

## Observación

La presente obra es fruto de la Tesis presentado para la obtención del grado de doctor en derecho por la UNED; tesis que fue dirigida por el profesor Dr. Pedro-Pablo Miralles Sangro. Su defensa se realizó el **29 de mayo de 2006** ante el tribunal integrado por los profesores doctores don Julio D. González Campos, doña Elisa Pérez Vera, don Antonio Ortiz-Arce de la Fuente, don José María Espinar Vicente y doña Ana Paloma Abarca Junco.

La tesis obtuvo la calificación de **Sobresaliente Cum Laude**. Fue distinguida con el **Premio Extraordinario de Doctorado** de la Facultad de Drecho (Curso 2005-2006). Fue publicada por la Editorial Thomson Aranzadi.

## Referencia de publicación

**Marina Vargas Gómez-Urrutia\***

***LA REAGRUPACION FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA. NORMAS DE EXTRANJERIA Y PROBLEMAS DE DERECHO APLICABLE.***

ARANZADI DERECHO INTERNACIONAL  
Thomson-Aranzadi, 2006

ISBN 84-8355-046-6

\*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](#)





# TESIS DOCTORAL



**NORMAS DE EXTRANJERÍA Y PROBLEMAS RELATIVOS AL DERECHO  
APLICABLE EN LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS EN  
ESPAÑA**

**MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA**

**Licenciada en Derecho**

**Facultad de Derecho de la  
Universidad Nacional de Educación a Distancia**

*2006*

# **TESIS DOCTORAL**

**NORMAS DE EXTRANJERÍA Y PROBLEMAS RELATIVOS AL DERECHO  
APLICABLE EN LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS EN  
ESPAÑA**

**MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA**

**Licenciada en Derecho**

**Departamento de Derecho de la Empresa  
Facultad de Derecho  
Universidad Nacional de Educación a Distancia**

*2006*



## *Abreviaturas*

AC	Aranzadi Civil
Act. Adm.	Actualidad Administrativa
Act. Civ.	Actualidad Civil
Act. Lab.	Actualidad Laboral
ad ex.	ad exemplum
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADI	Anuario de Derecho Internacional
ADUM	Anales de Derecho (Universidad de Murcia)
AEE	Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo
AEPDIRI	Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales
AG	Amtsgericht
AHLADI	Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional
AN	Audiencia Nacional
AnDGRN	Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado
AP	Audiencia Provincial
ap.(s)	apartado(s)
art.(s)	artículo(s)
AS	Aranzadi Social
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS (AATS)	Auto(s) del Tribunal Supremo
ATSJ	Auto del Tribunal Superior de Justicia
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BMDC	Boletín Mexicano de Derecho Comparado
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BverGE	Bundesverfassungsgericht
C&C	Cultures & conflits
Cap.	Capítulo
C.c.	Código Civil
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Constitución española
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
cf., cfr.	confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
cit.	citado/a
CMLR	Common Market Law Review

---

corr. err. ....	corrección de errores (o erratas)
DGRN .....	Dirección General de los Registros y del Notariado
DIPr. ....	Derecho internacional privado
disp. adic. ....	Disposición adicional
disp. final .....	Disposición final
disp. transit. ....	Disposición transitoria
DO (DOCE) C .....	Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie «Comunicaciones e Informaciones»
DO (DOCE) L .....	Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie «Legislación»
ed. ....	edición (o editor)
EJML .....	European Journal of Migration and Law
Exp. Motivos .....	Exposición de motivos
FamRZ .....	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FJ (FFJJ) .....	Fundamento(s) Jurídico(s)
GJCEC .....	Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea y de la Competencia
GP .....	Grupo parlamentario
Grands arrêts.....	Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
IDI .....	Institut de Droit International
IECL .....	International Encyclopaedia of Comparative Law
IJGS .....	Indiana Journal of Global Studies
IMR .....	International Migration Review
IPRax .....	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JDI .....	Journal du droit international
JEMS .....	Journal of Ethnic and Migration Studies
JJ .....	Le journal du juriste
JUR .....	Clave utilizada en la base de datos <i>Westlaw®ES</i> (Aranzadi) para identificar las resoluciones no publicadas en otros medios de soporte electrónico
La Ley .....	Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales)
La Ley CAJ .....	El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados
La Ley D .....	Diario La Ley
LEC .....	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO .....	Ley Orgánica
LODLEE .....	Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España
LOPJ .....	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTG .....	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LRC .....	Ley del Registro Civil

NJ	Noticias Jurídicas
NQHR	Netherlands Quarterly of Human Rights
núm.(s)	número(s)
OECD	Organisation de coopération et de développement économiques
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OLG	Oberlandesgericht
OM (OOMM)	Orden(es) Ministerial(es)
ONU	Organización de las Naciones Unidas
op. cit.	obra citada
p. (pp.)	página(s)
p. ej.	por ejemplo
PE	Parlamento Europeo
R. des arrêts	Recueil des arrêts et décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme
R. des C.	Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
RCL	Repertorio cronológico de legislación (Aranzadi)
RD	Real Decreto
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDE	Revue du droit des étrangers
RDEA	Revista de Derecho Español y Americano
RDIP	Revue de Droit International Privé
RDIPP	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RDME	Revista de Derecho migratorio y extranjería
RDP	Revista de Derecho Privado
RDPol.	Revista de Derecho Político
RDUE	Revue du droit de l'Union Européenne
Rec.	Repertorio de Jurisprudencia del TJCE
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
Rep. des arrêts	Répertoire des Arrêts du Tribunal fédéral (Suiza)
Res.(s)	Resolución(es)
Res.-Circ.	Resolución-Circular
RFUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
RGD	Revista General de Derecho
RGDIC	Revue de droit international et droit comparé
RGDIP	Revue général de droit international public
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJCA	Repertorio de Jurisprudencia Contencioso-Administrativo (Aranzadi)



---

RJN .....	Revista Jurídica del Notariado
RRC .....	Reglamento del Registro Civil
RSDIDE .....	Revue suisse de droit international et de droit européen
RTC .....	Repertorio del Tribunal Constitucional (Aranzadi)
RTDH .....	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RTS .....	Revista de Trabajo Social
S. (SS.) .....	Sentencia(s)
SAN (SSAN) .....	Sentencia(s) de la Audiencia Nacional
SAP .....	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJS .....	Sentencia del Juzgado de lo Social
SJZ/RSJ .....	Schweizerische Juristen-Zeitung/Revue Suisse de Jurisprudence
ss. ....	siguientes
STC (SSTC) .....	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
STEDH (SSTEDH) ....	Sentencia(s) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE (SSTJCE) .....	Sentencia(s) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS (SSTS) .....	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
STSJ (SSTSJ) .....	Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia
SYIL .....	Spanish Yearbook of International Law
t. ....	tomo
TC .....	Tribunal Constitucional
TCE .....	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TEDH .....	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE .....	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TRC .....	Teoría y Realidad Constitucional
TS .....	Tribunal Supremo
TSJ (TTSSJJ) .....	Tribunal(es) Superior(es) de Justicia
TUE .....	Tratado de la Unión Europea
v. gr. ....	verbi gratia
vid. ....	véase
vol. ....	volumen
VV.AA. ....	Varios autores
WJCLI .....	Web Journal of Current Legal Issues





## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
Abreviaturas.....	17
Introducción.....	21
 CAPÍTULO PRELIMINAR  	
<b>I. La inmigración actual como fenómeno social de carácter permanente y de naturaleza predominantemente familiar.....</b>	<b>29</b>
<b>II. El respeto a la vida en familia y la integración como exigencias en la reagrupación familiar .....</b>	<b>34</b>
1. La noción de vida familiar y la definición de la familia en el estándar europeo de los derechos humanos .....	35
1.1. Criterios generales: vida familiar efectiva y real y preexistencia de la vida familiar.....	37
1.2. Criterios específicos: la integración en el país de acogida como parte del contenido de la vida familiar .....	40
2. La caracterización del criterio de integración.....	47
2.1. Precisiones terminológicas en atención a los modelos teóricos de integración .....	47
2.2. Orientación específica en la reagrupación familiar .....	54
2.2.1. La integración como presupuesto de las normas reguladoras .....	54
2.2.2. Los criterios de integración en la Directiva 2003/86/CE: un ejemplo de posible incompatibilidad con el estándar europeo de los derechos humanos .....	55
<b>III. La diversificación normativa en la regulación de la reagrupación familiar ...</b>	<b>62</b>
1. La caracterización del Derecho de extranjería en el tráfico externo: las situaciones de extranjería.....	62
2. La pluralidad de fuentes de producción jurídica y la coexistencia de regímenes jurídicos diversos en la reagrupación familiar .....	64
3. La pluralidad de normas reguladoras y su recíproca interacción en la reagrupación de la familia y en la familia reagrupada.....	70

## PRIMERA PARTE

## DIVERSIFICACIÓN DE FUENTES Y SU INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

## CAPÍTULO PRIMERO

### PLURALIDAD DE FUENTES DE PRODUCCIÓN JURÍDICA EN LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Introducción.....	77
<b>I. Fuentes internacionales y del Derecho de la Unión Europea .....</b>	<b>78</b>
1. Obligaciones y directrices internacionales .....	78
1.1. La protección de la unidad familiar en el sistema universal de los derechos humanos .....	78
1.2. El derecho a la vida privada y familiar y a la reagrupación familiar en el sistema convencional europeo .....	86
1.2.1. El artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales .....	86
1.2.2. El artículo 19 de la Carta Social Europea.....	88
1.2.3. El artículo 12 del Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Emigrante .....	91
2. El Derecho comunitario europeo.....	93
2.1. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	95
2.2. La normativa comunitaria aplicable a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y a sus familiares .....	97
2.3. La Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar.....	107
2.3.1. Breve apunte sobre las políticas de inmigración en la Unión Europea (1992-2004).....	107
2.3.2. La armonización de la reagrupación familiar en la Directiva 2003/86/CE.....	110
<b>II. Fuentes internas españolas .....</b>	<b>114</b>
1. Planteamiento .....	117
2. El principio constitucional de protección a la familia.....	119
2.1. La protección de la vida en familia de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Supremo .....	119
2.2. La aparente confusión legal entre el derecho a la intimidad familiar y el derecho a la vida en familia en la Ley de extranjería .....	121
2.2.1. Problema planteado .....	121
2.2.2. La génesis del artículo 16 de la Ley de extranjería .....	122
2.2.3. Delimitación recíproca entre intimidad familiar y vida en familia.....	128
2.2.4. La función esencial de garantía del artículo 10.2 CE.....	133
3. El alcance constitucional de la protección a la familia en la reagrupación familiar .....	137
3.1. Dimensión objetiva: valores e intereses .....	138
3.2. La posibilidad de tutela en amparo por conexión con el artículo 18 o con el artículo 19 CE .....	139

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO ESPAÑOL DE EXTRANJERÍA

Introducción.....	147
<b>I. Régimen común</b> .....	151
1. La reagrupación familiar en el ámbito de los visados de residencia: breve apunte histórico .....	151
1.1. El visado como exigencia de carácter general.....	152
1.2. La reagrupación familiar como circunstancia excepcional para la exención del visado .....	154
1.3. La denegación de la exención del visado como principio de la política migratoria .....	155
1.4. Requisitos y formalidades administrativas en la Orden Ministerial de 8 de enero de 1999.....	156
2. Régimen jurídico de la reagrupación familiar en la Ley de extranjería .....	161
2.1. Caracterización del derecho a la reagrupación familiar .....	161
2.2. Elementos subjetivos .....	162
2.2.1. Titular del derecho: el extranjero residente .....	162
A. Noción de extranjero .....	163
B. Noción de residente .....	164
2.2.2. Beneficiarios de la reagrupación .....	165
2.3. Elementos objetivos: la residencia del reagrupante.....	166
2.3.1. Noción de residencia .....	166
2.3.2. Plazo y duración de la residencia .....	168
2.3.3. La residencia a la luz de la “reagrupación familiar en cadena” ...	170
3. Formalidades administrativas y requisitos materiales .....	175
3.1. Fases del proceso .....	176
3.2. La prueba de los vínculos familiares .....	181
3.3. La prueba de los recursos económicos .....	182
3.3.1. Noción de recursos económicos .....	183
3.3.2. Evaluación de los recursos económicos .....	183
3.4. La prueba de la disponibilidad de vivienda .....	185
3.4.1. Noción de vivienda adecuada.....	186
3.4.2. Apreciación de los criterios .....	187
<b>II. Régimen especial: breve referencia a la reagrupación familiar de los refugiados</b> .....	190
1. Parámetros normativos internacionales .....	190
2. Los beneficiarios de la Directiva 2003/86/CE.....	193
2.1. Los menores extranjeros no acompañados .....	193
2.2. Los refugiados .....	195
3. La familia reagrupable.....	197
3.1. Miembros de la familia.....	197
3.2. Parejas de hecho y parejas del mismo sexo.....	198
4. La extensión familiar del asilo en el Derecho interno español.....	199
5. Apuntes finales .....	200
5.1. Primer apunte: personas no incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/86/CE.....	200
5.2. Segundo apunte: la necesaria adaptación del Derecho español .....	205

**SEGUNDA PARTE**  
**LOS PROBLEMAS DE DERECHO APLICABLE EN LA**  
**REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y LA FAMILIA REAGRUPADA**

**CAPÍTULO TERCERO**

**LA FAMILIA OBJETO DE REAGRUPACIÓN**

Introducción.....	209
<b>I. Noción de familia</b> .....	211
1. Concepción de la familia .....	211
2. Familia y familias en la inmigración familiar .....	212
2.1. Tipología de familias: la familia nuclear .....	212
2.2. Modelos de familia: modelo europeo frente al modelo musulmán .....	213
3. Solución de la Ley de extranjería: la familia nuclear .....	222
3.1. Justificación de la solución a la luz de la Directiva 2003/86/CE .....	223
3.1.1. Legislaciones que han promulgado normas de transposición .....	223
3.1.2. Diferencias entre las legislaciones nacionales.....	224
3.2. Valoración crítica .....	227
<b>II. La “cuestión previa” en las normas reguladoras de la reagrupación familiar</b> .....	228
1. Configuración de la noción de familia como un problema de aplicación de las normas reguladoras de la reagrupación familiar .....	230
2. Planteamiento tradicional de la cuestión previa de Derecho internacional privado.....	231
3. Soluciones posibles a las cuestiones previas a la reagrupación familiar .....	234
3.1. Analogías y diferencias con las cuestiones previas en el Derecho de la nacionalidad.....	235
3.2. La solución conflictual: ¿norma de conflicto especial para la validez del presupuesto de aplicación de la norma material de extranjería? .....	238
3.3. La solución material: recurso a normas materiales en atención al objetivo de la integración .....	242
<b>III. Los miembros de la familia: definición y caracteres</b> .....	243
1. El cónyuge del residente.....	244
1.1. Cónyuge no separado .....	246
1.1.1. Matrimonio preexistente y efectivo.....	246
1.1.2. Problemas de validez y prueba del matrimonio: la lucha contra los matrimonios de complacencia en la reagrupación familiar ...	247
A. Matrimonios inscribibles en el Registro civil español: control de legalidad .....	252
B. Matrimonios no inscribibles: acreditación y prueba del matrimonio en la reagrupación familiar .....	256
1.1.3. Matrimonio civil entre personas del mismo sexo y reagrupación familiar.....	264
1.1.4. El caso particular de la poligamia.....	272
1.1.5. La problemática de las parejas de hecho y la reagrupación familiar .....	276

1.2. Cónyuge separado (de hecho o de derecho) .....	280
1.2.1. Significado de los términos “separación” y “procedimiento jurídico” .....	281
1.2.2. Validez y prueba del procedimiento jurídico de disolución del vínculo .....	284
2. Los hijos .....	286
2.1. Hijos del residente y de su cónyuge .....	286
2.1.1. Edad de los hijos y ausencia de matrimonio .....	287
2.1.2. El vínculo de filiación.....	292
A. Igualdad de la filiación .....	292
B. Hijos adoptados .....	294
2.1.3. Hijos incapacitados.....	296
2.2. Hijos de uno solo de los cónyuges .....	299
2.2.1. Ejercicio en solitario de la patria potestad y concesión de la custodia.....	300
2.2.2. Concreción reglamentaria de la dependencia .....	302
2.3. Otros menores: la representación legal en la reagrupación familiar .....	303
3. Los ascendientes .....	306
3.1. Noción de ascendiente .....	307
3.2. Concreción de la dependencia .....	307

## CAPÍTULO CUARTO

### **LA FAMILIA REAGRUPADA OBJETO DE INTEGRACIÓN**

Introducción.....	311
<b>I. Las normas reguladoras de extranjería y de nacionalidad en la familia reagrupada .....</b>	<b>313</b>
1. Las normas reguladoras de extranjería como normas función para la integración de la familia .....	313
1.1. Bases comunes para una noción de integración .....	314
1.2. Reflejo de la idea de integración en la posibilidad de residencia independiente de los familiares reagrupados.....	315
1.2.1. Residencia independiente del cónyuge reagrupado.....	318
A. Ruptura del vínculo conyugal y conservación de la residencia.....	319
B. Residencia vinculada a la autorización para trabajar.....	322
C. Residencia sin autorización para trabajar .....	324
1.2.2. Residencia independiente de los hijos reagrupados .....	329
A. Ámbito de aplicación.....	329
B. Requisitos .....	329
1.2.3. Residencia independiente de los ascendientes reagrupados .....	331
A. Residencia vinculada a la autorización para trabajar.....	331
B. Residencia permanente .....	332
2. La función de la integración en las normas reguladoras de la nacionalidad española y su acción sobre el estatuto de residente .....	332
2.1. Noción de integración en la adquisición de la nacionalidad española por residencia.....	335



2.2.	Dos ejemplos de la incidencia de las normas de nacionalidad en el estatuto de residente del progenitor extracomunitario.....	340
2.2.1.	Observaciones preliminares.....	340
2.2.2.	La acción del artículo 17.1 c) del Código civil en la residencia irregular del progenitor extranjero: la STS de 26 de enero de 2005 .....	342
2.2.3.	La extensión del régimen comunitario al progenitor extracomunitario: la STJCE de 19 de octubre de 2004 (Asunto Chen) .....	348
<b>II.</b>	<b>La incidencia del conflicto de leyes en las normas reguladoras de la familia reagrupada .....</b>	<b>350</b>
1.	La elección de la conexión del estatuto personal y la idea de integración .....	351
1.1.	Marco justificatorio de la permanencia de la noción estatuto personal...	352
1.1.1.	Derecho de la persona y estatuto personal.....	352
1.1.2.	La controversia: ley nacional—ley domiciliar .....	353
1.1.3.	Incidencia de los movimientos migratorios en la preferencia de una u otra conexión y la perspectiva de la integración .....	355
	A. Integración y ley nacional .....	356
	B. Integración y ley domiciliar.....	359
	C. Integración y autonomía de la voluntad .....	362
1.2.	Marco normativo español .....	365
1.2.1.	La recepción de la ley nacional como rectora del estatuto personal en el sistema español de Derecho internacional privado .....	365
1.2.2.	El valor jurídico de la integración y los elementos de justicia material en las conexiones: el ejemplo del artículo 107 del Código civil y su incidencia en el estatuto de residente del cónyuge reagrupado.....	367
2.	La posible incidencia de la aplicación de la norma de conflicto en el estatuto de residencia del cónyuge reagrupado: los casos del matrimonio poligámico y del repudio .....	373
2.1.	Matrimonios poligámicos .....	375
2.1.1.	Creación de la situación en España .....	376
2.1.2.	Reconocimiento de la situación válidamente creada en el extranjero .....	376
	A. Planteamiento del problema .....	377
	B. Respuestas de la jurisprudencia a cuestiones similares .....	378
	a. Jurisprudencia extranjera .....	378
	b. Jurisprudencia española.....	382
2.1.3.	Comprensión de la jurisprudencia a la luz del estatuto de residente del cónyuge reagrupado .....	385
	A. La solución del orden público.....	385
	B. La solución del efecto atenuado del orden público.....	386
	C. La solución de la teoría de la Inlandsbeziehung .....	390
2.2.	Repudio.....	392
2.2.1.	El pronunciamiento del repudio en España .....	395
2.2.2.	El reconocimiento de la situación válidamente creada en el extranjero .....	399
	A. Planteamiento del problema .....	399
	B. Respuestas de la jurisprudencia.....	399

a. Jurisprudencia extranjera .....	400
b. Jurisprudencia española.....	404
2.2.3. Comprensión de la jurisprudencia a la luz de la residencia en España del cónyuge repudiado .....	407
CONCLUSIONES.....	411
Bibliografía.....	425
Índice de Jurisprudencia .....	457

## ***Introducción***

“Entre el hombre y el ciudadano  
existe una cicatriz: el extranjero”.

Julia KRISTEVA

*Étrangers à nous même*

La presente monografía tiene por objeto el análisis de la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países en el Derecho español, a la luz de las normas de extranjería y de los problemas de derecho aplicable que inciden tanto en la familia que busca la reagrupación, como en la familia “objeto” de integración.

El derecho a la vida en familia y el principio de no discriminación consagrado en numerosos instrumentos internacionales, comunitarios europeos y en el Derecho interno de los Estados miembros, adquiere contornos jurídicos especiales cuando es observado a la luz de una determinada política de inmigración estatal. En efecto, el derecho de los extranjeros-inmigrantes al respeto de su vida privada y familiar en el Estado de acogida es uno de los elementos clave de cualquier política migratoria orientada a la integración de los extranjeros en la sociedad de recepción. Así, los Estados miembros establecen las condiciones y requisitos, materiales y jurídicos, para llevar a cabo en su territorio esa vida familiar que, por el cauce de la reagrupación familiar, podrá hacerse efectiva.

Los análisis jurídicos sobre el derecho a la reagrupación familiar no suelen profundizar en los efectos de la diversificación normativa (de fuentes de producción y de normas de reglamentación) y su incidencia en la familia que busca la reagrupación y en la familia una vez reagrupada en el territorio. En este estudio prestamos atención prioritaria a este aspecto desde una perspectiva que observa la interacción de normas y su incidencia sobre los aspectos formales y materiales de las normas reguladoras que determinan qué miembros de la familia podrán acceder al territorio, qué derecho ha de aplicarse a las relaciones jurídico privadas familiares subyacentes, tanto en el momento de la reagrupación como en un momento posterior y, eventualmente, qué efectos produce esta interacción de fuentes y de normas sobre el estatuto de residencia de los familiares reagrupados.

La presentación de los resultados de este trabajo se ha estructurado en torno a cuatro capítulos, englobados en dos partes bien diferenciadas y precedidos de un capítulo preliminar; capítulo que, a modo de pórtico general, muestra los datos de la realidad social (el fenómeno de la inmigración familiar), señala los valores que deben presidir la regulación de la reagrupación familiar según el estándar europeo de los derechos humanos y, finalmente, concreta el marco normativo de la reagrupación familiar en el Derecho español.

La Primera Parte estudia la incidencia de la diversificación de fuentes de producción jurídica en el régimen de la reagrupación familiar. El Capítulo I toma en cuenta las fuentes formales de producción internacionales, comunitarias e internas sobre las que se

asienta el derecho a la reagrupación. Por una parte, las medidas en materia de reagrupación familiar deben tomarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar consagrada en numerosos instrumentos del Derecho internacional. Por otra parte, la Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre sobre el derecho a la reagrupación familiar asegura que sus normas respetan los derechos fundamentales y observan los principios reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta remisión al Derecho internacional y al respeto a los derechos humanos —en tanto sistema de referencia y parámetro de legalidad— condicionará la labor legislativa e interpretativa de las normas reguladoras de ámbito comunitario europeo y nacional.

Es cierto que el derecho al respeto de la vida en familia, tal y como ha sido consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales e interpretado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, puede ser restringido o limitado por motivos determinados, pero no lo es menos que estas restricciones requieren, según la jurisprudencia del TEDH, satisfacer o cumplir un examen de proporcionalidad. Por otra parte, en la medida en que la Unión Europea y sus Estados miembros han de respetar lo prescrito en el Convenio, habrá un diálogo permanente entre todos los ordenamientos jurídicos y las jurisdicciones que les son propias.

En el nivel comunitario, la Directiva establece el marco común mínimo que el legislador comunitario ha considerado como suficiente para eliminar los obstáculos de las normativas nacionales en la materia. En este punto, se hará un recorrido del *iter* histórico y político que llevó a la adopción de esta Directiva y su resultado. Sin embargo, los aspectos particulares de la Directiva, tanto los relativos a la noción de familia como los que establecen las condiciones materiales de ejercicio del derecho a reagrupar, se examinarán puntualmente al analizar las disposiciones nacionales y se contrastará, en lo que resulte necesario, si la norma interna cumple o no las exigencias de adaptación comunitaria.

