

SABERES

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

VOLUMEN 3 ~ AÑO 2005

Separata



EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LOS INMIGRANTES EN LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA

M^aLourdes Labaca Zabala



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO
Facultad de Estudios Sociales
Villanueva de la Cañada

© M^aLourdes Labaca Zabala

© Universidad Alfonso X el Sabio
Avda. de la Universidad,1
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

Saberes, vol. 3, 2005

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LOS INMIGRANTES EN LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA

M^aLourdes Labaca Zabala

Introducción. 1.- EL REAGRUPAMIENTO FAMILIAR. 1.1.- Qué es el reagrupamiento familiar. 1.1.1.- La reagrupación familiar. 1.1.1.1.- Ideas que desarrolla la doctrina. 1.1.1.2.- Modo como se trata en la legislación nacional e internacional. 1.1.2.- Historia del agrupamiento según las Leyes. 1.1.3.- Planteamiento para tratar en este apartado. 2.- FUNDAMENTO JURÍDICO DEL REAGRUPAMIENTO FAMILIAR. 2.1.- Objetivo de esta regulación. 2.2.- Normativa jurídica en la que se apoya. 2.3.- Derechos en que se basa: a)- Los derechos reconocidos a los extranjeros: art. 13 CE. b)- La dignidad de la persona: art. 10 CE. c)- Garantía de la intimidad: art. 18 CE. b.1.- Individual. b.2.- Familiar. 3.- LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE REAGRUPAMIENTO FAMILIAR. 3.1.- Política de reagrupación. 3.2.- Motivos de la reagrupación. 3.3.- Bases para el tratamiento del reagrupamiento. 3.4.- Precedentes: Régimen de la Ley Orgánica 7/1985. 3.4.1.- No reconoce el reagrupamiento familiar. 3.4.2.- Posteriores Reales Decretos en los que se acepta para los miembros de la Comunidad Europea. 3.4.3.- Disposición Adicional Tercera del Reglamento. 3.4.4.- Forma de concederlo y amplitud del reagrupamiento. 3.5.- Régimen vigente: Leyes Orgánicas 4/2000, 8/2000 y 14/2003. 3.5.1.- El principio de la consideración de la persona. 3.5.2.- Ámbito de aplicación para los no europeos. 4.- TITULARES DEL DERECHO: El art. 17 de la Ley Orgánica 4/2000, modificado parcialmente a través de la Ley Orgánica 8/2000 y la Ley Orgánica 14/2003. a) El cónyuge. b) Los hijos. c) Los supuestos de representación legal. d) Los ascendientes. e) Otros familiares. 5.- EXTENSIÓN Y LÍMITES DEL DERECHO RECONOCIDO A DETERMINADOS SUJETOS. a)- Un único cónyuge. b)- Los hijos. c)- Caso de representación legal. d)- Ascendientes. e)- Otros familiares. 6.- OBSERVACIONES CRÍTICAS: DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 7.- CONCLUSIONES. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE: INMIGRACIÓN, FAMILIA, EXTRANJERÍA.

Introducción

La afluencia de inmigrantes a nuestro país en los últimos años plantea diversas cuestiones, entre ellas, destaca por la importancia que supone para el inmigrante legal el derecho a la vida familiar. Es de destacar que España ha pasado de ser un país de emigrantes a un país de inmigrantes, lo que supone que estamos ante un reto al que debe darse respuesta teniendo

en consideración la normativa interna e internacional imperante en el momento actual.

En el presente trabajo se tratará de determinar la protección que concede nuestro ordenamiento al derecho a la vida familiar del inmigrante legal, entendido como tal, a aquellos inmigrantes que residente de forma regularizada en nuestro país y que pertenecen a países no pertenecientes a la Unión Europea, ya que éstos últimos pueden ejercitar el derecho a la libre circulación con base en la protección que les concede el Derecho comunitario vigente. Este derecho, el derecho a la vida familiar del inmigrante, se ejercitará a través del ejercicio del derecho al reagrupamiento familiar.

Partiendo de la premisa de que el derecho a la vida familiar es un derecho que deriva del art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, el cual, como es sabido forma parte del ordenamiento jurídico español en base al art. 96 de la Constitución, consideramos necesario determinar si realmente es posible su ejercicio efectivo por parte de los inmigrantes que residen en nuestro país de forma regularizada.

Es conveniente destacar que la legislación desarrollada por el legislador ordinario en el ámbito de extranjería contiene el desarrollo del derecho al reagrupamiento familiar, en el que consideramos que se trata de preservar el derecho a la vida familiar del inmigrante, haciendo extensivo este derecho, al ámbito de la familia nuclear, aun siendo consciente de que en ocasiones, el inmigrante legal en base a su ley personal, pueden tener un núcleo familiar al que no abarca este derecho.

En este sentido, cabría hacer observaciones críticas al tratamiento que las distintas Leyes de extranjería hacen del reagrupamiento familiar. Por ello, se ha subrayar la política restrictiva que ha asumido el legislador ordinario a la hora de regular éste derecho, aunque consideramos necesario señalar que ésta ha sido la posición adoptada, también, en los países de nuestro entorno cultural europeo, todos ellos han tratado de asumir en la legislación, los principios y criterios unificadores emanados desde distintas instancias de la Unión.

Los Estados receptores de inmigrantes se han resistido, desde un principio a reconocer el derecho al reagrupamiento familiar, esta resistencia obedece a los temores que experimentan los Estados en éste ámbito, ya que, el inmigrante individual se considera que es un inmigrante de regreso, mientras que la emigración familiar la contemplan como una emigración de asentamiento, lo que supone que éste último puede encerrarse en sí mismo y

vivir de acuerdo a sus costumbre y normas, los del país de origen, que en ocasiones puede chocar con los de nuestro país, lo que puede suponer la modificación de la composición étnica del Estado receptor.

Todas estas cuestiones quedaron claramente de manifiesto en los Trabajos Preparatorios de la Conferencia sobre población y desarrollo que se celebró en El Cairo en 1994, en el que se concluyó que: “sólo puede llegarse a una solución de compromiso destinado a satisfacer a los países receptores de inmigrantes, los cuales proponían que se reconociera el derecho al reagrupamiento familiar como un principio, mientras que, los países emisores de emigración, deseaban que el derecho al reagrupamiento familiar se adoptara como un derecho”.

A pesar de mantener esta posición inicial por parte de los Estados receptores de inmigrantes, teniendo en consideración la normativa desarrollada en el ámbito internacional, y muy especialmente la Convención sobre los derechos del niño, así como otros instrumentos internacionales universales en materia de Derechos Humanos, los distintos Gobiernos, especialmente aquellos que son receptores de inmigrantes, deben reconocer la importancia vital que supone el reagrupamiento familiar para los mismos, y adoptar las medidas que favorezcan y promuevan el ejercicio efectivo de éste derecho para los inmigrantes que residen en forma legal en sus países, de forma que se asegure la protección de la unidad familiar constituida en forma legal en el país de origen.

En esta materia es necesario, por tanto, tratar de conciliar el derecho a vivir en familia de los inmigrantes con la soberanía nacional del país receptor, de lo que se desprende que, el control de la inmigración no puede separar las unidades familiares constituidas en forma legal en su país de origen, antes de llegar al país de acogida, en aras a la protección de la estabilidad económica. Se considera que a través de la posición adoptada por nuestro legislador ordinario, que calificamos como restrictiva en cuanto al no reconocimiento de otras unidades familiares constituidas en el país de origen y sin fraude de ley, se esconden en realidad, cuestiones de índole principalmente económico.

Expuesto el objeto de investigación en estos términos, consideramos necesario estructurar el presente trabajo, el derecho a la vida familiar de los inmigrantes extranjeros en los siguientes apartados: en el primero, trataremos de determinar el contenido del derecho a la vida familiar, que en el caso planteado se puede ejercitar por el inmigrante a través del derecho al reagrupamiento familiar, por ello, consideramos de interés determinar qué se entiende con el término reagrupamiento familiar. Seguidamente nos

ocuparemos de su fundamento constitucional, así como de la legislación promulgada en España en éste ámbito, a continuación trataremos de establecer qué sujetos pueden ejercitarlo, su extensión y sus límites, para concluir con una serie de observaciones críticas al tratamiento que se contiene en la legislación de extranjería en relación con el ejercicio del derecho a la vida familiar de algunos inmigrantes.

1.- EL REAGRUPAMIENTO FAMILIAR

1.1.- Qué es el reagrupamiento familiar

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

Si recurrimos al Diccionario de la Real Academia Española, el término reagrupar significa: “agrupar de nuevo o de modo diferente lo que ya estuvo agrupado”¹, lo que supone que, se agrupa de nuevo la familia que estuvo ya agrupada en el país de origen.

1.1.1.- La reagrupación familiar

Como punto de partida del presente trabajo, queremos destacar que los Estados receptores de emigrantes se resisten a que se hable del reagrupamiento familiar en términos de derecho. Esta resistencia obedece al temor que se experimenta por parte de los Estados al hecho de que a través del ejercicio de este derecho se aumente de forma importante la población extranjera.

Por otro lado, debe señalarse que los distintos Estados pertenecientes a la Unión están legislando sobre esta materia en el ámbito interno, incluso existen distintas Propuestas de Directivas del Consejo de Europa sobre el derecho a la reagrupación familiar² en el que se constituye objetivo del mismo establecer las condiciones en las que se ejercite efectivamente este derecho por parte de los nacionales de terceros países, en condiciones de igualdad, y cuyo fundamento reside en el art. 8 del Convenio de Roma.

¹ Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua española*, vigésima edición, Madrid, 1984.

² Propuesta de Directiva del Consejo de Europa sobre el derecho a la reagrupación familiar, COM (1999), 638 final, presentada el día 1 de diciembre de 1999.

Señalar también que, se ha promulgado una Directiva por parte del Consejo de la Unión Europea, Directiva 2003/86/ CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho al reagrupamiento familiar³.

Según se afirma en esta Directiva, su objetivo es: “fijar las condiciones en las que se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estado miembros”⁴. Seguidamente, en el art. 2º se contienen determinados conceptos, como: quien es nacional de un tercer país, qué se entiende por reagrupamiento familiar, quien puede ser reagrupante⁵. A continuación, señala a qué sujetos es extensible la autorización de entrada y residencia en el ejercicio del reagrupamiento familiar⁶. Y finalmente contiene el procedimiento a seguir⁷ y las condiciones de su ejercicio⁸.

1.1.1.1.- Ideas que desarrolla la doctrina

Tal y como establece KAYSER, el término reagrupamiento familiar designa en las relaciones internacionales, “la reunión junto a una persona que reside en un país del que no es nacional, de los miembros de su familia más próximos que residen en otro país, en condiciones de entrada y residencia más favorables que para el resto de extranjeros”⁹. Descrita la situación en estos términos, podemos decir que los Estados pueden regular o no y someter a autorización estas situaciones, tratándolas con mayor o menor amplitud, según conciban éstas situaciones como instrumentos de integración y estabilidad de los inmigrantes, o como factor que incrementa los desequilibrios y la tensión social¹⁰. Por otra parte, podemos decir que la OIT en su informe de 1994 puso de relieve la trascendencia social y humana

³ Directiva 2003/8/ CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho al reagrupamiento familiar, Diario Oficial de la Unión Europea, de 3 de octubre de 2003, L 251/12.

⁴ Art. 1º, de la Directiva sobre reagrupamiento familiar del Consejo.

⁵ Art. 2º, de la Directiva sobre reagrupamiento familiar del Consejo.

⁶ Art. 4, de la Directiva sobre reagrupamiento familiar del Consejo

⁷ Art. 5, de la Directiva sobre reagrupamiento familiar del Consejo.

⁸ Art. 6, 7 y 8, de la Directiva sobre reagrupamiento familiar del Consejo.

⁹ KAYSER, P. «Le regroupement familial dans le droit communautaire. La Convention européenne des droits de l’homme et le droit interne française, en *Rev. La semaine juridique*, 67^e année, número 21-22, 2 de junio de 1993. p. 235.

¹⁰ SANTOS ARNAU, L. “Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad: especial referencia al visado para la reagrupación familiar”, en *Extranjeros*, Directora: PICÓ LORENZO, C. Madrid, 1994. p. 455.

de la reagrupación, así como, su carácter esencial para la persona del inmigrante¹¹.

1.1.1.2.- Modo como se trata en la legislación nacional e internacional

Con carácter general podemos decir que, el derecho al reagrupamiento familiar se deduce en el ámbito nacional, de los arts. 32, 39, 10.1º y 18 CE, así como de distintos Tratados internacionales suscritos por España, entre los que resaltamos: el art. 16 DUDH, el art. 17 del PIDCP, el art. 14 del Convenio de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias, así como, el art. 8.1º del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹².

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

Una excepción a la falta de regulación que acabamos de expresar podemos encontrar, en el art. 44 del Convenio de Naciones Unidas de 1990 sobre protección de los trabajadores migrantes y sus familiares, en el que se establece: *“Los Estados parte, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad, y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y el Estado, quienes adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador. Los Estados parte tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges, o con aquellas personas que mantengan con el trabajador una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo”*.

