda, Gran Bretaña, Grecia, España, Portugal, Austria, Suecia, Finlandia), *ni ninguno siquiera de los doce Estados que serán miembros de la Unión* en mayo de 2004 (Polonia, Hungría, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Lituania, Chipre y Malta) y en el 2007 (Bulgaria y Rumanía) (...).
- Es decir, no lo son ni como antes apuntaba parecen tener el menor deseo de serlo, aquellos Estados más prósperos hacia los que, en la actualidad, se dirigen, desde Africa, América y Asia, los flujos migratorios.

2.3. ¿Y en el ámbito regional europeo?

En el ámbito regional europeo, por el contrario, sí se cuenta con normas internacionales escritas en vigor por las que un considerable número de Estados del Viejo Continente se han obligado, en términos flexibles desde luego, pero se han obligado a reconocer y regular en concreto el derecho de reagrupación familiar de los extranjeros.

Así el art. 19.6 de la Carta Social Europea (1961) obliga a los Estados partes a «facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se

20 Art. 87.1: «La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a un plazo de tres meses contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión».

21 *Multilateral treaties deposited with the Secretary General. Status as at 31 december 2002*, Naciones Unidas, Nueva York, 2003, vol. I, pp. 322-323.

le haya autorizado para establecerse dentro de su territorio»²². Y en un Anexo a la Carta (*Ambito de aplicación de la Carta Social en lo que se refiere a las personas protegidas*), se especifica que, respecto del art. 19, párrafo 6, «la expresión ‘familia del trabajador extranjero’ se interpretará en el sentido de que se refiere a la esposa del trabajador y a sus hijos menores de veintiún años que viva a su cargo»²³.

Obsérvese, en cualquier caso, que este derecho puede ser excluido por los Estados que se incorporan a la Carta Social y que algunos lo han hecho²⁴. Obsérvese, también, que la disposición en cuestión, y esto va referido precisamente para los Estados obligados por ella, resulta ser no poco flexible (siendo el compromiso el de «facilitar» [no el de lograr] y, además, «en lo posible» [que puede no serlo...]), lo que permite, igualmente, a los Estados vinculados por sus términos no poco margen de maniobra²⁵.

En fin, los Estados europeos partes en la Carta asumen, con las cautelas apuntadas, esta obligación. Entre ellos figuran todos, con la excepción de Dinamarca que no aceptó el art. 19 de aquella, los miembros de la Unión Europea. Estos últimos, España también en consecuencia, están, pues, obligados a facilitar en lo posible el reagrupamiento familiar de los inmigrantes establecidos regularmente en su territorio. Y así lo han ido haciendo en sus respectivas legislaciones nacionales.

Algunos, además, de estos Estados han asumido igualmente en otro tratado internacional más específico esta misma obligación. Me refiero al Convenio europeo de 24 de noviembre de 1977 sobre el estatuto jurídico del trabajador migrante, en cuyo art. 12 se formula, en principio incluso de modo más rotundo que la Carta Social, la obligación de reconocer el derecho de reagrupación familiar; aunque son muy pocos los Estados partes y la citada obligación puede verse (...) matizada²⁶.

22 Carta Social Europea, Turín 18 octubre 1961 (*BOE* 26 junio 1980).

23 Se ha criticado, creo que con razón de fondo pero con lo que parece cierta exageración en el tono, esta formulación del Anexo en los términos siguientes: «Desde luego esta expresión tan machista sólo se comprende por la época en la que se redactó la Carta y [¿!] por su traducción al español» (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: «El derecho de reagrupación...» cit. [nota 1], p. 379 [nota 5 de la misma]).

24 La Carta ha sido ratificada por casi treinta de los Estados miembros del Consejo de Europa, entre ellos los quince que integran actualmente la Unión Europea. Todos, salvo Dinamarca (miembro asimismo de la Unión como sabemos) e Islandia han aceptado el art. 19 de la Carta (**vid.** MARTÍN ARRIBAS, J.J.(editor): *Código...* cit. [nota 19], pp. 415, 430-437).

25 En este sentido, por ejemplo, SANTOS ARNAU, L.: «Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad: Especial referencia al visado para la reagrupación familiar», en CGPJ, *Extranjeros*, Madrid: CGPJ. Cuadernos de Derecho Judicial. 1994, pp. 439-462.

26 España ratificó el Convenio el mismo año (1980) que la Carta Social Europea (texto en *BOE* de 18 junio 1983). No son más de diez los Estados que lo han ratificado.