En el nivel interno, la Ley de extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero y sus sucesivas reformas) ha establecido el derecho a la reagrupación familiar en el Capítulo II del Título I sobre los “Derechos y libertades de los extranjeros”. Bajo la rúbrica “Derecho a la intimidad familiar” el artículo 16 de la Ley señala que “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” (apartado 1). El apartado 2 del precepto consagra el derecho de los extranjeros residentes en España a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17. Al configurar de esta manera el instituto de la reagrupación familiar es posible preguntarse si el derecho a la reagrupación se enlaza directamente con el derecho fundamental a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), lo que posibilitaría su tutela en amparo o si, por el contrario, nos movemos en el ámbito de los principios rectores a que se refiere el artículo 39.1 CE. Cuestión que, por su relevancia, ha exigido un detenido estudio de la jurisprudencia constitucional en torno, fundamentalmente, a la interpretación y alcance del artículo 10.2 CE.

En el Capítulo II se estudia el cauce administrativo que posibilita el ejercicio del derecho a reagrupar así como las condiciones materiales requeridas al reagrupante y a

su familia. Se distinguirá, por una parte, el régimen general o común aplicable a todos los extranjeros incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de extranjería; y, por otra parte, el régimen especial de los demandantes de asilo, refugiados y apátridas y otras personas necesitadas de especial protección.

Conviene poner de manifiesto que las reformas sufridas por la Ley de extranjería desde su entrada en vigor en enero de 2000 (tres reformas principales, dos reglamentos de desarrollo, nueve recursos de inconstitucionalidad, aún *sub iudice*, y una Sentencia del Tribunal Supremo anulando varios preceptos del primer reglamento de desarrollo) han afectado en cada ocasión a la reagrupación familiar. Esta circunstancia ha condicionado la presentación de los antecedentes históricos, en la medida en que los acontecimientos más recientes iban haciendo de aquéllos una suerte de “protohistoria” de la reagrupación familiar. Con todo, el estudio de dichos antecedentes pone de relieve la trascendencia de este instituto en la política migratoria de nuestro país.

La Segunda Parte de la obra se consagra al análisis de la incidencia de la pluralidad de normas del sistema en la familia objeto de reagrupación y en la familia reagrupada. Ello se aborda desde una óptica que observa la interacción de las normas y sus resultados sobre el estatuto de residencia familiar. El punto de partida es la noción de familia, que se examina en el Capítulo III y el principio *in favor integrationis*, que sirve de hilo conductor del Capítulo IV.

En efecto, el Capítulo III abre con el examen de la noción de familia en un contexto de inmigración pluricultural punto que, a nuestro entender, pone de relieve la trascendencia de los intereses del Estado en la regulación de la familia extranjera inmigrante. Su examen parte del modelo de familia elegido por los Estados de acogida en la reagrupación familiar y el modo en que son definidos sus miembros a los fines de reagrupación. Desde el primer ángulo (modelos de familia), la diversidad cultural propia del fenómeno de la inmigración actual da lugar a un enfrentamiento o a un posible conflicto de concepciones familiares que el Derecho debe resolver, en concreto el modelo europeo frente al modelo musulmán. Desde el segundo, se trata de saber si los familiares reagrupables han de ser definidos conforme a las leyes del país de acogida o según la ley personal de los interesados, disyuntiva que nos sitúa ante posibles cuestiones previas en el ámbito del artículo 17 de la Ley de extranjería. El estudio de los problemas de aplicación de este precepto se llevará a cabo a la luz del derecho patrio, en contraste con la Directiva comunitaria, con referencias al derecho comparado en cuanto resulte necesario y sin olvidar la importante interpretación de la jurisprudencia nacional.

Bajo el título “La familia reagrupada objeto de integración”, en el último Capítulo, se examina la confluencia de normas y sus efectos sobre el estatuto de residencia de los miembros de la familia reagrupada. La integración, como valor y finalidad de las normas de extranjería en la regulación de la residencia independiente de los familiares reagrupados, es el hilo conductor que hemos tomado para realizar el contraste con las normas de nacionalidad y las relativas a los problemas de derecho aplicable al estatuto familiar. Y es que, la cuestión de la integración puede volver a plantearse cuando el extranjero concernido solicite la nacionalidad española por residencia y ponderarse de modo distinto a como lo entiende la norma de extranjería. Por otra parte, el hecho del nacimiento en España de un hijo de extranjeros es un factor de integración tanto desde la perspectiva de las normas reguladoras de extranjería como desde las normas que

rigen la adquisición de la nacionalidad; los resultados pondrán de relieve la recíproca interacción de estas normas.

Finalmente, se examinan los problemas de derecho aplicable al estatuto familiar de la familia reagrupada. Y es que las soluciones conflictuales en las materias del estatuto personal pueden afectar eventualmente al estatuto de residente del familiar reagrupado, en concreto a la situación del cónyuge en supuestos de poligamia y repudio. La elección y análisis de estas dos instituciones obedece al hecho de ser éstas las que suscitan mayores dudas en torno a la intervención o no del orden público en el ordenamiento del foro.

La posibilidad de incorporar en el sistema español de Derecho internacional privado el principio del *favor integrationis* en las normas de conflicto aplicables al estatuto personal no es una novedad, aunque su generalización no parece ser cuestión sencilla. Un ejemplo quizá permita ilustrar el problema desde la perspectiva de la interacción normativa en la reagrupación familiar.

En materia de matrimonios poligámicos, y en el sector de las normas de extranjería, la situación de poligamia (potencial o real) del extranjero residente-reagrupante no supone un obstáculo a la adaptación a la cultura y estilo de vida españoles ni en la entrada ni en la renovación de los permisos, bastando con la prohibición de reagrupar a más de un cónyuge. En cambio, para las normas de nacionalidad el no abandono de la poligamia es un dato indicador de la ausencia de voluntad de integración. Por otra parte, planteada la validez en España de dicho matrimonio poligámico —como cuestión a resolver por las normas de conflicto— el orden público español no permitirá, por ejemplo, la inscripción en el Registro civil español de un segundo matrimonio si persiste la situación de poligamia (aunque el matrimonio previo sea válido según su ley nacional). Pero si la cuestión se suscitara a título preliminar ante los tribunales españoles en un juicio en que se disputara el reconocimiento de un determinado derecho (por ejemplo, alimentos o la determinación de las beneficiarias de una pensión de viudedad), presumiblemente se le reconocerá efectos no obstante la objeción del orden público.

Aunque toda la obra se apoya en el previo estudio de la abundante reflexión doctrinal en torno a las relaciones e interacciones entre sistemas y normas, se ha considerado oportuno presentar en cada nivel normativo su manifestación e incidencia, es decir, su reflejo en la reagrupación familiar.

El trabajo se apoya en una amplia jurisprudencia cuya consulta lo ha sido en el idioma original. Con el fin de facilitar la tarea del lector, se ha citado al pie de página la fuente correspondiente y en el apéndice jurisprudencial se ha optado por una clasificación que atiende al órgano jurisdiccional de procedencia y a una ordenación por materias, en correspondencia con los principales problemas que atañen a la reagrupación familiar. Una sistematización que, con los límites que impone la diversidad de sistemas judiciales, confiamos sea de utilidad para los prácticos del Derecho.

Madrid, agosto de 2006



## Capítulo Preliminar

### I. LA INMIGRACIÓN ACTUAL COMO FENÓMENO SOCIAL DE CARÁCTER PERMANENTE Y DE NATURALEZA PREDOMINANTEMENTE FAMILIAR.

Desde finales de la década de los noventa del pasado siglo, la presencia y crecimiento sustancial de trabajadores extranjeros establecidos de modo permanente en países demandantes de mano de obra se considera un rasgo característico, acaso el principal, de las tendencias migratorias internacionales en la Unión Europea, Estados Unidos, Canadá y Australia<sup>1</sup>. Hay estudios que asocian este rasgo a los procedimientos de reagrupación familiar y a la orientación social de las políticas estatales que ven en la reunión de las familias un elemento de estabilización e integración de las poblaciones extranjeras<sup>2</sup>. Característica que también se explica como resultado de un objetivo político vinculado a la necesidad de controlar la inmigración irregular y a las exigencias de un mercado globalizado, desregulado y liberalizado demandante de mano de obra más económica.

Estos hechos y su análisis ocupan un lugar destacado en la investigación sociológica. En efecto, los estudios e informes elaborados en los últimos años, tanto de orden institucional<sup>3</sup> como de carácter público<sup>4</sup>, privado<sup>5</sup> y académico<sup>6</sup>, señalan el conjunto “permanencia-reagrupaciónfamiliar-estabilización” como tendencia en las migraciones internacionales. En España, los datos estadísticos recientemente ofrecidos por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en materia de reagrupación familiar indican esta misma tendencia.

En el año 2000, fueron solicitadas 7.197 autorizaciones de residencia por reagrupación familiar de las que sólo doce (12) fueron concedidas por la Administración. En el año 2001, se solicitaron 10.028 y sólo se concedieron cincuenta y nueve (59). En el año 2002, las peticiones ascendieron a 18.541 concediéndose 13.818. En el año 2003, las solicitudes casi se duplicaron (32.561) resolviéndose un total de 40.186 peticiones al

---

<sup>1</sup> OECD—SOPEMI, *Trends in international migration. Continuous Reporting System on Migration*, (Part II), Annual Report, Paris, 2000, pp. 105-126.

<sup>2</sup> E. AJA y DÍEZ L. (Coords.), *La regulación de la inmigración en Europa*, Colección Estudios Sociales, núm. 17, Fundación “La Caixa”, Barcelona, 2005. Disponible en Internet: [www.estudios.lacaixa.es](http://www.estudios.lacaixa.es).

<sup>3</sup> CONSEJO DE EUROPA, *Evolution actuelle des migrations internationales en Europe* (Salt, J., dir.), CDMG (2001) 33, (actualizado en 2005), esp. pp. 2-6.

<sup>4</sup> CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA, *Informe sobre la inmigración y el mercado de trabajo en España*, 2004. Disponible en Internet: [www2.cgae.es/docftp/s7394inmigración.pdf](http://www2.cgae.es/docftp/s7394inmigración.pdf).

<sup>5</sup> INFORMES ELCANO, *Inmigración: prioridades para una política española* (Arango, J. y Sandell, R., coords.), Real Instituto Elcano-Instituto Universitario Ortega y Gasset, núm. 1, diciembre 2004, pp. 9-13. Disponible en Internet: [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org).

<sup>6</sup> EUROPEAN MIGRATION DIALOGUE, *Current Immigration Debates in Europe* (Niessen, J., Schibel Y. y Thompson, C., eds.), “Preface and Introduction”, September 2005. Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/3015/DocumentName/EMD\\_Introduction\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3015/DocumentName/EMD_Introduction_2005.pdf).



acumular parte de las pendientes de años anteriores. En el año 2004, la cifra alcanzó 103.998 autorizaciones por reagrupación familiar (incluidas las acumuladas de años anteriores). Finalmente, en el año 2005 fueron presentadas 74.852 y se resolvieron 74.919 (incluidas las acumuladas de años anteriores)<sup>7</sup>.

Por otro lado, el perfil familiar y femenino de quienes eligen España como país de destino se ha asociado a los procesos de regularización<sup>8</sup> y a las características peculiares de la inmigración latinoamericana. El rasgo familiar resultó patente tras el primer proceso de envergadura en 1991 —que benefició básicamente a los nacionales marroquíes en situación irregular (cerca de 50.000 personas) y permitió en los subsiguientes años reagrupar a sus familias—<sup>9</sup>. En cuanto al segundo, se aprecia en el notable incremento de mujeres latinoamericanas que inmigran solas, posteriormente reagrupan a uno o a varios hijos y más tarde solicitan bien la reagrupación del cónyuge (a no ser que éste obtenga una autorización de trabajo independiente), bien la de madre<sup>10</sup>.

Volviendo a los datos, resulta de interés apuntar la procedencia por país de origen de las familias que ingresan por reagrupación familiar.

Por nacionalidades, y en el período 2000-2004, en primer lugar figuran los nacionales marroquíes con 60.059 autorizaciones seguidos de los nacionales de China (24.849), Colombia (12.869), Perú (12.441), República Dominicana (6.677), Senegal

<sup>7</sup> Fuente: Diario *El País*, de 29.3.2005 y de 18.6.2006, con datos obtenidos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

<sup>8</sup> Problema éste de carácter estructural y común a todas las políticas nacionales de extranjería articuladas básicamente en torno al control policial de la entrada y la permanencia de los extranjeros. Esta idea la desarrolla E. PÉREZ VERA, en A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 5ª ed. rev., Madrid, 2005, p. 309. (Esta edición será citada en lo sucesivo como: A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I).

<sup>9</sup> B. LÓPEZ GARCÍA (Dir.), *Desarrollo y pervivencia de las redes de origen en la inmigración marroquí en España. Hacia la actualización del "Atlas de la inmigración magrebí en España"*, Taller de Estudios Internacionales Mediterráneos (TEIM)-Universidad Autónoma de Madrid, núm. 1, Colección Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones), Madrid, 2004, pp. 33 ss.

<sup>10</sup> Baste observar las cifras oficiales disponibles a 31 de diciembre de 2005 por zona geográfica, en las que se constata que residen legalmente en España, bien en el régimen general, bien en el comunitario:

- 986.178 iberoamericanos (cuya media de edad es de 32 años), de los cuales un 54,34% son mujeres;
- 649.251 africanos (cuya media de edad es de 28 años), de los cuales un 32,43% son mujeres; y
- 177.423 asiáticos (cuya media de edad es de 31 años), de los cuales un 39,50% son mujeres.

(Nota: se excluyen los datos relativos a los nacionales de países de la Unión Europea, por razones obvias; los del resto de países de Europa, pues la mayoría son originarios de Rumanía y Bulgaria quienes en menos de un año adquirirán un estatuto jurídico especial; y los originarios de Canadá, Estados Unidos y Oceanía, por no ser representativos a estos efectos). Datos obtenidos del MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, *Informe estadístico de diciembre de 2005*. Disponible en Internet: [http://extranjeros.mtas.es/es/general/indice\\_diciembre\\_05.html](http://extranjeros.mtas.es/es/general/indice_diciembre_05.html).

La importancia de la inmigración femenina de origen latinoamericano se observa además en el incremento de altas en la seguridad social del colectivo iberoamericano durante 2004 y respecto del año anterior: 18,3% de hombres y 21,8% de mujeres. Tendencia que también se manifiesta de forma constante respecto del total de altas en la seguridad social de mujeres extranjeras en el periodo 2002-2004. Fuente: CENTRE D'ESTUDIS I RECERCA SINDICAIS, *Inserción laboral de la población inmigrada en Cataluña. Informe 2005 con análisis de datos de España y Cataluña*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales/Observatorio Permanente de la Inmigración, *Estudis* núm. 13, Barcelona, 2005.

(4.876), Ecuador (4.217), Pakistán (3.478), Argelia (3.524), Gambia (2.312), Ucrania (2.393), India (2.002), Cuba (1.654) y Ghana (1.756). Estas últimas cifras representan un total de 158.060 extranjeros con un primer permiso de residencia por reagrupación familiar en el citado período (7,9% del total de extranjeros residentes en el régimen general con tarjeta o autorización de residencia en vigor al 31.3.2005)<sup>11</sup>.

A modo de una primera y provisional conclusión, cabe decir que si bien es pronto para valorar de manera más ajustada la verdadera incidencia de la reagrupación familiar en la estructura migratoria de nuestro país, el perfil familiar y femenino (básicamente latinoamericano) de la inmigración que recibe España es un dato estadísticamente contrastado.

Por lo que hace a los Estados miembros de la Unión Europea (los más antiguos), los beneficiarios de la reagrupación familiar constituyen hoy en día el grupo más significativo de residentes extranjeros en Alemania<sup>12</sup>, Austria<sup>13</sup>, Bélgica<sup>14</sup>, Francia<sup>15</sup>, Italia<sup>16</sup> y el Reino Unido<sup>17</sup>. En estas condiciones, y atendiendo al objetivo político de la integración y la estabilización de los extranjeros residentes en los Estados miembros, no resulta extraño que la primera Directiva dictada por Unión Europea en el marco de las medidas del artículo 63, incisos 3 y 4, del TCE tenga por objeto, precisamente, el derecho a la reagrupación familiar<sup>18</sup>. La misma establece la importancia de “fijar, según criterios comunes, las condiciones materiales para el ejercicio del derecho a la

---

<sup>11</sup> Fuente: Diario *El País*, de 29.3.2005, con datos obtenidos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

<sup>12</sup> Un total de 104.000 visados de reagrupación se expidieron en Alemania en el año 2000. *Vid.*, K. HAILBRONNER, “Alemania”, en *La regulación de la inmigración en Europa* (Aja, E. y Díez, L., coords.), *op. cit.*, pp. 23-66.

<sup>13</sup> Aunque la reagrupación familiar esté sometida a cuotas, las solicitudes de visado por esta causa superaron las 20.000 peticiones en la década de los noventa. *Vid.*, EUROPEAN MIGRATION DIALOGUE, *Current Immigration Debates...*, *cit.*, “Austria”, (Köning, K. y Perchinig, B.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/2956/DocumentName/EMD\\_Austria\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/2956/DocumentName/EMD_Austria_2005.pdf).

<sup>14</sup> Debido a los acuerdos migratorios concluidos en la década de los sesenta y principios de los setenta, la reunificación de numerosas familias fue posible para nacionales de Marruecos, Turquía, Túnez, Argelia y la antigua República de Yugoslavia. P. DE BRUYCKER, “Bélgica”, en *La regulación de la inmigración en Europa* (Aja, E. y Díez, L., coords.), *op. cit.*, pp. 67-109.

<sup>15</sup> En la década de los años noventa del pasado siglo, cerca de 30.000 solicitudes anuales correspondían a supuestos de reagrupación familiar, incluidos los demandantes de asilo y los refugiados. *Vid.*, F. JAULT-SESEKE, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, Bibliothèque de Droit Privé, t. 265, L.G.D.J., Paris, 1996, p. 5. En 2004, de los 173.390 extranjeros no comunitarios con un primer título de residencia de larga duración, más de cien mil (110.619) correspondían a “razones familiares”. Las cifras sobre reagrupación familiar vienen experimentando una ligera disminución desde el año 2002. En dicho año se expidieron 27.267 visados por este motivo; 26.768, en 2003 y 25.420, en 2004. Tras los disturbios de octubre y noviembre de 2005, la fórmula de Nicolas Sarkozy se orienta “a trabajar en el bloque de la inmigración familiar, estableciendo un criterio de buena integración orientado materialmente y restringiendo las posibilidades de instalación en Francia de matrimonios recientes”. *Cfr.*, Diario *Le Figaro*, 15.11.2005.

<sup>16</sup> En el año 2003 se concedieron 65.808 visados por causa de reagrupación familiar (el 7% del total). *Vid.*, “Documento programmatico relativo alla politica dell’immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato per il 2004-2006”, *Gaceta Ufficiale* n. 169 del 22.7.2005 (Decreto del Presidente della Repubblica del 13 de maggio de 2005). Disponible en Internet: [www.anolf.it/circolari/dec. pres. repubblica 13 05 05 G.U. n.169 22 07 05.htm](http://www.anolf.it/circolari/dec. pres. repubblica 13 05 05 G.U. n.169 22 07 05.htm).

<sup>17</sup> En 2002, las autorizaciones de entrada y residencia a efectos de constitución y reunificación familiar (*secondary migration*) representaron el 46% del total. *Vid.*, S. JUSS, “Reino Unido”, en *La regulación de la inmigración en Europa* (Aja, E. y Díez, L., coords.), *op. cit.*, pp. 185-215.

<sup>18</sup> Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar (DO L 251/12, de 3.10.2003).

reagrupación familiar” con la finalidad de “garantizar la protección de la familia así como el mantenimiento o la creación de la vida familiar”.

Pero, ¿por qué constituye la reagrupación familiar el flujo más importante de inmigración regular? ¿Qué factores inciden en la caracterización de los actuales movimientos migratorios? ¿Qué efectos producen en las sociedades de origen las exigencias económicas y culturales que las sociedades de acogida establecen en materia de reagrupación de las familias extranjeras? La Sociología se ha ocupado en establecer el marco conceptual de los procesos migratorios y según Th. Faist<sup>19</sup>, uno de los autores que más ha estudiado los procesos de cambio en el marco de las teorías migratorias, han existido hasta ahora tres estadios o etapas en el plano teórico de la investigación.

Una primera etapa, en la que se supone que los espacios nacionales de donde proceden o a donde llegan los inmigrantes funcionan como espacios estables y relativamente estancos. Los inmigrantes, por propia iniciativa, proceden a “saltar” de su espacio nacional a otro espacio nacional basándose en cálculos racionales de las ventajas asequibles (o en virtud de los factores de “expulsión y atracción” (*push-pull*) que operan respectivamente en uno y otro país).

Una segunda etapa, en la que todavía los espacios nacionales de origen y destino se consideran bien diferenciados pero no estables y menos aún ajenos el uno al otro. Se parte de la base de que las migraciones se producen porque los países de destino han actuado y actúan sobre la economía de los países de origen siendo necesario, por lo tanto, partir de esta relación para prever y valorar los flujos. Esta es la teoría histórico-estructural de los sistemas migratorios que registra una amplia aceptación en los estudios de las migraciones de Estados Unidos/México y Caribe o en los de Europa/Norte de África.

Y, la etapa actual, en la que la perspectiva ha variado en atención a que la globalización de la economía, la rapidez de toda clase de información y los medios de transporte han debilitado la función separadora de las fronteras nacionales, de modo que los espacios sociales en que habitan los potenciales inmigrantes ya no se restringen a los límites de su país de origen, sino que son producto de una interacción recíproca. Esta nueva perspectiva acoge lo que aportan las dos anteriores, pero las engloba contextualmente en la dinámica social derivada del colapso de fronteras que ha tenido lugar en el último medio siglo.

Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto al menos la estrecha relación entre la mundialización de las relaciones económicas, la multiplicación espectacular de las posibilidades del transporte y la movilidad creciente de amplios colectivos de personas. Asimismo, parece claro que las personas que hoy en día emigran pueden ingresar en ámbitos territoriales muy alejados de aquellos en los que iniciaron sus vidas y hacerlo sin abandonar los vínculos y relaciones en que habían estado viviendo con anterioridad, lo que supone que estas personas ya no se vean desgajadas del mundo

---

<sup>19</sup> Th. FAIST, *The Volume and Dynamics of International Migration and Transnational Social Space*, Clarendon Press, Oxford, 2000. Apud R. APARICIO y A. TORNOS (Coords.), *Las redes sociales de los inmigrantes extranjeros en España. Un estudio sobre el terreno*, Colección Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, Núm. 2, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones), Madrid, 2004, pp. 24-25.

cultural y relacional de su país de origen (“teoría de los espacios transnacionales”<sup>20</sup>). Ello explica la extensión, multiplicación y diversidad como uno de los rasgos definidores de los actuales movimientos migratorios y, como consecuencia de la “transnacionalidad”, la tendencia a la permanencia en el país de destino y el estrecho contacto que estos “inmigrantes del siglo XXI” suelen mantener con ese su mundo anterior.

Esta realidad, sucintamente expuesta, nos sitúa ante un problema complejo y de carácter multidisciplinar en el que la especificidad de aproximaciones es todo un desafío.

## **II. EL RESPETO A LA VIDA EN FAMILIA Y LA INTEGRACIÓN COMO EXIGENCIAS EN LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR.**

La protección de la vida en familia y la integración de sus miembros en la sociedad de acogida son los objetivos necesarios a que ha de responder la regulación de la reagrupación familiar<sup>21</sup>.

### **1. La noción de vida familiar y la definición de la familia en el estándar europeo de los 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>22</sup>. La dimensión de la vida familiar y la definición de familia de los extranjeros es un presupuesto para la delimitación de la

---

<sup>20</sup> Al hablar de “espacios transnacionales”, la Sociología pretende subrayar que las regiones o las ciudades se enfrentan, hoy en día, con el hecho de que están consolidándose sistemas de relación que no se rigen por la adscripción a unos territorios claramente separables unos de otros (entendidos como “sociedad francesa” o “sociedad española”, por ejemplo), sino que es posible ingresar en ámbitos de relaciones territorialmente alejados sin abandonar los vínculos y relaciones vividos con anterioridad. *Vid. ídem*, p. 25.

<sup>21</sup> A.P. ABARCA JUNCO y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Capítulo II. Reagrupación familiar”, en *Comentarios a la Ley de extranjería* (Esplugues Mota, C., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 417-520, esp. pp. 424-436.