En opinión de la mayoría de la doctrina este derecho no es absoluto, aunque evidentemente no pueden existir injerencias de las autoridades públicas en el ejercicio del mismo a no ser que sean necesarias¹³. Esta

¹¹ VII Informe de la OIT, Sesión 59, 1994. p. 27.

¹² Art. 8.1º CEDH: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar”.

¹³ CREPEAU, F. y CARLIER, JEAN-YVES. Intégration régionale et politique migratoire. Le modèle européen entre coopération et communautarisation, en *Journal du Droit International*, n.º. 4º. Octubre-noviembre-diciembre, 1999. p. 1012. “L’ingérence doit éter

limitación por parte de los Estados al ejercicio de este derecho se contiene expresamente en el apartado 2º, del art. 8 CEDHLF¹⁴.

1.1.2.- Historia del agrupamiento según las Leyes

En España, el derecho al reagrupamiento familiar se introduce por primera vez en el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica de extranjería en el año 1996, aunque simplemente como “una modalidad de visado”¹⁵, concepción que se reitera en la Resolución de 15 de febrero de 1994, por la que se dictan instrucciones generales y de procedimiento sobre la tramitación de visados para la reagrupación de familiares de extranjero no nacionales de los Estados miembros. De lo que acabamos de exponer se deduce que, el sistema español de extranjería se muestra renuente, a proclamar el derecho al reagrupamiento familiar.

El punto de inflexión en relación a considerar el reagrupamiento familiar como un derecho se va a producir como consecuencia del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, relativo a la entrada y permanencia en España de nacionales de los Estados miembros de la Comunidad europea. A partir de este momento, el derecho al reagrupamiento se configura, también, por parte de nuestro ordenamiento como un derecho cuyo ejercicio está sometido al cumplimiento de ciertas condiciones. Así también, la Proposición de Ley relativa a la situación de los extranjeros en España, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, de 9 de abril de 1991, representa un cambio de tendencia en la política de extranjería en nuestro país.

Dos años más tarde, y con el fin de cumplir con la resolución adoptada por el Consejo de Ministros de la Unión europea de 1993 de

prévue par la loi et constituer une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits de libérés d'autrui”.

¹⁴ Art. 8.2º CEDHLF: “No podrá haber injerencias de la autoridad pública en el ejercicio de este derechos (el que tiene toda persona al respeto de su vida privada y familiar) sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

¹⁵ SANTOS ARNAU, L. “Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad: especial referencia al visado para la reagrupación familiar”, en TAPINOS, G. P. *Inmigración e integración en Europa*, Barcelona, 1993. p. 459.

armonizar antes del 1 de enero de 1995 las políticas de los Estados miembros en el ámbito del reagrupamiento familiar, el Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados, de junio de 1998, incluyó entre sus propuestas la de regular el reagrupamiento familiar, con el fin de permitir que el derecho a vivir en familia de los extranjeros residentes abarcará, también, al cónyuge e hijos de éste, considerando que con ello se favorecía el arraigo del extranjero en el país de acogida. También se contempla la posibilidad de que transcurrido un período de tiempo razonable, los reagrupados pudieran obtener una autorización de residencia independiente del reagrupante¹⁶.

El cumplimiento del compromiso asumido por España se materializó, inicialmente, a través del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, arts. 23, 28 y 54. Este Real Decreto era el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica de extranjería 7/1985, y que hoy debe considerarse vigente en todo lo que no ha sido previsto en las Leyes Orgánicas promulgadas a partir del año 2000 en el ámbito de extranjería.

El régimen vigente de la regulación del reagrupamiento familiar se contiene en los arts. 16 y 17 de la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, modificada parcialmente por la Ley Orgánica 8/2000, así como en el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de las dos Leyes Orgánicas mencionadas anteriormente, art. 8.2º, arts. 14.1º, 40.4º, 44.4º-e)¹⁷. Se ha promulgado una nueva Ley Orgánica que reforma parcialmente alguno de los extremos que se contienen en las dos Leyes citadas anteriormente, nos estamos refiriendo a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Por último, se ha promulgado el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁸.

¹⁶ MOLINER NAVARRO, R. M. “Reagrupación familiar y modelo de familia en la L. O. 8/2000 de Derechos y libertades de los extranjeros en España”, en *Actualidad Civil*, nº 14/200. p. 487.

¹⁷ Este Real Decreto ha sido derogado a través del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Disposición Derogatoria única del Real Decreto 2393/2004.

¹⁸ Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros y su integración social. Boletín Oficial del Estado nº 6, de 7 de enero de 2005.

Nosotros centraremos el estudio en los arts. 16 y 17 de la Ley Orgánica 4/2000 (en lo que no ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2000) y la Ley Orgánica 14/2003, realizando especial énfasis en los tres apartados del art. 16¹⁹, así como en los apartados a), b), c), d), y e) del art. 17²⁰, teniendo presente que, el último de los apartados ha sido derogado por la Ley Orgánica 8/2000.

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

¹⁹ Art. 16 de la Ley Orgánica 4/2000: dentro del Capítulo II, Reagrupación familiar, art. 16: El derecho a la intimidad familiar. 1º)- “Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España. 2º)- Los familiares de los extranjeros que residan en España a quienes se refiere el artículo siguiente, tienen derecho a la situación de residencia en España para reagruparse con el residente. 3º)- El cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él agrupados, conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición”.

²⁰ Art. 17: Familiares reagrupables: “El extranjero residente tiene derecho a que se conceda permiso de residencia en España para reagruparse con él a los siguientes parientes: a)- El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes”. b)- “Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su ley personal y no se encuentren casados. Cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efectos en España”. e)- “Cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias”.

dos nuevos apartados, el 3º y 4º. Se ha modificado, también, el contenido del apartado 2º del art. 18, y se suprime el apartado 4º. Para concluir, se ha modificado el art. 19, en lo que concierne a los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias familiares.

1.1.3.- Planteamiento para tratar en este apartado

Los extranjeros residentes en España, por tanto, en base a la legislación que acabamos de citar gozan de plena protección de sus derechos y libertades fundamentales. Dentro de éstos derechos se reconoce el derecho a reunirse con su familia, entendida como familia nuclear, en el Estado de acogida. Así pues, el derecho al reagrupamiento familiar del inmigrante legal “no es un favor que se le concede al mismo, sino un derecho”²¹, y por tanto, su disfrute no puede hacerse depender de cuestiones económicas. Además, los requisitos que se imponen a los mismos no deben ni pueden dejar vacío de contenido el ejercicio del derecho²².

Es de destacar que en la legislación de extranjería desarrollada en nuestro país, “no aparecen principios que impulsen el reconocimiento de la multiculturalidad, que será a la larga un criterio decisivo de la integración, quizás porque se piense, que ésta depende más de leyes sectoriales (de educación y cultura) y de las políticas de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamientos, que de grandes proclamaciones legales”²³.

Lamentablemente ha sido escasa la relevancia jurídica concedida por el legislador ordinario español a la cuestión de la multiculturalidad, lo que ha supuesto que la respuesta legislativa al conflicto de la multiculturalidad haya sido escasa²⁴. En esta línea, no se permite el reagrupamiento de más de un cónyuge, aunque sí es posible la de los hijos habidos en las sucesivas

²¹ CARLIER, J. Y. Perspectivas et conclusión. Quels droits pour quels étrangers?, en *Revue du Droit des étrangers*, número 90, pp. 685 y ss.

²² EZQUERRA UBERO, J. J. “El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España”, en *Migraciones*, 1, 1997. p. 187.

²³ AJA, E. Coordinador, *La nueva regulación de la inmigración en España*, Valencia, 2000. p. 251-252.

²⁴ ESPLUGUES NOTA, C. “Inmigración y Derecho de extranjería, (especial referencia a la reagrupación familiar)”, en RODRÍGUEZ BENOT, A. “La multiculturalidad: especial referencia al Islam”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, VIII, Madrid, 2002. p. 108. Considera el autor que, la ausencia de presión multicultural determina que la respuesta legislativa ofertada hasta el momento sea mínima tanto en número de disposiciones como en sectores abordados.

uniones del residente extranjero polígamo en determinadas circunstancias, y siempre que concurren determinados requisitos.

Esta posición que adopta la legislación de extranjería supone, más que un modelo de integración, un modelo de asimilación que pretende obtener el máximo de homogeneidad posible, en este sentido la regulación no se plantea armonizar las peculiaridades del Derecho de familia islámico, del que proceden gran número de inmigrantes, sino que lo que se ha tratado es que los inmigrantes se adhieran a los valores fundamentales de la cultura de los países de acogida, éste ha sido el principio inspirador de nuestra nueva legislación²⁵.

Como consecuencia del principio que ha informado la promulgación de la legislación de extranjería, (principio de asimilación de los distintos modelos familiares bajo el modelo común de la familia matrimonial monógama, ya que reconoce exclusivamente el derecho al reagrupamiento familiar a la esposa e hijos, y no reconoce la extensión de éste derecho a quienes conviven en relación de pareja²⁶, no existiendo matrimonio y concurriendo el resto de elementos que se exigen a dicha relación, como descendencia y relación de dependencia) trataremos de dilucidar si los derechos y restricciones que se contienen en la misma han respetado, o por el contrario, violan los derechos y libertades que el texto constitucional y el art. 8 del CEDH reconoce a los extranjeros residentes legalmente en

²⁵ En el ámbito de extranjería ver, entre otros lo siguientes autores: PALAO MOREO, “La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural”, en *Actualidad civil*, nº15/2001, p. 530 y ss. GARCÍA RODRÍGUEZ, I. “Minorías Y Derecho internacional privado: Introducción”, en GARCÍA RODRÍGUEZ, I. (Ed). *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Madrid, 2001, pp. 301 y ss. CALVO CARAVACA, A. L. y IRIARTE ÁNGEL, J. L. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000. BORRAS RODRÍGUEZ, A. “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo islámico”, en BORRÁS, A. Y MERNISSI, S. *El islam jurídico Europa*, Barcelona, 1998, pp. 163 y ss. ABARCA JUNTO, “La regulación de la sociedad multicultural”, en CALVO CARAVACA A. L. y IRIARTE ÁNGEL, J. L. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000. pp. 165 y ss. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. “Tus nubendí y orden público matrimonial”, en *BJM*, nº 1862, pp. 431 y ss. GARCÓN ABELLÁN, M. “Nosotros y los otros: El desafío de la inmigración”, en *Jueces para la democracia*, nº 40, 2001, p. 3.

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

España, concretamente el derecho a crear y vivir en familia, así como el derecho a la intimidad familiar.

Nos planteamos esta cuestión ya que, como bien estableció el Tribunal Constitucional en la Sentencia 113/1989, de 22 de junio, Fundamentos Jurídicos 2º y 3º, “la potestad de mediación legislativa de los derechos no es absoluta, ni dependiente del arbitrio del legislador ordinario, de forma que cuando el legislador tenga que imponer requisitos o limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental, su legitimidad constitucional habrá de ser examinada para comprobar si responde a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la debida proporcionalidad con dichas finalidades”²⁷.

Se han pronunciado distintas sentencias por parte del Tribunal Constitucional en las que se ha establecido que, en ocasiones, se puede considerar inconstitucional una medida legislativa, cuando la misma trata de proteger un bien o interés, y a su vez, resulta lesionado un derecho fundamental, por considerarse o resultar desproporcionada²⁸.

2.- FUNDAMENTO JURÍDICO DEL REAGRUPAMIENTO FAMILIAR

2.1.- Objetivo de esta regulación

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

²⁷ STC 113/1989, en la presente sentencia se plantaba una cuestión de inconstitucionalidad por parte de la Audiencia Provincial de Oviedo respecto al art. 22.1º del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que en la Resolución 1989/113, Fundamentos Jurídicos 2º y 3º, se declaró inconstitucional.

²⁸ STC 204/1997, de 25 de noviembre, F. J. 2º y 5º, STC 123/1997, de 1 de julio, F. J. 3º, STC 67/1997, de 7 de abril, F. J. 7º,

arbitrarias de los poderes públicos”²⁹, cuestión que en principio no parece haberse tenido en consideración por parte del legislador.

2.2.- Normativa jurídica en la que se fundamenta

El fundamento jurídico del derecho que tiene el extranjero residente legalmente en España se contiene, además de en los Tratados internacionales ratificados por España³⁰, en los arts. 13³¹, 10.1³², 10.2³³ y 18³⁴ CE, así como, en el art. 27³⁵ del Código civil³⁶. Otras normas que perfilan los derechos de los extranjeros en España son: la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, que desarrolla la Ley Orgánica anteriormente citada, así como las dos Leyes Orgánicas promulgadas³⁷, y el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, en éstas últimas se reconoce expresamente el reagrupamiento familiar como derecho que corresponde a los extranjeros residentes. Así también, se ha promulgado recientemente la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, en la que se contienen algunas modificaciones en la materia que nos ocupa.

²⁹ BUCHER, A. “La familia en Droit internacional privé”,... *cit.* p. 98.

