

CAPÍTULO II  
REAGRUPACIÓN FAMILIAR  
ARTÍCULOS 16 a 19

ANA PALOMA ABARCA JUNCO / MARINA VARGAS GÓMEZ-  
URRUTIA\*

*COMENTARIOS A LA LEY DE EXTRANJERIA*

TIRANT LO BLANCH, 2006, pp. 417 - 522

ISBN 84-8456-523-8

\*Profesora Titular de Derecho internacional privado

Facultad de Derecho

Universidad Nacional de Educación a Distancia

E- 28040 MADRID

[mvargas@der.uned.es](mailto:mvargas@der.uned.es)

Documento depositado en el repositorio institucional [e-Spacio UNED](#)

## ***ARTÍCULO 16.— Derecho a la intimidad familiar.***

### INTRODUCCIÓN.

- I. El derecho a la intimidad familiar y a vida en familia de los extranjeros: el artículo 16.1.
- II. El derecho a la reagrupación familiar de los residentes extranjeros: el artículo 16.2.
  1. Intimidad familiar y derecho a la vida en familia en la reagrupación familiar: aspectos constitucionales.
  2. Breve apunte histórico sobre el tratamiento “infra-normativo” de la reagrupación familiar: el ámbito reglamentario de los visados.
  3. Superación normativa: el derecho a reagrupar como derecho subjetivo.
    - A) Determinación del sujeto titular del derecho.
      - a) Noción de extranjero.
      - b) Noción de residente.
    - B) Consideraciones finales: valoración de la delimitación del ámbito subjetivo del derecho a reagrupar.
- III. El derecho a conservar la residencia del cónyuge reagrupado: el artículo 16.3.
  1. Finalidad y alcance del precepto.
  2. Ruptura del vínculo conyugal y conservación de la residencia.

## **ARTÍCULO 16. Derecho a la intimidad familiar.**

1. *Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España.*
  2. *Los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17.*
  3. *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. Reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos.*
- 

### **Introducción.**

Bajo el epígrafe *Derecho a la intimidad familiar* se incluyen tres derechos de distinto alcance cuya vinculación con el derecho a la intimidad familiar suscita problemas de diversa índole.

En primer lugar, el artículo 16.1 al proclamar el derecho de los extranjeros residentes en España a la vida en familia y a la intimidad familiar incorpora a su estatuto constitucional ambos derechos, aunque su fundamento constitucional sea distinto, según tendremos ocasión de constatar. En segundo lugar, el artículo 16.2 consagra el derecho a la reagrupación familiar que al situarse bajo el epígrafe *Derecho a la intimidad familiar* exige precisar su correcto engarce constitucional. Por último, el apartado 3 del precepto establece la conservación de la residencia del cónyuge reagrupado y de sus familiares —adquirida en virtud de una previa reagrupación familiar— alejado por completo del derecho de la intimidad familiar a la que se refiere el artículo 18.1 CE ya que, en realidad, viene a consagrar un derecho autónomo de estas personas a residir en España pese a no existir propiamente vida en familia.

### **I. El derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar de los extranjeros: el artículo 16.1.**

*Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España.*

Los derechos consagrados en el artículo 16.1 de la LODLEE inciden en la reagrupación familiar básicamente cuando lo que se cuestiona es la injerencia del Estado en el respeto de la vida en familia de los extranjeros en un contexto de inmigración familiar. En este sentido, el elemento axial de valoración es la propia noción “vida en familia” de los extranjeros cuyo contenido —no establecido en la Ley— se deduce y deriva en gran parte de los textos internacionales en materia de derechos humanos.

Son varios los tratados y acuerdos internacionales relativos a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que consagran el derecho de la familia a la protección de la sociedad y del Estado<sup>1</sup>. En cambio, el derecho a la intimidad familiar no está reconocido de forma explícita en esos mismos textos internacionales. Ello no significa que no existan declaraciones significativas acerca de las manifestaciones más clásicas de la intimidad<sup>2</sup>.

En el ámbito del Consejo de Europa, el Tratado más importante para determinar el significado de la noción “vida en familia” es el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*<sup>3</sup> (CEDH) cuyo artículo 8.1 consagra el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar (...) bajo reserva de ciertas restricciones admisibles cuando estén en juego la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral y, finalmente, la protección de los derechos y libertades de los demás (art. 8.2).

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, el artículo 16.3 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 1948 al declarar que “la familia tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, cuyo tenor es repetido en el artículo 23.1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 16 de diciembre de 1966 (vigencia para España: 27.7.1977, BOE núm. 103, de 30.4.1977). Por su parte, el *Convenio de Nueva York sobre los derechos del niño*, de 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 1.12.1990) proclama, respecto de la infancia, que la familia “como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder sumir plenamente sus responsabilidades dentro de la Comunidad” (Preámbulo).

<sup>2</sup> El artículo 12 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* establece que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ataques o injerencias”. El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, repite el principio en su artículo 17.1. Y, por último, respecto de los menores, el *Convenio de Nueva York sobre los derechos del niño*, establece que los Estados Parte “se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (art. 8.1).

<sup>3</sup> *Convenio de 4 de noviembre de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (vigencia para España: 4.10.1979, BOE núm. 243, de 10.10.1979).

Tanto la noción *respeto de la vida en familia*, como la inclusión del *bienestar económico del país*, dentro de las injerencias legitimadas por el Convenio adquieren perfiles propios en los supuestos de admisión y expulsión de extranjeros<sup>4</sup>, incluida la reagrupación familiar. En este sentido, la jurisprudencia de Estrasburgo ha llevado a cabo una importante labor de concreción de la noción de respeto a la vida familiar y ha establecido que el derecho a la reagrupación familiar forma parte del contenido del derecho a la vida privada y familiar pues, aunque el artículo 8 no imponga a los Estados una obligación general de admitir la reagrupación de los miembros de la familia en su territorio, “(...) no se puede excluir que las medidas tomadas en el ámbito de la inmigración sean susceptibles de vulnerar el derecho al respeto de la vida familiar del artículo 8 del Convenio”<sup>5</sup>.

En el ámbito convencional regional, dos Convenios del Consejo de Europa contemplan específicamente la reagrupación familiar como una derivación del derecho a la vida en familia del trabajador migrante, aunque sin llegar a determinar el contenido de este derecho. En concreto, nos referimos a la *Carta Social Europea*, de 18 de octubre de 1961<sup>6</sup> y al *Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante*, de 24 de noviembre de 1977<sup>7</sup>.

En relación con la *Carta Social Europea*, este instrumento internacional trata de asegurar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y de sus familias a la “protección social, jurídica y económica” (art. 16). Sin embargo, no asegura un derecho a la reagrupación familiar limitándose, en su artículo 19.6, a exigir a los Estados parte que “practiquen una política que facilite en lo posible la reagrupación familiar de un trabajador extranjero al que se le haya autorizado el establecimiento dentro del territorio”<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Vid., I. ARRIAGA IRABURU, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Pamplona, 2003.

<sup>5</sup> Véanse Sentencias TEDH Asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c/ Reino Unido*, de 28 de mayo de 1995; Asunto *Gül c/ Suiza*, de 19 de febrero de 1996; Asunto *Ahmut c/ Países Bajos*, de 28 de noviembre de 1996; Asunto *Sen c/ Países Bajos* de 21 de diciembre de 2001; y, Asunto *Jakupovic c/ Austria*, de 6 de febrero de 2003.