<sup>22</sup> En especial el artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948): “La familia tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; tenor repetido en el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor: 23.3.1976, de conformidad con el art. 49; Instrumento de ratificación: BOE núm. 103, de 30.4.1977; vigencia para España: 27.7.1977), así como la Convención sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989; entrada en vigor: 2.9.1990, de conformidad con el art. 49; Instrumento de ratificación: BOE núm. 313, de 31.12.1990; vigencia para España: 5.1.1991) que, respecto de la infancia, proclama en su Preámbulo 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 asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la Comunidad.

familia objeto de reagrupación familiar en las normas de extranjería. Su alcance nos lo marca el estándar europeo de los derechos humanos<sup>23</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>24</sup> 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).

La jurisprudencia del TEDH<sup>25</sup> ha llevado a cabo una importante labor de concreción de este derecho y ha establecido que 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>26</sup>.

En relación con la familia, no existe un concepto convencionalmente establecido. Con carácter general, el Tribunal mantiene una noción amplia de vida familiar como se pone de manifiesto en la aproximación al concepto que realizó en la STEDH de 13 de junio de 1979, caso MARCKX c. Bélgica<sup>27</sup>. Sin embargo, las condiciones requeridas en supuestos de admisión (incluida la reagrupación familiar) y de expulsión de extranjeros

<sup>23</sup> En el ámbito comunitario, la reiterada jurisprudencia del TJCE fue confirmada en el Preámbulo del AUE y recogida en el artículo 6.2 TUE: el ordenamiento jurídico comunitario protege, como principios generales del Derecho comunitario, los derechos fundamentales, tal como se desprenden del CEDH y de la tradición constitucional común a los Estados miembros.

<sup>24</sup> Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (entrada en vigor: 3.9.1953, de conformidad con el art. 59.2); Instrumento de ratificación (se publicó el Convenio con las enmiendas de los Protocolos 3 y 5): BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979; vigencia para España: 4.10.1979. (Texto refundido del Convenio: BOE núm. 108, de 6.5.1999, corr. err. BOE núm. 140, de 12.6.1999). El texto del Convenio ha sido completado por catorce Protocolos adoptados entre 1952 (núm. 1) y 2004 (núm. 14 de enmienda al sistema de control, pendiente de entrada en vigor). De entre éstos, el Protocolo 11, adoptado en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994 (Vigencia: 1.11.1998; Instrumento de ratificación: BOE núm. 152, de 26.6.1998, corr. err. BOE núm. 223, de 17.9.1998), modificó radicalmente el mecanismo de garantía establecido en 1950 al instituir al TEDH como único órgano de control jurisdiccional de carácter permanente y jurisdicción obligatoria. Sobre este Convenio, *in extenso*, vid. J.A. CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, sobre los Protocolos pp. 19-37; sobre el Protocolo 11, pp. 46-48.

<sup>25</sup> Considerado como una verdadera instancia conformadora del orden público europeo de los derechos humanos (STEDH de 23 marzo 1995, caso Loizidou c. Turquía). *Vid.*, G. COHEN-JONATHAN, "L'affaire LOIZIDOU devant la Cour européenne des Droits de l'Homme. Quelques observations", *RGDIP*, t. CII, 1998 (1), pp. 123-144.

<sup>26</sup> SS. de 28 mayo 1995, caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido; de 19 febrero 1996, caso Gül c. Suiza; de 28 noviembre 1996, caso Ahmut c. Países Bajos; de 21 diciembre 2001, caso Şen c. Países Bajos; y de 1 diciembre 2005, caso Tuquabo-Tekle c. Países Bajos.

<sup>27</sup> La vida familiar de los padres con sus hijos no depende de la existencia de matrimonio ni deja de existir en caso de divorcio. *Mutatis mutandi* las SS. de 26 mayo 1994, caso Keegan c. Irlanda; de 28 octubre 1998, caso Söderbaäck c. Suecia; y de 13 julio 2000, caso Elsholz c. Alemania. Incluso, no depende del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, caso Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos, de 31 enero 2006.

hacen que la noción “familia” adquiera perfiles propios en las medidas que los Estados parte adopten en el ámbito de la inmigración<sup>28</sup>.

### **1.1. Criterios generales: vida familiar efectiva y real y preexistencia de la vida familiar.**

En el ámbito del artículo 8 del CEDH, la jurisprudencia de Estrasburgo ha erigido el derecho al respeto a la vida privada y familiar en uno de los bienes jurídicos a ponderar en el momento de adoptar una decisión de expulsión o deportación de extranjeros y/o de rechazo a su admisión en el territorio. La cuestión o problema delicado que se plantea consiste en saber el alcance de las restricciones a la libertad de acción de los Estados; a tal fin el Tribunal suele recordar, como en la STEDH de 11 de junio de 2000, caso Jabari c. Turquía, que “los Estados contratantes tienen el derecho, como cuestión muy arraigada en el Derecho Internacional y sujeta al cumplimiento de sus obligaciones convencionales, incluido el Convenio, de controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros”.

En su proceder, el Tribunal, cuando se enfrenta a los casos en los que se alega violación del derecho al respeto de la vida familiar, constata si de las circunstancias presentes en el supuesto puede determinarse la existencia de una vida privada y familiar en el sentido del artículo 8.1 del CEDH. Es decir, resolver la aplicabilidad del artículo 8 a los hechos del caso. Una vez realizada esta labor, procede a examinar el cumplimiento de dicho artículo, es decir, si se ha producido una falta de respeto (art. 8.1) o una injerencia injustificada en el derecho al respeto de la vida familiar de los demandantes (art. 8.2).

De los casos planteados hasta la fecha por demandantes extranjeros, pueden extraerse dos requisitos que, según la jurisprudencia de Estrasburgo, son necesarios para afirmar que estamos ante una vida familiar susceptible de la protección del artículo 8 CEDH: en primer lugar, la vida familiar ha de ser lo suficientemente próxima, es decir “real y efectiva”; y, en segundo lugar, debe tratarse de una familia “preexistente” a la medida estatal causante de la posible injerencia en el derecho objeto del litigio.

Respecto del carácter real de la vida familiar, cuestión esencialmente de hecho, se ha planteado el problema de la veracidad de los vínculos familiares y el Tribunal no ha dudado en inadmitir la demanda cuando el establecimiento de tales vínculos se hubiere realizado de modo fraudulento (STEDH de 28 noviembre 1996, caso Nsona c. Países Bajos). También ante la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>29</sup> se

---

<sup>28</sup> I. ARRIAGA IRABURU, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Pamplona, 2003, esp. pp. 83 ss; y S. SAROLEA, “De Luxembourg à Strasbourg: quelle famille pour l'étranger?”, *RDE*, núm. 125, 2003, Spécial: “Le regroupement familial. A la croisée des droits belge et européen. Hommage à Mylène Nys”, pp. 547-558, esp. pp. 550-556.

<sup>29</sup> Antes de la entrada en vigor del Protocolo de Enmienda núm. 11, la Comisión Europea de Derechos Humanos podía conocer de demandas de un Estado parte contra otro o de demandas deducidas por particulares. En el primer caso su competencia era obligatoria; y, en el segundo, facultativa u opcional. La Comisión decidía acerca de la admisibilidad de las demandas, establecía los hechos, contribuía a un posible acuerdo amistoso y, en su caso, emitía una opinión acerca de si hubo o no violación del Convenio; opinión que remitía al Comité de Ministros. Sobre la evolución del mecanismo de protección jurisdiccional y el nuevo mecanismo y sus problemas, *vid. J.A. CARRILLO SALCEDO, El Convenio Europeo..., cit.*, pp. 39-87.

plantearon casos en los que existían dudas sobre la autenticidad del vínculo familiar alegado para la entrada en el territorio. Para dicha Comisión, la verificación de la autenticidad de estas relaciones era compatible con el respeto de la vida familiar<sup>30</sup>.

En cuanto al test de la efectividad, el Tribunal ha señalado que no basta con la existencia del vínculo familiar sino que éste debe ser el “fundamento de una efectiva vida familiar, correspondiendo al demandante su prueba” (STEDH de 18 febrero 1991, caso *Moustaquim c. Bélgica*). La aplicación de este test se encuentra en tempranas decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>31</sup> que fijó como criterios principales la cohabitación y la dependencia económica. En consecuencia, la prueba de una reciente cohabitación y de la dependencia (económica) servían de base a la Comisión para fundamentar una efectiva vida familiar en el sentido del artículo 8 CEDH<sup>32</sup>.

Pero, además de los vínculos jurídicos de parentesco, la vida en familia también alcanza a los vínculos afectivos y sociales; dimensión de la vida familiar que ha sido analizada a la luz de la vida privada<sup>33</sup>. El Tribunal ha considerado que la vida privada engloba el derecho del individuo a entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes en el lugar donde reside, tanto en el ámbito profesional como en el comercial, de tal suerte que estos elementos han de ser tomados en consideración como integrantes de la noción vida en familia (STEDH de 7 agosto 1996, caso *C. c. Bélgica*).

La preexistencia de una vida familiar, en casos en que se discutía la expulsión de extranjeros, ha sido objeto de análisis en numerosas sentencias del TEDH. A partir de la STEDH de 21 de junio de 1988, caso *Berrehab c. Países Bajos*, el Tribunal ha ido elaborando una línea jurisprudencial en la que ha analizado, por ejemplo, el momento en que ha de tomarse en cuenta la existencia de la vida familiar, entendiendo que basta con que la vida en familia exista con anterioridad a la adopción de la medida (de expulsión) por parte del Estado para que se produzca la injerencia, aunque en el momento en que se lleve a cabo la medida concreta tal vida familiar no exista de facto, pues la evolución posterior de la vida familiar no debe ser tenida en cuenta a estos efectos (STEDH de 22 enero 1997, caso *Bouchelkia c. Francia*<sup>34</sup>).

<sup>30</sup> Decisión sobre admisibilidad núm. 8378/78, caso *Kamal c. Reino Unido*, de 13 diciembre 1979, (Decisions and Reports vol. 20, 1980, p. 168).

<sup>31</sup> Por ejemplo, en la Decisión núm. 2992/66, caso *Alam, Khan y Singh c. Reino Unido*, de 15 julio 1967 (Anuario núm. 10, p. 483), se consideró que el vínculo entre un padre viudo y su hijo mayor de edad no era constitutivo de vida familiar al haber estado ambos separados durante un largo periodo de tiempo; aproximación consolidada posteriormente respecto de una hija adulta y sus padres al tener en cuenta que la demandante estaba casada, trabajaba y vivía con su marido y sus hijos y no dependía económicamente de sus padres ni éstos de ella (caso *Familia Fadele*).

<sup>32</sup> I. ARRIAGA IRABURU, *cit.*, p. 86 y la jurisprudencia ahí citada.

<sup>33</sup> M. LEZERTÚA, “El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar* (López Ortega, J.J., dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 49-98, esp. pp. 68-70.

<sup>34</sup> En esta sentencia el Tribunal señaló que era en la fecha de adopción de la orden de expulsión donde debía situarse para examinar la cuestión de saber si el demandante tenía una vida familiar y consideró que, al haber fundado su propia familia con posterioridad a la medida de expulsión, dichos vínculos no habrían de tomarse en cuenta. Lo que parece ser un esfuerzo consciente del Tribunal para evitar la creación de una vida familiar posterior a la orden de expulsión, que impida su ejecución. Sin embargo, sí tuvo en cuenta los vínculos que el demandado mantenía con su familia de origen, todos ellos residentes en Francia. En el mismo sentido, las SSTEDH de 21 octubre 1997, caso *Boujlifa c. Francia*;

Este criterio ha sido matizado respecto de expulsiones de inmigrantes de segunda generación y en atención a las circunstancias del caso. Por ejemplo, en la STEDH de 24 de abril de 1996, caso *Boughanemi c. Francia*, se había iniciado una relación familiar de pareja con una nacional francesa, posterior a la orden de expulsión, reconociéndose a un hijo fruto de dicha relación. El Tribunal afirmó que “las circunstancias excepcionales que deben darse para romper el vínculo entre un padre y su hijo menor de edad no se daban en el caso en cuestión, por lo que dicho vínculo era constitutivo de vida familiar entre ellos”. Criterio que también se ha seguido en la STEDH de 19 de febrero de 1998, caso *Dalia c. Francia* en el cual, el nacimiento del hijo de la demandante se había producido después de la medida de prohibición de entrada y antes de su ejecución; situación que no impidió al Tribunal establecer la existencia de una vida familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio.

## **1.2. Criterios específicos: la integración en el país de acogida como parte del contenido de la vida familiar.**

Con carácter general, el TEDH rechaza expresamente deducir del artículo 8 del CEDH una obligación general de permitir la reagrupación familiar con el único objeto de atender el deseo de las familias de residir en un país determinado. Considera el Tribunal que la reagrupación familiar afecta tanto a la vida familiar como a la inmigración y que el alcance de la obligación de un Estado de permitir la entrada de familiares del extranjero establecido en su territorio depende de las circunstancias particulares de los afectados y del interés general. El Tribunal ha establecido que conforme a las normas del Derecho internacional, y sin perjuicio de las obligaciones que se deriven de los convenios internacionales, los Estados tienen el derecho a controlar la entrada de extranjeros en su territorio y, al hacerlo, disponen de una amplia facultad discrecional<sup>35</sup>, como ya había indicado la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>36</sup>.

La reagrupación familiar ha sido planteada en cinco ocasiones ante el TEDH. En los tres primeros asuntos el Tribunal declaró la no violación del artículo 8 CEDH; en los dos últimos, sin embargo, ha considerado que tal violación se producía<sup>37</sup>. Ahora bien,

---

y de 30 noviembre 1999, caso *Bahgli c. Francia*; y, más recientemente, las SSTEDH en el Asunto *Radovanovic c. Austria*, de 22 abril 2004 y en el Asunto *Sezen c. Países Bajos* de 31 enero 2006.

<sup>35</sup> C. URBANO DE SOUSA, “Le regroupement familial au regard des standards internationaux”, en *La politique européenne d’immigration et d’asile: bilan critique cinq ans après le Traité d’Amsterdam* (Julien-Laferriere, F., Labaye, H. y Edström, Ö., dirs.), Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 127-140.

<sup>36</sup> Petición núm. 33639/96, caso *Cheema c. Francia*, que dio lugar a la Resolución del Consejo de Ministros (Res. 32) de 14 febrero 2000, basada en el Rapport emitido por la Comisión DH de 21 marzo 1999. En este asunto, el requirente, nacional marroquí y casado con una nacional hindú, había solicitado la reagrupación familiar de su esposa que le fue denegada por no cumplir los requisitos que, a la sazón, imponía la legislación francesa (acreditación de medios económicos y vivienda adecuada). La Comisión entendió que se había violado el artículo 8 del Convenio, tras reparar en el rigor con que las autoridades administrativas francesas habían valorado los requisitos legales de carácter material para denegar la reagrupación.

<sup>37</sup> Un análisis de la jurisprudencia del TEDH en supuestos que involucran la ruptura familiar, bien por expulsión, bien por reunificación familiar la realiza V. GUIRAUDON, en “European Courts and Foreigners’ Rights: A Comparative Study of Norms Diffusion”, *IMR*, vol. 34, 2000 (4), pp. 1088-1125.



las razones que en cada caso justificaron la no violación o la violación presentan algunas diferencias que conviene destacar.

El caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido* (STEDH de 28 mayo 1985) es considerado el *leading case* para el análisis de una pretensión de reagrupación familiar con fundamento en el artículo 8 del CEDH. Su tratamiento por parte del Tribunal se hizo en el marco de la política de inmigración del Reino Unido.

Las demandantes pretendían que se declarase que las normas de control de la inmigración en el Reino Unido, no permitiendo la entrada y permanencia de sus respectivas parejas<sup>38</sup> para llevar a cabo la vida en familia con quienes eran residentes legales en dicho territorio, eran contrarias al derecho al respeto de la vida en familia. En opinión del gobierno británico, ni el artículo 8 ni ningún otro artículo del Convenio eran aplicables al control de la inmigración.

El Tribunal asentó que “la extensión de la obligación para un Estado de admitir en su territorio a los familiares de los inmigrantes depende de la situación de los particulares y del interés general”. Para el Tribunal, “la interpretación del artículo 8 no supone para el Estado parte una obligación general de respetar la elección realizada por las parejas casadas de fijar su residencia común en su territorio ni de permitir la reagrupación familiar en el mismo”.

Esta doctrina ha sido seguida en las Sentencias de 19 de febrero de 1996, caso *Gül c. Suiza*<sup>39</sup> y de 28 de noviembre de 1996, caso *Ahmut c. Francia*<sup>40</sup>, que introducen un elemento adicional objeto de justificación, pues la interpretación del artículo 8 no supone para el Estado parte una obligación general de respetar la elección realizada por las parejas casadas de fijar su residencia común en su territorio, ni de permitir la reagrupación familiar en el mismo “siempre que no existan obstáculos que impidan a las partes llevar una vida familiar en su propio país”.

El caso *Gül* planteaba el problema del rechazo a la admisión de un niño de siete años que por razones diversas había permanecido en Turquía cuando su padre y, posteriormente, su madre, emigraron a Suiza. El Tribunal destacó dos hechos como relevantes: primero, que la causa de la separación de la familia había sido provocada por el Sr. *Gül* cuando abandonó en 1983 su país de origen y se trasladó a Suiza dejando a su familia en Turquía; y, segundo, que no existían obstáculos para la reanudación de la vida familiar en Turquía, posibilidad tanto más real cuanto que *Ersin* (el hijo) siempre había vivido y crecido en el ambiente cultural y lingüístico de su país<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> En el caso de los *Balkandali*, se trataba de una pareja que había tenido vida en común previa y de cuya relación había nacido un hijo; en el caso de los *Cabales*, casados, se discutía la validez del matrimonio contraído en Filipinas como circunstancia para denegar la entrada; y, finalmente, los *Abdulaziz* ya estaban casados y habían hecho vida en común durante algún tiempo en el Reino Unido, previo al vencimiento del permiso de residencia (como estudiante) del marido y consiguiente denegación de autorización para continuar en el Reino Unido.

<sup>39</sup> Apartado 38.

<sup>40</sup> Apartados 63 y 67.

<sup>41</sup> Mientras que la Sentencia *Abdulaziz* fue unánime, la Sentencia *Gül* se dictó con siete votos a favor y dos en contra. El Voto del juez Sr. Martens (con adhesión del juez Sr. Russo) oponía que: “...dans le contexte de la question de la réunification d’une famille, l’Etat d’établissement doit respecter le choix des immigrants qui ont réussi à y obtenir un statut permanent et doit, par conséquent, accepter des membres de leur famille que les intéressés avaient laissés derrière eux pour venir s’établir dans cet Etat”.

El caso Ahmut planteaba el mismo problema, aunque desde una nueva perspectiva pues los padres de la menor, marroquí de nueve años de edad, de cuya reagrupación se trataba, residentes en los Países Bajos, habían adquirido la nacionalidad holandesa. El Tribunal enfocó la cuestión como un problema relativo a la ejecución por parte del Estado de una obligación positiva y estimó que no había existido violación del artículo 8 CEDH pues la hija mantenía vínculos sólidos con su país de origen y la separación era el resultado de una decisión voluntaria del padre al establecerse en los Países Bajos<sup>42</sup>.

Ambas sentencias asentaron la doctrina según la cual, los Estados parte tienen la posibilidad de negar la admisión de los miembros de la familia “si se presume razonablemente que el extranjero puede volver a su país de origen”; es decir, cuando nada se oponga a que todos los miembros de la familia puedan vivir o continuar la vida en su país de origen. En este sentido, una decisión nacional que rechace la admisión de un miembro de la familia de un extranjero solicitada a título de reagrupación familiar no vulnera el artículo 8 CEDH, “en la medida en que la vida familiar sea razonablemente posible en el país de origen”.

En nuestra opinión el criterio merece un juicio crítico. Por una parte, de la doctrina “Gül-Ahmut” parece desprenderse que la noción *vida familiar* en materia de reagrupación familiar -en el sentido del artículo 8 del Convenio- requiere un elemento intencional. Esto implicaría que, si el extranjero opta por dejar a la familia en el país de origen se presume que no existe voluntad de mantener una vida familiar<sup>43</sup>. Por otra parte, en el control de la justificación de la medida adoptada, juegan con mayor intensidad los vínculos con el lugar de origen que la solidez de la integración del extranjero reagrupante en el país de su residencia, dejando un amplio margen de maniobra a las autoridades estatales para decidir “con qué amplitud puede desarrollarse la vida familiar en el país de origen”.

Además, el criterio se compadece mal con el principio establecido frente a los supuestos de expulsión de inmigrantes de segunda generación (la injerencia es injustificada si la expulsión implica la imposibilidad de la vida en familia<sup>44</sup>). Es cierto

---

<sup>42</sup> La sentencia Gül se dictó con cinco votos a favor y cuatro en contra: por una parte, el Voto del juez Sr. Martens (con adhesión del juez Sr. Lohmus) y, por otra parte, los dos Votos de los jueces Sr. Valticos y Sr. Morenilla. El primero de los Votos el juez Martens afirmaba que: “[j]’infère] de l’arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni [...] que lorsque la question du regroupement familial se pose dans une affaire d’immigrants qui, déjà dotés d’une famille, l’auraient laissée derrière eux, l’Etat d’établissement est en principe tenu de respecter le choix des immigrants qui ont obtenu sur son sol un statut permanent et, partant, d’admettre, en règle générale, les membres de leur famille que pareils immigrants ont laissés derrière eux. Il peut éventuellement y avoir des exceptions à cette règle mais, d’après moi, lorsque se trouve en jeu la réunion avec les enfants en bas âge de l’immigrant, il est très malaisé d’accepter que la règle ne soit pas suivie”.

<sup>43</sup> V. LEGRAND y P. TAVERNIER, Nota a la sentencia CEDH.- 19 février 1996. Gül c/ Suisse, *JDI*, Année 124, 1997 (1), pp. 200-203; y M. HOTTLIER y M. MOCK, “Le tribunal fédéral suisse et la ‘discrimination à rebours’ en matière de regroupement familial”, *RTDH*, Année 14, 2003 (56), pp. 1275-1304.

<sup>44</sup> El inconveniente derivado del análisis casuístico del Tribunal puede salvarse si se siguiera la alternativa sugerida en el Voto elaborado por el juez Sr. Martens en el caso Boughanemi: primero, aceptar que la expulsión de un *extranjero integrado* constituye como *regla general* una vulneración al derecho al respecto a su vida privada; y, segundo, esta regla puede excepcionalmente justificarse si el extranjero ha sido condenado por delitos muy graves (p. ej., crímenes contra el Estado, actividades terroristas políticas o religiosas, o el hecho de ocupar un “puesto” importante en una organización de tráfico de drogas). En este mismo sentido se pronunciaron los votos de los jueces Sr. Palm (en *Bouchelkia*), Sr. Baka y Sr. Van Dijk (en *Boujlifa*), Sr. Costa y Sr. Tulken (en *Baghli*) y Sr. Wildhaber (en *Nasri*).

que en el test de proporcionalidad, el Tribunal estimó prioritario el interés del Estado en controlar la entrada de extranjeros frente al interés del particular (evidenciado por los vínculos reales con el país de residencia); lo que puede llevar a considerar que el bienestar económico, como integrante de la política de inmigración de los Estados miembros, justifique medidas más restrictivas en materia de reagrupación familiar<sup>45</sup>.

Cinco años más tarde, con ocasión de una demanda contra Holanda por violación del artículo 8 del CEDH, el Tribunal volvió a examinar un supuesto de reagrupación familiar en relación con la legislación holandesa de extranjería (STEDH de 21 diciembre 2001, Asunto Şen c. Países Bajos<sup>46</sup>). Al igual que en los dos casos anteriores, los demandantes alegaban que la denegación de un permiso de entrada y residencia para una hija menor de edad (y residente en Turquía) suponía una injerencia injustificada en el derecho al respeto de la vida familiar en los términos del artículo 8.2 CEDH.

En esta ocasión, el Tribunal llevó a cabo el contraste de los intereses desde la perspectiva de las obligaciones positivas del Estado valorando la reagrupación familiar como una “exigencia consustancial al ejercicio efectivo del derecho al respeto de la vida en familia”. En la Sentencia “Şen” el Tribunal no plantea por separado el problema de la justificación (de la injerencia) y considera que la ponderación ha de realizarse al mismo tiempo, pues el respeto a la vida en familia forma parte del derecho a la reagrupación familiar<sup>47</sup>. En este asunto, los vínculos de la familia Şen con el país de residencia (criterio de integración) fueron decisivos en el examen de las circunstancias individuales: los años de residencia legal, los sucesivos permisos de trabajo del reagrupante, el nacimiento de dos hijas más y su escolarización en Holanda y, en fin, la ausencia de vínculos estrechos con Turquía, excepción hecha de la nacionalidad.