³⁰ Art. 8 del CEDHLF, art. 12 PIDCP.

³¹ Art. 13 CE: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

³² Art. 10.1º CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social”.

³³ Art. 10.2º CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

³⁴ Art. 18 CE: “Se garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar”.

³⁵ Art. 27 del Código civil: “Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados”.

³⁶ PÉREZ VERA, E. y ABARCA JUNCO, P. “Comentarios al art. 13 CE”, en *Comentarios a la Constitución de 1978*, Tomo II, arts. 10 a 23, dirección: ALZAGA VILLAMIL, O. Madrid, 1996. pp. 192 y 194.

³⁷ L. O. 4/2000 de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, de 11 de enero y la L. O. 8/2000, de 22 de diciembre.

Queremos destacar que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido enunciando, a través de distintas resoluciones, lo que debe entenderse por vida familiar³⁸. De todo esto se desprende que, el derecho al reagrupamiento familiar se constituye en un “derecho fundamental del extranjero cuyo fundamento jurídico residen en el art. 16 del Convenio de Roma, así como, en el art. 18 CE siempre que se circunscriba al círculo familiar que constituye su vida privada y su intimidad”³⁹.

2.3.- Derechos en que se basa:

El derecho al reagrupamiento familiar se fundamenta principalmente, en el art. 13 CE, en el que se afirma que los extranjeros gozan de los derechos contenidos en el Título I de la Carga Magna, el 10 CE, en el que se establece que la dignidad de la persona y su libre desarrollo personal, se constituye en el fundamento del orden político y de la paz social, así como, en el art. 18 CE que contiene como derecho fundamental la intimidad personal y familiar.

a)- Los derechos reconocidos a los extranjeros: art. 13 CE

El art. 13 CE reconoce en su apartado primero, el derecho que asiste a los extranjeros en el territorio español de “*tener las libertades públicas que se recogen en el Título Primero del propio texto en los términos que establezcan los tratados y la ley*”, por tanto comprende este Título, los derechos y libertades contenidos en los arts. 10 a 55 CE⁴⁰. Como

³⁸ Sentencia Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985, incluye la relación matrimonial dentro del ámbito familiar. Reconoce en base al art. 8º del Convenio, que no cabe la expulsión del cónyuge extranjero de un residente, a quien asiste el derecho a su vida familiar. La Sentencia Ahmut contra Holanda, de 28 de noviembre de 1996 delimita el concepto, al considerar que entre cónyuges se establece y desarrolla una vida familiar amparada por el Convenio de Roma. La Sentencia Berrehab contra Holanda de 21 de junio de 1988, afirma que la relación paternofamiliar, incluso si el matrimonio ha concluido como relación familiar. La Sentencia Marckx contra Bélgica, de 13 de junio de 1979, señala que no pueden realizarse distinciones entre los hijos naturales y legítimos o lo que es lo mismo entre filiación matrimonial y no matrimonial”.

³⁹ MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Y. “Comentarios al art. 16 de la Ley Orgánica”,... *cit.* p. 28.

⁴⁰ GARCÍA RODRÍGUEZ, I. “La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios”, en *Actualidad civil*, 1992-2. nº 14 a 26. pp. 450-453. Ley Orgánica de extranjería 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España. Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero. Orden de

consecuencia de este mandato que se contiene en el texto constitución se hizo necesaria la promulgación de distintas leyes que recogemos a continuación. En todas ellas, se tratará de reconocer a los extranjeros “la máxima cota de derechos y libertades, equiparando en la medida de lo posible su ejercicio al de los ciudadanos españoles, limitándolo exclusivamente, cuando lo exijan las medidas necesarias para mantener la seguridad pública”⁴¹.

b)- La dignidad de la persona: art. 10 CE

En relación con el contenido de los derechos que corresponden a los extranjeros, se ha establecido que abarca a todos los derechos que “se predicen de la persona en cuanto tal y no como ciudadanos o de aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”⁴². Por lo que hace referencia a los límites, se ha considerado que “si bien el propio art. 13.1º CE autoriza al legislador a restringir los derechos de los extranjeros, no le otorga una libertad ilimitada, la limitación deriva tanto del art. 10.1º CE que hace referencia a “los derechos que son imprescindibles para garantizar la dignidad humana y su libre desarrollo personal, que en base al art. 10.1º CE se constituye en fundamento del orden político español, como en el art. 10.2º CE, ya que a través del desarrollo legislativo no se puede afectar al contenido determinado para el derecho en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por España”⁴³.

c)- Garantía de la intimidad: art. 18 CE

8 de enero de 1999. normas generales y de tramitación de los expedientes de visado y de los permisos de residencia por reagrupación familiar. MOLINER NAVARRO, R. M. “Reagrupación familiar y modelo de familia en la L. O. 8/2000 de Derechos y libertades de los extranjeros en España”, en *Actualidad Civil*, nº 14/2001. pp. 487 y ss.

⁴¹ Preámbulo de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio.

⁴² PÉREZ VERA, E. Y ABARCA JUNCO, E. “Comentarios al art. 13 CE”,... *cit.* p. 196. STC 107/1984 de 23 de noviembre.

⁴³ PÉREZ VERA, E. Y ABARCA JUNCO, E. “Comentarios al art. 13 CE”,... *cit.* p. 195. STC 107/1984 de 23 de noviembre. En el mismo sentido las STC 99/1985, STC 115/1987, STC 112/1991 y STC 242/1994.

El art. 18 CE en su apartado 1º “garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar”, derecho que ha sido desarrollado a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. A través de este reconocimiento el derecho a la intimidad personal y familiar se constituye, al igual que el resto de derechos que se consagran en art. 18, en “derechos fundamentales de la personalidad y no como derechos subjetivos de naturaleza privada, que es como se configuraban anteriormente”⁴⁴.

En relación a la delimitación del concepto del derecho a la intimidad personal y familiar, hemos de decir que, ni el propio art. 18 CE, ni la Ley Orgánica que lo desarrollan determinan su contenido⁴⁵, así pues, para establecer el contenido de éste derecho acudimos a ALBADALEJO que establece que se constituye como contenido del mismo: “el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desea el interesado”⁴⁶.

Desde una perspectiva liberal⁴⁷, la familia es titular de derechos fundamentales, dentro de los que se encuentra el derecho a la intimidad que se constituye en una “auténtica barrera que impide la intervención del Estado”⁴⁸. La pasividad del Estado con el fin de preservar la intimidad familiar se dará siempre que dentro de este grupo, la familia, se promuevan los valores generales de la sociedad, de forma que cuando esto no se produzca, se convertirá en objeto de intervención por parte de los poderes públicos, de no ser así se estaría incurriendo en la perpetuación de opresiones y desigualdades que vulneran el orden público”⁴⁹.

Que la familia debe promocionar los valores generales de la sociedad y que si no es así existe la obligación de los poderes públicos de intervenir,

⁴⁴ SEMPERE RODRÍGUEZ, C. “Comentarios al art. 18 CE: Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen, en Comentarios a la Constitución de 1978”, en *Comentarios a la Constitución de 1978*, Tomo II, arts. 10 a 23, Dirigido por ALZAGA VILLAMIL, O. Madrid, 1996. p. 390.

⁴⁵ *Ibidem*,... p. 496.

⁴⁶ ALBADALEJO, S. en *Derecho civil*, I, volumen 2º, Madrid, 1996, p. 66.

⁴⁷ ROCA, E. *Familia y cambio social. (De la <casa> a la persona)*, Madrid, 2000. pp. 62-63. “El concepto liberal de familia se basa en la filosofía de la mínima intervención porque la intervención coactiva del Estado produce más inconvenientes que ventajas”.

⁴⁸ *Ibidem*,... pp. 63-64.

⁴⁹ DINGWALL, R. “Dilemas Of Family Policy in Liberal States”, en MACLEAN-KURCZEWSKI (EDS.), en *Family, Politics and the Law*, Oxford University Press, pp. 64-65, citado por ROCA, E. en *Familia y cambio social*,... cit. p. 65-66.

supone que no se están preservando el derecho a la diferencia del que pueden ser titulares determinadas familias, lo que supone que a través de esta política intervencionista, el Estado considere que la familia es la correa de transmisión de la cultura mayoritariamente asumida en la sociedad, y que cuando esto no se produce, debe intervenir, lo que acarrea que no se está protegiendo, preservando y promocionando el pluralismo, consagrado como uno de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento, en el art. 1.1º CE, y la neutralidad, extensible no sólo al ámbito religioso, sino también, al ámbito cultural, entendida ésta como neutralidad del Estado ante las cuestiones culturales, no sólo como no intervención del Estado, sino y sobre todo como promoción del pluralismo, lo que supone llegar a aplicar incluso la discriminación positiva a favor de determinadas singularidades culturales.

Este derecho a la intimidad personal y familiar se encuentra protegido de cualquier intromisión por parte de los particulares⁵⁰ y los poderes públicos, aunque no es un derecho absoluto, sino que es posible que en determinadas ocasiones se encuentre limitado. Esta limitación estará legalmente prevista y debe obedecer al interés de proteger otros derechos constitucionales o a intereses públicos⁵¹. En base a esta limitación, los extranjeros, quizás, no podrán alegar la intromisión ilegítima en su intimidad personal y familiar con el fin de limitar el ejercicio de determinados derechos (el reagrupamiento familiar de más de un cónyuge), que se recoge en la legislación de extranjería, cuestión que trataremos de desarrollar en el presente trabajo.

b.1.- Individual

Por lo que ha establecido el Tribunal Constitucional, la intimidad personal no sólo comprende en su núcleo esencial la protección de datos de la persona, sino que alcanza también, a la intimidad corporal, inmune a toda indagación o pesquisas sobre el propio cuerpo, lo que permite entender

⁵⁰ ROCA, E. *Familia y cambio social...* cit. p. 64. “El derecho a la intimidad no es un derecho fundamental que el individuo tenga freno a cualquiera que intente lesionarlo, sino que se ostenta preferentemente frente al Estado, en la concepción liberal es también un sistema para restringir la actuación del Estado”.

⁵¹ STC 110/1984. En este sentido, LATORRE SEGURA, A. en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, número 44, p. 1421.

protegido el sentimiento de pudor, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad⁵².

b.2.- Familiar

Según se desprende de la STC 231/1988, de 2 de diciembre, la intimidad personal “no se agota en la propia persona, sino que se extiende a aspectos de la vida privada de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como la familiar, existiendo al respecto un derecho propio y no ajeno a la intimidad, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional”⁵³.

Como concreción del derecho a la intimidad familiar y a la protección que deben prestar a la misma los poderes públicos, se ha reconocido el derecho al reagrupamiento familiar del extranjero que reside en nuestro país de forma legal. En consecuencia, se ha desarrollado la legislación de extranjería en la que se contiene toda una enumeración detallada de los sujetos titulares del derecho al reagrupamiento familiar. Los arts. 16 y 17 de la Ley Orgánica 4/2000, parcialmente derogada a través de la Ley Orgánica 8/2000, desarrollada por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, así como la Ley Orgánica 14/2003 establecen que podrán ejercer éste derecho: el cónyuge, los hijos, los ascendientes y otros familiares.

3.- LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE REAGRUPAMIENTO FAMILIAR

3.1.- Política de reagrupación

El modelo familiar elegido por el legislador español a efectos del reagrupamiento familiar, está en sintonía con el resto de legislaciones de los países de la Unión, legislación que estará en vigor hasta que entre la Directiva comunitaria en esta materia⁵⁴. Todas las legislaciones contienen

⁵² STC 57/1994.

⁵³ STC 231/1988, de 2 de diciembre, Fundamentos Jurídicos, 4º y 5º. “no se limita sólo a los vínculos familiares *strictu sensu* (matrimonio), sino también a los familiares de hechos, art. 39 CE”.

⁵⁴ Directiva 2003/86/ CE DEL consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Diario Oficial de la Unión Europea, de 3 de octubre de 2003, L 251/12. Anteriormente se habían elaborado distintas propuestas de Modificación de la Directiva del Consejo sobre el derecho a al reagrupación, entre otras cabe destacar: Propuesta modificada (2001/C 62E/04 de Directiva del Consejo sobre el derecho a la

normas que precisan el contenido del modelo familiar de su país, lo que acarreará que en ocasiones los inmigrantes no puedan reunir en el Estado de acogida a través del reagrupamiento familiar a todos sus familiares.

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

Es de destacar que la familia es el núcleo convivencial en el que se transmiten las tradiciones culturales de las personas, así pues una política que favorezca el reagrupamiento familiar de los inmigrantes provenientes de culturas que no comparten un mínimo común de valores del país de acogida acarreará, en opinión de los distintos Estados, “no solo una grave crisis socioeconómica, sino que hará imposible la asimilación de los mismos y permitirá la introducción de prácticas culturales que están totalmente en contradicción con las disposiciones jurídicas del país de acogida, como son por ejemplo, la poligamia, la repudiación, la sumisión y la discriminación de la mujer en relación con el hombre entre otras”⁵⁵.