Su art. 12.1 dispone sin más que «el cónyuge del trabajador migrante, empleado legalmente en el territorio de una Parte Contratante, y sus hijos no casados (...) y que dependen del trabajador (...) están autorizados (...) a unirse con el trabajador migrante en el territorio de una Parte Contratante». Este derecho, empero, no sólo se condiciona (el trabajador debe tener una vivienda «normal», reservándose cada Estado la posibilidad de exigirle además que disponga de «recursos estables») sino que puede derogarse temporalmente (art. 12.1, 2 y sobre todo 3).

Las leyes nacionales que en aplicación de estas normas internacionales ha adoptado un número considerable de Estados europeos deberán ir ajustándose a las normas comunitarias que en esta materia irán llegando inevitablemente con motivo de la aplicación y desarrollo del nuevo Título IV (*asilo, visado, inmigración y otras políticas conectadas con la libre circulación de personas*) que el Tratado de Amsterdam (1997) introdujo en el Tratado de la Comunidad Europea. En particular, se viene trabajando desde el 2001 en una propuesta de Directiva de incidencia directa en la cuestión del derecho de reagrupación familiar de los extranjeros; pero a las normas comunitarias me referiré más tarde.

3. El derecho español

España, parte en la Carta Social Europea (1961) y en el Convenio europeo sobre el estatuto jurídico del trabajador migrante (1977) desde 1980, estaba obligada como sabemos a «facilitar en lo posible» la reagrupación familiar de los extranjeros «autorizados para establecerse dentro del territorio». Y así lo ha hecho, finalmente, en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que sustituye a la anterior de 1985²⁷, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO/2000 de 22 de diciembre²⁸.

Asimismo, se ha otorgado la extensión del asilo a los «ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del *refugiado* o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de efectividad y convivencia (...)»²⁹.

27 Para una comparación (a doble columna) de la LO 7/1985, de 1 de julio (*BOE* de 3 julio 1985) y la LO/4 modificada por la LO/8/2000 *vid.* FERNÁNDEZ VALVERDE, R.: «La nueva Ley de Extranjería. Una visión crítica general», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. II: 2001 (La nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Seminario de Extranjería. Cooperación Judicial Internacional)*, Madrid: Ministerio de Justicia; Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.2001, pp. 277-338 [en pp. 310-338].

28 LO 4/2000, de 11 enero (*BOE* de 12 enero) y LO 8/2000, de 22 diciembre (*BOE* del 23).

La primera Ley de Extranjería (la LO 7/1985 citada) que se adoptó cinco años después del consentimiento de España a la Carta Social Europea no reconocía como tal expresamente el derecho de reagrupación familiar del extranjero, pues la única referencia que hacía a este derecho era la de reconocer el derecho de residencia de los menores de dieciocho años y de los incapacitados dependientes del titular (LO/ 7/1985, de 1 de julio, art. 13.3). No obstante, el RD 1196/1986, de 26 de mayo, por el que se aprobó el Reglamento de ejecución de la LO citada (*BOE* de 12 junio 1986), sí contemplaba la concesión de un visado de residencia «por causa de reagrupación familiar» al cónyuge, hijos menores de dieciocho años o mayores de edad si dependen legal y económicamente de él, los menores o incapacitados de los que el extranjero residente sea representante legal y sus ascendientes o descendientes (art. 7.2). El Reglamento de 1986 fue derogado por el RD 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprobó un nuevo Reglamento de ejecución de la LO 7/1985 (*BOE* 23 febrero 1996).

Por lo demás, las normas generales y de tramitación de los expedientes de visado y los permisos de residencia por reagrupación familiar fueron desarrolladas por la Orden del Ministerio de la Presidencia de 8 de enero de 1999 (*BOE* 13 enero).

29 Art. 10 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, de regulación del derecho de asilo y de la condición del refugiado (*BOE* de 27 marzo 1984), modificada por la ley 9/1994, de 19 de mayo (*BOE* de 23 mayo 1994) y RD 203/1995, de 10 de febrero (*BOE* de 25 marzo) que contiene su Reglamento de aplicación.

Igualmente, el derecho de reagrupación familiar ha sido previsto, aplicando las normas que enseguida veremos se han establecido para los extranjeros en general, respecto de los *apátridas reconocidos*³⁰.

Estas son las normas vigentes en nuestro país, normas que habrán de sufrir inevitablemente los ajustes a que obliguen las normas comunitarias que puedan irse adoptando (**vid. infra** apartado 4).

3.1. Familiares que pueden acogerse al derecho de reagrupación familiar

El titular del derecho a la reagrupación familiar es el extranjero residente en nuestro país, siendo su derecho absoluto según la vigente Ley de Extranjería³¹. Las personas cuya reagrupación el titular del derecho puede exigir son: El *cónyuge*, los *hijos solteros de ambos (incluso los adoptados) menores de dieciocho años o incapacitados* (ya según la ley española ya según su ley personal)³², todo *menor de 18 años o incapaz (sea o no su hijo)* si el extranjero residente es su representante legal, y los *ascendientes del reagrupante o su cónyuge* si están a su cargo y existen razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España³³.