<sup>6</sup> Hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 (BOE núm. 153, de 26.6.1980).

<sup>7</sup> *Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante*, de 24 de noviembre de 1977. (BOE núm. 145, de 16.6.1983).

<sup>8</sup> El concepto de familia del trabajador migrante recogido en el Anexo de la Carta Social Europea alcanza al cónyuge y a su cónyuge y a los hijos menores de veintiún años a su cargo.

Por lo que respecta al *Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante*, aunque la reagrupación familiar ocupa un lugar destacado derivado de lo proclamado en su Preámbulo al recomendar que los Estados deben “facilitar la promoción social y el bienestar de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias”, su aplicación resulta muy limitada tanto por las exclusiones de su ámbito de aplicación personal (sólo trabajadores nacionales de una Parte Contratante que hayan sido autorizado por otra Parte Contratante a permanecer en su territorio para desempeñar en él un empleo remunerado) como por su carácter cerrado (sólo pueden ser Estados contratantes los países que pertenecen al Consejo de Europa)<sup>9</sup>.

Bajo el enunciado *Reagrupación familiar*, el artículo 12 del Convenio, que no puede ser objeto de reservas dada la prohibición expresa del artículo 36, establece que el cónyuge del trabajador migrante (...) y sus hijos no casados mientras se les considere como menores por la legislación pertinente del Estado de acogida y que dependan del trabajador migrante “están autorizados a unirse con éste (...) en el territorio de la Parte contratante”, siempre que el trabajador disponga de una vivienda considerada como normal para los trabajadores nacionales de la región donde esté empleado<sup>10</sup>. El Convenio no impide que los Estados puedan someter la autorización a un plazo de espera no superior a 12 meses. También contempla la posibilidad de supeditar la reagrupación familiar a la acreditación de recursos estables para subvenir las necesidades de la familia e incluso incluye una cláusula excepcional de salvaguarda a favor de los Estados en cuanto a su capacidad de acogida<sup>11</sup>.

En el marco jurídico internacional se pueden igualmente citar el *Convenio núm. 143*<sup>12</sup> de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que invita a los Estados a facilitar la reagrupación familiar de todos los trabajadores migrantes que residan en su

---

<sup>9</sup> De los trece Estados (parte y signatario) sólo dos —Moldova y Turquía— son Estados no miembros de la Unión Europea. Consecuentemente, el Convenio no resulta de aplicación a los nacionales de los países que conforman el mayor número de inmigrantes en España.

<sup>10</sup> En este Convenio la interpretación de la titularidad del derecho a reagrupar (si del trabajador migrante o de sus familiares) puede ser confusa. Si se considera, como pudiera hacerse, que es un derecho de los familiares, cabría pensar que tanto la legislación española como la Directiva comunitaria, al limitar este derecho al residente, incumplirían un tratado internacional.

<sup>11</sup> El párrafo 3 del artículo 12 contiene una cláusula de salvaguarda que permite a los Estados parte, en circunstancias excepcionales, suspender temporalmente la obligación de permitir la reagrupación familiar a la expiración del término de 12 meses, siempre que se cumplan ciertas garantías de aplicación estricta inspiradas en las previstas en el artículo 15 del CEDH.

<sup>12</sup> OIT. *Convenio sobre los trabajadores migrantes* (Disposiciones Complementarias), 1975. España no es Estado Parte.

territorio; y, muy especialmente por su carácter de convenio universal, la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias*, de 18 de diciembre de 1990<sup>13</sup> que recoge el derecho de la familia a la protección por parte de la sociedad y del Estado exigiendo a los Estados Parte la adopción de medidas tendentes a 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”.

Finalmente, en el ámbito del *Derecho comunitario*, la ya mencionada *Directiva 2003/86/CE* obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas sobre reagrupación familiar de acuerdo a los instrumentos de Derecho internacional y se afirma el respeto a los Derechos fundamentales y en particular a los principios reconocidos por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y por la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, de 7 de diciembre de 2000.

La *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*<sup>14</sup>, incluida en el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*<sup>15</sup>, dentro del Capítulo II (Libertades), artículo 7 (actual art. II-67 de la *Constitución europea*), bajo la rúbrica *Respeto de la vida privada y familiar*, dispone el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones<sup>16</sup>. Resultaría discutible que de este derecho pudiera derivarse el de la reagrupación familiar. Ahora bien, la obligación impuesta en esta misma Carta (art. 52.3, correlativo art. II-112.3 de la *Constitución europea*) de que el sentido y alcance de los derechos que corresponden a

<sup>13</sup> ASAMBLEA GENERAL de las Naciones Unidas (Resolución 45/158). Ningún Estado miembro de la Unión Europea ha ratificado esta Convención cuya entrada en vigor se produjo el 1 de julio de 2003, a raíz de que el 14 de marzo de 2003 se depositara el vigésimo instrumento de ratificación.

<sup>14</sup> *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, de 7 de diciembre de 2000 (DO C, 364/2000).

<sup>15</sup> Firmada en Roma el 29 de octubre de 2004 por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea. (DO C, 310 de 16.12.2004).

<sup>16</sup> Los Derechos fundamentales, como es sabido, han constituido una importante parte del Derecho comunitario básicamente a través de la jurisprudencia del TJCE. El Tratado de Roma de 1957 guardaba silencio sobre los derechos fundamentales. La Unión Europea se comprometió, tras el Tratado de Maastricht, a respetarlos tal y como son garantizados por el CEDH y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros en tanto que principios generales del Derecho comunitario. Estos principios han sido elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo incluso tras su reconocimiento explícito en los actuales textos comunitarios. Para esta afirmación *vid.*, las SSTJCE *Eric Stauder c/ Ville d'Ulm* de 12 de noviembre de 1969 (Rec. 419); *Defrenne c/ SABENA*, de 15 de junio de 1978 (Rec. 1365); y, *Nold, Kohlen und Baustoffgrosshandlung c/ Comission*, de 14 de mayo de 1974 (Rec. 491).

derechos garantizados por el Convenio Europeo sean iguales a los que les confiere dicho Convenio (e incluso les puede ser concedida una protección más extensa), hace explícita la vinculación de ambos derechos con el alcance que les ha otorgado la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (TEDH).

En cuanto a la *Directiva 2003/86/CE* sobre el derecho a la reagrupación familiar, y sin perjuicio de su tratamiento en cada aspecto concreto, al afirmar que la reagrupación “es necesaria para la vida en familia”<sup>17</sup> une ambos derechos de modo explícito e impone a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias “de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional”<sup>18</sup>.

## **II. El derecho a la reagrupación familiar de los residentes extranjeros: el artículo 16.2.**

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

### **1. Intimidad familiar y derecho a la vida en familia en la reagrupación familiar: aspectos constitucionales.**

La consagración del derecho a la reagrupación familiar en el artículo 16.2 LODLEE bajo la rúbrica *Derecho a la intimidad familiar* suscita el problema de su correcto engarce constitucional.