A pesar de las reticencias de los Estados a la hora de regular el derecho al reagrupamiento familiar de los inmigrantes instalados regularmente en los distintos países, es necesario “armonizar la legislación de los distintos Estados de la Unión con el fin de que el derecho a vivir en familia de los inmigrantes no esté subordinado a los cambios políticos y coyunturales de los distintos países de la Unión”⁵⁶.

3.2.- Motivos de la reagrupación

El reagrupamiento familiar sólo tiene sentido en cuanto que procede de un deber de protección de la vida en familia del extranjero, derivado de un derecho fundamental, cuyo contenido esencial no puede desvirtuarse a raíz de la configuración legal. Ese contenido esencial abarca, tanto las relaciones estrictamente afectivas de pareja (cónyuges, parejas de hecho), así como, las relaciones propiamente familiares (filiación, parentesco,

reagrupación familiar, COM (2000) 624 final- 1999/0258 (CNS), DOCE C 62 E, de 27 de febrero de 2001, p. 99.

⁵⁵ PRENCIPE, L. *Famille, migrations, Europe*, París, 1988. p. 33.

⁵⁶ PRENCIPE, L. *Famille, migrations, Europe, ... cit.* p. 36.

dependencia), lo que supone que si bien resulta prudente y lógico, en aras a la seguridad jurídica, que se determinen en las legislaciones promulgadas por los distintos Estados los sujetos reagrupables, esto no significa que se imponga al titular del derecho los parámetros de su vida afectiva y familiar⁵⁷.

Así pues, podemos cuestionarnos si la realidad social y jurídica de los países de los que mayoritariamente proceden los inmigrantes, permiten pensar que el derecho a la vida afectiva de pareja y familiar, en sentido amplio, queda garantizado con las exigencias que se contienen en la legislación. Parece justo, considera MOLINER, que por encima de las posibilidades de fraude, de la seguridad jurídica, o de cualquier otra consideración, el extranjero residente debe tener algún margen en la determinación de la persona o personas idóneas con las que quiere compartir su vida afectiva⁵⁸.

A modo de ejemplo de lo que acabamos de establecer diremos que si tenemos en consideración el art. 17 de la Ley Orgánica 4/2000, se incluye dentro de los familiares reagrupables, al cónyuge, excluyendo del mismo a las relaciones convivenciales no matrimoniales, sean éstas homosexuales o heterosexuales. Esta exclusión acarrea, no tener en consideración la indeterminación conceptual en relación con el término familia que realizó el legislador constituyente, lo que permite incluir dentro de dicha unidad convivencial otras realidades familiares, como pueden ser las uniones de hecho. Todo ello supone que estaría justificado el reconocimiento del derecho al que expresamente hace referencia al cónyuge se extienda a la persona que convive de hecho con el sujeto reagrupante⁵⁹. La falta de conciencia y omisión legislativa en este sentido del legislador en la ley de extranjería supone, la vulneración del contenido esencial del derecho a la vida afectiva y familiar del inmigrante, siempre que en dichas uniones existan hijos comunes⁶⁰.

⁵⁷ MOLINER NAVARRO, R. “Reagrupación familiar y modelo de familia en la L. O. 8/2000”,... *cit.* pp. 487 y ss.

⁵⁸ *Ibidem*,... pp. 487 y ss.

⁵⁹ En este sentido se pronuncia, también, la Recomendación 2.2 del Dictamen del Comité de las Regiones sobre la *Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar*, de 26 de marzo de 2003.

⁶⁰ MOLINER NAVARRO, R. “Reagrupación familiar y modelo de familia en la L. O. 8/2000”,... *cit.* pp. 487 y ss.

3.3.- Bases para el tratamiento del reagrupamiento

Los criterios generales de la política legislativa con relación a los extranjeros ha sido plasmada en el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2000, precisando los que presidían el texto anterior de la Ley Orgánica 4/2000. Así el legislador justifica la reforma aludiendo a que la experiencia habida en la vigencia del texto anterior, se detectan: “aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma”. Por otro lado, considera necesario conformar la regulación a los Acuerdos de Tampere de 1999, y reconoce que sus nuevas previsiones responden: “a una situación y características de la población extranjera en España, no sólo en la actualidad, sino de cara a los años venideros, regulándose la inmigración como un hecho estructural lo que ha convertido a España en un país de destino de flujos migratorios”.

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

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

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

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

su ejercicio, y c)- máxima reducción de las personas reagrupables, evitando con ello que la reagrupación se convierta en una puerta abierta e incontrolada a la inmigración⁶¹.

Por su parte, la Ley Orgánica 14/2003 señala en su Exposición de Motivos que: “Se procede a la modificación legislativa como consecuencia de que la inmigración es un fenómeno mutable. Dichas circunstancias, unidas a la necesidad, por un lado, de adaptar la normativa interna en esta materia a las decisiones que durante los dos últimos años han sido tomadas en el seno de la Unión Europea, así como, por otro, incorporar determinadas consideraciones técnicas efectuadas por el Tribunal Supremo han aconsejado revisar diversos aspectos de la legislación vigente sobre extranjería e inmigración”.

3.4.- Precedentes: Régimen de la Ley Orgánica 7/1985

3.4.1.- No reconoce el reagrupamiento familiar

En la presente Ley Orgánica no se reconoce el derecho al reagrupamiento familiar de los extranjeros, solamente se contiene el derecho a que gocen de los derechos y libertades que se reconocen en el Título I CE⁶², a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia⁶³.

3.4.2.- Posteriores Reales Decretos en los que se acepta para los miembros de la Comunidad Europea

Posteriormente, se promulgaron dos Reales Decretos en los que se contiene por primera vez, en el ordenamiento jurídico español, el derecho que asiste a los familiares de los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea. Estos dos Reales Decretos, si bien no recogen expresamente el reagrupamiento familiar, establecen que serán de aplicación éstos Decretos a determinados familiares de los nacionales de otros Estados

⁶¹ MOLINER NAVARRO, R. M. “Reagrupación familiar y modelo de familia en la Ley Orgánica 8/2000 de Derechos y libertades de los extranjeros en España”,... *cit.* p. 503.

⁶² Art. 4.1º de la Ley Orgánica 7/1985. Se reconoce el ejercicio de los derechos y libertades, en los términos establecidos en la presente Ley, y en las que regulan el ejercicio de cada uno de ellos.

⁶³ Art. 6 de la Ley Orgánica 7/1985. “ Sin más limitaciones que las previstas en las leyes y las determinadas por razones de seguridad pública, que podrá disponer el Ministerio del Interior, con carácter individual, y que solamente podrá consistir, en medidas adecuadas para el mantenimiento del orden público”.

miembros de la Comunidad, entre los que se recoge expresamente: “el cónyuge, siempre que no estén separados de hecho o de derecho, a los descendientes del cónyuge y del que ostente la nacionalidad de un Estado de la Comunidad”⁶⁴. Estas fueron las primeras normas promulgadas por el legislador español que guardaban cierta relación con el ámbito familiar, aunque hacían referencia solamente al ámbito de los ciudadanos nacionales de algún país miembro de la Comunidad.

3.4.3.- Disposición Adicional Tercera del Reglamento

Es de destacar que, el reagrupamiento familiar aparece por primera vez en una “Disposición Adicional, la tercera, del Reglamento de ejecución de la Ley de extranjería”⁶⁵. En la presente Disposición Adicional se establece: “que se tratará preferentemente, y tramitará a través del procedimiento de urgencia, las peticiones de visado que se soliciten como consecuencia del reagrupamiento familiar”⁶⁶. Será necesario esperar hasta la promulgación del Reglamento de Ejecución de la Ley de extranjería, Real Decreto 155/1996, para ver como se recoge expresamente el

⁶⁴ Art. 2, 2º.a) y 2º.b) del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de los nacionales de Estados miembros de la Comunidades Europeas, el artículo único del Real Decreto 737/1995 de 5 de mayo, que modifica el Real Decreto anterior, apartados 2º, que modifica el contenido del art. 2º, a), b) y c). Así también se reconocen determinados derechos a algunos familiares de los residentes en alguno de los países miembros de la Comunidad Europea, concretamente: art. 8.4º: Si los interesados hubieran fallecido en el curso de su vida activa antes de haber adquirido el derecho a residir en territorio español con carácter permanente, las autoridades competentes expedirán o renovarán la tarjeta de residente a los miembros de su familia cuando concurra alguna de las siguientes condiciones: c)- que el cónyuge supérstite, siempre que no estuviere separado de hecho o de derecho, fuera ciudadano español o y hubiera perdido la nacionalidad española como consecuencia de su matrimonio con el interesado. Art. 8.5º: Se expedirá o renovará la tarjeta de residencia a los miembros de la familia, sin necesidad de que se cumplan las condiciones previstas en el apartado anterior, cuando el interesado hubiera fallecido después de haber adquirido el derecho a residir en el territorio con carácter permanente. Real Decreto 766/1992.

⁶⁵ SANTOS, L. “Elementos jurídicos de la integración de los extranjeros”, en TAPINOS, G. P. en *Inmigración e integración en Europa*, Barcelona, 1993. pp. 120-121. Cuestión que no está en sintonía con el Derecho comunitario derivado, Reglamento 1612/68, de 15 de octubre, ni con la Ley 30 de diciembre de 1986, nº 943 promulgada en Italia o con otros instrumentos internacionales como la Convención europea de Derechos Humanos, art. 8, en todos ellos se reconoce el derecho al reagrupamiento familiar como un derecho del trabajador.

⁶⁶ *Ibidem*,... p. 121.

reagrupamiento familiar como derecho que asiste a los extranjeros que se encuentran legalmente en el territorio español⁶⁷.

3.4.4.- Forma de concederlo y amplitud del reagrupamiento

Se promulga el Real Decreto 155/1996 como consecuencia de la Resolución adoptada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea, citado anteriormente, con el fin de armonizar las legislaciones de los países pertenecientes a la Unión en el ámbito del reagrupamiento familiar. El Real Decreto se encuentra vigente, en todo lo no previsto por la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, reformado sustancialmente por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España⁶⁸, así como por la Ley Orgánica 14/2003.

En el presente Real Decreto se establece dentro de los distintos tipos de visados de residentes, los que pueden concederse como consecuencia del reagrupamiento familiar⁶⁹. En relación con el visado de residencia que puede ser concedido como consecuencia del reagrupamiento familiar, su regulación se contiene en el art. 23.2º, en el que se afirma que: “será necesario el informe favorable de la autoridad gubernativa competente, y éste se concederá a los extranjeros que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en el art. 54 de este Reglamento, y que así lo soliciten para reagruparse con un familiar residente en España, el informe tendrá carácter vinculante”⁷⁰.

⁶⁷ Art. 23.2º, 28.1º y 2, 30.3º, 54 y 56.5º y 7º del Real Decreto 155/1996 de 2 de febrero. Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985. FORNER, J. J. “La familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y extranjería”, en ALEGRIA BORRAS, y SALIMA MERNISSI, en *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona, 1997. pp. 199 y ss.

⁶⁸ MOLINER NAVARRO, R. M. “Reagrupación familiar y modelo de familia en la Ley Orgánica 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España”, en *Actualidad Civil*, nº 14 de 2001. pp. 487 y ss.

⁶⁹ Art. 23.2º del Real Decreto 155/1996: “Los visados de residencia para reagrupación familiar podrán ser concedidos, previo informe favorable de la autoridad gubernativa competente, a los extranjeros que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en el art. 54 de este Reglamento y que lo soliciten para reagruparse con un familiar residente en España. Dicho informe tendrá valor vinculante con respecto a las condiciones que deban acreditarse por el reagrupante, conforme al art. 28.1 del presente Reglamento. La documentación que se requiere para los visados de residencia y que guardan relación con el reagrupamiento familiar se contienen en los arts. 28.1 y 28.2, así como el art. 30.3º del presente Real Decreto.

⁷⁰ Art. 23.2º del Real Decreto 155/1996.

El presente artículo enumera los familiares que tienen derecho a residir en territorio español como consecuencia del reagrupamiento familiar, entre los cuales se encuentra: “el cónyuge, *siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, que no resida con el extranjero otro cónyuge, y que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley*”⁷¹, los hijos, “*que en el momento de la solicitud sean menores de edad que no estuvieran casados*”⁷². Así mismo, se establece que “*éstos familiares podrán obtener un permiso de residencia independiente por motivo de reagrupamiento familiar*”⁷³, aunque también se hace depender el permiso de residencia de todos estos familiares, de la residencia legal en España del reagrupante, y de las circunstancias que originaron su concesión⁷⁴.

Se reconoce asimismo, un permiso de residencia independiente para el cónyuge y los hijos, siempre que concurren determinadas circunstancias⁷⁵. Se prohíbe expresamente el reagrupamiento de más de un cónyuge del residente extranjero⁷⁶, así pues, no se permite el reagrupamiento familiar polígamo. Esta limitación ya se encuentra contenida en el apartado “a”, del art. 54.2º puesto que se establece: “que tiene derecho a residir en territorio español el cónyuge del extranjero residente, *siempre que no resida con el extranjero otro cónyuge*”, aunque su redacción es más confusa que la que recoge el apartado 6º.