Respecto de la persona del *cónyuge* del extranjero residente cabe hacer varias observaciones.

En primer lugar, la ley española exige que se trate del cónyuge no separado de hecho o de derecho. Si bien puede ser relativamente fácil probar la no separación de derecho de estos dos extranjeros, no lo será tanto saber en verdad si estaban o no separados **de facto**; en suma, que la exigencia de la no separación también de hecho carecerá seguramente de aplicación práctica.

En segundo lugar, nuestra ley excluye del derecho de reagrupación familiar a los cónyuges «interesados» y a los «polígamos»:

- A los «interesados», en tanto en cuanto exige que el matrimonio del extranjero residente con su cónyuge «no se haya celebrado en fraude de ley». Jurisprudencia reciente ha establecido³⁴ que cuando la denegación del visado de residencia para

30 Art. 14 del Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida (RD 865/2001, de 20 de julio, *BOE* de 21 julio 2001).

31 En el Derecho anterior (LO 7/1985, RD 1196/1986 y OM/1999), simplemente se establecía el derecho del extranjero a solicitarlo, siendo su concesión graciable o discrecional (véase al respecto, PÉREZ RODRÍGUEZ, M.: «Situaciones especiales de extranjería en España», *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales. III: 2000 (Derecho de extranjería. Problemática de la mujer extranjera en España.- Delitos contra la libertad sexual...)*, Madrid: Ministerio de Justicia y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia e Instituto de la Mujer. 2000, pp. 61-81 [en pp. 78-79]); FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: «El derecho de reagrupación...» cit. [nota 1], pp. 390-391).

32 Si se tratara de hijos de uno solo de los cónyuges, este debe ejercer en solitario la patria potestad o su custodia y los hijos deben estar «efectivamente a su cargo» (art. 17.1 de la LO de 11 de enero de 2000, modificada por la de 22 de diciembre del mismo año).

33 Art. 17.1 de la LO 4/2000, de 11 enero, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre.

34 Con referencia al RD 155/1996 cit. (nota 27) pero cuya argumentación es perfectamente aplicable al art. 17.1 de la LO 4/2000, según fue modificada por la LO8/2000, así como al art. 41.4 del RD 864/2001, de 20 de julio.

reagrupación familiar se base en la concertación de un matrimonio en fraude de ley por el cónyuge, no puede aquella fundamentarse únicamente por la Administración en la existencia de «indicios de matrimonio de conveniencia», pues una resolución de este tipo «se nos presenta como (...) carente de toda justificación y de una extrema arbitrariedad»; «corresponde [dice el Tribunal] a la Administración la demostración de la existencia de un fraude de ley en cada caso (...)»³⁵.

- A los polígamos, porque el mismo artículo 17 expresamente indica: «En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial». Si este fuera el caso, en aplicación, paradójicamente, de la misma filosofía de la poligamia, nuestra legislación no especifica criterio alguno para seleccionar, entre los varios posibles, el cónyuge candidato a la reagrupación familiar, dejando esa elección al que el extranjero residente considere más apropiado (...)»³⁶.

En *tercer lugar*, la Ley de Extranjería vigente al referirse sin más al cónyuge, parece excluir del derecho de reagrupación familiar a las parejas de hecho del extranjero residente y a **fortiori** a la pareja o compañero homosexual:

- En relación con las parejas de hecho, el mismo Tribunal Supremo ha reconocido que la Ley de Extranjería no asimila al cónyuge con el conviviente de hecho a cualquier efecto³⁷ (como sería, por ejemplo, el caso del derecho concreto a la reagrupación familiar). No obstante, la jurisprudencia sí ha equiparado al «cónyuge-cónyuge» del extranjero la «pareja de hecho» en ciertas cuestiones: A los efectos de apreciar la existencia de perjuicios irreparables inherentes a la expulsión, derivados del arraigo en España del solicitante de la exención de visado, por razón de la ruptura de la agrupación familiar, equipara la *unión de hecho* del extranjero a la que hubiera tenido con su *cónyuge*; y, en consecuencia, anula los autos del TSJ de Galicia que negaron a la recurrente la suspensión del acto administrativo que decretaba su expulsión del territorio español³⁸. Parece razona-

35 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección primera) de 14 de marzo de 2002 (asunto 504/2000) (en *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería*, nº 1 [noviembre 2002], pp. 155-156).

36 Es pertinente en este sentido recordar que el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (1992) no permite los matrimonios polígamos en nuestro país. Estos, diría un profesor de Derecho internacional privado, se consideran contrarios al orden público español, ordenamiento que considera, incluso al mero bigamo, como delincuente (art. 217 del Código penal).