Cabría la posibilidad de entender que la reagrupación familiar reconocida en la Ley de extranjería es una “nueva” vertiente del derecho fundamental de la intimidad familiar consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución. En sentido contrario algunos autores postulan que, pese a la aparente identificación que realiza el artículo 16.1 LODLEE entre el derecho a la intimidad familiar (en el sentido del artículo 18.1 CE) y el derecho

---

<sup>17</sup> *Considerando 4.*- “La reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia. Contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal como se declara en el Tratado”.

<sup>18</sup> *Considerando 2.*- “Las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos de Derecho internacional. La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

a la vida en familia (para cuya efectividad es necesaria la reagrupación familiar), estamos ante dos realidades jurídicas distintas como lo demuestra el tratamiento jurídico diferenciado del ejercicio del derecho a la “vida familiar” de los extranjeros configurado por el legislador en la Ley de extranjería<sup>19</sup>.

El artículo 18 CE establece en su apartado 1 que, “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. El Tribunal Constitucional ha precisado el alcance de esta intimidad personal y familiar al señalar que

“(…) El derecho a la intimidad salvaguardado en el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad. (...) El art. 18.1 CE no garantiza una ‘intimidad’ determinada, sino el derecho a poseerla (...). Lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio”<sup>20</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene que la intimidad familiar protegida por el derecho reconocido en el artículo 18.1 CE en nada resulta lesionada por una medida administrativa que deniegue la exención de visado por causa de reagrupación familiar.

Este rechazo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a que la expulsión del cónyuge extranjero o la denegación de la dispensa de visado (medidas administrativa que afectan a la vida en familia de un extranjero) sean interpretadas como una injerencia o intromisión en el derecho a su intimidad familiar puede verse en la STS de 24 de abril de 1999<sup>21</sup> (relativa a una orden de expulsión del cónyuge extranjero) al declarar que, cuando la orden no es legítima, se atenta contra el derecho y el deber de convivencia conyugal establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, *pero no a su privacidad*,

“(…) es la salvaguarda de la privacidad en las relaciones familiares para que éstas queden exentas e inmunes a las agresiones o invasiones exteriores, incluidas las de los poderes públicos, pero con la expulsión del territorio español del cónyuge extranjero, incurso en una causa que legitime tal medida, no se invade la esfera privada e íntima de la familia, ya que no se revela o divulga dato alguno relativo al

<sup>19</sup> Vid., P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 27.

<sup>20</sup> STC 134/1999, de 15 de julio de 1999.

<sup>21</sup> STS de 24.4.1999 (RJ 1999\3787).

matrimonio o a cualquiera de los cónyuges ni se produce injerencia o intromisión en su vida privada”.

En el mismo sentido, las SSTS de 1 de julio de 2000<sup>22</sup> y la de 21 de mayo de 2001<sup>23</sup> o la STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2003<sup>24</sup>, excluyen del ámbito de protección de la intimidad familiar las decisiones denegatorias del visado para la reagrupación familiar, pues

“A través de este derecho fundamental se protege un ámbito de la vida de las personas excluido del conocimiento ajeno como de intromisiones de terceros, sean particulares o poderes públicos, esto es, se protege un ámbito privado reservado para la propia persona y su entorno familiar del que quedan excluidos los demás. Se trata pues, de la protección del reducto más privado del individuo, de los extremos más personales de su propia vida y de su entorno familiar. Por ello, dada la configuración de este derecho fundamental en la doctrina del Tribunal Constitucional, que protege el ámbito de lo privado, no se alcanza a comprender cómo puede entenderse vulnerado tal ámbito de lo privado por una decisión que impide la entrada en España de un familiar, decisión que ninguna intromisión supone en dicho núcleo reservado al conocimiento y acción de los demás” (FJ 4 párrafo *in fine*).

Consecuentemente, ni de la configuración realizada por Tribunal Constitucional del derecho a la intimidad ni de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de extranjería cabría deducir que el derecho a la reagrupación familiar esté incluido en el derecho a la intimidad salvaguardado por el artículo 18.1 CE. También es ésta la posición sostenida por el Consejo General del Poder Judicial cuando en su Informe al Anteproyecto de reforma de la LO 4/2000 declaró que, “la reagrupación familiar no tiene la consideración de derecho fundamental del ciudadano extranjero”<sup>25</sup>.

Desde esta perspectiva, resulta inexplicable la rúbrica genérica del artículo 16 LODLEE (*Derecho a la intimidad familiar*<sup>26</sup>); a no ser que el legislador haya querido

<sup>22</sup> STS de 1.7.2000 (RJ 2000\6123).

<sup>23</sup> STS de 21.5.2001 (RJ 2001\7209).

<sup>24</sup> STSJ Madrid de 30.9.2003 (JUR 2003\16826). La sentencia resolvía un recurso contencioso administrativo, tramitado como procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, interpuesto contra resolución dictada por el Cónsul General de España en Tánger, por la que se denegaba un visado de residencia para la reagrupación familiar de una ciudadana marroquí, madre de un residente español, también nacional marroquí y casado con española. En la demanda se invocaba la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de circulación (19 CE) y a la intimidad familiar (18.1 CE).

<sup>25</sup> INFORME del Pleno del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social”, aprobado el 26.6.2000, p. 29 ([http://www.extranjeria.info/publico/revista/005/Op\\_Contraref\\_CGPI.PDF](http://www.extranjeria.info/publico/revista/005/Op_Contraref_CGPI.PDF)).

<sup>26</sup> Derecho de los incluidos entre los fundamentales de la sección segunda del Capítulo segundo del Título Primero de la CE y que tienen todas las personas (sean o no nacionales). Tampoco se explica el porqué ha dado carácter orgánico a los artículos relativos a la reagrupación familiar (Disposición final primera de la LO 8/2000, de 22 de diciembre y Disposición final primera de la LO 14/2003, de 20 de noviembre)

reforzar el ejercicio de tal derecho para los extranjeros incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de extranjería.

Sin embargo, en los trabajos parlamentarios se constata que —excepción hecha del Grupo Mixto— la Ponencia no vinculaba la reagrupación con el derecho a la intimidad familiar sino que la identificaba bien con el derecho a disfrutar de la vida en familia “en aras a la integración” (Grupos catalán y popular), bien como un “derecho social que facilitaba la integración y promoción social del extranjero y la de sus familias” (Grupo socialista), sin que la mención a la intimidad familiar —como rúbrica del precepto— fuera objeto de discusión alguna y, probablemente, no se previó el alcance que esto podría tener en cuanto a la consideración o no como un derecho fundamental de la reagrupación familiar.

Más adecuado hubiera sido rubricar el precepto bajo el enunciado *Derecho a la vida en familia* ligándolo así con la reagrupación familiar. Aunque el derecho a la vida en familia no está expresamente reconocido en la Constitución española al ser un derecho reconocido, como hemos visto, en el Derecho internacional, tanto convencional como general y de esta manera insertado en nuestro ordenamiento jurídico, podría encuadrarse dentro del artículo 39 CE, como ha puesto de manifiesto la doctrina<sup>27</sup>.

Que del derecho a la vida en familia se deriva el derecho a la reagrupación familiar fue incluso puesto de relieve por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe a la primera reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero pues, en materia de reagrupación familiar,

“(…) ha de tenerse presente que el art. 8 de la Convención Europea garantiza *a toda persona el respeto a su vida privada y familiar* pudiendo ingerirse la autoridad cuando lo prevea la ley para defender el orden o prevenir infracciones penales y sea necesario en una sociedad democrática”.