Por último se recoge como causa de extinción del permiso de residencia: “*la separación de hecho o de derecho del cónyuge del residente extranjero, cuando el permiso de residencia se dio como consecuencia del reagrupamiento familiar, a no ser que concurren las circunstancias que se expresan en el art. 54.4º*”⁷⁷.

⁷¹ Art. 54.2º.a) del Real Decreto 155/1996.

⁷² Art. 54.2º.b) del Real Decreto 155/1996.

⁷³ Art. 54.3º del Real Decreto 155/1996.

⁷⁴ Art. 54.4º del Real Decreto 155/1996.

⁷⁵ Art. 54.5º y 7º, del Real Decreto 155/1996. Apartado 5º: “El cónyuge podrá obtener un permiso de residencia independiente cuando: a)- obtenga un permiso de trabajo. b)- acredite haber convivido en España con su cónyuge durante dos años. Este plazo podrá ser reducido cuando concurren circunstancias de carácter familiar que así lo justifiquen. c)- el reagrupante hubiere fallecido con residencia legal en España”. Apartado 7º: “los hijos del reagrupante obtendrán un permiso de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad”.

⁷⁶ Art. 54.6º del Real Decreto 155/1996. “No se podrá conceder un permiso de residencia a un extranjero como cónyuge de un residente extranjero cuando otro cónyuge de éste ya resida con anterioridad en España”.

⁷⁷ Art. 60.c) del Real Decreto 155/1996.

En el presente Real Decreto se evita el reconocimiento de la familia polígama, o lo que es lo mismo, el reagrupamiento de más de un cónyuge del residente extranjero.

Este Real Decreto se considera vigente en todo lo que no haya sido modificado por la normativa promulgada con posterioridad, por parte del legislador español. A modo de conclusión podemos establecer que la presente normativa “conduce a la asimilación-equiparación”⁷⁸ de todos los modelos familiares que pueden existir en los países de los que proceden los inmigrantes en el propio de la cultura occidental, la familia matrimonial monógama, no extendiéndose este derecho al conviviente de hecho.

3.5.- Régimen vigente: Leyes Orgánicas 4/2000, 8/2000 y 14/2003

El Acuerdo del Pleno del Congreso adoptado en junio de 1998 incluyó entre sus propuestas, la de “regular el reagrupamiento familiar de los extranjeros, para permitir que el derecho a vivir en familia alcanzará a los cónyuges, hijos menores de edad y ascendientes, ya que, se consideraba que los inmigrantes no podían ser considerados exclusivamente como mano de obra, sino como personas titulares de derechos, dentro de éstos se encontraría el de vivir en familia”⁷⁹.

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

Las Leyes Orgánicas desarrolladas a partir del año 2000 establecen un “régimen jurídico diferenciado, normalmente discriminatorio, aplicable a un grupo de individuos por su condición personal de extranjeros, que afecta tanto a valores superiores del ordenamiento jurídico recogidos en el art. 1.1º CE, (como son la igualdad, la libertad y la justicia), así como, a principios constitucionales, (como la libertad e igualdad efectivas, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad ante la ley e interdicción de la discriminación), arts. 9.2º, 10.1º, 10.2º y 14 CE, por lo que

⁷⁸ GARCÍA RODRÍGUEZ, I. “La asimilación e integración del extranjero a través del”,... *cit.* p. 451. en el mismo sentido MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Y. Capítulo II, “Reagrupación familiar, art. 16, Derecho a la intimidad familiar”, en *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería, Ley Orgánica 4/2000*, de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social. SANTOLAYA MACHETTI, P. Coordinador, Valladolid, 2000. p. 114.

⁷⁹ MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Y. Capítulo II, “Reagrupación familiar”,... *cit.* p. 114.

no es de extrañar que, el propio texto constitucional en el art. 13.1º delimite los parámetros, dentro de los cuales puede desenvolverse esa desigualdad de trato de los extranjeros, cuyo fundamento es su no pertenencia a la comunidad política subyacente al Estado”⁸⁰.

Distintas Sentencias del Tribunal Constitucional⁸¹ han interpretado el art. 13 CE considerando que, los extranjeros gozan en España: 1)- de determinados derechos en los que no cabe realizar ninguna discriminación en relación con los derechos de los nacionales, (aquellos que son inherentes a la persona humana)⁸², 2)- existen otros, en los que no cabe realizar equiparación⁸³, y, 3)- por último, existen otros derechos y libertades, el resto, que son de configuración legal. Así pues, será necesario que para que éstos puedan extenderse o negarse a los extranjeros, que las leyes o los tratados hagan referencia expresa a las mismas⁸⁴.

La base jurídica de este derecho fundamental⁸⁵, que corresponde a toda persona por el hecho de serlo, (el derecho a fundar una familia y a vivir en familia), se contiene en el art. 8º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950⁸⁶, así como, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 12⁸⁷ y 13⁸⁸, y en el art. 18 CE⁸⁹. Se deberá por tanto, conciliar

⁸⁰ CHARRO BAENA, P. y RUIZ DE HIDOBRO DE CARLOS, J. M. “La Ley Orgánica 4/2000, Análisis técnico-jurídico de sus principales novedades”, en *Migraciones*, nº 7, 2000. p. 11.

⁸¹ STC 107/1984 y STC 99/1985.

⁸² CHARRO BAENA, P. y RUIZ DE HIDOBRO DE CARLOS, J. M. “La Ley Orgánica 4/2000, Análisis técnico-jurídico de sus principales novedades”, *cit.*... p. 28. En relación a estos derechos en los que no es posible realizar discriminación alguna el autor cita: el derecho a la vida, la libertad ideológica y religiosa y la intimidad

⁸³ *Ibidem*,... p.28. Entre los que sitúa el autor, los de carácter político, recogidos en el art. 23 CE, como son el derecho al sufragio, el acceso a la función pública..

⁸⁴ *Ibidem*,... p. 28. El autor considera que entrarían dentro de este grupo, el resto de derechos y libertades no mencionadas anteriormente.

⁸⁵ EZQUERRA UBEDA, J. J. “El derecho a vivir en familia”,... *cit.* p. 186. En el mismo sentido MURRAY, J. *El derecho a vivir en familia para los inmigrantes en Europa. Un derecho fundamental y un factor clave para la integración*, Madrid, 2000, pone de manifiesto que la inmigración temporal puede conducir a la creación de una segunda categoría de inmigrantes, con derechos reducidos.

⁸⁶ Art. 8º del CEDH: 1º)- “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar.”. 2º)- No podrá haber injerencias de las autoridades públicas en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria”.

⁸⁷ Art. 12 PIDCP: 1º)- “Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a: escoger libremente en él su residencia”. 3º)- Los derechos mencionados

el derecho a vivir en familia que ostentan los extranjeros residentes legalmente en España con la soberanía del propio Estado, teniendo en consideración que los distintos Estados “tienen un amplio margen de apreciación a la hora de regular la presente legislación”⁹⁰, teniendo que someterse únicamente a las Directivas que se emanan desde distintas instancias de la Unión y a la legislación interna.

3.5.1.- El principio de la consideración de la persona

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

3.5.2.- Ámbito de aplicación para los no europeos

La presente legislación regula el régimen general de extranjería, aunque se excluye claramente a los ciudadanos de la Unión europea, “tal y como viene sucediendo desde el ingreso de España en las Comunidades europeas, aunque la propia ley recoge en su art. 1.2º que: podrá aplicarse a los ciudadanos de la Unión, en aquellos supuestos en los que les sea más favorable que la propia normativa comunitaria”⁹¹. Si bien la presente legislación se aplica a todo ciudadano que carece de nacionalidad española,

anteriormente no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas sean necesarias para proteger la seguridad nacional...”.

⁸⁸ Art. 13 del PIDCP: “el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”.

⁸⁹ Art. 18 CE de 1978: “Se garantiza el derecho al honor, la intimidad personal y familiar”.

⁹⁰ EZQUERRA UBEDA, J. J. “El derecho a vivir en familia”,... *cit.* p. 192.

⁹¹ AJA, E. *La nueva regulación de la inmigración en España*, Valencia, 2000. pp. 52-53.

en la práctica regula la situación de los inmigrantes y sus familias que provienen de países extracomunitarios⁹².

4.- TITULARES DEL DERECHO: El art. 17 de la Ley Orgánica 4/2000, modificado parcialmente a través de la Ley Orgánica 8/2000, y la Ley Orgánica 14/2003

Por lo que hace referencia a nuestro país, la familia que se recoge en la legislación de extranjería está constituida por la familia matrimonial nuclear, formada por el cónyuge y los hijos menores o incapacitados que se encuentren a cargo del reagrupante. Este dato adquiere especial relevancia si tenemos en consideración el mandato contenido en el art. 3.2º de la L. O. 4/2000, reformado parcialmente por la L. O. 8/2000 en el que tras señalar que “las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España”, se añade una auténtica “cláusula de salvaguarda”⁹³, de especial trascendencia para el futuro, “sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso, para justificar la realización de actos o conductas contrarias a las mismas”.

Así el art. 16 de la Ley Orgánica 4/2000 reconoce el derecho de los extranjeros residentes a la vida en familia y a la intimidad familiar, que se ejercerá teniendo en consideración lo previsto en la presente Ley y en los Tratados Internacionales ratificados por España⁹⁴. Será el art. 17 el que contiene la delimitación de los familiares reagrupables. Nosotros centraremos el presente estudio en los apartados a), b), c), y d) de éste artículo, dejando de lado el apartado e) ya que ha sido derogado por la Ley Orgánica 8/2000 como hemos expresado anteriormente, así como en el apartado 3º del art. 16, ambos preceptos y sus respectivos apartados no han sido modificados por la Ley Orgánica 8/2000. Ésta Ley Orgánica ha

⁹² *Ibidem*,... p. 53. En la práctica se aplica no de forma general a todos los extranjeros (turistas, ejecutivos y cuerpo diplomático) sino a los inmigrantes, trabajadores extranjeros y sus familiares que provienen del extranjero.

⁹³ ESPLUGUES MOTA, C. “Inmigración y Derecho de extranjería, (especial referencia a la reagrupación familiar)”,... *cit.* p.112.

⁹⁴ MARTÍNEZ CANO-CORTES, Y. Comentarios al Capítulo II, “Reagrupación familiar, art. 16, Derecho a la intimidad familiar”,... *cit.* p. 113.

introducido dos nuevos artículos, el art. 18 en el que se recoge “el procedimiento para la reagrupación familiar”, y el art. 19 en el que se contiene “los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales”. Los tres últimos artículos citados, art. 17, 18 y 19 han sido modificados en su redacción, a través de la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre.

Nosotros centraremos el presente trabajo en el cónyuge, los hijos, la representación legal, los ascendientes, y por último, otros familiares respecto de los que se demuestre su necesidad de reagrupamiento.

a)- El cónyuge

En relación con el cónyuge, se establece en el art. 17 apartado a) que: podrá reagrupar el extranjero residente “*al cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, o se haya celebrado el matrimonio en fraude de ley*”. Además, se “*prohíbe el reagrupamiento de más de un cónyuge a pesar de que la ley personal del extranjero admita esa modalidad matrimonial*”. En el mismo sentido se establece en el art. 39.a) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que: “en ningún caso se podrá reagrupar a más de un cónyuge, aunque la Ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial”. Además se señala que: “El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o ulteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que al separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda en común, la pensión del cónyuge y los alimentos para los menores dependientes”. En el presente Real Decreto, art. 42.2º.f), dentro de los documentos que se han de adjuntar a la solicitud del informe gubernativo, en los supuestos de reagrupación del cónyuge, se incluye: “*la declaración firmada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge*”.

La Ley Orgánica 14/2003 ha introducido una modificación en relación con el régimen precedente, en relación con los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales. Se establece en el art. 19.1º de la Ley Orgánica 8/2000 que, el cónyuge podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando: a) obtenga una autorización para trabajar, y, b) acredite haber vivido en España con su

cónyuge durante dos años. Este plazo podrá ser reducido cuando concurren circunstancias de carácter especial que lo justifique. En la nueva redacción del art. 19, ha desaparecido el segundo de los requisitos que se exigía al cónyuge para obtener una autorización de residencia independiente, ya no es necesario que acredite la convivencia en España durante dos años. Se contiene una novedad en la presente Ley que hace referencia a que: “cuando el cónyuge fuera víctima de violencia doméstica, podrá obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma”⁹⁵.

Por su parte, el art. 41.1º del Real Decreto 2393/2004 señala que: “El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia temporal independiente de la del reagrupante, cuando obtenga la correspondiente autorización para trabajar”. Así también, se afirma que: “El cónyuge reagrupado que no se encuentre separado, podrá solicitar una autorización de residencia independiente cuando haya residido en España durante cinco años”. El apartado 2º del art. 41 del Real Decreto reconoce al cónyuge reagrupado, el derecho a obtener una autorización de residencia independiente temporal, cuando se den alguna de las siguientes circunstancias: a) cuando se rompa el vínculo conyugal que dio origen a la situación de residencia, por separación de derecho o divorcio, siempre y cuando acredite la convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos dos años. b) cuando fuera víctima de violencia de género, una vez dictada a su favor una resolución judicial de protección. c) cuando se produzca la muerte del reagrupante.

b)- Los hijos

En cuanto a los hijos, se señala en el art. 17.b) que son titulares del derecho al reagrupamiento familiar, “*los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, cuando sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la ley española o su ley personal y no estén casados*”. Además se afirma que, cuando se trate de hijos de un solo cónyuge, “*se requerirá además, que éste ejerza en solitario la patria potestad, o se le haya otorgado la custodia y esté efectivamente a su cargo*”.