La Sentencia Şen insiste en el interés superior de los hijos como un criterio relevante para fundamentar el derecho a la reagrupación familiar en el Estado de acogida<sup>48</sup>. El Tribunal entendió que la reagrupación (de la hija) “no sólo era el medio más adecuado para desarrollar la vida de toda la familia sino que constituía una exigencia necesaria de la integración de la menor en la célula familiar de sus padres y hermanas” (obligación positiva)<sup>49</sup>; criterio que, en materia de reagrupación familiar, se vincula a la prioritaria exigencia del particular de ver favorecida la integración de toda la familia en la célula existente en el país de acogida, sin importar que en el país de origen el miembro no reagrupado mantenga vínculos de relación con otros parientes.

<sup>45</sup> Por ejemplo, la legislación holandesa expresamente recogió esta posibilidad en su Circular sobre los extranjeros de 1994 (*Vreemdelingencirculaire*) cuya aplicación dio lugar al asunto Şen.

<sup>46</sup> *R. des arrêts* 2001 (au principal), aps. 31 y 36. Nota de J. BENZIMRA-HAZAN, Nota a la sentencia CEDH.- 21 décembre 2001.- Sen c. Pays-Bas, *JDI*, Année 129, 2002 (1), pp. 316-318.

<sup>47</sup> Véase, sin embargo, el voto particular del juez Sr. Martens, en la sentencia Gül (apartados 6 ss.), que, aunque no pone en entredicho la calificación de derecho positivo, lleva a cabo un examen clásico de los motivos de justificación. Véanse asimismo los votos particulares afirmativos de los jueces Sr. Thór, Sr. Vilhjálmmsson y Sr. Bernhardt en la sentencia Abdulaziz, que basan su criterio en la existencia de una justificación con arreglo al artículo 8, apartado 2 del CEDH.

<sup>48</sup> Tendencia que también puede encontrarse en la decisión *Winata* del Comité de Derechos Humanos. *Vid.*, Comunicación nº. 930/2000 (Australia), de 16 de agosto de 2001, CCPR/C/72/D/930/2000. (Jurisprudencia). Disponible en Internet: [www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/488b0273fa4febfb1256ab7002e5395?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/488b0273fa4febfb1256ab7002e5395?Opendocument).

<sup>49</sup> Doctrina seguida en dos Sentencias muy recientes, ambas de 31 enero 2006, Asuntos Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos y Sezen c. Países Bajos, en el análisis de la expulsión del territorio de un miembro de la familia.

El 1º de diciembre de 2005 ha sido dictada la última sentencia en que el TEDH vuelve a ocuparse de la violación del artículo 8 CEDH en relación con la no autorización de entrada de una menor en un procedimiento de reagrupación familiar, tramitado ante las autoridades holandesas. El asunto Tuquabo-Tekle c. Países Bajos planteaba un caso más difícil que el precedente Şen dadas las peculiares circunstancias de la requirente, Sra. Goi Tuquabo-Tekle, y de su hija Mehret.

Tras su detención por las autoridades de Etiopía a causa de las actividades políticas de su marido, perteneciente al Frente Popular de Liberación de Eritrea y fallecido en 1989, la Sra. Tuquabo-Tekle consiguió huir a Noruega donde pidió asilo político. Denegada la solicitud, obtuvo un permiso de residencia por razones humanitarias (1990). Con la ayuda del ACNUR, la requirente consiguió traer al mayor de sus hijos que había dejado en Addis Abeba a cargo de unos amigos (1991). Los otros dos hijos menores quedaron al cuidado de la abuela materna y de un tío en un territorio que, tras la declaración y creación del nuevo Estado de Eritrea (1993), pasó a formar parte de dicho Estado.

En 1992 la Sra. Tuquabo-Tekle contrajo matrimonio con el Sr. Tuquabo, un refugiado residente en Holanda. Tras obtener el permiso de residencia por parte de las autoridades holandesas, se trasladó a Holanda con su hijo mayor. Del nuevo matrimonio nacieron dos hijos que obtuvieron la nacionalidad holandesa. En 1997, el matrimonio Tuquabo inició los trámites para la obtención de un visado para Mehret, hija de la requirente. Las autoridades administrativas y judiciales holandesas denegaron sistemáticamente el visado por considerar, básicamente, que los vínculos familiares de dicha menor con la nueva familia eran inexistentes, que ésta había crecido en Eritrea con la abuela y un tío materno, que no se había demostrado el envío de cantidades periódicas para el sostenimiento de la otra familia y, en fin, que de las circunstancias del caso se desprendía que la cesación de la vida familiar de la Sra. Tuquabo-Tekle y sus dos hijos menores (dejados en Eritrea) era de carácter definitivo y no temporal.

El Tribunal estudió el problema en el ámbito del artículo 8 del CEDH haciendo notar que en ningún momento las partes habían discutido la inclusión de la vida en familia enjuiciada en dicho precepto. La controversia, sin embargo, discurría acerca de si el citado artículo imponía al Estado holandés la obligación positiva de permitir la residencia en Holanda de la menor.

La Corte, tras examinar la doctrina precedente (casos Ahmut y Gül), tomó en consideración como elementos relevantes para el juicio de ponderación, la edad de la menor, su situación en el país de origen (según la costumbre local, al cumplir los 15 años las niñas cesan en sus estudios y se concierta su matrimonio) y la dependencia respecto de sus padres. El Tribunal destacó que, en estas circunstancias, se planteaba no sólo un problema de política migratoria sino el derecho a la vida familiar de extranjeros que, habiendo creado una nueva familia en país de acogida y dejado otros hijos (anteriores, comunes o no) en otro país, pretendían reagruparlos pasados varios años (supuesto que presentaba ciertas similitudes con el asunto Şen, en el cual se apreció la violación del artículo 8 CEDH).

El Tribunal comparó ambos casos para comprobar si las circunstancias eran similares y así avalar la misma decisión. En primer lugar consideró, al igual que lo hizo en Şen, la vida en familia en el nuevo país, la ausencia de vínculos que los nuevos hijos tenían con el país de origen y su integración lingüística, escolar y social en Holanda y constató que, a diferencia de Şen, en el caso Tuquabo el tiempo transcurrido desde la llegada a Holanda (1993) y la solicitud de reagrupación (1997) se debió a la

imposibilidad de cumplir en menor tiempo los requisitos materiales establecidos por la legislación holandesa para obtener el correspondiente visado, por lo que no cabía reproche alguno a la demandante. También recordó el Tribunal cómo en otras circunstancias (expulsión) se había analizado el supuesto a la luz de los vínculos que la persona concernida, la requirente en este caso, tenía con su país de origen y las expectativas reales de poder volver (con su nueva familia) a dicho país<sup>50</sup>.

Por último, el Tribunal consideró la incidencia de la edad de la menor en el siguiente sentido:

In the present case the Court notes that the applicants have not alleged that Mehret, who undoubtedly has strong cultural and linguistic links with Eritrea, could no longer be looked after by the relatives who have been doing so ever since her mother left. They have, nevertheless, argued that Mehret's age –rather than making her less dependent on her mother– made it even more pertinent for her to be allowed to join her family in the Netherlands. This was because, in accordance with Eritrean custom, Mehret's grandmother had taken her out of school, and Mehret had also reached an age where she could be married off. Although Mrs. Tuquabo-Tekle disagreed with the choices made for Mehret, she was unable to do anything about them as long as her daughter was living in Eritrea. (Párrafo 50).

Para el Tribunal, el Estado holandés, al rechazar la reagrupación de la menor, llevó a cabo un débil test de proporcionalidad entre los intereses de los requirentes y el interés del Estado de controlar la inmigración, acordando en consecuencia la violación del artículo 8 del Convenio.

A la luz de las consideraciones de los asuntos precedentes es posible extraer, a modo de conclusión provisional, tres cánones de interpretación en los supuestos de reagrupación familiar de extranjeros a la luz del artículo 8 del Convenio. En primer lugar, aun cuando del artículo 8 CEDH no se derive directamente un derecho a la reagrupación familiar, estos supuestos no constituyen un problema exclusivo de política migratoria. En segundo lugar, que la protección de la familia con arreglo al artículo 8 del CEDH puede generar excepcionalmente, tras ponderar el interés del particular y el interés general, un derecho a la reunificación familiar en el Estado de acogida. Y, en tercer lugar, que la integración de la familia en la célula creada en el país de destino forma parte del contenido del derecho a la vida privada y familiar y habrá de ser ponderada por las autoridades nacionales en caso de rechazo de las solicitudes de reagrupación familiar.

## 2. La caracterización del criterio de integración.

---

<sup>50</sup> Este criterio ha sido utilizado, *mutatis mutandi*, en el asunto Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos. Se planteaba la expulsión de una nacional brasileña residente irregular en Holanda que había tenido una hija con un nacional holandés. La custodia de la menor se otorgó al padre. Posteriormente, se acordó la custodia a favor de los abuelos paternos, pudiendo tener la madre a la menor (de 3 años) cuatro días de la semana, lo que siempre cumplió. La violación del derecho a la vida en familia se suscitó en el momento en que las autoridades holandesas rechazaron la solicitud de residencia de la madre y ordenaron su expulsión del país. El TEDH declaró la violación del artículo 8 CEDH declarando que las autoridades holandesas habían aplicado con excesivo formalismo la legislación de extranjería que amparaba la expulsión por residencia irregular, sin ponderar el derecho a la vida en familia que garantiza el Convenio.

## 2.1. Precisiones terminológicas en atención a los modelos teóricos de integración.

Con el término integración se alude a un variado conjunto de cuestiones y de problemas sociales, políticos, económicos, culturales y jurídicos de las poblaciones extranjeras que conviven en otras sociedades distintas de las de su origen. Desde la indefinición del término y del ámbito a que se alude, pero considerando su enorme trascendencia para la sociedad y para las personas concernidas, parece conveniente precisar que la integración es ante todo la expresión de una opción individual cuyas posibilidades de éxito serán mayores en la medida en que sea el resultado de una verdadera decisión personal que no provenga, necesariamente, de la incertidumbre del extranjero ante el riesgo de pérdida de su estatuto migratorio.

La dificultad de alcanzar un modelo satisfactorio de gestión de la inmigración es una cuestión igualmente trascendente. La experiencia ha demostrado que una *ghettization* de poblaciones extranjeras del mismo origen llevaría a crear tensiones sociales difícilmente sostenibles<sup>51</sup> y que el reto de la integración plantea básicamente un alto coste económico para los Estados (*immigration-welfare paradox*<sup>52</sup>). Los estudios realizados desde la Sociología acreditan que integrar a los extranjeros pasa por modificar el clima de militancia social contra la inmigración<sup>53</sup> y, sobre todo, requiere diseñar una adecuada política laboral, educativa, de vivienda y de asistencia sanitaria<sup>54</sup>, sin olvidar la dimensión jurídica y la responsabilidad de los jueces en la respuesta a los problemas de la integración suscitados ante los tribunales<sup>55</sup>.

Conviene advertir, pues, que el problema de la inmigración se va deslizando hacia la cuestión de la integración a medida que se transforma la población extranjera residente (variable étnica, cultural o religiosa), cambian sus áreas de residencia (urbana o rural), aumenta la población joven (variable demográfica), se conoce su nivel de ingresos, de

---

<sup>51</sup> Estos aspectos han sido tratados en E. LAMO DE ESPINOSA (ed.), *Cultura, Estados y Ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Alianza, Madrid, 1994.

<sup>52</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, “El control de la inmigración en la frontera sur de la Unión Europea: la experiencia española”, en *Nuevas estrategias para una política de inmigración solidaria* (Jiménez Lara, M.J. y Franco Rojas, R., coords.), Mergablum, Sevilla, 2002, esp. p. 143 y bibliografía en nota 83.

<sup>53</sup> A. WEBER y A. WALTER, “The Right of Protection of Family for Migrants in Europe: Access and Integration of Family Reunion”, en *Towards a Common European Immigration Policy* (von Hoffmann, B., ed.), Peter Lang, Frankfurt, 2003, pp. 227-239. Datos sobre casos de violencia racista en EUROPEAN MONITORING CENTRE ON RACISM AND XENOPHOBIA (EUMC), *Racism and Xenophobia in the EU Member States. Trends, developments and good practice. Annual Report 2003/2004, Part 2*, pp. 48 a 67. Disponible en Internet: <http://eumc.eu.int/eumc/material/pub/ar03/AR0304p2-EN.pdf>. En nuestro país, *vid.* EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE, *Tercer informe sobre España*, adoptado el 14 de junio de 2005, Conseil de l’Europe, Strasbourg, 21 de febrero de 2006. Disponible en Internet: [www.coe.int/T/E/Human\\_Rights/Ecri/1-ECRI/2-Country-by-country\\_approach/Spain/Spain\\_CBC\\_3.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Ecri/1-ECRI/2-Country-by-country_approach/Spain/Spain_CBC_3.asp#TopOfPage).

<sup>54</sup> Es lo que se define como “integración cívica” basada en la progresiva equiparación de los inmigrantes con el resto de la población en derechos y deberes, acceso a bienes y servicios y cauces de participación ciudadana en condiciones de igualdad de oportunidades y de trato. Es el significado dado al término por el COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL Europeo en: *Dictamen del Comité Económico y Social sobre «La inmigración, la integración y el papel de la sociedad civil organizada»*, DO C 125/112, de 27.5.2002.

<sup>55</sup> Con carácter general, *vid.* M. GASCÓN ABELLÁN, “La responsabilidad de los jueces ante la integración”, en *Inmigración y Derecho* (Peces Morate, E., dir.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 41, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 143-176.

ocupación, de educación, de alojamiento y de participación laboral (factores socioeconómicos), se celebran más matrimonios mixtos y, en fin, se llega a la participación política plena a través de las modalidades de atribución o de adquisición de la nacionalidad<sup>56</sup>. Estas variables están presentes en cualquier debate sobre la integración de los extranjeros e inciden en las respuestas y en las acciones positivas de los poderes públicos.

En relación con los países europeos, la mayoría de los Estados miembros han adoptado una política social de integración de los extranjeros residentes y de lucha contra la exclusión. En general, las sociedades europeas que poseen una mayor experiencia migratoria han seguido determinados modelos de integración entre los que se suele contraponer el modelo de asimilación francés, el modelo comunitario inglés y la concepción étnica alemana. En este sentido, el término puede tener un alcance distinto según sea el modelo teórico que se adopte<sup>57</sup>.

Con un significado desprovisto de toda carga ideológica, la integración es un proceso por el cual una persona o un grupo de personas se incorporan a una colectividad social o al medio en el que viven<sup>58</sup>. Con carácter general, todos los modelos tienen en común el objetivo de contribuir a que los extranjeros y sus familias tomen parte en la vida social y económica de la sociedad receptora. Pero, las respuestas particulares difieren sustancialmente. En el origen se encuentra el modelo practicado en los Estados Unidos en la década de los años veinte del pasado siglo que entendía la asimilación como “un proceso de interpenetración y fusión en el cual las personas y los grupos adquieren la memoria, los sentimientos y las actitudes de otras personas y grupos y, compartiendo sus experiencias y su historia, las incorporan en una vida cultural común”<sup>59</sup>.

Este modelo ha sido objeto de fuertes críticas en torno a tres argumentos: primero, porque parte de una concepción “simplista” de la homogeneidad cultural (por referencia a la sociedad norteamericana); segundo, porque presupone la superioridad cultural, étnica y racial de la sociedad de acogida; y, tercero, porque no asume el derecho a la identidad cultural de las minorías al permitir que Estado intervenga en defensa de la cultura autóctona cuando considere que la cultura minoritaria puede representar una amenaza. Con este enfoque, se concluye que una política migratoria que refleje tal ideología conduciría a la absorción completa de los extranjeros y, paulatinamente, las comunidades no autóctonas perderían sus rasgos diferenciales o de identidad<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> G. Ph. TAPINOS, “Inmigración e integración en Europa”, en *Inmigración e integración en Europa* (Tapinos, G. Ph., dir.), Paulino Torras Domènech, Barcelona, 1993, pp. 17-35, esp. pp. 28-30. Cada aspecto en particular es tratado por D. COLEMAN, “Los indicadores demográficos de la integración”, en la misma obra, pp. 35-88.

<sup>57</sup> Una explicación sucinta la ofrece C. ESPLUGUES MOTA, “Inmigración y derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)”, en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (Rodríguez Benot, A., dir), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 89-142, esp. pp. 98-102.

<sup>58</sup> G. DE LUSIGNAN, “Global Migration and European Integration”, *IJGLS*, vol. 2, 1994 (1), pp. 179-190. Disponible en Internet: <http://migration.ucc.ie/population/migration%20and%20european%20integration.htm#FN>.

<sup>59</sup> R. ALBA y V. NEE, “Rethinking Assimilation Theory for a New Era of Immigration”, *IMR*, vol. 31, Winter, 1997 (4), pp. 826-874, esp. p. 828.

<sup>60</sup> H.J. GANS, “Toward a Reconciliation of “Assimilation” and “Pluralism”: the Interplay of Acculturation and Ethnic Retention”, *IMR*, vol. 31, Winter, 1997 (4), pp. 875-891.

Una evolución hacia fórmulas moduladas, que trasladan la asimilación a un plano individual e implican tanto al grupo mayoritario (nacionales) como a los grupos minoritarios (inmigrantes) y están atentas a su recíproca interacción cultural, es el modelo hacia el que parece tender la Unión Europea<sup>61</sup>. En este enfoque, la aculturación se sigue situando en la dirección del grupo cultural mayoritario, aunque éste acepte su propia transformación por la acción de elementos culturales de otros grupos. El rol del Estado no es menor en este escenario pues tomaría parte en el proceso de integración social admitiendo, por una parte, la idiosincrasia de las diferentes culturas y su expresión pública pero, marcando, por otra parte, los elementos (o variables) para la integración de las personas. Este modelo es el más extendido en las sociedades europeas de nuestros días, aunque su expresión varíe de un país a otro<sup>62</sup>.

Desde otra perspectiva, aunque las políticas de integración conciernen sobre todo a la vivienda, a la educación y al empleo, desde hace más de veinte años los grandes países receptores de inmigración pusieron en marcha políticas dirigidas más que a integrar (a los hijos) a incentivar el retorno de los padres a los países de origen (por ej., Francia<sup>63</sup> y Holanda<sup>64</sup>, a pesar de seguir modelos de integración diferentes). Al favorecer la enseñanza de las “lenguas y culturas de origen” con el objetivo indicado, se produjo un efecto no deseado: el aislamiento de las comunidades de inmigrantes, el fracaso escolar de las segundas generaciones, la marginación social y urbana; y, en fin, como respuesta, el incremento de los conflictos (a veces violentos) con la consiguiente reacción normativa contra la inmigración familiar.

En la actualidad, estos mismos países han reconsiderado esta política centrando la integración de los extranjeros precisamente en el conocimiento del idioma y de la historia del país de residencia si quieren establecerse de forma permanente. Así, la integración en los valores comunes de la sociedad de acogida es reconocida como un elemento central en la integración de los extranjeros en Francia<sup>65</sup>, Países Bajos<sup>66</sup> y

---

<sup>61</sup> Véase en: COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Programa Común para la Integración. Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, septiembre 2005, COM(2005), 389 final. Disponible en Internet: [http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/com/2005/com2005\\_0389es01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/com/2005/com2005_0389es01.pdf).

<sup>62</sup> DOSSIER *Le Monde*, “L’immigration en Europe”, 9 de junio de 2002, pp. 13-20. Véase también, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Second Annual Report on Migration and Integration*, Bruselas, junio 2006, SEC(2006)892 final. Disponible en Internet: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/immigration/integration/doc/sec\\_2006\\_892\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/immigration/integration/doc/sec_2006_892_en.pdf).

<sup>63</sup> Las Circulares de 24 de junio de 1997 y 4 de noviembre de 1998 establecieron el llamado *Contrat de reinsertion dans le pays d’origine* “CRPO”), en línea con las leyes “Chevenement”. Vid., EUROPEAN MIGRATION DIALOGUE, *EU and US approaches to the management of immigration. Comparative Perspectives* (Niessen, J., Schibel, Y. y Magoni, R., eds.), May 2003, (disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/2506/DocumentName/useucom.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/2506/DocumentName/useucom.pdf)), “France”, (Bliton, R., Withol de Wenden, C. y Meknache, N.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/2057/DocumentName/FranceMigration.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/2057/DocumentName/FranceMigration.pdf).

<sup>64</sup> ADVISORY COMMITTEE ON ALIENS AFFAIRS, *From Outline Policy to Civic Integration Act. Legal options for a more compulsory civic integration system*. Disponible en Internet: [www.acvz.com/publicaties/Advies-ACVZ-NR11-2004-ENG.pdf](http://www.acvz.com/publicaties/Advies-ACVZ-NR11-2004-ENG.pdf).

<sup>65</sup> EUROPEAN MIGRATION DIALOGUE, *EU and US approaches to the management of immigration. Comparative Perspectives*, op. cit., “France”, cit., p. 10.

<sup>66</sup> EUROPEAN MIGRATION DIALOGUE, *Current Immigration Debates...*, cit., “The Netherlands”, (Manelli, V.), p. 4 ss. Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/3009/DocumentName/EMD\\_Netherlands\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3009/DocumentName/EMD_Netherlands_2005.pdf).



Bélgica<sup>67</sup>. Otros países, como Alemania, Austria y Suiza, exigen una comprobación previa de la capacidad de adaptación (esencialmente un examen de conocimientos del idioma) como condición para la obtención de la autorización de entrada y posterior residencia<sup>68</sup>.

Francia es el ejemplo más claro del enfoque de la “integración en los valores”, puesto en práctica desde que en febrero de 1991 el *Haut Conseil à l’intégration* estimó indispensable definir lo que se entiende por el término integración:

Le Haut Conseil estime qu’il faut concevoir l’intégration non comme une sorte de voie moyenne entre l’assimilation et l’insertion, mais comme un processus spécifique: par ce processus, il s’agit de susciter la participation active à la société nationale d’éléments variés et différents, tout en acceptant la subsistance de spécificités culturelles, sociales et morales et en tenant pour vrai que l’ensemble s’enrichit de cette variété, de cette complexité. Sans nier les différences, en sachant les prendre en compte sans les exalter, c’est sur les ressemblances et les convergences qu’une politique d’intégration met l’accent afin, dans l’égalité des droits et des obligations, de rendre solidaires les différentes composantes ethniques et culturelles de notre société et de donner à chacun, quelle que soit son origine, la possibilité de vivre dans cette société dont il a accepté les règles et dont il devient un élément constituant<sup>69</sup>.

Tampoco está exento de críticas este modelo, sobre todo desde la perspectiva de los derechos humanos<sup>70</sup>. Básicamente, se afirma que desconoce el carácter multicultural de la sociedad europea y, en tal sentido, se resalta la imposibilidad de aproximarse a esta realidad si los poderes públicos no traducen su política en acciones que reconozcan a las comunidades (no sólo a los individuos) derechos específicos. Esta posición ha abierto un intenso debate en torno a la valoración del término “multiculturalismo” o “multiculturalidad”<sup>71</sup> en las democracias europeas y su traducción en un modelo

<sup>67</sup> EUROPEAN MIGRATION DIALOGUE, *Current Immigration Debates...*, cit., “Belgium”, (Gstri, S. et al.), p. 4. Disponible en Internet:

[www.migpolgroup.com/multiattachments/2959/DocumentName/EMD\\_Belgium\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/2959/DocumentName/EMD_Belgium_2005.pdf). No existe un “modelo belga de integración”. Históricamente se ha mantenido una orientación diferente entre el Norte y el Sur del país. Flandes se inspira en el modelo “multicultural” holandés, en tanto que Valonia se pronuncia por el modelo “republicano” francés. La región de Bruselas, por su parte, es un cruce de caminos entre las dos comunidades y trata de desarrollar su propio modelo combinando elementos teóricos de los modelos anteriores.

<sup>68</sup> J. APAP, “Shaping Europe’s Migration Policy: A Comparative Analysis of Member States’ “Green Card” Legislation: A Comparison of Strategies in Germany, Sweden, the Netherlands and the UK”, en *Towards a Common European Immigration Policy*, op.cit., pp. 153-173.

<sup>69</sup> HAUT CONSEIL A L’INTEGRATION, *Pour un modèle français d’intégration: premier rapport annuel*, Documentation Française, Paris, 1991.