---

convirtiendo esta materia en susceptible del derecho de amparo previsto en el artículo 53.2 de la CE, salvo pronunciamiento en contrario del Tribunal Constitucional.

<sup>27</sup> Vid., M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y H. GRIEDER MACHADO, “La reagrupación familiar de los extranjeros en España”, en *El nuevo derecho de extranjería* (A. RODRÍGUEZ BENOT y C. HORNERO MÉNDEZ, Coords.), Comares, Granada, 2001, pp. 97-143, esp. p. 109; C. ESPLUGUES MOTA y M. DE LORENZO SEGRELLES, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 71; I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “The Right to Family Reunification in the Spanish Law System,” *SYIL*, Vol. II, 1999-2000, pp. 1-37, esp. p. 8; y P. SANTOLAYA MACHETTI, en *op. cit.*, p. 27 y pp. 13-26.

De cuanto antecede parece deducirse que el engarce constitucional del derecho a la reagrupación familiar no lo sea con el derecho fundamental a la intimidad familiar<sup>28</sup> sino con el derecho constitucional a la protección de la familia en su vertiente de derecho a la vida familiar; derecho que es recogido en los textos internacionales como un derecho fundamental, aunque ello no signifique que su incorporación al ordenamiento jurídico interno lo convierta en un derecho fundamental de la sección segunda del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución<sup>29</sup>.

En esta línea, de lo que no cabe duda es que estamos en el campo de los principios rectores de la política social y económica, en concreto, en el de la protección social, económica y jurídica de la familia, encomendado por el artículo 39 CE a los poderes públicos y que deben informar tanto la práctica judicial como la actuación de todas las autoridades públicas. Se trata de objetivos necesarios, pero de concreción por el poder político, que habrán de ser ponderados con otros objetivos legítimos, por ejemplo, en el caso de la reagrupación familiar, las políticas de inmigración y la integración de los extranjeros<sup>30</sup>, sin que de esta afirmación quepa admitir la plena libertad del legislador, sin límite constitucional alguno, a la hora de enfrentarse con la regulación de estas materias<sup>31</sup>.

## **2. Breve apunte histórico sobre el tratamiento “infra-normativo” de la reagrupación familiar: el ámbito reglamentario de los visados.**

<sup>28</sup> Tampoco con el art. 19 como ha mantenido parte de la doctrina. Véanse, J.M. GOIG MARTÍNEZ, “Derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 14, 2004, pp. 239-272 y M.C. VIDAL FUEYO, *Constitución y Extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 210.

<sup>29</sup> Recordemos que los derechos fundamentales son únicamente los reconocidos en nuestra Constitución (SSTC 28/1991; 84/1989; 120/1990; y 233/1993). Únicamente esos derechos han de ser interpretados conforme al art. 10.2 CE y conforme al derecho comunitario en su caso, pero ni el Derecho internacional general ni el derecho comunitario (a no ser que se trate de un derecho fundamental que afecte a su ámbito de aplicación) convierte un derecho que no lo es en fundamental. Por tanto, mientras no exista un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en otro sentido, es dudosa la tutela judicial de la vida privada y familiar —incluida la reagrupación familiar— por vía de amparo; a no ser que se considere la posibilidad de desarrollar esa vida privada y familiar de los extranjeros con la amplitud reconocida por el Tribunal de Estrasburgo, es decir, como presupuesto del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE.

<sup>30</sup> Dualidad que para un sector doctrinal se traduce en verdaderas barreras económicas contrarias al bien jurídico protegido (el derecho a la vida en familia). *Vid.*, I, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, “Constitución española, derechos de los extranjeros”, en *Jueces para la Democracia*, Núm. 41, julio, 2001, pp.19-22. También, en la doctrina extranjera, A. CIANCIO, “Lavoratori senza frontiere: la condizione giuridica dello straniero residente e la tutela dei diritti costituzionali”, en *Rassegna Parlamentaria*, n° 3, 1999, pp. 561-595; J. FERNÁNDEZ NIETO, “Sobre la constitucionalidad de la ley de extranjería: los derechos a la reagrupación familiar, a la intimidad y a la tutela judicial efectiva de los extranjeros en España”, *Jueces para la Democracia*, Núm., 51, 2004, pp. 50-62.

<sup>31</sup> Entre otras muchas, véase la STS de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001\8927).

Durante largos años ninguna norma del Derecho español de extranjería había tomado en consideración la reunificación de la familia como una de las formas en las que podía manifestarse el derecho que tiene toda persona al respeto a su vida en familia. Pese a la normalización constitucional de 1978, tampoco en la *LO 7/1985, de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*<sup>32</sup> recibió la reagrupación familiar un tratamiento específico.

Hubo que esperar al año 1986 para encontrar el primer texto reglamentario que, con carácter general, estableciera los requisitos administrativos de fondo y forma para los visados de reagrupación familiar. En efecto, el artículo 7.2 del *RD 1119/1986, de 26 de mayo*<sup>33</sup>, de desarrollo reglamentario de la *LO 7/1985, de 1 de julio*, contempló la problemática que afecta a la reagrupación familiar enmarcándola en el ámbito de las solicitudes de visados y permisos de residencia de trato especial<sup>34</sup>. En cuanto al procedimiento, vaya por delante que pese al desarrollo reglamentario de 1986 la falta de unidad de criterio en la tramitación de visados por reagrupación familiar fue la nota más característica de la práctica administrativa.

En este proceso de reglamentación una *Circular conjunta de 1 de julio de 1988*<sup>35</sup> vino a establecer un catálogo de *circunstancias excepcionales* que, de ocurrir encontrándose el extranjero en España, permitiría a la autoridad gubernativa, y siempre que se pudiese presumir la buena fe del solicitante, autorizar la exención de visado. Entre dichas circunstancias figuraba la posibilidad de dispensa al “cónyuge de un español o de un extranjero con permiso de residencia en España”<sup>36</sup>. La aplicación de la exención no tuvo larga vida, ya que para las fechas que tratamos (1988) se había configurado el visado en el sistema Schengen<sup>37</sup> como el principal mecanismo de

---

<sup>32</sup> Véanse, C. APRELL LASAGABASTER, *Régimen administrativo de los extranjeros en España (Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados)*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 26 ss. y J.M. ESPINAR VICENTE, *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Universidad de Alcalá de Henares, 2001, pp. 15-28.

<sup>33</sup> BOE, de 12 de junio de 1986.

<sup>34</sup> Dicha disposición reglamentaria afirmó —como principio general— la exigencia de visado para la entrada en el territorio; si bien estableció un tratamiento preferente y de urgencia en la tramitación de los visados por reagrupación familiar.

<sup>35</sup> No publicada en el BOE pese a su importancia al establecer “criterios para la aclaración de cuestiones surgidas en aplicación de las normas de extranjería”. La Circular de 1988 es citada en la STS de 14 de septiembre de 1998 (RJ 1998\7237).

<sup>36</sup> Véase su tratamiento histórico en R.J. GISBERT CASASEMPERE, “La exención de visado por matrimonio en la nueva Ley de Extranjería”, en *Actualidad Administrativa*, Núm. 21, 2003, pp. 531-541.