⁹⁵ Art. 19.1º de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En el supuesto de los hijos adoptivos “*deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efectos en España*”.

Se contiene en la Ley Orgánica 8/2000, art. 19 la posibilidad de que los hijos que han sido reagrupados por sus padres, obtengan una autorización de residencia independiente, siempre que alcancen la mayoría de edad, y obtengan autorización para trabajar. En los mismos términos se expresa la redacción del art. 19, apartado 2º, de la Ley Orgánica 14/2003, aunque se afirma en la misma que se procede a la modificación del presente precepto.

Por su parte, el Real Decreto 2393/2004 señala en el art. 39.b) que podrán reagruparse: los hijos del reagrupante o los de su cónyuge que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados. Se permite el reagrupamiento de los hijos de uno sólo de los cónyuges, siempre que se ejerza en solitario la patria potestad o le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo.

En cuanto a la obtención del permiso de residencia independiente, se señala en el art. 41.4º del Real Decreto 2393/2004 que: “los hijos y menores sobre los que el reagrupante ostente la representación legal, obtendrán una autorización de residencia temporal independiente cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar, o bien, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad y residido en España durante cinco años”.

c)- Los supuestos de representación legal

El art. 17 apartado c) afirma, como titular del derecho al reagrupamiento familiar: “*los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal*”.

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

Con ello se está significando que, cuando se trata de menores e incapacitados, la categoría de familiar se extiende legalmente, por encima de

la filiación, a la representación. Resulta ciertamente congruente este supuesto, puesto que la protección de los intereses del menor exige una directa e inmediata relación con él, que se vería seriamente dificultada por el hecho de encontrarse en otro país.

Por su parte, el Real Decreto 2393/2004 señala que: “podrán obtener una autorización de residencia temporal independiente, cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan autorización para trabajar, o bien, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad y residido en España durante cinco años, los hijos y menores sobre los que el reagrupante ostente la representación legal”.

d)- Los ascendientes

Establece el art. 17, apartado “d”, de la Ley 4/2000 que: “Los extranjeros residentes tienen derecho a que se conceda el permiso de residencia en España para reagruparse con él: a los ascendientes del residente extranjero cuando dependa económicamente de éste, y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España”.

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

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

La Ley Orgánica 14/2003 señala que, los ascendientes reagrupados podrán ejercitar, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes permanentes y acrediten solvencia económica, aunque excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho”. Cabe señalar que, se introduce una novedad en el apartado 3º del art. 19 en el que se señala que: “los ascendientes reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente cuando obtengan una autorización para trabajar, cuyos efectos se supeditarán a lo dispuesto en el art. 17.3º”, es decir, adquieran la condición de residentes permanentes y acrediten solvencia económica.

Por su parte, el art. 41.5º del Real Decreto 2393/2004 señala en relación con los ascendientes reagrupados que: “podrán obtener una autorización de residencia temporal independiente del reagrupante cuando hayan obtenido una autorización para trabajar, sin perjuicio de que los efectos de dicha autorización de residencia temporal independiente, para el ejercicio de la reagrupación familiar, queden supeditadas a lo dispuesto en el art. 17.3º de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero”.

e)- Otros familiares

El apartado e) del art. 17 contiene: “*el derecho al reagrupamiento familiar que asiste a cualquier otro familiar respeto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias*”, hemos de decir que, dicho precepto ha quedado derogado por la Ley Orgánica 8/2000⁹⁶, con lo que se ha logrado el fin que se persigue por parte del legislador, al tratar de restringir al máximo las categorías de familiares reagrupables, limitando al ámbito más estricto de familia matrimonial nuclear, cónyuge y descendientes menores, y sólo en determinados supuestos, a los ascendientes⁹⁷.

La Ley Orgánica 8/2000, introduce un nuevo precepto, el art. 19, en el que se contienen “los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales”. En los apartados 1º y 2º se afirma que tendrán derecho a obtener una autorización de residencia independiente, el cónyuge y los hijos reagrupados, siempre que concurren en los mismos, determinadas circunstancias: a) obtengan autorización para trabajar, y b) acrediten haber vivido en España con su cónyuge durante dos años..., o, a) cuando alcancen la mayoría de edad, y b) obtengan autorización para trabajar. Esta redacción ha sido modificada por la Ley Orgánica 14/2003 en los siguientes extremos: a) El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia

⁹⁶ ESTEVEZ GONZÁLEZ, L. “Comentarios al art. 17 de la Ley Orgánica 8/2000”,... *cit.* p. 159. Esto no debe considerarse jurídicamente reprochable, en opinión de la autora, siempre y cuando el legislador, que desvincula las situaciones protegibles de la relación de parentesco, conceda el respaldo que, concede a las situaciones humanitarias el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero al contemplar el permiso de residencia por circunstancias excepcionales para situaciones especialmente protegibles o por razones excepcionales, como se contiene el derecho al reagrupamiento familiar que recogió la STS de 29 de abril de 1996 al no exigirle el visado por esta circunstancia.

⁹⁷ MOLINER NAVARRO, R. M. “Reagrupamiento familiar y modelo de familia”,... *cit.* p. 488.

independiente, cuando obtenga autorización para trabajar, no siendo necesario que acrediten haber vivido con el cónyuge reagrupante.

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

En el apartado 2º, del art. 17, en su última reforma, se establece: “Que los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en esta Ley Orgánica”. De lo que se deduce que, los extranjeros en los que concurren los requisitos que se citan anteriormente, podrán ejercitar el derecho al reagrupamiento familiar, a pesar de que ellos hayan accedido a ser residentes legales en nuestro país, como consecuencia del ejercicio de otro derecho de reagrupamiento. Se abre, por tanto, otra vía para el ejercicio de éste derecho extensible a sujetos a los que anteriormente no se les hubiera reconocido tal derecho, a modo de ejemplo, podemos citar: el reagrupamiento de la esposa de un polígamo, a la que la Ley expresamente le prohíbe el reagrupamiento, pero sí es posible el reagrupamiento de la misma, a través del ejercicio del derecho que corresponde al hijo, una vez de que en el mismo, concurren los requisitos que hemos citado anteriormente.

5.- EXTENSIÓN Y LÍMITES DEL DERECHO RECONOCIDO A DETERMINADOS SUJETOS

a)- Un único cónyuge

En relación con el cónyuge, se señala en el apartado a) que: podrá reagrupar el extranjero residente “*al cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o se haya celebrado el matrimonio en fraude de ley*”. En el tenor literal de este precepto se contiene algunos extremos que son de difícil prueba, como es el caso de la separación de hecho, que evidentemente será complicado probar, a no ser que los propios cónyuges así lo manifiesten⁹⁸.

⁹⁸ MARTÍNEZ CANO-CORTES, Y. “Comentarios al art. 17 de la L. O. 4/2000”, en *Comentarios a la nueva Ley de extranjería, L. O. 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de*

En este sentido EZQUERRA considera que la investigación de la separación de hecho de los esposos “puede llegar a vulnerar el derecho a la intimidad, por lo que sería más razonable exigir solamente que no haya separación de derecho. Por lo que concierne a la separación de hecho, considera el autor que no es suficiente con el hecho de que exista interrupción de la convivencia por voluntad de uno o ambos cónyuges, además, considera que la investigación de estos extremos puede llegar a vulnerar la intimidad, por lo que sería más razonable exigir solamente la separación de derecho⁹⁹”.

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

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

El problema surge a la hora de reagrupar con el extranjero residente a más de un cónyuge, la Ley expresamente “*prohíbe el reagrupamiento de más de un cónyuge a pesar de que la ley personal del extranjero admita esa modalidad matrimonial*”, art. 17.a). En el mismo sentido se expresa el art. 39.a) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, al señalar que “En

los extranjeros en España y su integración social, Coordinador: SANTOLAYA MACHETTI, P. Valladolid, 2000. p. 121.

⁹⁹ EZQUERRA UBERO, J. J. “El derecho a vivir en familia de los”,... *cit.* p. 201.

ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial”. El presente Real Decreto, señala en el art. 42.2º.f), dentro de los documentos que se han de adjuntar a la solicitud del informe gubernativo, en los supuestos de reagrupación del cónyuge, se incluye: “*la declaración jurada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge*”.

La normativa española descarta el reagrupamiento familiar de todas las esposas de un extranjero polígamo. A pesar de que la presente Ley asume un concepto de familia más extensa de lo que hacía la normativa precedente¹⁰⁰, en realidad no reconoce otros modelos familiares que proceden de otras culturas, como es la familia polígama, de lo que se desprende que el objetivo que se persigue a través de la misma es la asimilación de otros modelos familiares sin la menor intención de armonizar las peculiaridades del Derecho de familia islámico, sino que el fin que se persigue es el de homogeneizar todos los posibles modelos bajo el modelo que se comparte en los países europeos que proceden de la cultura occidental.

En este contexto, el legislador español ha seguido las pautas que se han emanado por parte de las instituciones europeas en el que existe un “acuerdo generalizado en las políticas integradoras basadas en el respeto a la diferencia, cultural y religiosa, y en la exigencia de adhesión a determinados valores considerados esenciales en el contexto cultural y jurídico de los países de acogida”¹⁰¹.

Afirma EZQUERRA que la legislación de extranjería no ha querido rechazar la residencia en España de un extranjero casado con varias mujeres, porque considera que dicho rechazo podría incitar al repudio, efecto no deseado, y se opta por una solución intermedia, que es la exigencia de reagrupar con el extranjero a una única esposa, pero esta solución no deja de plantear problemas: ¿Se puede exigir al marido semejante elección?, se cuestiona EZQUERRA¹⁰².

En relación con el cónyuge, debemos mencionar también, el apartado 3º del art. 16 de la presente Ley Orgánica en la que reconoce a éste, “*el derecho a conservar la residencia a pesar de que se rompa el vínculo*

¹⁰⁰ MOLINER NAVARRO, R. M. “Reagrupamiento familiar y modelo de familia en la Ley Orgánica 8/2000”, en *Actualidad Civil*,... cit. pp. 487 y ss.

¹⁰¹ *Ibidem*,... pp. 487 y ss.

¹⁰² EZQUERRA UBERO, J. J. “El derecho a vivir en familia de los”,... cit. pp. 202.

matrimonial que dio origen a la adquisición de la residencia. Este derecho es extensible, también a los familiares con él agrupados". Esta es una novedad en relación con la regulación precedente ya que en la misma se recogía como causa de extinción del permiso de residencia "la acreditación de la separación de hecho o de derecho¹⁰³ del cónyuge del extranjero, cuando el permiso de residencia hubiera sido concedido como consecuencia del reagrupamiento familiar, a no ser que el cónyuge hubiera obtenido un permiso de residencia independiente, por tener permiso de trabajo o acreditar haber convivido en España con su cónyuge durante dos años, plazo que podía ser reducido siempre que concurrieran circunstancias de carácter familiar que así lo justificasen¹⁰⁴.

La nueva Ley Orgánica 8/2000 recoge en su art. 19, bajo la rúbrica "efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales", la posibilidad de acceder a una autorización de residencia independiente para el cónyuge y los hijos siempre que en estos concurren las circunstancias establecidas en el apartado 1º): a)- en relación con el cónyuge, siempre que obtenga una autorización para trabajar, y, b)- cuando acredite haber vivido en España con su cónyuge durante dos años, aunque este plazo puede ser reducido si concurren circunstancias de carácter familiar que lo justifique.

La concesión al cónyuge de un permiso de residencia independiente tiene gran relevancia, ya que a través de su aplicación puede evitarse que el permiso de residencia se utilice por parte del extranjero residente como un arma en las disputas conyugales¹⁰⁵. En este punto queremos destacar que, se ha introducido una modificación del apartado 1º del art. 19, a través de la Ley Orgánica 14/2003 en los siguientes términos: "El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando obtenga una autorización para trabajar. En caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia doméstica, podrá obtener la autorización de residencia

¹⁰³ *Ibidem*,... pp. 204-205. la extinción del permiso de residencia se producía como consecuencia de la resolución motivada de la administración cuando se acredite la existencia de la separación de hecho o de derecho, art. 60.2º.c) del Reglamento de extranjería, Real Decreto 155/1996.

¹⁰⁴ Art. 60.c) del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero de 1996, que desarrolla la Ley Orgánica 7/1985 sobre derechos y libertades en España y art. 54.5º del mismo Real Decreto. En este sentido EZQUERRA UBERO, J. J. "El derecho a vivir en familia de los",... *cit.* p. 204.