<sup>70</sup> La Relatora Especial sobre los derechos humanos de los emigrantes ha indicado que las políticas de integración social de los inmigrantes deberían examinarse desde una perspectiva de derechos humanos, “ya que en la actualidad una parte importante de los inmigrantes manifiesta una voluntad de residencia con carácter permanente”. En su Informe de 2004 propone el desarrollo de *modalidades multiculturales* de integración social “que mitiguen la exclusión y reemplacen las formas de integración que pretenden imponer reglas de comportamiento y asegurar una cada vez más dudosa uniformidad de las sociedades”. Véase COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Informe presentado por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2004/53 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2005/85, 27 de diciembre de 2004. Disponible en Internet: [www.choike.org/documentos/migran\\_relatora.pdf](http://www.choike.org/documentos/migran_relatora.pdf).

<sup>71</sup> Dos enfoques sobre el término los plantean R. ZAPATA-BARRERO, “Usos de un término polémico” y J. CARABAÑA, “Liberalismo versus multiculturalismo”, en *Las sociedades multiculturales* (Debate), Diario *El País*, 11.5.2003, p. 15.

concreto (pluricultural), según el cual ha de partirse de un elevado grado de respeto a la idiosincrasia de las nuevas comunidades, con la correlativa y plena satisfacción de sus expectativas en cuanto tal, frenando así el proceso de aculturación entendido como pérdida de identidad, de lengua y de religión<sup>72</sup>.

Un ejemplo nos lo ofrece Canadá. Este país puso en práctica el modelo de retención cultural<sup>73</sup> a comienzos de los años setenta y tiene en la ciudad de Toronto la mejor pantalla de una multiculturalidad acogedora y diversa. Sin embargo, el resultado de este modelo tampoco ha sido satisfactorio: en veinte años el índice de aislamiento de los barrios (islas culturales) es notable; existe una autosegregación étnica que, aunque no genere tensiones sociales, no consigue la auténtica integración, en especial cuando se trata de comunidades que en su organización responden a principios considerados como lesivos para los derechos de las mujeres y de los niños, principalmente.

Desde un prisma jurídico, el aceptar el modelo pluricultural hasta sus últimas consecuencias supondría atribuir un reconocimiento máximo a las minorías radicadas en el territorio nacional y, consecuentemente, sus normas y tradiciones jurídicas con el riesgo de privilegiar, como ha señalado A. Quiñones, los ordenamientos estatales no secularizados y una visión “autoritaria y determinista del vínculo entre una persona y su patria”<sup>74</sup>.

El ejemplo canadiense en la provincia de Ontario es el que mejor ilustra la puesta en práctica de la aplicación de las leyes personales de cada comunidad mediante tribunales arbitrales familiares (que intervienen con autonomía en la resolución de los conflictos de derecho privado de la familia). Desde hace más de dos años se venía manteniendo una fuerte polémica en torno a la aplicación de la ley islámica basada en la Sharía. En septiembre de 2005, las autoridades provinciales anularon la Ley de Arbitraje de 1991 (“ya no habrá tribunales de Sharía; tampoco habrá arbitrajes para judíos y cristianos”), poniendo límites a lo que en su día fue considerado como una victoria del multiculturalismo.

La incidencia en el ámbito jurídico de este agudo y polimórfico debate es de carácter directo tanto en el ámbito de la Unión Europea como en cada uno de sus Estados miembros<sup>75</sup>. En relación con la Unión Europea, el objetivo genérico de alcanzar una política comunitaria común pretende asegurar la integración de las poblaciones extranjeras, “...tout en reconnaissant que l'intégration est un processus à deux volets, qui ne concerne pas seulement le gouvernement central mais doit également être pris en charge au niveau des communautés locales”<sup>76</sup>. Por otro lado, y en relación a las soluciones nacionales, los análisis comparados ponen de manifiesto que el “Mapa de la Europa de las migraciones” es altamente diverso así como distintas son las respuestas legislativas de cada Estado miembro<sup>77</sup>.

---

<sup>72</sup> Sobre la valoración crítica de este modelo véase C. ESPLUGUES MOTA, *cit.*, p. 103.

<sup>73</sup> Respecto al modelo canadiense, *vid.*, W. KLOOß, “Historicizing/Contemporizing Multiculturalism in English-Canadian Literature”, *Towards a Common European Immigration Policy*, *op. cit.*, pp. 259-271.

<sup>74</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación “La Caixa”, Barcelona, 2000, p. 29.

<sup>75</sup> Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Tampere, 15-16 de octubre de 1999. Disponible en Internet: [http://europa.eu.int/council/off/conclu/oct99/oct99\\_es](http://europa.eu.int/council/off/conclu/oct99/oct99_es).

<sup>76</sup> CONSEJO DE EUROPA, *Evolution actuelle des migrations internationales en Europe*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>77</sup> *Ídem*, pp. 36-38.

Con todo, los estudios muestran que el binomio *inmigración-integración* genera tensiones sociales y que el coste de la integración es uno de los elementos comunes a todos los modelos nacionales de gestión migratoria<sup>78</sup>.

## 2.2. Orientación específica en la reagrupación familiar.

En materia de reagrupación familiar la integración se percibe no como un objetivo en sí mismo sino como un presupuesto. En efecto, la familia que se incorpora a la colectividad social con la perspectiva de hecho de establecerse en el nuevo país de forma duradera habrá de cumplir una serie de condiciones preestablecidas por las normas materiales del derecho de extranjería.

### 2.2.1. La integración como presupuesto de las normas reguladoras.

Las normas de extranjería al referirse a la reagrupación familiar, tanto en su constitución (familia objeto de reagrupación) como en su estabilización (familia reagrupada objeto de integración), preestablecen los elementos básicos de la integración en torno a tres criterios: tiempo de residencia, acceso al mercado de trabajo e integración. Como ha señalado X. Vandendriessche, las normas materiales en la reagrupación familiar tienden a organizar la diversidad (de familias) mediante la exigencia de condiciones materiales: en general, vivienda, recursos económicos, seguro médico; y, en particular, criterios de integración que permitan vislumbrar una buena inserción en la nueva sociedad. Podría decirse que estamos ante normas que actuarían a modo de una suerte de “permiso de inserción”<sup>79</sup>.

Una vez reagrupada la familia en el territorio, las normas de extranjería controlarán estas mismas exigencias tanto en las renovaciones como en el momento de autorizar un permiso independiente a los beneficiarios de la reagrupación. Enfoque que, a decir de J. Hauser, significa una actuación de dichas normas de extranjería como “normas función para la integración”<sup>80</sup> pues avanzan —mediante las condiciones y los requisitos impuestos— el camino de la adaptación a los valores de la sociedad de acogida, medio en el cual la familia se desenvuelve<sup>81</sup>.

En estas condiciones, es posible avanzar como conclusión provisional que en materia de reagrupación familiar no cabría hablar de integración en los términos anteriormente discutidos (integración como proceso) sino de una posibilidad de vivir en la sociedad de acogida acreditando ciertas condiciones materiales (sociales y económicas, como la vivienda adecuada, los medios económicos suficientes y el seguro médico) o de integración previa (por referencia al tiempo de residencia o al conocimiento del idioma); condiciones que, en principio, la familia que desea

<sup>78</sup> INFORMES ELCANO, *cit.*, p. 8; y EUROPEAN MIGRATION DIALOGUE, *Current Immigration Debates...*, *cit.*, “Spain”, (Serra, A. *et al.*), p. 6. Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/3012/DocumentName/EMD\\_Spain\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3012/DocumentName/EMD_Spain_2005.pdf).

<sup>79</sup> X. VANDENDRIESSCHE, “Le droit public face à l’insertion familiale”, en *Le droit de la famille à l’épreuve des migrations transnationales. Colloque du Laboratoire d’études et de recherches appliquées au droit privé, Université de Lille II* (avant-propos de Dekeuwer-Défossez, F.), L.G.D.J., Paris, 1993, pp. 51-81, esp. pp. 67-70.

<sup>80</sup> J. HAUSER, “Rapport de synthèse”, en *idem*, pp. 250-258, esp. p. 256.

<sup>81</sup> Véanse las Comunicaciones de la Comisión COM (2004) 412 y COM (2002) 703.

incorporarse por esta vía buscará cumplir por todos los medios si quiere acceder al país de recepción y no perder, posteriormente, su estatuto de residente.

### **2.2.2. Los criterios de integración en la Directiva 2003/86/CE: discusión en torno a su posible incompatibilidad con el estándar europeo de los derechos humanos.**

Este enfoque se corrobora en el debate suscitado en la Unión Europea al abordar las condiciones para la reagrupación familiar; debate que refleja la orientación de la integración familiar según los modelos que en su día habían sido promovidos por Francia y Alemania.

En efecto, el criterio de integración fue uno de los factores tomados en cuenta en el trámite de negociación de la Directiva. Su establecimiento debía permitir a las autoridades nacionales un margen de maniobra para rechazar la admisión de determinados miembros de la familia que no pudieran integrarse “fácilmente” en el país de acogida. Algunas legislaciones nacionales ya contemplaban el criterio de integración (Austria, Alemania, Finlandia y Holanda) que la Directiva recoge respecto de la edad de los hijos (art. 4, apartado 1, último párrafo y en el apartado 6) permitiendo, en determinadas circunstancias, la ampliación del plazo de residencia previo del reagrupante (art. 8).

Los tres supuestos a los que nos vamos a referir ejemplifican cómo la expresión jurídica del criterio de integración, objetivo de las políticas migratorias, es percibido en la reagrupación familiar como un presupuesto de aplicación tanto de las normas para la constitución de la familia (familia en busca de reagrupación) como en las disposiciones posteriores referidas a la familia reagrupada (familia “objeto” de integración).

Ahora bien, la cuestión delicada de este enfoque en clave de integración era su posible contrariedad con la normativa en materia de derechos humanos. El Parlamento Europeo impugnó parcialmente la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar por entender que las disposiciones que permiten a los Estados miembros, en determinadas circunstancias, limitar la reagrupación familiar en el caso de hijos mayores de 12 o de 15 años y establecer determinados periodos de espera, no son compatibles con la protección de la familia que confiere la normativa sobre derechos humanos y con el principio de igualdad de trato<sup>82</sup>. El Tribunal de Justicia en Sentencia de 27 de junio de 2006<sup>83</sup> no apreció tal contrariedad, señalando que

...aunque la Directiva reserva a los Estados miembros un margen de apreciación, éste es lo suficientemente amplio para permitirles aplicar las normas de la Directiva en un sentido acorde con las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales. (Numeral 104)

---

<sup>82</sup> Recurso interpuesto el 22 de diciembre de 2003 contra el Consejo de la Unión Europea por el Parlamento Europeo. Asunto C-540/03 (DO C 47, de 21.2.2004). *Vid.*, Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokkot, de 8 de septiembre de 2005 (“Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea apoyado por la República Federal de Alemania y la Comisión de las Comunidades Europeas. Reagrupación familiar – Admisibilidad de la impugnación parcial – Menores de edad – Período de espera”). Disponibles en Internet: [http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=Rechercher\\$docrequire=alldocs&numaff=C-540/03&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100](http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=Rechercher$docrequire=alldocs&numaff=C-540/03&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100).

<sup>83</sup> STJC de 27 junio 2006, asunto C-540/03 (Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea).

Con carácter previo conviene recordar que estas disposiciones comunitarias responden a un método concreto de armonización plasmado en la Directiva<sup>84</sup>. En particular, el artículo 4, apartados 4 y 6, es considerado una *cláusula de mantenimiento del statu quo*<sup>85</sup> cuya función es evitar que los Estados miembros utilicen las excepciones introducidas en la Directiva “si no estuvieran previstas por la legislación interna antes de la fecha de aplicación de la misma”. Dicho en otros términos, la cláusula pone un límite al uso de la Directiva para revisar en sentido restrictivo las legislaciones nacionales, pero no impide a los Estados miembros modificar anticipadamente sus normas internas aun cuando éstas hubieren alcanzado un mayor nivel de protección (España no ha hecho uso de esta posibilidad). El artículo 8 (tiempo mínimo de residencia para solicitar la reagrupación) contiene una *cláusula de emplazamiento* que va a permitir reexaminar a los dos años de la aplicación de la Directiva, el conjunto de disposiciones que constituyeron el “núcleo duro” de las negociaciones y respecto de las que no se pudo conseguir una completa armonización.

El primer criterio de integración se encuentra en el artículo 4, apartado 1, último párrafo de la Directiva al establecer que “cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la Directiva, puede verificar si cumple algún criterio de integración”<sup>86</sup>. El problema que plantea esta norma es su compatibilidad con la protección de las familias; es decir, si el “criterio de integración” permite o no la reunificación familiar cuando ésta resulte indicada una vez llevado a cabo el análisis exhaustivo de cada caso concreto exigido por el TEDH.

Para el Parlamento Europeo esta compatibilidad no existe puesto que el criterio de integración no deja “margen de maniobra” (*marge de manœuvre*) para tomar en cuenta los intereses de la familia. El Consejo y la Comisión consideraron equivocada dicha opinión, pues “los criterios de integración del mencionado precepto describen en qué medida el inmigrante está integrado o puede integrarse en el Estado de acogida”. Desde esta perspectiva, el criterio de integración a que hace referencia el artículo 4, apartado 1, último párrafo, parece que trata de satisfacer el interés del Estado de acogida en la integración de los inmigrantes en su sociedad, pero también el interés del extranjero-inmigrante en no vivir aislado en la sociedad de acogida.

La interpretación del mencionado precepto —conforme con el estándar europeo— ha de hacerse tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 17 de la Directiva a cuyo tenor, al denegar una solicitud, al retirar el permiso de residencia o al denegar su renovación, así como al dictar una decisión de devolver al reagrupante o a un miembro

<sup>84</sup> M.P. CANEDO ARRILLAGA, “Reflexiones sobre reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea”, en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales* (Calvo Caravaca, A.L. y Castellanos Ruiz, E., dirs.), Colex, Madrid, 2004, pp. 193-212; y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “La reagrupación familiar de los extranjeros en el derecho comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el derecho comunitario”, en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales* (Calvo Caravaca, A.L. y Castellanos Ruiz, E., dirs.), Colex, Madrid, 2004, pp. 819-843, esp. p. 825.

<sup>85</sup> *Stand still clause* (idéntica expresión en alemán, francés, inglés e italiano).

<sup>86</sup> La finalidad del precepto, según el Considerando decimosegundo de la Directiva, es reflejar la capacidad de integración de los niños de edad temprana, garantizando que adquieran en el colegio la educación y los conocimientos lingüísticos necesarios.

de su familia, los Estados miembros deben tener debidamente en cuenta la naturaleza y la solidez de los vínculos familiares del interesado y la duración de su residencia en el Estado miembro, así como la existencia de lazos familiares, culturales o sociales con su país de origen. Además, conforme al artículo 5, apartado 5 de la Directiva, los Estados miembros, al examinar la solicitud, deben velar por que se tenga debidamente en cuenta el interés del menor. Por lo tanto, en caso de duda, los conceptos (jurídicos y fácticos) de la Directiva deberán interpretarse de manera que las normas nacionales de adaptación dejen un “margen de maniobra” adecuado para poder cumplir lo dispuesto en los citados artículos<sup>87</sup>.

El Tribunal de Justicia, tras recordar la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 7 de la Carta, ha considerado que el margen de apreciación que permite la Directiva ha de entenderse en el contexto de unas obligaciones positivas precisas que se imponen a los Estados miembros, tal y como lo reconoce el TEDH en su jurisprudencia relativa al derecho a la vida en familia, lo que significa que en cada caso se impone una ponderación de los intereses en conflicto<sup>88</sup>.

El segundo criterio de integración lo contempla el artículo 4, apartado 6 de la Directiva al permitir a los Estados miembros “exigir excepcionalmente que las solicitudes relativas a la reagrupación familiar de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva”. En el caso de que las solicitudes se presenten después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción —sólo el Derecho austriaco ha fijado tal límite de edad— “autorizarán la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación”.

Al igual que en el supuesto anterior, el Parlamento consideraba que la norma no era compatible con los derechos humanos puesto que no dejaba “margen de maniobra” para tomar en cuenta los intereses de la familia. En contra de esta opinión, el Consejo señaló que la finalidad del apartado 6 consiste en que la entrada de los hijos se realice lo antes posible para fomentar la integración de los hijos en el Estado de acogida. El límite de edad se guía por la escolarización que, para la Comisión, contribuye a la integración.

En opinión de la Abogado general, podría salvarse la impugnación de incompatibilidad —respecto del artículo 4, apartado 6— si se interpretase de manera conforme con el respeto de los derechos humanos: “la segunda frase puede entenderse en el sentido de que obliga a los Estados miembros a permitir la entrada de los hijos mayores de 15 años cuando la normativa en materia de derechos humanos exija la reagrupación familiar”<sup>89</sup>. Al respecto, el Consejo sostenía que, conforme al tenor literal de dicha disposición, al decidir sobre la entrada y residencia por motivos distintos de la reagrupación familiar, los organismos nacionales carecían absolutamente de margen de maniobra (“marge de manœuvre”). Puesto que hay que tener en cuenta todos los demás motivos, concluía el Consejo, era de suponer que se autorizarían la mayoría de tales solicitudes<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Cf., Conclusiones de la Abogado General (numeral 86), *cit. supra* nota 82.

<sup>88</sup> Numerales 52 a 56 de la STJC de 27 junio 2006 asunto, C-540/03.

<sup>89</sup> Cf., *idem* (numeral 94).

<sup>90</sup> *Ídem* (numeral 92).

Para el Tribunal de Justicia la disposición no viola el derecho al respeto de la vida en familia contenido en el artículo 6 CEDH, toda vez que la cláusula en cuestión no puede ser interpretada en el sentido de prohibir a los Estados miembros tener en cuenta las solicitudes relativas a un hijo menor de quince años, “siendo por lo tanto irrelevante que la última frase de la disposición autorice la entrada por motivos distintos de la reagrupación familiar”. En realidad, como señala el Tribunal, el artículo 4.6. de la Directiva debe interpretarse a la luz del artículo 5.5 (interés del menor) y del artículo 17 (importancia de los vínculos familiares)<sup>91</sup>.

El último ejemplo de expresión jurídica de un criterio de integración en la Directiva lo proporciona el artículo 8 cuyo párrafo primero confiere a los Estados miembros la posibilidad de requerir al reagrupante un período de residencia legal de dos años, como máximo, antes de permitir la reagrupación de su familia. El párrafo segundo permite establecer un período de hasta tres años entre la presentación de la solicitud de reagrupación familiar y la expedición del correspondiente permiso de residencia a los miembros de la familia, “cuando en materia de reagrupación familiar la legislación existente en un Estado miembro en la fecha de adopción de la presente Directiva tenga en cuenta su capacidad de acogida”.

En opinión del Consejo, los períodos de espera son un instrumento habitual de la política de inmigración. La Abogado General coincidía en que

...en casi todos los casos de reagrupación familiar los períodos de espera pueden ser conformes a Derecho. Sin embargo, el derecho a la reagrupación familiar en el Estado de acogida a que se refiere la normativa en materia de derechos humanos se caracteriza precisamente porque nace, excepcionalmente, en circunstancias especiales. Tales circunstancias también pueden hacer inhumano prolongar la espera. Por consiguiente habrá que examinar si el artículo 8 de la Directiva tiene suficientemente en cuenta tales circunstancias. (Numeral 98)

El Parlamento negaba la anterior interpretación, mientras que la Comisión presentó propuestas de interpretación conforme. Para la Abogado General, había que comprobar que, a diferencia del régimen sobre límites de edad, el régimen relativo a los períodos de espera “no contiene indicios que permitan tener en cuenta las exigencias impuestas por la normativa en materia de derechos humanos en relación con la reunificación familiar”<sup>92</sup>. No obstante, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados como “podrán” (párrafo primero) y “podrá” (párrafo segundo) “permitiría pensar en la posibilidad de interpretar las opciones que ofrece la Directiva de manera conforme con los derechos humanos”<sup>93</sup>. Sin embargo, según la Abogado General, esta interpretación no parecía lógica:

<sup>91</sup> Números 87 y 88 de la STJC de 27 junio 2006 asunto, C-540/03.

<sup>92</sup> Numeral 99.

<sup>93</sup> Numeral 100. “Esto plantea la cuestión de si basta con que el Derecho comunitario deje al legislador nacional un margen de maniobra que le permita llevar a cabo de oficio el examen del caso concreto que impone la protección de los derechos humanos o si, por el contrario, el tenor de las correspondientes disposiciones comunitarias debe contener, al menos, una referencia a tal examen. Para ello son determinantes las consideraciones relativas a la respectiva responsabilidad que pesa sobre el legislador comunitario y los parlamentos nacionales en materia de respeto a los derechos humanos y a la claridad jurídica” (numeral 101).

En primer lugar, el artículo 8 de la Directiva define el margen de maniobra del legislador nacional poniéndolo en relación con el del legislador comunitario, al regular las excepciones a las normas de derecho derivado relativas a la reagrupación familiar. «Podrán» y «podrá» significan, pues, que, a diferencia del legislador comunitario, los Estados miembros están facultados para imponer períodos de espera de hasta dos años, que pueden prorrogar, en determinados casos, por otros tres años. Si un Estado lleva a cabo tal adaptación unidimensional, por así decirlo, sin tener en cuenta las obligaciones que le imponen las normas en materia de derechos humanos, los regímenes nacionales sobre períodos de espera también se adoptarían sin recurrir a la posibilidad que ofrece la jurisprudencia del TEDH de tener en cuenta los casos de rigor. La administración nacional tendría que aplicar las normas así adoptadas. Éstas tampoco dejarían margen para aplicar los artículos 5, apartado 5, y 17 de la Directiva. La violación de los derechos fundamentales y de los derechos humanos en los correspondientes casos de rigor únicamente podría evitarse por la vía de la tutela judicial, en su caso previo planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. De todos modos, una interpretación del artículo 8 de la Directiva conforme con el respeto de los derechos humanos trasladaría el problema a otra instancia. (Numeral 103)

La referencia a los derechos humanos que realiza el segundo considerando de la Directiva fomenta incluso este despropósito de la adaptación unidimensional. En lugar de recordar a los Estados miembros sus obligaciones en materia de derechos humanos y derechos fundamentales, dicho considerando afirma que la Directiva, tal como está formulada, respeta los derechos humanos y los derechos fundamentales. Si los Estados miembros confían en esta valoración del legislador comunitario, ya no tienen motivo para formular consideraciones sobre el respeto de los derechos humanos que no están amparadas por el tenor de la Directiva. (Numeral 104)

Para el Tribunal de Justicia el hecho de que un Estado miembro tenga la facultad de diferir en dos o tres años la autorización de reagrupación no menoscaba el derecho al respeto de la vida en familia contemplado en el artículo 8 CEDH. Nuevamente, el Tribunal se apoya en el artículo 17 de la Directiva como uno de los elementos que los Estados miembros deben tener en cuenta al examinar la solicitud, sin que puedan dejar de considerar el conjunto de elementos pertinentes en el caso concreto. Interpretación que también sigue respecto al controvertido criterio de la capacidad de acogida<sup>94</sup>.

Consecuentemente, el criterio de integración que se plasma en la Directiva no lesiona las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en los supuestos controvertidos relativos a la edad de los hijos y a los períodos de espera. No obstante esta interpretación, conviene tener en cuenta que son precisamente estos elementos de integración los que las legislaciones nacionales han venido incorporando a su Derecho interno tras la entrada en vigor de la Directiva, lo que implica una restricción a las posibilidades de entrada por reagrupación familiar, dado que las familias no van a poder determinar libremente el momento en que quieran reagrupar a sus hijos y, en otros casos, habrán de esperar a que los plazos de espera se cumplan. En la práctica habrá de tenerse en cuenta en cada caso, tal y como recuerda el Tribunal de Justicia, la ponderación de los intereses en presencia y el análisis conjunto de los elementos de los artículos 5.5 y 17 de la Directiva.

De todo cuanto queda expuesto, y en términos generales, cabe decir que la Directiva sobre reagrupación familiar contiene algunos puntos controvertidos asociados a los criterios de integración. Su transposición a las legislaciones nacionales y la subsiguiente

---

<sup>94</sup> Numeral 99 de la STJC de 27 junio 2006 asunto, C-540/03.



aplicación práctica de conformidad con la interpretación que ha dado el Tribunal de Justicia, resultará determinante para la familia que desea vivir reagrupada en el país de destino elegido y condicionará las posibilidades de su integración<sup>95</sup>.

### III. LA DIVERSIFICACIÓN NORMATIVA EN LA REGULACIÓN DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR.

#### 1. La caracterización del Derecho de extranjería en el tráfico externo: las situaciones de extranjería.

En la actualidad, la nacionalidad y la extranjería en la caracterización del tráfico externo constituyen “la base sobre la que se asienta el conjunto de conexiones que expresan las posiciones potencialmente relevantes del individuo en el tráfico internacional”<sup>96</sup>. Este planteamiento ha sido puesto de relieve entre nosotros por J.M. Espinar Vicente al afirmar que, hoy en día, lo que caracteriza una relación de tráfico externo es la dispersión internacional de sus elementos y no la nacionalidad o extranjería de sus sujetos<sup>97</sup>.