37 STS (Sala 3ª, Sección 6ª, Ponente: Xiol Rios, Juan Antonio), de 18 julio 2000 (recurso 9738/1998), sexto considerando (párr. segundo), que cita también la STS de la misma Sala de 1 de junio de 1999 (fuente: El Derecho.2000/23.439).

38 Recuerdese que según la Ley de Extranjería, «el cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar [vga. por la reagrupación familiar] y sus familiares con él agrupados conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición» (art. 16.3.párrafo primero).

STS de 18 julio 2000 cit. (nota 37), párrafo tercero del Fallo y Considerando sexto (en idéntico sentido, STS de la misma fecha, recurso 9409/1998, fuente: El Derecho.2000/23.446).

ble, en los tiempos que corren, aceptar la equiparación entre cónyuge y pareja de hecho. Por varias razones: de una parte, porque en muchos países de origen de los emigrantes existen normas muy restrictivas sobre el divorcio, lo que impide normalizar muchas uniones de hecho; de otra, porque la propia legislación española, en una situación también de extranjería, más específica pero de extranjería, como es el caso del asilo a los *refugiados*, acepta extender el asilo ya «al cónyuge del refugiado» ya «a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia (...)»³⁹; y, en fin, el Tribunal Constitucional español, con referencia a nuestro propio Derecho, ha determinado que si bien en el ordenamiento español no son equiparables absolutamente el *matrimonio* y la *unión de hecho* de dos personas, ello no significa que esta diferencia entre una y otra figura no deba ser respetuosa con los principios de igualdad jurídica y de no discriminación⁴⁰. **Item** más: En nuestro propio Derecho interno, quiero decir para nosotros los españoles, «se ha iniciado ya el camino»⁴¹ que nos llevará a la regulación de las parejas de hecho en el territorio español; no puede ser de otro modo después de que en las Comunidades Autónomas de Cataluña, Aragón y Navarra se hayan dado los primeros pasos en este tema⁴².

- Por lo que a las uniones homosexuales se refiere, la situación, claro, es más difícil de aceptar, pues éstas, dada la concepción de nuestro sistema sobre el matrimonio, chocarían **per se** aún hoy (2003), diría un profesor de Derecho internacional privado, contra el orden público español⁴³.

39 Ley 5/1984, de 26 de marzo (BOE de 27 de marzo), art. 10.1.

Sobre el «plus» de generosidad, ambición y progresismo que la ley española tiene respecto de otras normativas internas de nuestro entorno, MARTÍN ARRIBAS, J.J.: *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Madrid: Dykinson S.L. y Universidad de Burgos. 2000, pp. 298-299.

40 STC 222/1992, de 11 diciembre (BOE 19 enero 1993), Considerandos quinto (párrafo sexto), sexto (párr. cuarto) y séptimo. En aplicación de esta afirmación general, el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de julio de 2000 citada (supra nota 37), precisa que «a tenor de este principio, cabe la equiparación entre el matrimonio y la unión de hecho estable cuando se trata de aplicar normas que contemplan exclusiva o preponderantemente la situación de convivencia y de afectividad» (Considerando sexto, párr. primero).

41 ARTUCH IRIBERRI, E.: «La libertad individual y las parejas de hecho ante el Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, LIV (2002), nº 1, pp. 41-63, p. 47).

42 Me refiero, claro, a la ley catalana 10/1998, de 15 de julio, relativa a las parejas estables no casadas; la ley aragonesa 6/1999, de 26 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, y a la ley foral navarra 6/2000, de 3 de julio, denominada de igual manera. En todas ellas por lo demás ya expresa ya implícitamente se ampara a las parejas de hecho homosexuales.

43 «Al menos la doctrina es unánime al respecto, a falta [escribe] de decisión jurisprudencial alguna» (ARTUCH IRIBERRI, cit. [nota 41], p. 58) (la cursiva es mía). P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ («El derecho de reagrupación...» cit. [nota 1], p. 329 [nota 52]) cita la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de julio de 1994 que ha aceptado el derecho de un extranjero residente en España a reclamar el visado de reagrupación familiar para convivir con su compañero homosexual (Confieso que me ha resultado imposible, pese a los esfuerzos realizados utilizando los cauces habituales, acceder a su texto, por lo que acaso [y salvo torpeza por mi parte] pueda tratarse de un error de fecha en la cita).

En cuanto atañe a los hijos, nada se especifica respecto del derecho de reagrupación familiar de los *menores que eventualmente llevaren en el país de origen una vida independiente* (salvo que estén casados, en cuyo caso no procede); resulta curiosa, desde luego, la omisión de referencia expresa a esta figura, toda vez que en la legislación anterior sí venía contemplada, para negar la inclusión en el derecho no sólo a los menores que hubieran formado «una unidad familiar independiente» sino también que «lleven vida independiente»⁴⁴.