<sup>37</sup> El Acuerdo de Schengen de 14 de julio de 1985. La aplicación del Acuerdo se previó para nuestro país a partir del segundo semestre de 1994, lo que obligó al efectivo control de nuestras fronteras exteriores.

orientación e instrumento de desarrollo de la política de asilo e inmigración *común-comunitaria*.

Ello motivó que la denegación de la exención del visado se convirtiera en un principio general de política migratoria en la *Circular 7/1994*<sup>38</sup>. En efecto, la Circular de 1994 se incardina en el primero de los ejes de la *Proposición no de Ley relativa a la situación de los extranjeros en España*<sup>39</sup> y anuda la exigencia de visado a “la necesidad de la utilización de este mecanismo como instrumento de orientación de la política inmigratoria”<sup>40</sup>.

En el año 1996 se aprobó un nuevo Reglamento de desarrollo de la LO 7/1985 mediante *RD 155/1996, de 2 de febrero*<sup>41</sup> que no se apartaba de la situación hasta ahora descrita y delegaba en la facultad normativa ministerial el desarrollo de los procedimientos reglamentarios en esta materia; desarrollo llevado a cabo tres años más tarde por *Orden Ministerial de 8 de enero de 1999*<sup>42</sup>. Las disposiciones de esta Orden Ministerial han estado en vigor hasta la aprobación del primer Reglamento de desarrollo de la LO 4/2000, de 11 de enero modificada por LO 8/2000, de 22 de diciembre, aunque bien es cierto que las instrucciones generales y de procedimiento sobre la tramitación de visados para la reagrupación familiar contenidas en la OM de 1999 son las que incorporó el Reglamento de 2001 en su artículo 44.4. Como veremos más adelante, el Reglamento de 2004 reestructura este sistema y ya no exige este informe gubernativo sino una justificación documental que acredite la disponibilidad de una vivienda adecuada para atender las necesidades del reagrupante y de su familia (inciso e) del art. 42.2 REGL.)

Es en la LO 4/2000, de 11 de enero donde la reagrupación familiar supera el tratamiento “infra normativo” hasta ahora dispensado que, situado en el plano de las habilitaciones administrativas para la solicitud de un tipo especial de visado, permitía un amplio margen de discrecionalidad administrativa. La LO 4/2000, de 11 de enero

---

<sup>38</sup> CIRCULAR 7/1994, de 28 de julio.

<sup>39</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie D, nº 165, de 22 de marzo de 1991.

<sup>40</sup> Resultado de la incorporación de España al Acuerdo de Schengen (véase el punto 11 de la *Proposición no de Ley de 9 de abril de 1991*).

<sup>41</sup> BOE, de 23 de febrero de 1996.

<sup>42</sup> MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. *Orden de 8 de enero de 1999 por la que se establecen las normas generales y de tramitación de los expedientes de visado y de los permisos de residencia por reagrupación familiar, en desarrollo del Reglamento de Ejecución de la LO 7/1985* (BOE, de 13 de enero de 1999).

configura la reagrupación familiar como un auténtico derecho de los extranjeros ligado al desarrollo de su vida familiar en nuestro país. Baste con señalar que las sucesivas reformas de la LO 4/2000, de 11 de enero no han modificado esta configuración jurídico-normativa, pero ello no significa que las reformas hayan sido irrelevantes para el régimen jurídico de la reagrupación. En efecto, como veremos a lo largo de estos comentarios, las distintas modificaciones a la Ley de extranjería han afectado a numerosos aspectos esenciales del derecho a la reagrupación.

Así, la titularidad del derecho y el elenco de familiares reagrupables (arts. 16 y 17) fueron limitados sustancialmente en la LO 8/2000; las condiciones de ejercicio del derecho por parte del titular-reagrupante (art. 18) se incorporaron en la LO 8/2000 y posteriormente se modificaron en parte en la LO 14/2003; las condiciones para el ejercicio de la reagrupación por parte de los ascendientes previamente reagrupados (art. 17.2) cuya regulación reglamentaria fue anulada parcialmente por la STS de 20 de marzo de 2003<sup>43</sup>, circunstancia que motivó la reforma del precepto en la LO 14/2003; y, en fin, los supuestos en los que los familiares reagrupados pueden obtener una autorización de residencia independiente (art. 19) establecidos en la LO 8/2000 y modificados nuevamente en la reforma de noviembre de 2003 (LO 14/2003).

### **3. Superación normativa: el derecho a reagrupar como derecho subjetivo.**

La configuración del *derecho a reagrupar* como un derecho subjetivo vinculado a la dimensión protectora del derecho a la vida en familia supone un importante cambio cualitativo en relación con la regulación anterior.

Esta afirmación ha de entenderse referida, especialmente, a los efectos reforzados que se derivan de tal derecho frente a las decisiones administrativas más típicas del régimen de la extranjería: la entrada y la expulsión<sup>44</sup>. Pues, en efecto, por una parte, cumplidas las condiciones legales —y siempre que no existan razones de orden público o de seguridad y salud pública para denegar la entrada en el territorio<sup>45</sup>— los extranjeros residentes podrán constituir su vida familiar en España y obtener los

---

<sup>43</sup> STS de 20 de marzo de 2003 (RJ 2003\2422).

<sup>44</sup> Ciertamente es que la jurisprudencia había venido controlando la discrecionalidad de la Administración en base “al principio de la reagrupación familiar” considerada prácticamente como un derecho cuyo fundamento constitucional derivaba del mandato de protección jurídica, económica y social de la familia (art. 39.1 CE) e incluso había interpretado la vida familiar afectada de acuerdo al art. 8 del CEDH.

<sup>45</sup> Véanse los comentarios al artículo 18 en esta misma obra.

permisos de entrada y residencia para sus familiares mediante el derecho a reagrupar. Y, por otra parte, podrán oponer, con eficacia jurídica, el arraigo en España como protección frente a las decisiones de expulsión<sup>46</sup>.

### **A) Determinación del sujeto titular del derecho.**

La LODLEE otorga el derecho a la reagrupación familiar a los *extranjeros residentes* en España, nociones que adquieren contornos específicos en la reagrupación familiar. Antes de delimitar el concepto de *extranjero* y el de *residente* conviene recordar que la LO 4/2000, de 11 de enero había configurado la titularidad del derecho a reagrupar de un modo *sui generis* puesto que el derecho lo ostentaba tanto el extranjero residente legal como sus familiares extranjeros a los que la Ley les reconocía “el derecho a la situación de residencia para reagruparse con el residente”.

Esta doble titularidad podría dar lugar a solicitudes unilaterales de reagrupación por parte de los familiares del extranjero residente, incluso contra la voluntad de éste<sup>47</sup>. Por este motivo, y acorde con la Propuesta de Directiva comunitaria (1999), en el trámite de la primera reforma de la LO 4/2000 se llegó a un acuerdo transaccional limitando la titularidad del derecho sólo a los extranjeros residentes cuya residencia, además, cumpliera determinados requisitos, como veremos enseguida.