Esta premisa sirve de base al autor para articular un esquema de las situaciones en que puede encontrarse un extranjero; situaciones que, por otra parte, como ha señalado E. Pérez Vera, no reciben la misma solución en todos los casos, lo que determina la existencia, junto a dicha pluralidad de situaciones de extranjería, de una diversidad de regímenes jurídicos (estatutos)<sup>98</sup>. El esquema de J.M. Espinar comprende las siguientes categorías: a) extranjeros residentes en el extranjero con intereses en España o vinculados con españoles o con extranjeros residentes; b) extranjeros que originariamente fueron españoles y extranjeros que nunca lo fueron; c) extranjeros en España en situación de transeúntes, en situación de estancia o en situación de residencia; d) extranjeros que pertenecen a países con especiales vinculaciones convencionales o legales con España; y e) ciudadanos comunitarios. Desde esta perspectiva, el protagonismo clásico de los sujetos se invierte, pues “su relevancia se manifiesta en función de la posición que ocupen respecto de un determinado sistema, en razón de las relaciones o situaciones heterogéneas que configuren”<sup>99</sup>.

Es evidente que cada una de estas categorías puede admitir nuevas matizaciones y desarrollos que, a su vez, pueden llevar a una clasificación de las situaciones de extranjería tan compleja o simple como variables o dimensiones de enfoque se tomen en consideración.

<sup>95</sup> Y. SCHIBEL, *Monitoring and influencing the transposition of EU immigration law. The family reunion and long term residents Directives*, Issue Paper prepared for the European Migration Dialogue (MPG) septiembre, 2004. Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/2487/DocumentName/emd1.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/2487/DocumentName/emd1.pdf).

<sup>96</sup> J.M. ESPINAR VICENTE, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Civitas, Madrid, 1994, p. 189.

<sup>97</sup> *Ídem*, pp. 189-197.

<sup>98</sup> E. PÉREZ VERA, en A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, *op. cit.*, p. 294.

<sup>99</sup> J.M. ESPINAR VICENTE, *La nacionalidad y la extranjería...*, p. 197.

El profesor J.D. González Campos ha indicado cuáles son estas dimensiones del estatuto del extranjero<sup>100</sup>, clasificándolas de la siguiente manera: si observamos el goce de los derechos habrá de distinguir si se trata de derechos políticos, de derechos privados o de derechos profesionales; por lo que hace al goce o no de privilegios e inmunidades atribuidos por el Derecho internacional público, los supuestos atenderán a los miembros de misiones diplomáticas y de las oficinas consulares, funcionarios consulares, etc; si nos referimos a la situación administrativa en España, la distinción se hace entre personas en situación regular o irregular, así como entre demandantes de asilo, refugiados y personas necesitadas de especial protección; si se trata de la nacionalidad del extranjero, entre ciudadanos comunitarios y no comunitarios; por lo que atañe a la actividad económica, entre trabajadores, estudiantes y personas que no ejercen actividad remunerada (por ejemplo, los jubilados); si se atiende al tipo de permiso, entre situación de estancia o de residencia (temporal o permanente); y, en fin, si es a la situación familiar, entre cónyuges y parejas de hecho o entre mayores y menores de edad en cuanto beneficiarios de la reagrupación familiar.

En cualquier caso, como ha señalado la profesora Pérez Vera, sea cual fuere la clasificación que se adopte, todas habrán de comprenderse desde la protección de los derechos fundamentales, pues cabe recordar que la Constitución española ha cambiado de modo drástico el marco jurídico en el que ha de encuadrarse el Derecho de extranjería<sup>101</sup>. Desde esta perspectiva, aunque el legislador interno cuente con un amplio margen para configurar los derechos de los extranjeros, la ordenación autónoma de los estatutos de extranjería y los términos en que los extranjeros gozarán de los derechos y libertades públicas conferidos por la Constitución estarán condicionados, de una parte, por las normas de fuente internacional y convencional (conjunto normativo que forma parte del ordenamiento español pues así lo disponen los artículos 93 y 96 de la CE y el art. 1.5 del C.c.) y, de otra parte, por los límites precisos fijados por la Constitución en su artículo 13.1 (“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la ley”), así como la interpretación dada por el Tribunal Constitucional.

## **2. La pluralidad de fuentes de producción jurídica y la coexistencia de regímenes jurídicos diversos en la reagrupación familiar.**

A pesar de su predominante dimensión interna, el Derecho de extranjería ha experimentado un fuerte proceso de internacionalización que se manifiesta básicamente en dos planos: en el de la reglamentación internacional de las materias, antes reservadas casi en exclusiva al legislador interno o estatal; y en la tensión entre los intereses del Estado (económicos y sociales así como su propia tradición histórica en materia

---

<sup>100</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS *et al.*, *Lecciones de Derecho internacional privado. Derecho de la nacionalidad. Derecho de extranjería y Derecho procesal civil internacional*, Universidad de Oviedo (Servicio de Publicaciones), 1984, p. 183. Más reciente, y en idéntico sentido, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Los estatutos de los extranjeros en España”, en *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea* (Escobar Hernández, C., coord.), Colección Escuela Diplomática, núm. 3, Escuela Diplomática/AEPDIRI, Madrid, 1998, pp. 13-27, esp. p. 16.

<sup>101</sup> E. PÉREZ VERA, “Artículo 13: Extranjería”, (actualización Abarca Junco, A.P.), en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Alzaga Villaamil, O., dir.), T. II, Cortes Generales/Edersa, Madrid, 1997, pp. 183-209, en esp. pp. 185-202.

migratoria) y la normativa internacional sobre derechos humanos que protege directamente a la persona con independencia de su nacionalidad<sup>102</sup>.

De estas premisas cabe observar una primera consecuencia traducida en la diversificación de fuentes de producción jurídica que van a incidir en la regulación del(os) estatuto(s) del(os) extranjero(s) en cada ordenamiento jurídico estatal. Dicho estatuto se integra a partir de preceptos que provienen del Derecho internacional general, de los convenios multilaterales o bilaterales que obligan a cada país, del derecho comunitario, en su caso y, finalmente, de las normas de fuente de producción interna que conforman el régimen jurídico de ordenación de la extranjería (y cada vez más de la inmigración).

La diversificación en las fuentes de producción jurídica ha sido explicada mediante la imagen de una serie de círculos concéntricos<sup>103</sup>: el círculo más amplio se integraría por los principios u obligaciones consagrados en el Derecho internacional público (la doctrina se refiere a los principios de estándar mínimo internacional, de igualdad de trato y de reciprocidad); el siguiente círculo, por los textos relativos a los derechos humanos en el ámbito internacional (universal y regional); un tercero, por los acuerdos específicos en materia de extranjería y otros acuerdos migratorios con determinadas áreas de integración (por ejemplo, la Unión Europea) o con determinados países con especiales vínculos históricos (por ejemplo, la *Commonwealth*); y el círculo más próximo al núcleo quedaría integrado por las normas de fuente interna de cada Estado.

Pues bien, estas últimas normas no sólo regularán aspectos particulares del sistema de extranjería (derechos y deberes de los extranjeros, aspectos administrativos relativos a la entrada, permanencia y salida, aspectos laborales relativos al régimen de permisos de trabajo y residencia, aspectos penales, de seguridad, etc.) también deberán estructurar en su seno los principios y normas procedentes de los círculos anteriores. La regulación de la reagrupación familiar de los extranjeros se sitúa en este complejo entramado de fuentes internacionales, comunitarias e internas.

Si nos situamos en el plano de los derechos humanos, las medidas en materia de reagrupación familiar deben tomarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional, según ha sido examinado anteriormente. La Directiva sobre reagrupación familiar asegura que sus normas respetan los derechos fundamentales y observan los principios reconocidos en particular en el CEDH y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>104</sup> (Considerando 2). Esta remisión al Derecho internacional y al respeto a los derechos humanos —en tanto sistema de referencia y parámetro de legalidad— condiciona la labor legislativa y la aplicación por parte de las autoridades competentes de las normas sobre reagrupación familiar en todos los niveles (comunitario e interno).

---

<sup>102</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS *et. al.*, *Lecciones de Derecho internacional privado...*, *cit.*, p. 184.

<sup>103</sup> La idea en J.M. ESPINAR VICENTE, *La nacionalidad y la extranjería...*, *cit.*, p. 202; y del mismo autor en “Sociedad multicultural y Derecho internacional privado”, en *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural* (García Rodríguez, I., ed.), Universidad de Alcalá (Servicio de Publicaciones), 1999, pp. 181-204, esp. pp. 193-199.

<sup>104</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, de 18 de diciembre de 2000). Entrada en vigor: 1.2.2003.

Por otra parte, y situados en el plano de las normas comunitarias, la regulación es distinta según se actúe en la esfera de la ciudadanía de la Unión Europea o en la esfera de las medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas, conjuntamente con las medidas de acompañamiento relativas a los controles en las fronteras exteriores respecto de los nacionales de terceros países (visados, asilo, inmigración y otras políticas relativas a la libre circulación de personas)<sup>105</sup>.

Desde el ángulo de la libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios, la aplicación práctica del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en el Derecho comunitario (art. 12 TCE) impedirá por definición que a éstos se les apliquen los controles de las leyes de extranjería nacionales para la entrada y la residencia en el territorio del Estado miembro<sup>106</sup>. El TJCE ha establecido que el derecho a residir en el territorio de los Estados miembros (art. 18 TCE) es un derecho fundamental “que reclama una interpretación sumamente restrictiva de las cortapisas que pretendan imponerse, reduciéndolas, en aras del principio de proporcionalidad a los términos estrictamente indispensables, para, sin violentar el alcance de la libertad, salvaguardar los valores colectivos que pudieran constreñirla”<sup>107</sup>. En consecuencia, el derecho a la residencia se integra en el contenido de la ciudadanía en cuanto derecho fundamental y configura una posición jurídica de ventaja del ciudadano comunitario y su familia.

En la esfera comunitaria de los nacionales de terceros países es preciso aludir a las previsiones generales contenidas en el TCE. Según lo dispuesto en el artículo 61 a) de la versión consolidada de dicho Tratado, se prevé la adopción de medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas, conjuntamente con otras medidas de acompañamiento relativas a los controles de fronteras exteriores, asilo e inmigración, con el fin de establecer progresivamente un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Asimismo, se contempla la adopción de medidas en materia de asilo, inmigración y protección de derechos de los nacionales de terceros países [art. 61 b)] concretadas, en lo que a inmigración se refiere, en las condiciones de entrada y residencia, en los procedimientos de expedición de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar [art. 63.3 a)], en la repatriación de residentes ilegales [art. 63.3 b)] y en la definición de los derechos y condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro puedan residir en otros Estados miembros (art. 63.4).

Todas estas previsiones de los artículos 61 a 63 TCE deben entenderse sin perjuicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en relación con el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior (art. 64.1).

---

<sup>105</sup> I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “El derecho del inmigrante a una vida en familia: una perspectiva desde el derecho comunitario europeo”, en *Inmigración y Derechos de los extranjeros* (Fernández Le Gal, A. y García Cano, S., dirs.), Universidad de Córdoba (Servicio de Publicaciones), 2005, pp. 179-201; y C. McGLYNN, “Family Reunion and the Free Movement of Persons in European Union Law”, *International Law FORUM du droit international*, vol. 7, 2005 (3), pp. 159-166.

<sup>106</sup> E. PEREZ VERA, “Citoyenneté de l’Union Européenne, nationalité et condition des étrangers”, *R. des C.*, t. 261, 1996, pp. 243-425, esp. pp. 394 ss.

<sup>107</sup> La STJCE de 29 abril 2004, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01 (Orfanopoulos y otros c. Land Berlin-Württemberg y R. Oliveri), afirmó que el estatuto de ciudadano de la Unión merece una interpretación rigurosa de las excepciones a dicha libertad (apartado 65). Por su parte, la STJCE de 7 septiembre 2004, asunto C-456/02 (“Trojani”) añadió que los límites a los que se somete el ejercicio del derecho han de respetar los principios generales del derecho comunitario y, en especial, el de proporcionalidad (apartado 46).

En este sentido, si uno o más Estados miembros se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la llegada repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, medidas provisionales por un período máximo de seis meses en beneficio de los Estados miembros afectados (art. 64.2).

Además, las medidas adoptadas por el Consejo en virtud de los apartados 3 y 4 del artículo 63 TCE —como es el caso de la Directiva 2003/86/CE— no impedirán a cualquier Estado miembro mantener o introducir en los ámbitos de que se trate disposiciones nacionales que sean compatibles con el Tratado y con los acuerdos internacionales. Esta previsión no implica que los Estados miembros pueden actuar por su cuenta hasta el punto de llegar a establecer regímenes contrapuestos al dimanante del Derecho derivado.

Desde otra perspectiva, en el marco de la propia Directiva también se observan diferencias en el ámbito de aplicación personal, pues contiene exclusiones basadas en la situación de extranjería de la persona concernida y en el estatuto o régimen jurídico aplicable a la misma. Por ejemplo, están excluidos de su ámbito de aplicación personal quienes, siendo nacionales de un tercer país, soliciten la condición de refugiado, quienes estén residiendo o hayan solicitado autorización para residir en virtud de una protección temporal y quienes estén autorizados a residir o se encuentren a la espera de una decisión sobre su estatuto, en virtud de formas subsidiarias de protección (art. 3.2 de la Directiva). Esta exclusión determina la existencia de dos regímenes diferenciados en materia de reagrupación familiar de los nacionales de terceros países: el general, aplicable a los residentes no comunitarios y a sus familias; y, el especial, aplicable a los refugiados, demandantes de asilo y personas necesitadas de especial protección.

Finalmente, en el plano de las normas de fuente interna, la ordenación autónoma de la reagrupación familiar de los extranjeros se encuentra determinada por la misma diversificación normativa que condiciona el Derecho de extranjería. De donde resulta una articulación en dos regímenes diferenciados, directamente condicionados por las normas dictadas por la Comunidad Europea y elaborados, como se acaba de indicar, sobre parámetros diferentes.

Por una parte, el régimen comunitario contenido en el 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>108</sup>, cuyo ámbito de aplicación se extiende a los nacionales indicados así como a las personas vinculadas con ellos por una relación de parentesco,

---

<sup>108</sup> BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2003. La aplicación de este RD debe tomar en cuenta la STJCE (Sala 2ª) de 14 abril 2005, que declaró el incumplimiento por parte de España de las obligaciones que se derivaban de diversas Directivas comunitarias relativas a la libre circulación de personas pues, aunque la normativa española actual aún no ha transpuesto la Directiva 2004/38/CE que supera y simplifica el marco normativo (comunitario e interno) objeto de análisis en la Sentencia, no cabe duda que las actuales exigencias del RD 178/2003 respecto de la reagrupación de familiares de quienes sean beneficiarios directos de la normativa comunitaria en materia de libre circulación de personas son contrarias al Derecho derivado. Véase el comentario a esta sentencia que realiza R. ARENAS GARCÍA, “La incompatibilidad del derecho español con el comunitario en materia de reagrupación de familiares de comunitarios”, *La Ley D*, núm. 6350, de 31 de octubre de 2005, pp. 1-5.

aunque sean nacionales de terceros países<sup>109</sup>. Asimismo, este régimen es de aplicación a los ciudadanos suizos y a los miembros de sus familias, en virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre libre circulación de personas<sup>110</sup>. Idéntica consideración tendrán los familiares de españoles, sean nacionales de países comunitarios o no comunitarios.

Por otra parte, el régimen general referido al resto de los extranjeros. El derecho positivo español tiene un texto básico en que se recogen las líneas generales del Derecho de extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>111</sup>, reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre<sup>112</sup> y posteriormente modificada por LO 11/2003, de 29 de septiembre<sup>113</sup> y por LO 14/2003, de 20 de noviembre<sup>114</sup>). En cumplimiento del mandato de adaptación establecido en la Disposición Adicional Tercera de LO 14/2003 se dictó el nuevo Reglamento de extranjería aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre<sup>115</sup>.

En relación con la reagrupación familiar, España no ha adoptado formalmente normas orientadas a la transposición de la Directiva (cuyo plazo finalizó el 3 de octubre de 2005<sup>116</sup>), aunque puede entenderse que el Derecho nacional vigente se acomoda a sus exigencias. En efecto, la Ley de extranjería incluye la regulación de la reagrupación familiar en el Título I, Capítulo II (arts. 16 a 19) y su régimen de desarrollo en la Sección 2ª del Capítulo I del Título IV “Residencia” (arts. 38 a 44) del Reglamento de ejecución. La norma de adaptación debe ser promulgada en la medida en que lo exija el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los Estados miembros por la Directiva y recaerá en el Estado español la responsabilidad por los daños que pudieran derivarse de la no incorporación oportuna<sup>117</sup>.

Conviene señalar que, en principio, no existe contradicción entre el régimen de fuente interna y el régimen comunitario general pues, por una parte, en las discusiones parlamentarias de la primera reforma a la LO 4/2000, de 11 de enero se tuvo presente el

---

<sup>109</sup> Se consideran familiares: el cónyuge y los descendientes menores de veintiún años, o que vivan a sus expensas, así como los ascendientes propios y del cónyuge que vivan a su cargo, con la excepción de “los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges, que no tendrán derecho de residencia”.

<sup>110</sup> Disposición adicional primera del RD 178/2003 de 14 de febrero.

<sup>111</sup> BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000 (corr. err. BOE núm. 20, de 24.1.2000). Con ella quedó derogada la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE núm. 158, de 3.7.1985).

<sup>112</sup> BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000 (corr. err. BOE núm. 47, de 23.2.2001).

<sup>113</sup> BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

<sup>114</sup> BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003. Entrada en vigor: 21.12.2003. (De reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal).

<sup>115</sup> BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005 (corr. err. BOE núm. 130, de 11.1.2005). Con él quedó derogado el RD 864/2001 de 20 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de ejecución de la LO 4/2000 reformada (BOE núm. 174, de 21.7.2001).

<sup>116</sup> El artículo 20.2 de la Directiva exige a los Estados miembros que “cuando adopten dichas disposiciones éstas harán referencia a la Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial”.

<sup>117</sup> Acerca de la transposición de las Directivas, véanse G. ISAAC, *Manual de Derecho comunitario general*, Ariel, 2ª ed. [reimp.], Barcelona, 1991, p. 195; y A. MANGAS MARTÍN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2002, p. 488.

Proyecto de Directiva de 1999<sup>118</sup> y, por otra, las reformas de 2003 vieron luz con la Propuesta de Directiva modificada de 2002 ya aprobada, aunque sólo la LO 14/2003, de 20 de noviembre pudo haber realizado la transposición por estar ya en vigor la Directiva<sup>119</sup>.

Finalmente, por lo que hace al ámbito de aplicación personal, el régimen de reagrupación familiar diseñado en la Ley de extranjería afecta a los extranjeros residentes en España, con las exclusiones generales de la Ley (arts. 1 y 2) y la de aquellos que tengan un régimen especial (demandantes de asilo, refugiados y personas necesitadas de especial protección).

### **3. La pluralidad de normas reguladoras y su recíproca interacción en la reagrupación de la familia y en la familia reagrupada.**

La manera en que se manifiestan los aspectos internacionales de las relaciones jurídico-privadas de la familia condicionan la solución o la respuesta especial del legislador en las normas que reglamentan la reagrupación familiar y la integración de la familia en el territorio de acogida. Esta afirmación ha de entenderse considerando la noción de familia como el presupuesto de la reagrupación familiar.

Cabría entonces hacerse dos preguntas: de un parte, qué relaciones familiares son tomadas en cuenta por las normas sobre reagrupación familiar; es decir, de qué modo reaccionan las normas de extranjería ante la familia objeto de reagrupación; y, de otra parte, cómo actúan las distintas normas del sistema sobre la familia ya reagrupada; es decir, de qué modo interactúan las normas reguladoras de extranjería, nacionalidad y conflicto de leyes y cómo inciden (si es que lo hacen) en el estatuto familiar (administrativo y personal) de la familia reagrupada.

En este punto conviene recordar el aumento de la conflictividad jurídica ante los tribunales españoles entre extranjeros y entre españoles y extranjeros, sobre todo en materias relativas a separación y divorcio, inscripción registral de matrimonios y adquisición de la nacionalidad española<sup>120</sup>.

La interacción de las normas reguladoras supone una complejidad añadida al estudio. En efecto, de una parte, requiere analizar la incidencia de las diversas normas del sistema en el objetivo de la integración de la familia y, de otra parte, no puede olvidarse el interés prioritario del Estado en la regulación de la inmigración familiar frente al problema del respeto a la continuidad de las situaciones jurídico privadas válidamente creadas en el extranjero.

Todo esto nos sitúa ante las técnicas de reglamentación del Derecho internacional privado. En esta disciplina la pluralidad de técnicas da lugar a una variedad de normas

<sup>118</sup> Véase BOCG, VIII Legislatura, Serie A, núm. 12-5, de 18.10.2000, p. 98.

<sup>119</sup> Respectivamente, COM/1999/638/FINAL (DO C núm. 116, de 26.4.2000) y COM(2002) 225 final-1999/0258(CNS) (DO C núm. 203, de 2.8.2002).

<sup>120</sup> J. CALVO, E. GASCÓN y J. GRACIA, *Incidencia de la inmigración en el ámbito de la Administración de justicia*, Consejo General del Poder Judicial y Laboratorio de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, octubre de 2002, esp. Cap. 4: La incidencia de la inmigración en la jurisdicción civil. Disponible en Internet: [www.unizar.es/sociologia\\_juridica/inmigracion/InmiInf.pdf](http://www.unizar.es/sociologia_juridica/inmigracion/InmiInf.pdf).

de reglamentación con una estructura propia y una función concreta dentro del sistema. No se trata en este plano de referir las peculiaridades del método de reglamentación, sino de significar la función que cumple cada estructura normativa y su proyección en la reglamentación de las relaciones jurídico privadas de la familia extranjera que inmigra a España con la intención de establecerse de manera permanente.

En un esfuerzo de simplificación, hablamos de la familia “objeto de reagrupación” y de la familia “objeto de integración” para con ello expresar dos ideas: por una parte, que es preciso constatar cómo las normas de extranjería prefiguran la noción de familia anticipándose a la realidad que concierne a las relaciones familiares<sup>121</sup>; y, por otra parte, que podrán surgir cuestiones previas referidas a la validez de cada relación jurídico-privada familiar concernida en la definición de los conceptos jurídicos de la norma material de extranjería.

Desde esta perspectiva, los conceptos de la norma material de extranjería no son sólo condiciones de aplicación de la misma, sino que también plasman los valores jurídicos del ordenamiento interno; lo cual, eventualmente, puede provocar tensiones entre el derecho al respeto de la vida en familia y los intereses del Estado en el control de la inmigración familiar<sup>122</sup>.

Un ejemplo permite ilustrar lo anterior. Pensemos en el artículo 17.1 de la Ley de extranjería que define a los miembros de la familia reagrupable utilizando para ello elementos normativos (el cónyuge, el cónyuge separado, los hijos, los hijos adoptados, los ascendientes, etc.). Puede suceder, entonces, que la aplicación de la norma de extranjería a los fines de la reagrupación dependa de la respuesta a una cuestión previa (quién es cónyuge, quién cónyuge separado, quién hijo o hijo adoptado). Pues bien, el derecho que deberá decidir sobre la validez del matrimonio, la determinación de una filiación, la eficacia de una adopción, el reconocimiento de una decisión de separación podrá venir dado por una ley diferente, aspecto que interesará al derecho internacional privado en su vertiente de “cuestión previa del derecho de extranjería”.

La relación privada familiar observada (matrimonio, filiación, divorcio, etc.) es en una situación de la “vida internacional”, es decir, una situación que puede estar conectada a dos o más ordenamientos jurídicos y, en consecuencia, las normas de Derecho internacional privado en el sector de la ley aplicable al estatuto personal estarán llamadas a regir esas situaciones, a no ser que la norma material de extranjería “no lo permita” dando una solución directa en la misma norma.

Otro ejemplo. Pensemos en un matrimonio poligámico celebrado en el extranjero según la ley local y de acuerdo con las leyes personales de los esposos. En este caso, el extranjero residente de estatuto poligámico sólo podrá reagrupar a un único cónyuge

---

<sup>121</sup> Véase L. DÍEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Madrid, 1993, p. 57.