Tampoco se ha considerado el supuesto de los *hijos mayores de edad* del titular del derecho de reagrupación familiar o su cónyuge.

En cuanto a los *ascendientes*, la nueva Ley incluye también a los suegros del extranjero residente, lo que parece positivo, porque en sociedades «tan familiares como las mediterráneas»⁴⁵ la situación de los ascendientes del cónyuge del titular del derecho que dependen económicamente del mismo puede plantearse con frecuencia.

Finalmente, por lo que a las personas que pueden acogerse al derecho de reagrupación familiar, debe indicarse que la reforma de la Ley de Extranjería de 22 de diciembre de 2000 eliminó las letras e) y f) del art. 17 de la LO 4/2000, de 11 de enero.

En la letra e), se disponía el derecho de reagrupación familiar de «*cualquier otro familiar* respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias». Pese al dato de que, en todo caso, y dada su redacción, el Gobierno siempre hubiera tenido (me refiero, naturalmente, a la autorización o no de la residencia de esos otros familiares) la sartén por el mango, el Legislador ha preferido atender a la cautela con que el Consejo de Estado, en su dictamen sobre la que sería LO 8/2000, de 22 de diciembre, comentó este particular supuesto, calificándolo de «verdadera válvula de inseguridad, dado lo indeterminado e indeterminable de ciertas relaciones de parentesco en ciertas culturas, especialmente del Africa sub-sahariana, en ámbitos donde no faltan situaciones coyunturales que permitan invocar razones humanitarias»⁴⁶.

Repárese, en fin, en que los familiares reagrupables obtendrán, en su caso, una autorización de residencia que está vinculada a la del titular del derecho, el extranjero que desea la reagrupación con él en España de su familia.

Sólo excepcionalmente el cónyuge y los hijos reagrupados podrán obtener una «autorización de residencia independiente». A tal efecto, la Ley de Extranjería, tras su reforma por LO 8/2000, de 22 de diciembre, estipula:

44 Art. 54.2.b del Reglamento de ejecución de 1996 (RD 155/1996, de 2 de febrero cit. nota 27)]. Compárese con los arts. 17.1.b de la Ley y 44.4 y 5 del Reglamento de ejecución de la misma.

45 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: «El derecho de reagrupación...», cit. (nota 1), p. 393.

46 La doctrina se ha dividido sobre tal cuestión: A favor, parece, FERNÁNDEZ VALVERDE: «La nueva Ley...» cit. (nota 26), pp. 311-312; en contra FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: «El derecho de reagrupación...» cit. (nota 1), pp. 393-394.

- En el caso del cónyuge, el permiso de residencia independiente procederá si «obtiene una autorización para trabajar» y «acredite haber vivido en España con su cónyuge durante dos años»⁴⁷.
- Respecto de los hijos, «cuando alcancen la mayoría de edad» y «obtenan autorización para trabajar» (art. 19.2. a y b).

3.2. *El procedimiento para la reagrupación familiar*

El extranjero que desee ejercer su derecho a la reagrupación familiar debe solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar y se incluyen entre los relacionados en el artículo 17 de la Ley de Extranjería. Dos requisitos condicionan esta petición:

- De una parte, sólo tras un año de residencia legal en España y autorización para residir al menos otro, es posible ejercer el derecho.
- De otra, el solicitante deberá aportar la prueba de que dispone de «un alojamiento adecuado» y «medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada»⁴⁸.

El Reglamento de Ejecución de la Ley⁴⁹ precisa todas las cuestiones de procedimiento requeridas. Así: Las clases de visado, regulando entre otros los «visados de residencia para reagrupación familiar» (art. 8.2); la documentación genérica requerida para estos visados (art. 13), así como la específica, en particular, la de los visados para reagrupación (art. 14.1); la tramitación de los visados de residencia, incluso las de reagrupación familiar (art. 17.3); la resolución de los expedientes (art. 19.3); la notificación de las resoluciones (art. 20.1); los plazos para la expedición del visado (art. 21); la regulación de los permisos de residencia temporal y su renovación para los titulares de los visados para reagrupación familiar (art. 41.4 y 5 y 43).

Una vez aceptada la solicitud de reagrupación familiar, la autoridad competente expedirá a favor de los miembros de la familia que vayan a reagruparse la autorización de residencia, cuya duración será igual al período de validez de la autorización de residencia de la persona que solicita la reagrupación⁵⁰.