¹⁰⁵ EZQUERRA UBERO, J. J. "El derecho a vivir en familia de los extranjeros",... *cit.* p. 205.

independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma”.

En la misma línea se expresa el art. 41.1º y 2º del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en el que se reconoce el derecho al cónyuge reagrupado de obtener un permiso de residencia independiente de la del reagrupante, cuando obtenga la correspondiente autorización para trabajar. Si el cónyuge no se encuentra separado, podrá solicitar una autorización de residencia independiente cuando haya residido en España durante cinco años. También se contiene el derecho a la obtención de una autorización de residencia temporal independiente, en los siguientes supuestos: 1) cuando se rompa el vínculo conyugal a través de la separación de derecho o divorcio, siempre que acredite haber vivido en España durante dos años, 2) cuando fuera víctima de violencia doméstica, siempre que exista una resolución judicial de protección dictada a su favor, 3) por muerte del reagrupante.

Por otra parte, y en relación con la duración de la autorización de residencia que se concede a los familiares del extranjero cuando se acepta su solicitud de reagrupación será de una duración igual al período de validez de la autorización de residencia de la persona que solicita la reagrupación¹⁰⁶.

Por último, consideramos de interés destacar la modificación que se contiene en la Ley Orgánica 14/2003, en relación con el apartado 2º, del art. 17 en el que se afirma: “Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia independientemente de la autorización del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en esta Ley Orgánica”. Es de aquí desde donde es posible reagrupar a la esposa polígama, pero no como tal, sino como madre del hijo que en su día ejerció el derecho al reagrupamiento con su padre. Una vez de que concurren en

¹⁰⁶ Art. 18.3º de la Ley Orgánica 8/2000. En el mismo sentido el art. 41.4º del Real Decreto 864/2001. “la duración del permiso de residencia que se conceda a estos familiares será la misma que la del permiso concedido al reagrupante y su vigencia dependerá del mantenimiento de las circunstancias que dieron lugar a su otorgamiento, si bien el cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él reagrupados, conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición, siempre que acredite la convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos dos años”.

éste los requisitos que se contienen en el apartado 2º del art. 19, en su última redacción contenida en la reforma de la Ley Orgánica 14/2003, es decir, cuenten con una autorización de residencia independiente al alcanzar la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar.

b)- Los hijos

Establece el art. 17.b) que son titulares del derecho al reagrupamiento familiar, *“los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, cuando sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la ley española o su ley personal y no estén casados”*. Además, se señala que cuando se trate de hijos de un solo cónyuge, *“se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad, o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo”*.

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

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

En este sentido la Ley contiene una caución: *“cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén*

efectivamente a su cargo". Lo que el legislador no ha tenido en consideración es que cuando los hijos son de un solo cónyuge y éste es el esposo, el Derecho islámico otorga la patria potestad y custodia de los mismos al padre a partir de determinada edad, por lo que es fácil que se cumpla con este requisito.

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

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

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

En relación con los hijos reagrupados, también tendrán derecho a obtener un permiso de residencia independiente, siempre que concurren determinadas circunstancias, como son: 1º)- alcanzar la mayoría de edad o 2º)- obtengan una autorización para trabajar. Este derecho se reconocía también en determinados supuestos en el Reglamento de extranjería, Real Decreto 155/1996¹⁰⁷. Por su parte, el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre señala que: "los hijos sobre los que el reagrupante ostente la

¹⁰⁷ EZQUERRA UBERO, J. J. "El derecho a vivir en familia de los",... *cit.* p. 204. apartados 5º y 7º del Art. 54 del Real Decreto 155/1996.

representación legal, obtendrán una autorización de residencia temporal independiente cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar, o bien, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad y hayan residido en España durante cinco años”.

Por su parte, la Ley Orgánica 14/2003 señala que: “los hijos reagrupados obtendrán una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar”, (art. 19.2º). Así también, el art. 40 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, señala que: los extranjeros que hubieran adquirido la residencia temporal en virtud de previa reagrupación familiar, podrán a su vez, ejercer el derecho de reagrupación respecto de sus propios familiares, siempre que cuenten con una autorización de residencia y trabajo obtenidos de forma independiente de la autorización del reagrupante y reúnan los requisitos establecidos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar”.

De todo ello podemos concluir afirmando que, si ponemos en relación el art. 17.2º y el art. 19.2º de la redacción de la Ley Orgánica 14/2003, es posible que se proceda al reagrupamiento de la madre polígama, ejercitada por el hijo que adquiere una autorización de residencia independiente cuando obtiene una autorización para trabajar, una vez que logra la mayoría de edad (art. 19.2º). Éste, podrá reagrupar consigo a su madre, cuando hubiera obtenido la residencia en virtud de una previa reagrupación previa. Para ello, será necesario que: 1)- cuente con una autorización de residencia y trabajo independientemente de la autorización del reagrupante, y, 2)- acredite reunir los requisitos que se contienen en la presente Ley Orgánica, (art. 17.2º)¹⁰⁸.

c)- Caso de representación legal

El reagrupamiento familiar es extensible, en relación a los menores de dieciocho años o incapacitados cuando el residente extranjero sea su representante legal, art. 17.c)¹⁰⁹. Los menores de edad sobre los que el reagrupante ostente la representación legal, pueden obtener un permiso de

¹⁰⁸ A la misma interpretación podemos llegar si, ponemos en relación el art. 40.1º con el art. 41.4º y el art. 39.d) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

¹⁰⁹ En el mismo sentido se pronuncia el art. 39.c) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, al señalar que: podrán ser reagrupados, los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal.

residencia temporal independiente cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar o bien, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad y hayan residido en España durante cinco años¹¹⁰.

El legislador en el presente supuesto ha utilizado el concepto de familia en sentido amplio, es decir, no regido por el criterio de parentesco sino por el de dependencia y solidaridad.

d)- Ascendientes

El art. 17.1º.d) de la Ley Orgánica 4/2000, establece que el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a: d): *“a los ascendientes del residente extranjero cuando dependan económicamente de éste y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Por tanto, se deduce del presente párrafo que, sólo podrán reagruparse los ascendientes del reagrupante.*

Por su parte, la Ley Orgánica 8/2000 incluye una nueva redacción en relación con el apartado d) del art. 17, que queda redactado en los siguientes términos: *“Los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España”*. De lo que se deduce que, se abre el abanico de sujetos que pueden tener derecho a reagruparse con el extranjero residente, no sólo sus ascendientes, sino también, los ascendientes de su cónyuge.

Así también, la Ley Orgánica 14/2003 reconoce el derecho de los ascendientes a obtener una autorización de residencia independiente cuando obtengan una autorización para trabajar cuyos efectos se supeditarán a lo dispuesto en el art. 17.3º¹¹¹.

Se incluye un nuevo párrafo, el tercero en el art. 17, en la Ley Orgánica 14/2003, en el que se reconoce el derecho al reagrupamiento familiar de los ascendientes que en su día fueron reagrupados. Se afirma que: *“Cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupamiento familiar tras haber obtenido la condición de residentes permanentes y acreditan solvencia económica”*. En la misma línea se expresa el art. 40.2º del Real Decreto 2393/2004.

¹¹⁰ Art. 41.4º de Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

¹¹¹ Art. 19.3º de la Ley Orgánica 14/2003.

Por tanto, se abre una nueva vía, inexistente hasta ese momento por el desarrollo legislativo realizado por el legislador, por el que podrán los ascendientes reagrupados ejercer el derecho al reagrupamiento. Además se afirma que, “Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho de reagrupamiento en los términos dispuestos en el apartado segundo”¹¹², es decir, cuente con una autorización de trabajo y residencia independientes de la autorización del reagrupante.

e)- Otros familiares

En relación con el apartado e) del art. 17: “*el derecho al reagrupamiento familiar que asiste a cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias*”, hemos de decir que, el mismo ha quedado derogado por la Ley Orgánica 8/2000¹¹³, con lo que se ha logrado el fin que se persigue por parte del legislador al tratar de restringir las categorías de familiares reagrupables, limitando al máximo y en el ámbito más estricto de familia matrimonial nuclear, cónyuge y descendientes menores y sólo en determinados supuestos a los ascendientes”¹¹⁴.

Consideramos que esta podía haber sido una de las vías, a través de la que se podía haber permitido el reagrupamiento de más de un cónyuge y los hijos de éstas uniones, siempre que la desintegración del modelo familiar que tenían en el país de procedencia acarreará a los integrantes de la misma, a la que no se reconocía el derecho al reagrupamiento, una situación de desamparo económico y afectivo.

¹¹² En la misma línea se expresa el art. 40.3º del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

¹¹³ ESTEVEZ GONZÁLEZ, L. “Comentarios al art. 17 de la Ley Orgánica 8/2000”,... *cit.* p. 159. Esto no debe considerarse jurídicamente reprochable, en opinión de la autora, siempre y cuando el legislador, que desvincula las situaciones protegibles de la relación de parentesco, conceda el respaldo que, concede a las situaciones humanitarias el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero al contemplar el permiso de residencia por circunstancias excepcionales para situaciones especialmente protegibles o por razones excepcionales, como se contiene el derecho al reagrupamiento familiar que recogió la STS de 29 de abril de 1996 al no exigirle el visado por esta circunstancia.

¹¹⁴ MOLINER NAVARRO, R. M. “Reagrupamiento familiar y modelo de familia”,... *cit.* p. 488.

Se introduce una novedad en el art. 40.1º del Real Decreto 2393/2004, en este precepto se permite el reagrupamiento familiar de los familiares de los extranjeros que han obtenido el permiso de residencia como consecuencia de reagrupación familiar. Estos extranjeros para que puedan ejercitar este derecho será necesario que cuenten con un permiso de residencia y trabajo obtenidos independientemente de la autorización del reagrupante y reúnan los requisitos establecidos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar.

A pesar de que a través de este precepto se introduce una nueva posibilidad de reagrupar a determinados familiares que no se incluye en los supuestos anteriores, a través de esta vía tampoco es posible el reagrupamiento familiar de las sucesivas esposas, ya que esta posibilidad está prohibida expresamente por las Leyes Orgánicas y el Real Decreto 2393/2004, aunque sí es posible realizar una interpretación en la que sería factible el reagrupamiento de las mismas, pero no como esposas sino como madres de los hijos que en su día se reagruparon con el padre.

Si el padre reagrupó a los hijos habidos de las uniones polígamas, y éstos adquieren un permiso de residencia independiente de su progenitor, (cuando alcancen la mayoría de edad o cuando obtengan una autorización para trabajar, art. 40.1º del Real Decreto 2393/2004), podrán ejercer dicho derecho y solicitar el reagrupamiento de sus madres, pero en este supuesto no estaríamos ante el reagrupamiento familiar polígamo, sino ante el reagrupamiento que ejercita el hijo de una unión poligámica.

Esta posibilidad se deduce del art. 17.1º.d) de la Ley Orgánica 8/2000, en el que se establece que el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a: d): “*los ascendientes del reagrupante, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España*”, no estableciéndose expresamente a que se hace referencia cuando se establece “*existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia*”. Consideramos que el reagrupar al hijo con su madre es una causa que justifica suficientemente dicho reagrupamiento.

6.- OBSERVACIONES CRÍTICAS: DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

A la luz de lo expuesto hasta este momento y en base a los arts. 18 CE y art. 8, apartados 1º y 2º, del Convenio de Roma trataremos de contrastar, si el legislador español a la hora de promulgar la Ley de extranjería y reconocer el derecho al reagrupamiento familiar, limitando el ejercicio de este derecho a la familia matrimonial monógama, ha vulnerado o no la protección que nuestro ordenamiento jurídico y los Tratados internacionales ratificados por España conceden a la familia, sea cual sea su origen, art. 39 CE, así como el derecho a la intimidad personal y familiar, art. 18 CE y el derecho a la vida privada y familiar, art. 8.1º del Convenio de Roma.

Debemos tener en consideración, antes de desarrollar este punto, que tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional, el margen de actuación del legislador no es ilimitado, puesto que a la hora de realizar su función no puede dejar sin contenido el ejercicio de los derechos.

Así pues, vamos a tratar de determinar, si el legislador ordinario ha actuado dentro de los parámetros que la Constitución y los textos internacionales ratificados por España le permiten, o si por el contrario, ha traspasado dichos límites y por tanto ha promulgado una norma en la que no se han respetado estos derechos, cuando ha regulado el derecho al reagrupamiento familiar. No podemos olvidar que en ocasiones, las injerencias de los poderes públicos en éste ámbito pueden suponer intromisiones ilegítimas.

Por lo que se refiere al contenido de la intimidad personal y familiar, hemos de decir que, ni el art. 18 CE, ni la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen definen estos conceptos. Así pues, nos vemos en la necesidad de recurrir a las sentencias promulgadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para delimitarlo.