<sup>122</sup> La profesora Borrás ha señalado que la presencia de una inmigración numerosa no entraña para el Estado la obligación de establecer normas materiales precisas para estos grupos. Sin embargo, la especificidad de los problemas lleva a menudo a la aplicación de leyes de países muy distintos y, a través de las conexiones previstas, el juego clásico de la norma de conflicto nos conducirá a una contradicción entre la ley extranjera y los principios de base del ordenamiento del foro, cuya consecuencia será la inaplicación de aquella en virtud de la excepción de orden público y la consiguiente aplicación del derecho del foro; rigidez de solución que, en opinión de la autora, es materialmente injusta. Véase A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel”, *R. des C.*, t. 249, 1994 (V), pp. 145-368, esp. pp. 334-336.



(“aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial”), debiendo declarar que no convive con él en España otro cónyuge (art. 17.1 de la Ley de extranjería). Ahora bien, la validez de esa unión poligámica celebrada en el extranjero podrá ser reconocida en España a otros efectos, por ejemplo, en la liquidación de la sucesión (derechos sucesorios del cónyuge(s) supérstite), en la ejecución de una obligación de alimentos o en la atribución de una pensión de viudedad.

Esta segunda dimensión del problema puede enfocarse, como hacemos en este estudio, desde la idea de integración de la familia reagrupada. A tal fin, resulta conveniente recordar que el principal efecto de la reagrupación familiar es la obtención de una autorización de residencia y la realización de la vida familiar en el territorio. La norma de extranjería regula las condiciones materiales para la integración de la familia, en tanto que las relaciones jurídicas de dicha familia (estatuto personal en sentido amplio) se rigen por las normas del Derecho internacional privado. El método conflictual puede, entonces, a través de la conexión ley nacional, abrir el foro al ordenamiento jurídico extranjero que la norma material de extranjería previamente había rechazado en la consideración de esas mismas relaciones privadas familiares.

Por otro lado, podría afirmarse que a mayor permanencia en la sociedad de acogida (integración en términos de la norma material de extranjería), mayores serán las ocasiones en que el ordenamiento jurídico extranjero intervendrá por la acción de las normas de conflicto. Si convenimos en esta afirmación, la concepción de la familia previamente delineada en la reagrupación familiar podrá ser distinta de la que resulte por aplicación de la ley personal.

Son estas cuestiones las que surgen hoy en día como consustanciales a las relaciones privadas familiares en la llamada sociedad multicultural europea. Mediante el examen de las normas de extranjería, de nacionalidad y de ley aplicable a la luz del criterio de integración, se pondrán de relieve los problemas fundamentales que se plantean respecto del estatuto de residencia del familiar reagrupado (Capítulo IV).



PRIMERA PARTE

**DIVERSIFICACIÓN DE FUENTES Y SU INCIDENCIA EN EL  
RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR**



## **Pluralidad de fuentes de producción jurídica en la reagrupación familiar**

### **INTRODUCCIÓN**

En la regulación de la reagrupación familiar coexisten fuentes de producción internacional, fuentes comunitarias y fuentes internas. Entre las primeras es preciso destacar la existencia de convenios internacionales de alcance multilateral. En este plano, conviene distinguir aquellos convenios que de forma expresa, aunque genérica, se refieren al reconocimiento de la vida familiar como un derecho fundamental de toda persona, de aquellos otros que reconocen la reagrupación familiar como un derecho subjetivo de los trabajadores emigrantes<sup>1</sup>.

En el Derecho de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales establece que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones. En este plano conviene distinguir aquellos supuestos vinculados a la libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios, de aquellos otros relativos a las medidas que la Unión Europea puede adoptar en materia de visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas del Título IV TCE. El régimen jurídico de la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países, en el ámbito del Derecho comunitario europeo, resulta afectado por esta distinción.

Finalmente, en el Derecho interno español, la Ley de extranjería proclama el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar a que tienen derecho los extranjeros, en la forma prevista en dicha Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España (art. 16.1 de la Ley). En conexión con este derecho fundamental, el artículo 16.2 establece el derecho de los extranjeros residentes en España a reagrupar a sus familiares. Ahora bien, el régimen general resulta incidido por la normativa comunitaria europea respecto de aquellos extranjeros, nacionales de terceros países, que sean familiares de un nacional español o de un nacional comunitario que haya ejercido la libertad de circulación.

Este Capítulo tiene por objeto enmarcar el principio de protección de la unidad familiar así como el alcance del derecho a la reagrupación familiar, y su desarrollo progresivo, en el Derecho internacional de los derechos humanos, en el Derecho

---

<sup>1</sup> P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros”, *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en Derechos Humanos* (Carrillo Salcedo, J.A., coord.), Akal, Madrid, 2002, pp. 179-192.

convencional y comunitario europeo y en el Derecho interno español. Como ha puesto de relieve el profesor González Campos, esta diversificación de fuentes hace que existan ciertas “interacciones” o influencias mutuas de distinto signo entre los dos grandes grupos de normas relativas a los Derechos humanos; interacción que se produce tanto entre las propias normas del ordenamiento internacional (de signo horizontal) como de éstas sobre las normas del ordenamiento jurídico interno (de signo vertical) que, en el caso del Derecho español, se produce a través del artículo 10.2 de la Constitución.

## **I. FUENTES INTERNACIONALES Y DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.**

### **1. Obligaciones y directrices internacionales.**

#### **1.1. La protección de la unidad familiar en el sistema universal de los derechos humanos.**

La importancia de la penetración de los derechos humanos en el sector del Derecho de familia se plasma en la protección de la vida familiar como parte del régimen jurídico de los derechos del hombre, tal y como es concebido a partir de la segunda mitad del siglo XX<sup>2</sup>. En efecto, la obligación de promover, respetar y proteger los derechos humanos está garantizada en los principales instrumentos jurídicos de alcance universal en los que el respeto a la unidad familiar (derecho fundamental de toda persona) y la protección de la familia (elemento natural y fundamental de la sociedad) se consagran como un núcleo merecedor de especial atención. Su ordenación se ha llevado a cabo en torno a dos derechos básicos: el derecho al matrimonio y el derecho al respeto de la unidad familiar<sup>3</sup>.

En relación con este último, en los artículos 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 24 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>4</sup>, de 16 de diciembre de 1966, la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

En cuanto a su protección, ésta se construye en torno a dos grandes ejes. De una parte, en el ámbito de los derechos de contenido económico y social para el desarrollo de la persona, en donde se consagra el derecho a un nivel de vida adecuado para el individuo y su familia y una especial protección de la maternidad y de la infancia. De otra parte, en el ámbito de los derechos relacionados con la vida social y jurídica de la

---

<sup>2</sup> J.A. CARRILLO SALCEDO, “Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public”, *R. des C.*, t. 257, 1996, pp. 35-221; e *id.*, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, 1ª ed. reimp., Madrid, 1996, esp. pp. 107-111.

<sup>3</sup> F. SUDRE, *Droit international et européen des Droits de l'homme*, P.U.F., Paris, 1989, pp. 148-156.

<sup>4</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23.3.1976, de conformidad con el artículo 49. Instrumento de ratificación: BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977. Vigencia para España: 27.7.1977.

persona, en donde se establece el reconocimiento de la familia como el grupo natural y fundamental de la sociedad, lo que implica una especial protección por parte del Estado y, lógicamente, el derecho a contraer nupcias y el derecho a la creación de una familia (ap. 1 del art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)<sup>5</sup>.

Junto al impulso universalizador de los textos internacionales del Derecho internacional de los derechos humanos, coexiste un conjunto de tratados internacionales de carácter sectorial que han consagrado derechos respecto de personas o grupos concretos de personas. Aunque por definición estas personas están incluidas en los textos internacionales de carácter general y universal, su especial situación de vulnerabilidad en la sociedad hace que precisen de una especial atención<sup>6</sup>.

La importancia de la protección de la vida familiar de los trabajadores emigrantes, se ha vinculado tanto a los condicionamientos sociales, como a los intereses económicos de aquellos países y regiones del mundo cuyas diferencias en el nivel de vida, desarrollo y bienestar social se hacen cada día más profundas. La situación jurídica de estas personas ocupó un lugar destacado en la Declaración sobre Progreso y Desarrollo en lo Social, de 11 de diciembre de 1969<sup>7</sup>, primer documento internacional que vino a ofrecer una visión amplia de las diferentes orientaciones y las posibles formas de actuar en el ámbito del desarrollo social de las personas que emigran a otros países. En esta Declaración se puso de relieve que la reagrupación familiar forma parte del estatuto jurídico de los trabajadores migratorios y que su tratamiento habría de enmarcarse en las acciones nacionales e internacionales de carácter social, en concreto en la esfera de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y del Consejo de Europa.

El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 97, sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949<sup>8</sup>, tiene por objeto el reclutamiento, colocación y establecimiento de condiciones de trabajo de los trabajadores emigrantes, tanto los contratados como los no contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebradas bajo control gubernamental. No establece disposición alguna en materia de reagrupación familiar, a diferencia del Convenio 143 de 24 de junio de 1975, sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes<sup>9</sup>, que dispone en su artículo 13.1 que “Todo Miembro podrá adoptar todas las medidas necesarias, que dependan de su propia competencia, y colaborar con otros Miembros a fin de facilitar la reunión de familias de todos los trabajadores migrantes que residan legalmente en su territorio”. Dicho artículo

<sup>5</sup> J.A. CARRILLO SALCEDO, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999; y J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas”, en *ONU Año XX: 1946-1966*, Tecnos, Madrid, 1966, pp. 249-285, esp. pp. 272-273.

<sup>6</sup> D. WEISSBRODT, *The rights of non-citizens. Working paper submitted by Mr. David Weissbrodt in accordance with Sub-Commission decision 1998/103*. E/CN.4/Sub.2/1999/7, de 31 de mayo de 1999.

<sup>7</sup> Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969. Texto y comentario en M.A. ANSTEE, “La Declaración de las Naciones Unidas sobre Progreso Social y Desarrollo. Pasado y futuro”, en *Garantía internacional de los derechos sociales: contribución de las Naciones Unidas al progreso y desarrollo social, los derechos del niño, la eliminación de la discriminación de la mujer y desarrollo del voluntariado*, Ministerio de Asuntos Sociales, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, pp. 121-166, esp. pp. 129-131.

<sup>8</sup> Entrada en vigor: 22.1.1952, de conformidad con el artículo 13.2. Instrumento de ratificación: BOE núm. 135, de 7 de junio de 1967. Vigencia para España: 21.3.1967.

<sup>9</sup> España no es Estado miembro.

se refiere a la familia que abarca al cónyuge y, en la medida en que estén a su cargo, los hijos, el padre y la madre del emigrante (art. 13.2)<sup>10</sup>.

En 1987 la Asamblea General de las Naciones Unidas hizo suyos los “Principios normativos para las políticas y los programas de bienestar social para el desarrollo en un futuro próximo y medidas complementarias de la Consulta interregional sobre políticas y programas de bienestar social para el desarrollo”<sup>11</sup>. En esta Consulta se insistió en los cambios en la estructura familiar y la cada vez mayor movilidad geográfica de la migración internacional, lo que hacía preciso evaluar de forma permanente la función y capacidad de la familia y del grupo parental como sistema de apoyo social, instándose a los Estados a promover políticas de bienestar social en general y a permitir la reunificación de las familias como una necesidad para su integración en las sociedad de acogida.

...[la] migración plantea amplias cuestiones a la política de bienestar social, tales como la mejora de las condiciones en las zonas de emigración, especialmente las causas esenciales de la migración económica y de las corrientes de refugiados, y el equilibrio adecuado entre los esfuerzos por mantener la identidad cultural de los migrantes internacionales y la necesidad de que se integren en la sociedad que los ha acogido.

El fruto más importante de este planteamiento a nivel internacional se produjo con la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, de 18 de diciembre de 1990<sup>12</sup> (Convención de 18 de diciembre). El anuncio por el Parlamento de Timor-Leste en día tan señalado como un 10 de diciembre (de 2002) de su adhesión a la Convención hizo albergar esperanzas de su inminente entrada en vigor, para lo que se necesitaba el depósito de veinte instrumentos de adhesión o ratificación<sup>13</sup>. La firma de la República de Guatemala y el depósito el 14 de

---

<sup>10</sup> *In extenso*, véase F. SUÁREZ GONZÁLEZ, “Situación laboral de los trabajadores emigrantes”, *Revista de Derecho Ipso Iure-II*, 2002, pp. 75-94, esp. pp. 79-80.

<sup>11</sup> Res. núm. 44/65 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 8 de diciembre de 1989. Disponible en Internet: [www.un.org/spanish/documents/ga/res/44/list44.htm](http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/44/list44.htm).

<sup>12</sup> Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Entrada en vigor: 1.7.2003, de acuerdo con el artículo 87. España no ha firmado la Convención. Respecto a la decisión de elaborar la Convención, véase ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Report of the open-ended Working Group on the Drafting of an International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families*. ONU A/C3/40/6, 15 de octubre de 1985. En relación a la campaña para su ratificación, *vid.* [www.migrantsrights.org/index\\_span.htm](http://www.migrantsrights.org/index_span.htm). En la doctrina patria, véanse, entre otros, a A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Convenio de Naciones Unidas sobre la protección de los trabajadores migrantes de 18 de diciembre de 1990”, *REDI*, vol. XLIV, 1992 (2), pp. 711-712; *id.*, “La entrada en vigor de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias de 18 de diciembre de 1990”, *RDME*, núm. 2, 2003, pp. 9-51; y J. BONET PÉREZ, “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* (Gómez Isa, F., dir.), Universidad de Deusto, 1ª reimp., Bilbao, 2004, pp. 309-349.

<sup>13</sup> Las dificultades que justificaron su lenta ratificación, básicamente trabas de tipo económico, político y jurídico por parte los países de empleo fueron allanadas, en parte, tras dos reuniones de expertos celebradas en Addis Abeba (1996) y en Amman (1997). Véase R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*, Clarendon Press, Oxford, 1999; y, anteriormente, S. HUNE y J. NIESSEN, “Ratifying the UN Migrant Workers Convention: Current Difficulties and Prospects”, *NQHR*, vol. 12, 1994 (4), pp. 393-404; esp. 302. Una perspectiva actual puede verse en GLOBAL COMMISSION ON INTERNATIONAL MIGRATION (GCIM),



marzo de 2003 del instrumento de ratificación, hizo posible su entrada en vigor el 1º de julio de 2003<sup>14</sup>.

Como ha apuntado B. McKinley, la protección de los derechos de los trabajadores emigrantes y de sus familias “es un elemento clave de una perspectiva global de gestión de la migración que satisfaga las necesidades de una población mundial en constante movimiento y de una economía global integrada”<sup>15</sup>. En este sentido, la Convención es un instrumento de extraordinario potencial no sólo para promover una gestión eficaz de la migración internacional, sino también para fomentar un estatuto jurídico de los trabajadores migrantes y sus familias con garantías de respeto a su dignidad, derechos y libertades fundamentales.

Sin duda hemos de felicitarnos por su entrada en vigor, aunque el entusiasmo debamos matizarlo. En efecto, en el flujo internacional de mano de obra el *quid* es económico y en una economía globalizada como la actual, escasamente regulada por el Derecho internacional y, en ocasiones, fuera del control de los Estados soberanos, la vulnerabilidad de los menos afortunados y su desesperación es presa fácil de la criminalidad organizada. En este contexto, los Estados de acogida se defienden a costa de reducir la protección respecto de los derechos de los sujetos y de las situaciones que objetivamente merecen la mayor de las acciones protectoras<sup>16</sup>.

Con todo, es preciso destacar el tratamiento jurídico que recibe la reagrupación familiar en este importante texto internacional.

En relación al ámbito personal de aplicación, la Convención se refiere a los trabajadores migratorios y a sus familiares con exclusión de los funcionarios internacionales, los cooperantes internacionales, los inversionistas, los refugiados y apátridas y los estudiantes y las personas que reciban capacitación en otro Estado, términos definidos expresamente<sup>17</sup>. La noción de trabajador migratorio viene definida en el artículo 2 de la Convención como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional” e incluye de modo expreso a los trabajadores fronterizos, a los de temporada, a los marinos y a los

---

“Migration, human rights and the United Nations: an investigation into the low ratification record of the UN Migrants Workers Convention” (Pécour, A. y de Guchteneire, P.), *Global Migration Perspectives*, nº. 3, October 2004. Disponible en Internet:

[www.gcim.org/gmp/Global%20Migration%20Perspectives%20No%203.pdf](http://www.gcim.org/gmp/Global%20Migration%20Perspectives%20No%203.pdf).

<sup>14</sup> El estado de firmas y ratificaciones puede consultarse en: [www.december18.net/web/general/page.php?pageID=297&menuID=36&lang=ES](http://www.december18.net/web/general/page.php?pageID=297&menuID=36&lang=ES). Es obligatoria para los siguientes Estados: Argelia 21.04.05; Azerbaijón 11.01.99; Belice 14.11.01; Bolivia 12.10.00; Bosnia y Herzegovina 13.12.96; Burkina Faso 26.11.03; Cabo Verde 16.09.97; Chile 21.03.05; Colombia 24.05.95; Ecuador 05.02.02; Egipto 19.02.93; El Salvador 04.03.03; Ghana 08.09.00; Guatemala 14.03.03; Guinea 08.09.00; Honduras 09.08.05; Kirgizstan 29.09.03; Lesotho 16.09.05; Libia 18.06.04; Nicaragua 26.10.05; Mali 05.06.03; México 08.03.99; Marruecos 21.06.93; Perú 14.09.05; Filipinas 05.07.95; Senegal 09.06.99; Seychelles 15.12.94; Siria 02.06.05; Sri Lanka 16.03.96; Tayikistán 08.01.02; Timor Leste 30.01.04; Turquía 27.09.04; Uganda 14.11.95; Uruguay 15.02.01. (Datos al 27.10.2005).

<sup>15</sup> Cf., OIM, *Comunicado de Prensa*, núm. 857, de 18 de diciembre de 2002.

<sup>16</sup> J.A. CARRILLO SALCEDO, “Reflexiones sobre el papel de los Estados soberanos y del Derecho internacional en el control político y jurídico de la globalización”, Lección magistral en el día del ofrecimiento de su Libro Homenaje *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, Sevilla, 25 de noviembre de 2005 (cortesía del autor).

<sup>17</sup> L. BOSNIAK, “Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants Under the International Migrant Workers Convention”, *IMR*, vol. 25, 1991 (4), pp. 737-750.

que trabajan en plataformas en el mar, a los itinerantes, a los incluidos en un proyecto, a los que cuentan con un empleo concreto y a los trabajadores por cuenta propia.

La definición de familia a los fines de la Convención únicamente incluye al cónyuge del trabajador emigrante, así como a aquellas personas que mantengan con él una relación que, de conformidad con el derecho nacional del Estado de recepción, produzca efectos equivalentes al matrimonio, a los hijos a cargo y a otras personas que las legislaciones de los Estados parte reconozcan como familiares, bien en virtud del derecho de fuente interna bien mediante acuerdos bilaterales o multilaterales (art. 4).

En relación a los derechos, la Convención distingue entre derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares con independencia de su situación regular o irregular en el territorio (arts. 8 a 24) y derechos que únicamente se reconocen a los trabajadores migratorios y a sus familiares que estén en situación regular o documentados (arts. 36 a 56). En este último grupo se encuentra la reagrupación familiar (art. 44.2) reconocida como un derecho basado en la protección de la unidad de la familia. Para el aseguramiento de este derecho fundamental es preciso que los Estados tomen medidas que faciliten la reunión de los trabajadores migratorios “con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo”. En todo caso, por razones humanitarias, se sugiere a los Estados de empleo conceder igual trato a otros familiares (art. 44. 3).

La Convención describe los ámbitos en los que los miembros de la familia (reagrupados) deben beneficiarse de un trato igual con los nacionales para facilitar la integración (acceso a la educación, a la formación profesional, a los servicios sociales y a la vida cultural y aprendizaje de la lengua del país de recepción respetando la identidad cultural). También son medidas integradoras en términos de la Convención aquellas que permitan la estabilidad de la familia en el país de empleo; medidas que inciden en el ámbito de los permisos de residencia de los familiares reagrupados y en la obtención de autorizaciones para trabajar. La Convención promueve el mantenimiento de la autorización de residencia adquirida merced a la reunificación familiar en supuestos de fallecimiento del reagrupante o de disolución del matrimonio y el acceso al empleo. Recomienda a los Estado de empleo atender de modo favorable la conservación de la residencia de estas personas en consideración a la unidad familiar, aunque los Estados puedan tener en cuenta el periodo de tiempo que esos familiares hayan residido con el reagrupante en el territorio de acogida.

El segundo texto legal al que nos referíamos anteriormente, en relación con el derecho a la vida en familia, es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989<sup>18</sup>, cuyo Preámbulo establece 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 asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

---

<sup>18</sup> P.-P. MIRALLES SANGRO, “La ratificación por España de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Niño”, *Act. Civ.*, núm. 3, 1991, pp. 525-538.

La Convención limita su ámbito de aplicación personal, mediante una norma material, a todo menor de dieciocho años de edad salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (art. 1)<sup>19</sup>. Estipula que los Estados velarán para que el niño no esté separado de sus padres (art. 9) y, de conformidad con esta obligación, se establece que incumbe a los Estados Partes atender de manera positiva, humanitaria y expeditiva toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o salir de él a los efectos de la reunión de la familia (art. 10). En todas las decisiones que se refieran al niño, la consideración primordial debe ser el interés superior de éste (art. 3.1).

El texto convencional no recoge un derecho de entrada a título de reagrupación familiar ni la autorización de residencia de modo estable del menor en el país donde reside el progenitor o progenitores, aunque sí puede derivarse de su texto el derecho de visita o de mantener relaciones periódicas con uno o ambos progenitores cuando el niño esté separado de sus padres (art. 9.3), lo que implica la obligación del Estado de otorgar un visado de entrada tanto al menor como a la persona adulta que lo acompañe (art. 10.1). Ahora bien, la propia norma limita el contenido del derecho al mantenimiento de contactos personales, directos y periódicos con los padres y siempre que su interés no aconseje otra cosa.

A modo de conclusión provisional, cabría decir que ni la Convención de 18 de diciembre sobre los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias, ni la Convención de los Derechos del Niño han dado el paso decisivo para reconocer el derecho a la reagrupación familiar como un derecho fundamental de la persona con independencia de su situación regular o irregular en el territorio, aunque su incardinación en el derecho a la vida en familia (pues lo posibilita) suponga una importante garantía y límite a la hora de establecer las condiciones de su ejercicio en materia migratoria.

La normativa convencional de alcance universal se complementa en el marco europeo con una serie de convenios en que se reconoce el derecho de toda persona a la vida familiar.

## **1.2. El derecho a la vida privada y familiar y a la reagrupación familiar en el sistema convencional europeo.**

Los Estados miembros del Consejo de Europa han afirmado su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda la auténtica democracia (párrafo 3º del Preámbulo del Tratado fundacional del Consejo de Europa<sup>20</sup>).

<sup>19</sup> La diversidad de los modos de llegar a la emancipación y su distinta regulación según sea la ley personal aplicable, se traduce, en la práctica, en la imposibilidad de fijar *a priori* y en abstracto los supuestos en que la Convención será aplicable. *Vid.*, E. PÉREZ VERA, "El Convenio sobre los Derechos del Niño", en *Garantía internacional de los derechos sociales...*, *op. cit.*, pp. 167-185, esp. p. 175.

<sup>20</sup> Instrumento de adhesión de España al Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949: BOE núm. 51, de 1 de marzo de 1978. Vigencia para España: 24.11.1977.

En línea con este principio, el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, representa el ejemplo más notable de un consenso regional acerca de los estándares de protección de los derechos fundamentales. Por otra parte, en el entramado de convenios elaborados por el Consejo de Europa, y por lo que hace a la materia concreta de la reagrupación familiar, destacan la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 y el Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador emigrante, de 24 de noviembre de 1977; convenios sobre los que nos detendremos en las siguientes líneas.

### ***1.2.1. El artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.***

El artículo 1º del CEDH señala que toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante es titular de los derechos y libertades reconocidos en el mismo, aun cuando sean nacionales de Estados no miembros del Consejo de Europa<sup>21</sup>. Amplio ámbito de aplicación personal que permite a todo particular que se halle bajo la jurisdicción de un Estado parte, incluso cuando no sea nacional de ningún de los Estados parte del CEDH, invocar la protección de los derechos garantizados por el Convenio que se presuman vulnerados por el Estado en cuestión<sup>22</sup>. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha calificado el Convenio como un “instrumento constitucional del orden público europeo”<sup>23</sup>.