La minucia del Reglamento de Ejecución de la Ley en las condiciones, requisitos y documentos que se exigen al extranjero que desee la reagrupación de su familia es

⁴⁷ Plazo que «podrá ser reducido cuando concurren circunstancias de carácter familiar que lo justifiquen» (art. 19.1.a y b).

⁴⁸ Ley de Extranjería art. 18.1 y 2.

⁴⁹ RD 864/2001, de 20 de julio. Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, de 11 de enero, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 21 julio 2001).

⁵⁰ Ley de Extranjería art. 18.3.

importante, de modo que, en las condiciones en las que los extranjeros emigrantes se desenvuelven, pueden constituir, sin duda, un verdadero calvario personal⁵¹.

Aunque, por lo demás, también podemos estar seguros de que ya vendrá la jurisprudencia con su rebaja (...). Importante ha sido ésta, sin duda, en una sentencia de la Sala 3^a del Tribunal Supremo, todavía no publicada pero hecha pública el viernes 28 de marzo del presente año (2003), contestando a un recurso contra dieciocho artículos del Reglamento de Ejecución (2001) de la Ley de Extranjería presentado por la federación de asociaciones pro-inmigrantes Red Acoge y Andalucía Acoge⁵². El TS ha anulado trece preceptos de esos dieciocho, aunque, y debe señalarse, no tanto por considerar que dichos artículos son intrínsecamente ilegales, sino por entender que con ellos el Reglamento de Ejecución ha ido más allá de lo dispuesto en la propia Ley y, en el caso de algún apartado, contrario a la misma Ley, norma ésta de rango jerárquicamente superior. Conclusión: Los mismos preceptos serían perfectamente válidos si se modificase la Ley vigente para incluirlos; ni que decir tiene que el Gobierno, por boca de su Ministro del Interior, se ha apresurado a declarar que va a proceder a la pertinente reforma de la Ley Orgánica de Extranjería.

Por lo demás, uno de los artículos del Reglamento anulado por el Tribunal Supremo se refiere a un aspecto concreto del derecho de reagrupación familiar⁵³.

Con todo, no debería olvidarse que siempre es preferible, en mi opinión, contar con un número razonable y bien tratado de trabajadores inmigrantes, capaces de adaptarse a la situación jurídica y social del país al que libremente han decidido emigrar, que ceder a las llamadas, que no son tantas veces sino peligrosísimos cantos de sirena, del humanitarismo demagógico desgraciadamente tan en boca de algunos de nuestros políticos (y sindicatos) (...), siempre y cuando, claro, no son ellos las autoridades competentes.

En este sentido, estimo que debería llegarse a un consenso razonable sobre esta cuestión, alejado tanto de unos tics que en ocasiones parecen autoritarios del Gobierno como de la demagogia (por oportuna electoralmente que resulte) de la oposición; y es que la inmigración ilegal es un fenómeno muy preocupante no sólo por su tendencia a crecer progresiva y fatalmente sino también y aún sobre todo por sus temibles consecuencias: Marginación, delincuencia, xenofobia (...).

51 Algunos, acaso con exceso, han llegado a considerar que la exigencia requerida es tanta que «puede vulnerar el derecho en sí mismo», «si los españoles nos viéramos con tanto condicionamiento para el matrimonio o tener hijos, unos y otros se reducirían sensiblemente» (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: «El derecho de reagrupación...» cit. (nota 1), p. 394).

52 Un resumen de la misma en el diario *ABC*, sábado 29 de marzo 2003, p. 34; cuestión que ha merecido incluso, el domingo 30, un editorial del periódico («El Supremo y la inmigración», p. 11).

53 El Reglamento de Ejecución exigía, para que un extranjero que hubiera adquirido su residencia en virtud de reagrupación familiar pudiera ejercer a su vez el derecho de reagrupación familiar de sus propios familiares, «que cuenten ya con un permiso de residencia obtenido independientemente del premiso del reagrupante (...)» (art. 41.5). Según la citada STS, éste artículo queda anulado por ir más allá de la Ley, que no prevé ese requisito (se recordará, quizás, que el Consejo de Estado en su preceptivo dictamen sobre el Proyecto de Reglamento ya había cuestionado la legalidad del artículo...).

4. El derecho de la unión europea

La legislación española existente sobre el derecho de reagrupación familiar de los ciudadanos no comunitarios residentes se verá, ya lo está siendo, invariablemente afectada por las normas comunitarias.

Así, el Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, introdujo como ya se ha indicado un nuevo Título en el Tratado de la Comunidad Europea sobre «visado, asilo, inmigración y otras políticas conectadas con la libre circulación de personas». En el artículo 63 del mismo, se da al Consejo de la Unión un plazo de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam⁵⁴ para adoptar medidas en tres ámbitos fundamentales, conectados con el derecho de reagrupación familiar:

- En materia de asilo, en particular estableciendo normas para la acogida de los solicitantes de asilo y la concesión o retirada del estatuto de refugiado.
- Medidas sobre la protección temporal de personas desplazadas procedentes de terceros países.
- Y, en fin, medidas sobre los inmigrantes, en torno a, **inter alia**, las condiciones de entrada y residencia, normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar (TCE art. 63.1, 2 y 3)⁵⁵.