#### **a) Noción de extranjero.**

En primer lugar, y con carácter general, la LODLEE considera extranjeros a efectos de delimitar su ámbito de aplicación personal a quienes carezcan de la nacionalidad española (art.1). La referencia que se hace en ese artículo a lo dispuesto “en esta Ley, en las leyes especiales y en los Tratados internacionales de los que España sea parte”, así como a los ciudadanos comunitarios, incide de manera específica en la reagrupación familiar. La propia Ley de extranjería establece en el artículo 2 las exclusiones personales de su ámbito de aplicación. Pero, además, la pluralidad normativa característica del Derecho de extranjería exige tener en cuenta no sólo el régimen normativo de producción interna sino también las leyes especiales, los Tratados

---

<sup>46</sup> Véanse los comentarios al régimen sancionador en esta misma obra.

<sup>47</sup> *Vid.*, R.M. MOLINER NAVARRO, “Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España”, en *Actualidad Civil*, Núm. 2, 2001, pp. 487-519, p. 495.

internacionales y la legislación comunitaria que contengan un régimen de reagrupación familiar especial por razón de los sujetos<sup>48</sup>.

Consecuentemente, para determinar quiénes son los *extranjeros* a los que se refiere el artículo 16.2 LODLEE ha de procederse a un análisis negativo; es decir, lo serán todos los extranjeros excepto los excluidos de modo expreso (arts. 1 y 2 de la LODLEE<sup>49</sup>) o aquellos que tengan un régimen especial de reagrupación familiar no incluido en las disposiciones de esta Ley.

En el primer caso (extranjeros no incluidos en el ámbito de aplicación de la LODLEE), la exclusión más importante para la delimitación del ámbito del artículo 16.2, afecta a los nacionales de terceros países familiares de ciudadanos comunitarios o de nacionales del Espacio Económico Europeo. La entrada y residencia de estos familiares no comunitarios (con independencia de su nacionalidad) se sitúa en la esfera comunitaria de la libre circulación de personas y es objeto de regulación en *REAL DECRETO 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*<sup>50</sup>.

Repárese a su vez en la excepción contemplada en el artículo 24 del Acta de Adhesión de los nuevos Estados miembros que establece, entre las medidas transitorias, un periodo de dos años a los nacionales de dichos Estados —con excepción de Malta y Chipre— durante el cual se les seguirá aplicando el régimen general de extranjería, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales<sup>51</sup>.

El segundo caso (régimen especial de reagrupación familiar), se refiere a la situación de los refugiados y de aquellas personas en especial situación de vulnerabilidad. La protección de su vida en familia, se somete a un tratamiento más favorable en orden a las condiciones para la reagrupación familiar. Estos regímenes son los siguientes: (1) Régimen de refugiados y apátridas, objeto de tratamiento expreso en la Directiva 2003/86/CE sobre del derecho a la reagrupación familiar (arts. 9 a 12): El régimen de producción interna se encuentra regulado en el artículo 10 de la *Ley 5/1984*,

---

<sup>48</sup> Con carácter general, *vid.*, E. PÉREZ VERA, “Derecho de Extranjería”, *Derecho internacional privado*, Volumen I, (A.P. ABARCA JUNCO, Dir.), 5ª ed., UNED, Madrid, 2004, pp. 295-347.

<sup>49</sup> Véase el comentario a los citados preceptos en esta misma obra.

<sup>50</sup> BOE de 22 de febrero de 2003.

<sup>51</sup> DO L 33, de 29.9.2003.

de 26 de marzo<sup>52</sup>. La Directiva, pendiente de transposición, fija la noción de *refugiado* en los mismos términos de la *Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados*, de 28 de julio de 1951, modificada por el *Protocolo de Nueva York*, de 31 de enero de 1967. La Directiva excluye de su ámbito de aplicación a los demandantes de asilo, a quienes estén autorizados a residir en un Estado miembro en virtud de una protección temporal (...), y a quienes estén autorizados a residir en un Estado miembro en virtud de formas subsidiarias de protección (...). Estos tres supuestos son objeto de regulación en otras Directivas comunitarias referidas a continuación. (2) Régimen de los solicitantes de asilo, están protegidos en el ámbito familiar por la Directiva 2003/9/CE, de 27 de enero de 2003<sup>53</sup>, adoptada al amparo del artículo 63.1.b) TCE, cuyo plazo de transposición finalizó el 6 de febrero de 2005. (3) Régimen de las personas necesitadas de especial protección se encuentra en la Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril de 2004<sup>54</sup>. Su artículo 23 extiende la protección subsidiaria a todos los miembros de la familia acompañantes, esto es, presentes en el mismo Estado miembro, siempre que sean dependientes del solicitante. (4) Régimen de los desplazados temporales, contemplado en la Directiva 2001/55/CE, de 20 de julio de 2001<sup>55</sup>, adoptada al amparo del art. 3.2 letras a) y b) TCE. España ha incorporado su contenido en el *RD 1325/2003*, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas<sup>56</sup> cuyo artículo 21 concede los beneficios de la protección temporal a los miembros de la familia de la persona desplazada.

En otro orden de consideraciones, en los acuerdos bilaterales relativos a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales con Colombia (21 de mayo de 2001), con Ecuador (29 de mayo de 2001) y con la República Dominicana (17 de diciembre de 2001), en sus artículos 6.II, se dispone que “los trabajadores migrantes disfrutarán del derecho de reagrupación familiar, de acuerdo con la legislación del Estado de acogida” por lo tanto carecen de un régimen especial al respecto<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> BOE de 27 de febrero de 1984, modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo (BOE de 23 de mayo de 1994).

<sup>53</sup> DO L, de 6.2.2003.

<sup>54</sup> DO L 304, de 30.9.2004.

<sup>55</sup> DO L 212, de 7.8.2001.

<sup>56</sup> BOE de 25 de octubre de 2003.

<sup>57</sup> Colombia (BOE, de 4 de julio de 2001), Ecuador (BOE de 10 de junio de 2001) y República Dominicana (BOE de 5 de julio de 2002).

Delimitado de manera negativa el ámbito de aplicación personal de los artículos de la LODLEE relativos a la reagrupación familiar, todos aquellos extranjeros no incluidos en los apartados anteriores serán los destinatarios de la misma. Siempre que, como veremos a continuación, sean residentes en España.

#### **b) Noción de residente.**

En materia de reagrupación familiar el concepto de residencia tiene un alcance especial. En efecto, la posesión de una autorización de residencia es condición *sine qua non* para que el extranjero pueda ejercer su derecho a la reagrupación familiar. Teniendo en cuenta las diferentes situaciones legales en las que puede encontrarse un extranjero en nuestro país, resulta necesario concretar esta noción legal, premisa de la reagrupación familiar.

La noción de residencia a efectos de la reagrupación familiar equivale a tener un permiso, concepto autónomo incluido en el artículo 2 e) de la Directiva 2003/86/CE que, a sus efectos, lo define como “cualquier autorización expedida por las autoridades de un Estado miembro por la que se permite a un nacional de un tercer país permanecer legalmente en su territorio, con arreglo a lo dispuesto en la letra a) del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento (CE) núm. 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países”<sup>58</sup>.

Recordemos que el artículo 3.1 de la Directiva exige una residencia cualificada (periodo de validez de la autorización de residencia y perspectiva fundada de obtener la residencia permanente), según vimos en la introducción. La LODLEE recoge esta exigencia en el artículo 18.2 sin mencionar expresamente la perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente. Esto no significa que la normativa interna no se ajuste a la Directiva pues, como veremos en el comentario al artículo 18 LODLEE, esta *perspectiva fundada* de obtener la residencia permanente (en el sentido de la Directiva) hace referencia a ciertos permisos de residencia que, por razón de la actividad laboral desempeñada o bien por razón de los sujetos, no pueden llegar a ser permanentes.