Se establece en dichas sentencias que, el concepto de familia “no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio, sino que pueden englobar también otras relaciones familiares factibles cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio, así pues, un niño nacido fuera de tal relación se inserta de pleno derecho en la cédula familiar desde su nacimiento y por el mero hecho de éste”¹¹⁵. Además recuerda el Tribunal

¹¹⁵ Sentencia del TEDH 2000/152, de 13 de julio de 2000, Caso Elsholz contra Alemania. Ap. 43.

que para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que si existen medidas por parte de un Estado que impidan dicha relación, se constituye en una injerencia del derecho reconocido en el art. 8º del Convenio de Roma¹¹⁶.

De lo que acabamos de exponer, se puede desprender o no que la actuación del legislador ordinario a la hora de regular la Ley de extranjería ha supuesto una intromisión ilegítima en el ámbito personal y familiar del extranjero residente legalmente en nuestro país que pretende reagruparse con los integrantes de la familia polígama, que a su vez, vulnera el derecho a la vida familiar del inmigrante.

Antes de responder a esta pregunta y siguiendo con el contenido del art. 8 del Convenio de Roma, consideramos necesario para afirmar o negar la intromisión legítima o ilegítima en el ámbito familiar del legislador ordinario a la hora de regular la prohibición del derecho al reagrupamiento familiar de la familia matrimonial polígama, determinar el contenido del apartado 2º del art. 8 del Convenio.

Se establece en el apartado 2º de dicho artículo que: “no podrán existir injerencias de los poderes públicos en este ámbito, a no ser que concurren las siguientes circunstancias: a)- que la misma esté prevista por la Ley. b)- que tenga un objetivo legítimo. c)- que sea necesaria en una sociedad democrática”.

La primera de ellas, “*que la injerencia esté prevista en la ley*”, evidentemente este requisito sí concurre puesto que es la propia Ley de extranjería la que recoge dicha limitación, “no se permitirá el reagrupamiento de más de un cónyuge e hijos habidos en estas uniones, a pesar de que la ley personal del extranjero lo permita”.

En cuanto a “*que la injerencia tenga un objetivo legítimo*”. El apartado 2º recoge como medidas necesarias que justifican la intromisión en la vida personal y familiar: “la seguridad pública, la seguridad nacional, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de

¹¹⁶ Sentencia del TEDH 2000/152, de 13 de julio de 2000, Caso Elsholz contra Alemania. Ap. 43. Justifica el Tribunal su afirmación remitiendo a otras sentencias como son: Sentencia Johansen contra Noruega, de 7 de agosto de 1996, repertorio de sentencias y decisiones 1996-III, pp. 1001-1002, Ap. 52, Bronda contra Italia, de 9 de junio de 1998, repertorio 1998-IV, p. 1489, Ap. 51.

delitos, la protección de la salud, la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

Consideramos que, el permitir el reagrupamiento de la familia polígama del extranjero es compatible con la protección de todos los elementos recogidos en el apartado 2º, ya que, a través del mismo no se vulnera la seguridad nacional, ni pública, ni el bienestar económico, la protección de la salud y la prevención de delitos, de lo que se deduce que, a través del desarrollo legislativo realizado por el legislador español, limitando el reagrupamiento familiar polígamo no se persigue ningún objetivo legítimo, al no vulnerar el ejercicio de éste derecho de los extranjeros ninguno de éstos límites, o lo que es lo mismo, no existen objetivos legítimos que justifiquen esta limitación incorporada por el legislador.

Por último, en cuanto “*que la injerencia por parte del poder público, sea necesaria en una sociedad democrática*”, es ineludible determinar, si la prohibición del reagrupamiento familiar polígamo está justificada, a la luz de lo que establece el apartado 2º del art. 8º del Convenio.

La limitación impuesta por el legislador no está debidamente justificada ya que, consideramos que es función esencial de los poderes públicos proteger a la familia en el ámbito social y económico sea cual sea su origen, art. 39 CE, de lo que deducimos que, el elemento fundamental a preservar en este caso es el bien de los integrantes de éstas familias, su vida familiar, que quedará rota a través de la prohibición establecida por el legislador.

Lo determinante en esta colisión de derechos ante el que nos encontramos: 1º)- la potestad de los poderes públicos para controlar la entrada y residencia de los extranjeros, y 2º)- la relación de padres e hijos, que en opinión del TEDH, se constituye en un elemento fundamental de la vida familiar, de lo que se desprende en opinión del Tribunal que, cualquier medida que impida dicha relación se constituye en una injerencia en el derecho protegido en el art. 8 del Convenio de Roma¹¹⁷.

Por todo lo expuesto hasta este momento, consideramos que las limitaciones establecidas por el legislador español no son proporcionadas al fin legítimo que persigue, a pesar de que el legislador tiene un gran margen de apreciación a la hora de ejercer su función, tal y como se desprende del

¹¹⁷ Sentencia del TEDH 2000/152, de 13 de julio, Ap. 42.

apartado 2º del art. 8 del Convenio de Roma, siendo sus únicos límites: a) que la misma se contenga en una ley, y, b) se constituya en una medida necesaria en la sociedad democrática para preservar elementos de gran trascendencia para la misma.

Consideramos que en este caso, al no estar justificada dicha limitación, se ha producido una injerencia no justificada, no teniendo en consideración que el objetivo a perseguir en el caso planteado es, el interés de los integrantes de la unidad familiar, derecho reconocido en el art. 8.1º del Convenio, sobre todo, cuando a través del ejercicio del mismo no se vulnera ninguno de los elementos recogidos en el apartado 2º, en cuyo caso, quizás sí se permitiera dicha injerencia en el ámbito familiar.

Teniendo en consideración que en el presente caso a los poderes públicos les corresponde una doble función: 1º)- una positiva: de asegurar y preservar la vida familiar, sea cual sea el origen de dicha familia, y, 2º)- otra negativa: la de no adoptar medidas que supongan la ruptura de relaciones familiares, consideramos que al no existir fines legítimos necesarios en la sociedad democrática que hagan necesario prevalecer la potestad del Estado de controlar los flujos migratorios, ya que consideramos que en el presente caso de colisión de derechos debe prevalecer la obligación establecida por parte del ordenamiento jurídico de proteger y preservar la intimidad familiar, existe una intromisión ilegítima del legislador ordinario de prohibir el reagrupamiento de la familia polígama, así pues, existe violación del art. 8 del Convenio de Roma, lo que justifica y hace necesaria, la derogación de dicho artículo.

Conclusiones

I) Que el derecho a la vida familiar del inmigrante legal se ejercita a través del derecho al reagrupamiento familiar. El reagrupamiento familiar es un derecho que corresponde a todo inmigrante legal cuyo fundamento jurídico reside en el texto constitucional, art. 10, 13 y 18, así como, en el art. 8 del CEDH. Es necesario destacar que, el vivir en familia es un elemento fundamental para el inmigrante, ya que esta unidad convivencial, la familia, es el grupo básico natural y fundamental de toda sociedad y el Estado tiene

la obligación de adoptar las medidas necesarias que entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión del inmigrante con los sujetos que integraban su núcleo familiar en el país de origen, así como de hacer real y efectivo ejercicio de este derecho, con el fin de que el inmigrante puede lograr su libre desarrollo personal.

II) Que a pesar de las reticencias mostradas, inicialmente, por nuestro legislador ordinario a la hora de desarrollar este derecho, finalmente ha elaborado distintas leyes en las que se reconoce este derecho, aunque ha tratado de compatibilizar en todo momento, la soberanía nacional con el ejercicio de los derechos que se constituyen en inderogables para el inmigrante, derechos que se reconocen en el propio texto constitucional. Consideramos necesario destacar que en la compatibilización expresada anteriormente ha primado el control de la inmigración.

III) Que el desarrollo legal realizado por el legislador ha limitado el derecho al reagrupamiento familiar al modelo matrimonial monógamo, aun siendo consciente de que en ocasiones el inmigrante puede tener un ámbito familiar distinto, al que no podrá reagrupar consigo. Esta posición adoptada por el legislador ha supuesto el no reconocimiento del derecho a vivir en familia de determinados inmigrantes (aquellos que practican la poligamia), ya que, lejos de adoptar una posición abierta en relación con el reconocimiento de la unidad familiar constituida en el país de origen y sin fraude de ley, se ha decantado por una posición unitaria en la que se obliga al inmigrante a adoptar el modelo familiar de nuestro país (la familia matrimonial monógama). Esta posición ha respetado, eso sí, las pautas emitidas desde distintas instancias de la Unión y está en sintonía con los países pertenecientes a la Unión.

IV) Queremos destacar que, el desarrollo legal realizado por el legislador vulnera el art. 8 del CEDH, al desintegrar el núcleo familiar creado por el inmigrante en su país de origen y sin fraude de ley, al recoger exclusivamente el derecho al reagrupamiento familiar de una única esposa e hijos, lo que supone que se obliga al hijo a quedarse con uno de sus progenitores, el que queda en el país de origen o el que emigra. Además, las consecuencias derivadas del desarrollo legal en el ámbito de extranjería, está en franca contradicción con la doctrina emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

V) Que consideramos que es necesario modificar la legislación de extranjería en este punto, lo que supone que el inmigrante polígamo pueda reagrupar a las distintas esposas e hijos, con el fin de que pueda desarrollar su vida familiar en el país receptor con aquellos sujetos que integraban su núcleo familiar en el país de origen, en sintonía con lo que señala la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

A

ABARCA JUNTO, “La regulación de la sociedad multicultural”, en CALVO CARAVACA A. L. y IRIARTE ÁNJEL, J. L. en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. “Ius nubendi y orden público matrimonial”, en *BJMJ*, nº 1862.

AJA, E. Coordinador, *La nueva regulación de la inmigración en España*, Valencia, 2000.

ALBADALEJO, S. *Derecho civil*, I, volumen 2º, Madrid, 1996,

B

BORRAS RODRÍGUEZ, A. “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo islámico”, en BORRÁS, A. Y MERNISSI, S. *El islám jurídico Europa*, Barcelona, 1998.

BUCHER, A. “La familia en Droit international privé”, *RCDIP*, 2001.

C

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

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

CHARRO BAENA, P. y RUIZ DE HIDOBRO DE CARLOS, J. M. “La Ley Orgánica 4/2000, Análisis técnico-jurídico de sus principales novedades”, en *Migraciones*, nº 7, 2000.

CREPEAU, F. y CARLIER, JEAN-YVES. Intégration régionale et politique migratoire. Le modèle européen entre coopération et communautarisation, en *Journal du Droit International*, n^o. 4^o. Octubre-noviembre-décembre, 1999.

D

DINGWALL, R. "Dilemmas Of Family Policy in Liberal States", en MACLEAN-KURCZEWSKI (EDS.), en *Family, Politics and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

E

EZQUERRA UBERO, J. J. "El derecho a vivir en familia de los extranjeros", *Migraciones*, 1, 1997.

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

F

FORNER, J. J. "La familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y extranjería", en ALEGRIA BORRAS, y SALIMA MERNISSI, en *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona, 1997.

G

GARCÍA RODRÍGUEZ, I. "Minorías Y Derecho internacional privado: Introducción", en GARCÍA RODRÍGUEZ, I. (Ed). *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Madrid, 2001.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I. "La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios", en *Actualidad civil*, 1992-2. n^o 14 a 26.

GARCÓN ABELLÁN, M. "Nosotros y los otros: El desafío de la inmigración", en *Jueces para la democracia*, n^o 40, 2001.

K

KAYSER, P. «Le regroupement familial dans le droit communautaire. La Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français», en *Rev. La semaine juridique*, 67^e année, número 21-22, 2 de junio de 1993.

L

LATORRE SEGURA, A. El derecho al reagrupamiento familiar, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, número 44.

M

MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Y. “Reagrupación familiar, art. 16, Derecho a la intimidad familiar”, en *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería, Ley Orgánica 4/2000*, de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social. SANTOLAYA MACHETTI, P. Coordinador, Valladolid, 2000.

MOLINER NAVARRO, R. M. “Reagrupación familiar y modelo de familia en la L. O. 8/2000 de Derechos y libertades de los extranjeros en España”, en *Actualidad Civil*, nº 14/2001.

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

P

PÉREZ VERA, E. y ABARCA JUNCO, P. “Comentarios al art. 13 CE”, en *Comentarios a la Constitución de 1978*, Tomo II, arts. 10 a 23, dirección: ALZAGA VILLAMIL, O. Madrid, 1996.

PRENCIPE, L. *Famille, migrations, Europe*, París, 1988.

R

ROCA, E. *Familia y cambio social. (De la <casa> a la persona)*, Madrid, 2000.

S

SANTOS ARNAU, L. “Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad: especial referencia al visado para la reagrupación familiar”, en *Extranjeros*, Directora: PICÓ LORENZO, C. Madrid, 1994.

SANTOS ARNAU, L. “Elementos jurídicos de la integración de los extranjeros”, en TAPINOS, G. P. en *Inmigración e integración en Europa*, Barcelona, 1993.

SEMPERE RODRÍGUEZ, C. “Comentarios al art. 18 CE: Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen, en Comentarios a la Constitución de 1978”, en *Comentarios a la Constitución de 1978*, Tomo II, arts. 10 a 23, Dirigido por ALZAGA VILLAMIL, O. Madrid, 1996.