A fecha de hoy, el Consejo ya ha adoptado algunas de estas medidas como la directiva y el reglamento sobre el derecho de asilo aprobados este mismo año⁵⁶

Elaborada está, ya desde 1999, una propuesta de directiva referente concretamente al derecho de reagrupación familiar que, cuando se apruebe, marcará la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en esta materia.

En dicha propuesta⁵⁷ se reconoce el derecho de reagrupación familiar, que se considera aceptado por todos los Estados miembros de la Unión, como una garantía para la protección y el mantenimiento o la creación de la vida familiar⁵⁸. Entendiéndose referido

54 Se produjo el 1 de mayo de 1999, luego el plazo expira el 1 de mayo de 2004.

55 Sabido es que el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca disfrutaron de un estatuto especial en virtud de Protocolos anejos al Tratado de Amsterdam.

56 Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros (DOUE, L 31, 6 de febrero de 2003, pp. 18-25); reglamento (CE) 343/2003 del Consejo, de 18 febrero 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país (DOUE, L 50, de 25 febrero 2003, pp. 1-10).

57 Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho de reagrupación familiar (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE), Bruselas 10 de octubre de 2000 (COM [2000] 624 final), 1999/0258 (CNS) (DO, C 62 E, de 27 febrero 2001). Véase, por ejemplo, sobre la misma: BOLEES, P.: «Propuesta de directiva sobre la reagrupación familiar y otras propuestas en el campo de la ley de inmigración», *Afers Internacionals*, nº 53 (2001), pp. 125-138.

58 «Con el fin de garantizar la protección de la familia y el mantenimiento o la creación de la vida familiar conviene instaurar un derecho a la reagrupación familiar, que esté reconocido por los Estados miembros. Importa fijar, según unos criterios comunes, las condiciones materiales del ejercicio de dicho derecho» (considerando 9 de la Propuesta de Directiva).

tanto a los ciudadanos comunitarios como respecto de los nacionales de un tercer país con residencia legal en un Estado miembro de la Unión⁵⁹. Por tanto, y con referencia a los extranjeros, el derecho se predica de quienes *residen y legalmente* en territorio comunitario.

Los familiares incluidos son el *cónyuge* y los *hijos menores* del reagrupante y su *cónyuge*.

También, los *ascendientes* del reagrupante o su *cónyuge*.

Así como los *hijos (menores) adoptados* del reagrupante o su *cónyuge*, siempre y cuando éste o aquél tenga el derecho de custodia y a su cargo; siendo necesario, de ser la custodia compartida, el acuerdo del otro progenitor.

Y, en fin, los *hijos mayores*, tanto del reagrupante como de su *cónyuge*, pueden beneficiarse del derecho de reagrupación familiar si no están casados y no pueden subvenir objetivamente a sus necesidades debido a su estado de salud⁶⁰.

Dos comentarios adicionales sobre los familiares susceptibles de ampararse en el derecho de reagrupación familiar:

- Primero, la propuesta de Directiva no impondrá, en su día, a los Estados miembros conceder necesariamente el derecho de reagrupación familiar a la pareja de hecho (sus hijos menores, incluidos los adoptados, sus ascendientes o sus hijos mayores...), lo que por lo demás la legislación española, como sabemos, no prevé⁶¹; sólo habría que hacerlo «si la legislación del Estado miembro en cuestión asimila la situación de las parejas no casadas a la de los casados»⁶². No parece, dado cuáles son los países de procedencia actual de los flujos migratorios, que esta sea la situación predominante.
- Segundo, la Directiva propuesta no reconoce el derecho de reagrupación familiar para los matrimonios polígamos, sino que, como la legislación española se precisa, sólo una esposa será posible⁶³.

En la Directiva propuesta se regulan también los requisitos básicos que los Estados miembros pueden exigir para la presentación y examen de la solicitud de reagrupación familiar⁶⁴, así como de las condiciones materiales del ejercicio del derecho a la reagrupa-

59 «Reagrupación familiar: Entrada y residencia en un Estado miembro de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión o de un nacional de un tercer país que resida legalmente en dicho Estado miembro con el fin de formar o mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del residente» (art. 2.d de la Directiva propuesta).

60 Propuesta de directiva, art. 5.1. El supuesto de los *hijos mayores de edad* del reagrupante o de su *cónyuge* no se considera, como ya he apuntado, por la legislación española.