---

<sup>58</sup> DO L 157, de 15.6.2002.

Consecuentemente, la residencia exigida al extranjero si quiere ejercer su derecho a la reagrupación familiar ha de ser *legal*, esto es amparada en una autorización administrativa expedida de conformidad con la legislación nacional y, además, tener una duración temporal de al menos un año; duración que en el Derecho español de extranjería equivale a estar en posesión de un permiso de residencia ya renovado, a no ser que el reagrupante esté en posesión de una residencia permanente (va de suyo, entonces, el cumplimiento del requisito temporal).

**B) Consideraciones finales: valoración de la delimitación del ámbito subjetivo del derecho a reagrupar.**

A partir de la LO 14/2003, no hay posibilidad de una reagrupación familiar “in situ”; por tanto, ésta sólo se plantea cuando no hay vida familiar efectiva en España. La posibilidad otorgada por la Directiva en su artículo 5.3 referida a la presentación de la solicitud cuando los miembros de la familia ya estén en el territorio del Estado de acogida, no ha sido considerada por el legislador español.

Ello no significa que el legislador no pueda otorgar la residencia, en supuestos concretos, a determinados familiares que se encuentren en España pero, en todo caso, son supuestos excluidos del derecho a reagrupar.

El primero, referido a la residencia de los hijos nacidos en España de extranjero que se encuentre residiendo legalmente en España, que adquirirán *automáticamente* la misma autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores (art. 94.1 REGL.).

El segundo, relativo a las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales supeditada —en casos de arraigo y cumulativamente— a la acreditación de una permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años (...), contar con un contrato de trabajo (...) en el momento de la solicitud y, o bien acreditar *vínculos familiares con otros extranjeros residentes*, o bien presentar un informe acreditando su inserción social emitido por el Ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual (art. 45.2 b) REGL.). A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa.

Desde otra perspectiva, no existe *familia* como tal beneficiaria de la reagrupación. Si bien incluye imperativamente a la llamada familia nuclear integrada por el cónyuge y los hijos menores (Considerando 9 de la Directiva), el concepto de familia forzosamente habrá de derivarse de los beneficiarios citados en la LODLEE, por tanto habrá que remitirse al artículo 17. Tanto de los familiares que pueden ser reagrupados como del Considerando 11 de la Directiva podemos deducir que “los valores y principios reconocidos por los Estados miembros” suponen un claro límite a la idea de familia que afecta fundamentalmente al matrimonio poligámico y quizás, hasta la anunciada nueva ley de modificación del Código civil, a las parejas del mismo sexo.

De cuanto antecede, es posible concluir que la consagración de un verdadero derecho subjetivo a reagrupar supone un loable refuerzo que garantiza y da seguridad jurídica a la vida familiar de los extranjeros residentes<sup>59</sup>. Sin embargo, la estricta delimitación del núcleo familiar y la determinación de las condiciones materiales exigidas en la LODLEE consagran un freno a su libertad de tratamiento y una posible quiebra de la continuidad con que la jurisprudencia anterior había interpretado la noción de familia en materia de exención de visados<sup>60</sup>, así como a la valoración flexible de las condiciones materiales controladas por la Administración que dispensaba la práctica judicial<sup>61</sup>.

### **III. El derecho a conservar la residencia del cónyuge reagrupado: el artículo 16.3.**

*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. Reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos.*

Bajo la misma rúbrica *Derecho a la intimidad familiar* se incluye en este apartado un derecho a la conservación de la residencia adquirida por *causa familiar*. El reconocimiento de este derecho como derivado de la intimidad familiar es criticable por cuanto parece difícil concebir que la conservación de un determinado estatuto migratorio forme parte de la intimidad a la que se refiere el artículo 18.1 CE, en los términos examinados en el apartado anterior.

---

<sup>59</sup> Aunque bien es cierto que la reagrupación familiar por su unión con la protección de la familia (art. 39.1 CE) gozaba de especiales cautelas en la anterior reglamentación, como se reflejaba en la exigencia de motivación de la denegación de visado o en el trámite urgente al que éstos se sometían.

<sup>60</sup> Entre otras, véase STS de 28 de diciembre de 1998.

<sup>61</sup> Entre otras, véanse STS de 28 de diciembre de 1998 y de 23 de enero de 1999.

Por otra parte, su relación con el derecho a la vida en familia podría discutirse si consideramos, como hemos venido haciendo hasta ahora, que la finalidad básica del respeto a la vida en familia es preservar y garantizar la unidad familiar en los supuestos de inmigración familiar.

Ahora bien, una interpretación del precepto lleva a afirmar que estamos en presencia de un derecho subjetivo de los familiares reagrupados a residir en España, de génesis y alcance diferente a los dos anteriores, pues se trata del derecho a no perder la residencia adquirida en virtud de una previa reagrupación familiar en consonancia con el Considerando 15 de la Directiva<sup>62</sup> y en la propia Ley, tanto en su título como en la Exposición de Motivos<sup>63</sup>.

### **1. Finalidad y alcance del precepto.**

Este precepto tiene como finalidad básica preservar la residencia adquirida en virtud de una previa reagrupación familiar. Así se deduce del tenor literal de la Ley al decir que, *el cónyuge (...) y sus familiares con él agrupados conservarán la residencia.*

Las razones de este artículo 16.3 estriban fundamentalmente en evitar posibles casos de violencia doméstica y la presión que podría producirse sobre uno de los cónyuges ante la amenaza de perder el derecho a residir en España. En efecto, el cónyuge reagrupado conservará el permiso de residencia incluso si la vida en familia ha dejado de ser efectiva, bien sea por separación, divorcio o cualquier forma de disolución del vínculo.

El Reglamento de 2004 refuerza este derecho al disponer, en su artículo 41.2 a), que el cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia temporal independiente (...), “cuando se rompa el vínculo (...) por separación de derecho o

---

<sup>62</sup> CONSIDERANDO 15. Debe fomentarse la integración de los miembros de la familia. A tal fin, deben tener acceso a un estatuto independiente del reagrupante, especialmente en casos de ruptura del matrimonio o de la relación en pareja, y tener acceso a la educación, al empleo y a la formación profesional en las mismas condiciones que la persona con la que se han reagrupado, en virtud de las pertinentes condiciones.

<sup>63</sup> EXPOSICIÓN DE MOTIVOS de la LO 8/2000, de 22 de diciembre: “Por otra parte, esta normativa forma parte de un planteamiento global (...) del fenómeno migratorio en España, que contempla desde una visión amplia todos los aspectos vinculados al mismo, y, por ello (...) la de la integración de los residentes extranjeros (...)”.

divorcio” exigiendo además la acreditación de la convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos dos años.

De tal manera que, más allá de ser una conservación del permiso, se convierte en un *derecho* a solicitar la autorización independiente. Se trata, pues, de un derecho genérico a la residencia cuya titularidad la ostentan los familiares reagrupados individualmente considerados y por el que se establece la conservación de la residencia a pesar de que la unidad familiar preexistente, es decir la tomada en consideración en la previa reagrupación, ya no exista debido a la posterior ruptura del vínculo matrimonial. Ahora bien, como se verá en el comentario al artículo 19 (Efectos de la reagrupación) tanto la obtención de esta residencia *autónoma* (en contraposición a la residencia por causa de vida en familia) como su alcance difieren según se trate del cónyuge divorciado (residencia independiente) o de los restantes familiares agrupados (hijos o ascendientes dependientes).

La redacción de este precepto es enormemente confusa. En primer lugar porque, contrariamente a lo que cabría deducir de una primera lectura, no se trata tanto de un derecho a conservar la residencia (que lo es) cuanto de un derecho *in genere* a la residencia autónoma como efecto derivado de la reagrupación previamente realizada y siempre que se den determinadas circunstancias. En segundo lugar, porque no queda clara la significación de la frase “y sus familiares *con él* agrupados”. En este punto, la duda estriba en saber quién es “él” toda vez que, de una parte, una interpretación sistemática del precepto no admite que “él” sea el predicado de quien reagrupa: la residencia del reagrupante no está en peligro por la quiebra de la unidad familiar; pero, de otra parte, tampoco es predicable de “el cónyuge que hubiera adquirido la residencia por causa familiar”: la reagrupación pudo haberse realizado escalonadamente.

La comprensión de esta redacción se aclara en el artículo 41.3 del Reglamento que en definitiva dispone que únicamente el cónyuge reagrupado adquiere (en este supuesto y en los demás comprendidos en el art. 41.2 REGL.) un permiso temporal e independiente (del permiso del reagrupante), en tanto que el resto de los familiares (hijos o ascendientes, en su caso) conservarán la residencia pero siempre vinculada a la autorización concedida al miembro de la familia con el que convivan.

Pero, más allá de estas deficiencias de redacción, lo que trata de garantizar este artículo es la conservación del estatuto migratorio de los miembros de la familia adquirido con fundamento en el derecho a la vida en familia. Y aunque este fundamento ya no exista, al no existir matrimonio debido a la ruptura del vínculo conyugal, qué duda cabe que la familia no ha desaparecido y que sigue residiendo en España. De ahí la necesidad de su protección plenamente alcanzada mediante el reconocimiento de un derecho independiente a residir en España.

## **2. Ruptura del vínculo conyugal y conservación de la residencia.**

Con carácter previo conviene recordar que, con independencia del permiso de residencia del reagrupante que no presenta diferencias respecto del resto de los permisos de la Ley, las autorizaciones de residencia de los reagrupados se pueden diferenciar, a grandes rasgos, en dos grupos: (1) las dependientes del permiso del reagrupante<sup>64</sup>; y (2) las autorizaciones *independientes* del mismo, llamadas “autónomas” en la Directiva (art. 15.1). Dentro de este último grupo habría que diferenciar a su vez entre: (a) las autorizaciones “temporales independientes” (llamadas así en el art. 41.1 REGL.); y (b) las autorizaciones permanentes llamadas “independientes” en el art. 41.1 REGL). El régimen jurídico de estos distintos permisos se examinarán en el artículo 19.

El artículo 15 de la Directiva, referido a la entrada y a la residencia de los miembros de la familia, establece —con una redacción mucho más clara que la del art. 16.3 LODLEE— la posibilidad de expedir un permiso de residencia autónomo a las personas que hubieren entrado con fines de reagrupación familiar. El apartado 3 indica taxativamente los supuestos que posibilitan la solicitud de estos permisos: viudedad, divorcio, separación o muerte de ascendientes o descendientes en línea directa y en primer grado. En el apartado 4 se exige a los Estados que establezcan disposiciones que garanticen la concesión de un permiso de residencia autónomo *si concurren circunstancias especialmente difíciles*.

Estamos, pues, ante dos supuestos distintos aunque tendentes a un mismo fin. En ambos se trata de no imponer a las personas reagrupadas una duración mínima de residencia para obtener un permiso de residencia independiente (cinco años). En las situaciones de desamparo —que son las definidas en el apartado 3— la facultad es

---

<sup>64</sup> Véase el comentario al artículo 19 en esta misma obra.

discrecional. Pero excepcionalmente *cuando concurren circunstancias especialmente difíciles* (apartado 4) deberá garantizarse la expedición del permiso autónomo.

La normativa interna ha hecho uso de esta posibilidad en dos preceptos distintos. En el artículo 16.3 LODLEE (primer supuesto de la Directiva) consagra el derecho del cónyuge a la *residencia autónoma* en los términos ya examinados y amplía esta posibilidad a favor de los familiares agrupados. Y en el artículo 19.1 (segundo supuesto de la Directiva) cuando fuera víctima de violencia doméstica, una vez dictada a favor de la misma una orden judicial de protección<sup>65</sup>.

La segunda parte del precepto remite al Reglamento la condición para el otorgamiento de este permiso independiente. El Reglamento de 2001 fijó en dos años el plazo de convivencia en España. La doctrina ha criticado esta exigencia<sup>66</sup>. El actual Reglamento recoge el mismo plazo en el artículo 41.2 a) “siempre y cuando acredite la convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos dos años”.

La crítica realizada por la doctrina tiene sentido; ahora bien este plazo es una cautela necesaria para evitar matrimonios fraudulentos, debiendo reparar que es el único artículo en el que se habla de la necesidad de *convivencia* como requisito para la obtención de un permiso independiente. En la Directiva, sin embargo, se permite que los Estados miembros puedan denegar una solicitud de entrada y de residencia con fines de reagrupación familiar o, en su caso, retirar el permiso de residencia o denegar su renovación, cuando el reagrupante y el miembro o miembros de su familia no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva [art. 16. 1 b)].

España no ha hecho uso de esta posibilidad —como tampoco de las restantes del artículo 16 de la Directiva— y, por tanto, este es el único artículo en el que la convivencia no se presume sino que ha de acreditarse para evitar la incidencia de la separación o el divorcio en la conservación de la residencia del cónyuge reagrupado. En este sentido, la legislación interna es poco rigurosa ya que la exigencia de la

---

<sup>65</sup> Vid., artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, añadido por la Ley 27/2003, de 31 de julio reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (BOE de 1 de agosto de 2003).

<sup>66</sup> Por considerar que pone en duda la buena fe de las partes en la celebración del matrimonio así como la no toma en consideración de la convivencia previa en el extranjero, por otra parte muy difícil de probar tanto en el derecho interno como en el extranjero. Respecto a estas críticas y a los trámites parlamentarios, véase, M AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y H. GRIEDER MACHADO, *op.cit.*, pp. 113-114.

convivencia en *España* se deriva de la propia finalidad de la reagrupación, vinculada como hemos señalado anteriormente al derecho a la vida en familia en el país elegido por el trabajador migrante como nueva residencia<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Los controles se recogen en muchos países europeos (*vid., infra*, comentario al artículo 18.3 LODLEE) En nuestro derecho la falta de control sobre el hecho de la convivencia puede abrir la puerta al fraude. Esta posición se ha debido quizá al miedo a la violación del derecho a la intimidad familiar en los términos del artículo 18.1 CE, por eso quizá el control, en nuestra Ley, sólo se establece *a posteriori* (en el caso de disolución del vínculo), por lo que sería únicamente una cuestión de prueba, necesaria para la obtención del permiso independiente.