61 Aunque, como también hemos visto, la jurisprudencia ha matizado, en algunos aspectos, esta conclusión.

62 Art. 5.1.a de la Directiva propuesta.

63 «En caso de matrimonio polígamo, si el reagrupante ya tuviera una esposa viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la entrada ni la residencia de otra esposa, ni de los hijos de otra esposa si el interés superior del hijo así lo exigiere» (art. 5.2).

64 Capítulo III (art. 7).

ción familiar⁶⁵, las normas fundamentales sobre entrada y residencia de los miembros de la familia⁶⁶, y los recursos para los casos de denegación de la solicitud, o de retirada o no renovación del permiso de residencia o de expulsión del reagrupante, así como las sanciones aplicables a la violación del Derecho interno en este punto⁶⁷.

Una comparación global de los requisitos que la Directiva permite a los Estados miembros con los establecidos por la legislación española permite concluir que, en general, esta ya cumple con lo esencial de la Directiva y no habría obstáculos mayores para que se aprobase por lo que a nuestro país se refiere.

En particular, esta comparación confirma mi impresión de lo exagerado de alguna de las críticas vertidas, en cuanto al fondo de la misma, a propósito de la regulación, en el Reglamento de ejecución de 2001 de la Ley de Extranjería, de la concreción del derecho de reagrupación familiar.

Por lo demás, y para acabar, la Directiva propuesta, y aquí sí pueden observarse diferencias con la legislación española, pone en práctica a lo largo de varias de sus disposiciones⁶⁸ su *considerando número 10*, en virtud del cual, «La situación de los *refugiados* requiere una atención especial, debido a las razones que les obligaron a huir de su país y que les impiden llevar en el mismo una vida de familia. A este respecto, conviene prever condiciones más favorables para el ejercicio de su derecho a la reagrupación familiar»⁶⁹.

5. Conclusión

El derecho de reagrupación familiar del extranjero residente en España, y pese a que a nivel general no constituye una imposición del Derecho internacional, sí vincula a nuestro país al ser parte en algunos tratados internacionales sobre derechos humanos de ámbito europeo, que lo prevén.

Asimismo, el Derecho de la Unión Europea camina, sin duda, hacia concreciones prácticas en este sentido.

El Derecho español ha cumplido estas obligaciones reconociendo el derecho absoluto del extranjero residente a la reagrupación de su familia en la Ley Orgánica de Extranjería de 11 de enero de 2000, tal y como fue modificada por la 22 de diciembre del mismo año, regulando minuciosamente las condiciones de su ejercicio en el, Reglamento de Ejecución de 20 de julio de 2001 de la citada Ley Orgánica ..

Por lo que al núcleo mismo del derecho se refiere, el carácter restrictivo que la legislación española pudiera ofrecer en cuanto a los familiares que pueden ampararse en el derecho de reagrupación familiar, en particular al no reconocer la inclusión en él de las

65 Capítulo IV (arts. 8-10).

66 Capítulo V (arts. 11-13).

67 Capítulo V (arts. 14-17).

68 Arts. 5.4, 6, 7.4, 9.3 y 10.2.

69 La cursiva es mía.

parejas de hecho, puede, y lo está ya siendo, atemperarse por obra de una prudente interpretación jurisprudencial.

Y, por lo que a las condiciones de su ejercicio se refiere, algún sector doctrinal ha criticado el reglamentismo y la dureza de los requisitos exigidos, que, en mi opinión, no lo son tanto **per se** o intrínsecamente cuanto por las circunstancias socio-económicas y culturales en las que los inmigrantes suelen desenvolverse.

En todo caso, y habida cuenta de que parece razonable defender que los Gobiernos asuman una política sensata (y a la postre más justa) de inmigración, y de lo que el caso de la concesión de refugio y asilo a quien lo precise y por las razones legalmente establecidas, ésta debería articularse en torno a unas pocas ideas pero muy claras y firmes

- *Primera*, sólo debe admitirse la inmigración justificada por las necesidades reales del mercado laboral (recuérdese que el problema de la concesión de asilo y refugio a las personas que lo precisen no se trata aquí).
- *Segunda*, el inmigrante trabajador es un ciudadano más que está contribuyendo al bienestar y a las necesidades del país. Su estatuto jurídico laboral y personal debe ser absolutamente equiparable al de los propios nacionales, por lo que debe perseguirse con todos los recursos del Derecho a quienes pretenden su explotación, discriminación o marginación.
- *Tercera*, la inmigración (y la estancia) ilegal en el país, agotados los procedimientos extraordinarios de regularización que se han venido llevando a cabo, debe ser evitada por todos los medios que el Derecho interno, el internacional y/o el Derecho de la Unión Europea permiten.