Como hemos analizado en el Capítulo introductorio, la negativa del Estado parte del Convenio a admitir a un extranjero en su territorio por aplicación de las normas nacionales en materia de inmigración cae en el ámbito del artículo 8 del CEDH<sup>24</sup>, como lo demuestran las cinco sentencias que —a la fecha de cierre de esta monografía— han estudiado de modo directo esta cuestión<sup>25</sup>, ampliamente comentadas en el citado capítulo (al que nos remitimos a efectos de este inciso).

---

<sup>21</sup> El Convenio se aplica sin condición de reciprocidad: “[A] différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d’un réseau d’engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son Préambule, bénéficient d’une «garantie collective»”. *Vid.*, STEDH Asunto Irlanda c. Reino Unido, de 18 enero 1978.

<sup>22</sup> El artículo 14 del Convenio prohíbe toda discriminación en el goce de los derechos y libertades protegidos por el Convenio basada en el origen nacional, salvo los derechos civiles y políticos vinculados directamente con la nacionalidad. *Vid.*, STEDH Asunto Gaygusuz c. Austria, de 16 septiembre 1996.

<sup>23</sup> J. ADRIANTSIMBAZOVINA, “«Chronique droits de l’homme» 1988-1995. L’élaboration progressive d’un ordre public européen des droits de l’homme”, *CDE*, vol. 33, 1997 (5-6), pp. 655-740, p. 670; y, con carácter general, J.A. CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo...*, *cit.*, en este punto, esp. pp. 21-22.

<sup>24</sup> Ch. L. ROZAKIS, “The European Convention of Human Rights as an International Treaty”, *Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos: droit et justice* (Dupuy, R.-J., dir.), Éditions A. Pédone, Paris, 1999, pp. 497-508; esp. p. 500: “[The] Convention, *per se*, is a multilateral treaty of codificatory nature creating obligations and rights to its States-parties. [...] [it] is a treaty of codificatory nature, since its substantive clauses on human rights reflected, even at the time of its adoption, already received rules on human rights”.

<sup>25</sup> SSTEDH en los Asuntos: Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, de 28 mayo 1995; Gül c. Suiza, de 19 febrero 1996; Ahmut c. Países Bajos, de 28 noviembre 1996; Şen c. Países Bajos de 21 diciembre 2001; y Tuquabo-Tekle c. Países Bajos, de 1 diciembre 2005.

Recordemos que el TEDH ha determinado que no se puede excluir el hecho de que las medidas tomadas en el ámbito de la inmigración, en concreto en materia de entrada de la familia, sean susceptibles de vulnerar el derecho al respeto a la vida familiar en el sentido del artículo 8 del CEDH. En relación con la naturaleza de la obligación de respeto de la vida familiar, la doctrina ha afirmado que los derechos protegidos por el artículo 8 CEDH pertenecen al grupo de los *qualified rights* (limitados o restringidos) que recogen una libertad específica cuyo ámbito puede ser limitado por un número de causas, taxativamente enumeradas en el párrafo 2 del correspondiente artículo; categoría considerada como un *tertium genus* entre los llamados *absolute rights* (inderogables en toda circunstancia) y los *minimum rights* (de estándar mínimo). Ahora bien, las reservas o limitaciones susceptibles de aplicarse deben estar previstas por la ley, han de ser justificadas por uno de los fines expresamente reconocidos en el Convenio y exigen la prueba de su necesidad en una sociedad democrática. En cualquier caso, toda restricción ha de ser conforme con la cláusula de no discriminación y responder a un fin social imperioso, debiendo existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido<sup>26</sup>.

El Tribunal de Estrasburgo ha establecido que, aun cuando el artículo 8 del CEDH establece una protección directa de la vida privada y familiar y su artículo 12 reconoce la libertad de matrimonio y el derecho a fundar una familia, no cabe inferir de estos preceptos una obligación general para los Estados de admitir la reagrupación de los miembros de la familia en su territorio. Pero, como ya se expuso en el Capítulo preliminar, al analizar la noción de vida familiar en el estándar europeo de los derechos humanos, la propia jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha extendido el ámbito del CEDH a derechos no expresamente reconocidos en el mismo y ha afirmado reiteradamente que, aunque el derecho de un extranjero a entrar o residir en un país no está reconocido en el Convenio, el control de la inmigración debe ejercerse, sin embargo, de forma compatible con las exigencias del Convenio, por lo que la no admisión de un miembro de la familia en el marco de un proceso de reagrupación familiar puede plantear un problema de aplicación del artículo 8 del Convenio, lo que significa una protección indirecta del derecho a la reagrupación familiar<sup>27</sup>.

### ***1.2.2. El artículo 19 de la Carta Social Europea.***

En el marco regional del Consejo de Europa, las Partes Contratantes de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961<sup>28</sup>, reconocen como objetivos de su política nacional e internacional el establecimiento de condiciones que permitan hacer efectivos, entre otros, los derechos y principios siguientes: el derecho que toda persona tiene a beneficiarse de los servicios de bienestar social (12); el derecho de la familia, como célula fundamental de la sociedad, a una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo (16); el derecho de los nacionales de cada una de las Partes Contratantes a ejercer en el territorio de otra Parte cualquier

<sup>26</sup> H. LAMBERT, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Dossiers sur les droits de l'homme, n° 8 (révisé), Strasbourg, 2001; y M. LEZERTÚA, *cit.*, p. 59.

<sup>27</sup> Sobre la protección indirecta de derechos no expresamente reconocidos en el CEDH, véase J.A. CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo...*, *cit.*, pp. 105-109.

<sup>28</sup> Entrada en vigor: 26.2.1965, de conformidad con el artículo 35.2. Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1980: BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980. Vigencia para España: 5.6.1980.

actividad lucrativa en condiciones de igualdad con los nacionales de esta última, a reserva de las restricciones basadas en motivos imperiosos de carácter económico o social (18)<sup>29</sup>; y el derecho de los trabajadores emigrantes nacionales de las Partes Contratantes y sus familias a la protección y a la asistencia en el territorio de cualquiera otra Parte Contratante (19).

Referido a este último derecho, los Estados Contratantes quedan obligados en el artículo 19 a garantizar su ejercicio efectivo y a tal fin se comprometen “a facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio” (apartado 6). En estos términos, el compromiso que los Estados adquieren es limitado (“facilitar en lo posible”) y permite un margen amplio de maniobra por razones de orden público y de protección de sus principios socioeconómicos<sup>30</sup>.

En relación al ámbito de aplicación de la Carta Social Europea y a la delimitación de los miembros de la familia reagrupables, el Anexo a la Carta<sup>31</sup> precisa dos datos de relevancia: el primero, referido al ámbito de aplicación personal de las disposiciones de los artículos 1 a 17 que “sólo comprenderán a los extranjeros que siendo súbditos de otras Partes contratantes, residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada”<sup>32</sup>; y, el segundo, referido a la expresión “familia del trabajador extranjero” que se interpretará en el sentido de abarcar “a la esposa del trabajador y a sus hijos menores de veintidós años que vivan a su cargo”, noción que ha sido modificada por la Carta Social Europea revisada<sup>33</sup>. En efecto, según el nuevo texto, la noción de familia a efectos de reagrupación alcanza a los hijos que, de conformidad con la legislación nacional del Estado de acogida, sean menores de edad, siempre que no estén casados y estén a cargo del trabajador emigrante. En relación con la “esposa del trabajador”, el término se sustituye por el de cónyuge.

---

<sup>29</sup> Parte I de la Carta. Su anexo precisa que esta disposición no se refiere a la entrada en los territorios de las Partes Contratantes y no afecta a las disposiciones de la Convención Europea de Establecimiento firmada en París, el 13 de diciembre de 1955 (España no es Estado Parte).

<sup>30</sup> I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “The right to family reunification in the Spanish law system”, *SYIL*, núm. 7, 1999, pp. 1-37.

<sup>31</sup> La Carta consta de cinco partes y 38 artículos. El Anexo precisa, respecto de cada parte, el alcance e interpretación de algunos párrafos. En lo que aquí respecta, interesa el ámbito de aplicación personal de la misma.

<sup>32</sup> Son veintisiete Estados los originariamente vinculados por la Carta Social Europea: Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia y Turquía. (Estado de firmas y ratificaciones al 5.2.2006).

<sup>33</sup> Carta Social Europea Revisada, hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (en vigor desde el 1.7.1999). Firmada por España el 23 de octubre de 2000; pendiente de ratificación. La Carta Social Europea Revisada es un tratado internacional completo que compila en un instrumento único el conjunto de derechos garantizados en la Carta de 1961 y en el Protocolo adicional de 15 de mayo de 1988 (en vigor el 4 de septiembre de 1992) y aumenta el catálogo de derechos garantizados, si bien ninguno de ellos concierne específicamente a la reagrupación familiar. Repárese que la aceptación por un Estado contratante de las disposiciones de la Carta Revisada implica que las disposiciones correspondientes a la Carta inicial y a su Protocolo dejan de aplicarse en dicho Estado, lo que significa que los Estados no están vinculados simultáneamente por los dos instrumentos; son los casos de: Bélgica, Chipre, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Malta, Noruega, Países Bajos, Portugal y Suecia. (Status al 15.6.2006).

Por último, y como medidas de integración de la familia del trabajador emigrante, la Carta revisada señala el derecho a la enseñanza de la lengua nacional del Estado de acogida, tanto para el trabajador migrante como para los miembros de la familia, así como el derecho a la enseñanza de la lengua materna del trabajador migrante a sus hijos (parágrafo 12).

No cabe duda que la Carta Social Europea tiene un valor innegable en el entramado convencional que permite asegurar un derecho a la reagrupación familiar, aunque ciertamente limitado. En primer lugar, porque carece de alcance universal, ya que sólo afecta a los trabajadores extranjeros nacionales de un Estado contratante que residen o trabajan legalmente en el territorio de otro Estado contratante. En segundo lugar, porque la Carta no confiere derechos directos a los particulares, sino que sus destinatarios son los Estados que vienen obligados a realizar una política acorde con los derechos sociales que promueve la Carta, entre los que la reagrupación familiar se considera como un derecho que debe asegurarse “en la medida de lo posible”. En tercer lugar, porque el sistema de garantía establecido en la Carta, aun siendo importante, no tiene el mismo impacto que las decisiones judiciales, lo que puede hacer disminuir la fuerza de sus compromisos<sup>34</sup>.

### ***1.2.3. El artículo 12 del Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Emigrante.***

La decisión de elaborar este Convenio fue tomada en 1966, época de importantes flujos migratorios laborales hacia los países europeo-occidentales. Se inscribe en el marco de los convenios y acuerdos elaborados por el Consejo de Europa en materia social, en particular la Carta Social Europea a la que nos acabamos de referir y a la que completa o complementa en materia de protección de los derechos de los trabajadores emigrantes. Pero, en el momento en que el Convenio fue abierto a la firma (1977) el clima económico europeo había cambiado y muchos Estados o no lo firmaron o dejaron en suspenso su ratificación.

El Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador emigrante, hecho en Estrasburgo de 24 de noviembre de 1977<sup>35</sup>, tiene por objeto la regulación de la situación jurídica de los trabajadores emigrantes con el fin de asegurarles la igualdad de trato con los trabajadores nacionales en aspectos relacionados con las condiciones de vida y de trabajo, así como facilitarles la promoción social y el bienestar propio y de sus familias.

La reagrupación familiar ocupa un lugar destacado en este Convenio. En efecto, el artículo 12 dedica seis incisos a esta materia, sin que el mismo pueda ser objeto de reservas (art. 36). El citado precepto consagra el derecho de los miembros de la familia del trabajador emigrante a recibir una autorización para reunirse con éste en el territorio del Estado donde esté empleado. Ahora bien, su ámbito de aplicación personal presenta varias limitaciones, acaso la más importante sea la referida a los titulares del derecho, pues únicamente se aplica a trabajadores asalariados residentes en el Estado de acogida

<sup>34</sup> El sistema de garantía establecido en la Carta (Parte IV) se integra por un Comité de expertos (art. 25), la participación de la OIT (art. 26) y un Subcomité social gubernamental (art. 27). *Vid.*, A. LYON-CAEN y G. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Dalloz, 8ª ed., Paris, 1993, p. 138.

<sup>35</sup> Entrada en vigor: 1.5.1983, de conformidad con el artículo 34.2. Instrumento de ratificación: BOE núm. 145, de 18 de junio de 1983. Vigencia para España: 1.5.1983.

que sean nacionales de otro Estado Contratante<sup>36</sup>. En relación con la noción de familia sólo alcanza al cónyuge y a los hijos no casados mientras se les considere como menores por la legislación nacional del Estado de empleo y dependan del “padre” (una interpretación del precepto ha entendido tanto el padre como la madre).

En cuanto a las condiciones materiales, los Estados Contratantes pueden supeditar la autorización de residencia familiar a que el trabajador emigrante disponga de una vivienda para su familia considerada como normal para los trabajadores de la región donde esté empleado y acredite recursos estables para subvenir las necesidades de la familia. Pueden someter la autorización a un plazo de espera no superior a 12 meses y, en circunstancias excepcionales, suspender temporalmente la obligación de autorizar la reagrupación familiar —en una o varias partes del territorio— siempre que así lo soliciten mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa.

En relación con las medidas de integración, el Convenio establece una serie de derechos cuya aplicación extiende de modo automático a los miembros de la familia establecidos en el Estado de acogida. Entre éstos, el derecho a la residencia en dicho Estado y, en particular, al otorgamiento y renovación de los permisos (art. 9.3); el derecho a la formación preescolar y escolar, profesional y lingüística, así como a la reeducación profesional (art. 14 aps. 1 y 2); el derecho a la igualdad de trato en la concesión de becas a los hijos de los trabajadores emigrantes (art. 14.3); la obligación de tomar medidas para llevar a cabo cursos especiales de idiomas para aprendizaje de la lengua materna (art. 15) y de la lengua del país de acogida; y, en fin, a extender a estas personas las previsiones en materia de asistencia social y médica previstas en el Convenio europeo de asistencia social y médica, hecho en París el 11 de diciembre de 1953<sup>37</sup>.

Es preciso destacar, por último, la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre el estatuto jurídico de las personas admitidas a título de reagrupación familiar, adoptada el 26 de marzo de 2002<sup>38</sup>, que tiene por objeto fijar unos principios comunes en la materia y a tal fin recuerda que los derechos reconocidos a los miembros de la familia constituyen los elementos esenciales que facilitan la integración de los recién llegados en la sociedad de acogida, que la salvaguarda de la unidad familiar es un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y que los artículos 8 y 14 del CEDH garantizan la protección de la vida familiar y privada y la no discriminación en relación a los mismos.

Los aspectos que permiten alcanzar el objetivo de la integración se sitúan básicamente en el ámbito de los permisos de residencia, pues es prioritario garantizar el estatuto de residencia de los miembros de la familia asegurando su continuidad

---

<sup>36</sup> España, Francia, Italia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Suecia y Turquía.

<sup>37</sup> Entrada en vigor: 1.7.1954, de conformidad con el artículo 21 b). Instrumento de ratificación del Convenio y del protocolo adicional al mismo: BOE núm. 41, de 17 de febrero de 1984. Vigencia para España: 1.12.1983.

<sup>38</sup> Véase, *Recommandation Rec(2002)4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le statut juridique des personnes admises au regroupement familial*, adoptada por el Comité de Ministros el 26 de marzo de 2002. Disponible en Internet: [http://cm.coe.int/stat/F/Public/2002/adopted\\_texts/recommendations/f2002r4.htm](http://cm.coe.int/stat/F/Public/2002/adopted_texts/recommendations/f2002r4.htm).



mediante un permiso autónomo y la protección contra la expulsión<sup>39</sup>. En materia de derechos económicos y sociales, este estatuto debe contemplar a favor de la familia el acceso al mercado de trabajo, a la educación y a los derechos sociales. En cuanto a los derechos políticos, los Estados deben procurar la participación de estas personas en la vida política, asegurar la libertad de movimiento en el interior del territorio del Estado y permitir en condiciones más favorables el acceso a la nacionalidad Estado de acogida<sup>40</sup>.

A modo de conclusión provisional de este primer apartado, cabe afirmar que España y la comunidad internacional están comprometidas con la adopción de una política de inmigración familiar e integración de los nacionales de países terceros. Por lo tanto, no se puede afirmar que los Estados de la Unión Europea sean contrarios a la reagrupación familiar de los extranjeros; cuestión distinta es su disposición a admitir de manera incondicional su ejercicio, cuestiones que se abordarán *in extenso* en el Capítulo III.

## 2. El Derecho comunitario europeo.

El Derecho de la Unión Europea se ha ocupado en buena medida de la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países en las disposiciones relativas a la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión Europea<sup>41</sup>. Un ciudadano de la Unión que ejerce su derecho a la libre circulación, ya sea para realizar una actividad como asalariado o por cuenta propia, y aún después del cese de dicha actividad, puede hacerse acompañar de su familia. Para el derecho comunitario las condiciones de integración de esta familia (reunión que posibilita la vida en común) constituyen, en efecto, un requisito previo para el ejercicio de la libre circulación en condiciones de libertad e igualdad<sup>42</sup>. Así lo ha precisado el Tribunal de Justicia en varios asuntos en que lleva a cabo una interpretación especialmente protectora de la familia y toma en cuenta los desarrollos jurisprudenciales del TEDH en aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>43</sup>.

Esta mención nos lleva enseguida a recordar que a partir del Tratado de Amsterdam el proceso de integración europea se ha proyectado en materias muy sensibles a los derechos humanos tales como visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, así como a la cooperación policial y judicial en materia penal. En la esfera del derecho comunitario “de la inmigración” no se asegura a

<sup>39</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Derecho sancionador de extranjería y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales”, en *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 31-58.

<sup>40</sup> En el ámbito comunitario esta recomendación también se plasma en la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO L 16 de 23 de enero de 2004), cuya transposición ha de realizarse antes del 23 de enero de 2006.

<sup>41</sup> De entre los estudios de los numerosos estudios de la doctrina española, cabe mencionar el realizado por A. ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, “La extranjería no comunitaria en el marco de la Comunidad Económica Europea. Hacia la configuración de una política migratoria comunitaria y el reforzamiento de los controles exteriores”, *RCEC*, núm. 12, 1992, pp. 207-231.

<sup>42</sup> J.M. CORTES MARTIN, “Immigration et regroupement familial dans l’Union européenne: un droit à géométrie variable?”, *RDUE*, núm. 4, 2005, pp. 721-759.

<sup>43</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, “Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea”, *La Ley*, núm. 2, 2003, pp. 1761-1774; y D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “Los nacionales no comunitarios en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”, *BIMJ*, Año LIX, núm. 1983, 2005, pp. 5-40, esp. p. 33.

los residentes extra-comunitarios ni a los miembros de su familia un trato equiparable al dispensado a los ciudadanos comunitarios y a sus familiares en el plano de la libre circulación de personas, pero ello no significa ausencia de un nivel de protección adecuado<sup>44</sup>.

Una de las características de la protección de los derechos humanos en el ámbito comunitario es la interpretación del TJCE que, sin atribuir un efecto directo en el ordenamiento jurídico comunitario a las disposiciones de los tratados de protección internacional de derechos humanos de los que son parte los Estados miembros, estima que dichos tratados junto con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros determinan el contenido de los principios generales del Derecho comunitario; jurisprudencia “constitucionalizada” en los Tratados de Maastricht, Amsterdam y Niza<sup>45</sup>.

## 2.1. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Proclamada en diciembre de 2000 por el Consejo, el Parlamento y la Comisión de las Comunidades Europeas, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>46</sup> hace referencia al CEDH y a la jurisprudencia del TEDH en su Preámbulo y señala, en el artículo 53, que ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como las Constituciones de los Estados miembros.

---

<sup>44</sup> M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “La reagrupación familiar de los extranjeros...”, *cit.*, pp. 826-832.

<sup>45</sup> El Tribunal de Justicia ha ido construyendo, caso a caso y sentencia a sentencia, una respuesta jurisprudencial al problema de la protección de los derechos humanos en el Derecho comunitario, respuesta que las SSTJCE C-29/69 de 12 noviembre 1969 (Eric Stauder c. Stadt Ulm); C-43/75 de 15 junio 1978 (Defrenne c. Sabena); C-4/73 de 14 mayo 1974 (Nold KG c. Comisión); y C-260/89 de 18 junio 1991 (ERT c. DEP), sintetizaron en los siguientes términos: “Conforme a una reiterada jurisprudencia [...] los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al efecto, el Tribunal se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. El Convenio Europeo de Derechos Humanos reviste a este respecto un significado particular. De ahí se deduce que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera”.

<sup>46</sup> Los trabajos sobre la Carta son innumerables: *vid.*, entre otros, J.A. CARRILLO SALCEDO, “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *RDCE*, núm. 9, especial “Tratado de Niza”, 2001, pp. 7-26; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión: breve nota para el debate”, *Real Instituto Elcano*, 2004. Disponible en Internet: [www.realinstitutoelcano.org/especiales/europa/1.asp](http://www.realinstitutoelcano.org/especiales/europa/1.asp); E. PÉREZ VERA, “A propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna)*, vol. I, 2001 (18), pp. 291-307, esp. pp. 301-305; y, de la misma autora, “El Derecho internacional privado y la Unión Europea”, en *La Unión Europea ante el siglo XXI. Los retos de Niza. Actas de las XIX jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional (Santander, 2001)*, (Escobar Hernández, C., coord.), BOE/AEPDIRI/Universidad de Cantabria, Madrid, 2003, pp. 174-188.

El artículo 7 de la Carta proclama el derecho de toda persona “al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”. De conformidad con el informe de la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos del Parlamento Europeo<sup>47</sup>, el ámbito de este precepto se corresponde con el del derecho garantizado en el artículo 8 del CEDH, con el alcance dado por el Tribunal de Estrasburgo (recogido por el artículo 52, apartado 3 de la Carta<sup>48</sup>).

En efecto, las Explicaciones que acompañan a la Carta afirman que los límites permitidos al derecho de la vida privada y familiar, según el artículo 8.2 del CEDH, son de aplicación al derecho reconocido en el artículo 7 de la Carta. Dichas Explicaciones hacen hincapié en que el mencionado derecho es considerado como un derecho fundamental clásico del Derecho internacional, que garantiza la protección de la persona contra injerencias de las autoridades públicas en la esfera privada. Estas injerencias son toleradas únicamente en la medida en que estén previstas por la ley y sean necesarias para el mantenimiento del orden público. Asimismo, las mencionadas Explicaciones indican como referencia numerosas sentencias del TEDH relativas al alcance de la noción vida en familia contenida en el artículo 8 CEDH, entre las que cabe mencionar —en materia de reagrupación familiar— las sentencias de 28 de mayo de 1985 (Asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali, aps. 60 y 68<sup>49</sup>) y de 21 de diciembre de 2001 (Asunto Şen aps. 32, 37 y 41<sup>50</sup>).

## 2.2. La normativa comunitaria aplicable a los nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea y a sus familiares.

El régimen comunitario respecto de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>51</sup> reconoce la titularidad directa del derecho a la libre circulación de

<sup>47</sup> PARLAMENTO EUROPEO, Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, de la Justicia y de Asuntos Interiores, *Mise en œuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. Disponible en Internet: [www.europarl.eu.int/comparl/libe/elsj/charter/art07/default\\_fr.htm](http://www.europarl.eu.int/comparl/libe/elsj/charter/art07/default_fr.htm).

<sup>48</sup> J. BERING LIISBERG, “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Principle of Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?”, *CMLR*, vol. 38, 2001 (5), pp. 1171-1199.

<sup>49</sup> Asunto Abdulaziz, Cabales et Balkandali: “...on ne saurait exclure que des mesures prises dans le domaine de l’immigration risquent de porter atteinte au droit au respect de la vie familiale, garanti par l’article 8” (§ 60). “...l’article 8 ne saurait s’interpréter comme comportant pour un Etat contractant l’obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d’accepter l’installation de conjoints non nationaux dans le pays” (§ 68).

<sup>50</sup> “La Cour est donc appelée à déterminer si les autorités néerlandaises avaient l’obligation positive d’autoriser Sinem à résider avec ses parents aux Pays-Bas, permettant ainsi aux intéressés de maintenir et de développer une vie familiale sur leur territoire” (§ 32). “Dans son analyse, la Cour prend en considération l’âge des enfants concernés, leur situation dans leur pays d’origine et leur degré de dépendance par rapport à des parents. On ne saurait en effet analyser la question du seul point de vue de l’immigration, en comparant cette situation avec celle de personnes qui n’ont créé des liens familiaux qu’une fois établis dans leur pays hôte” (§ 37). “En ne laissant aux deux premiers requérants que le choix d’abandonner la situation qu’ils avaient acquise aux Pays-Bas ou de renoncer à la compagnie de leur fille aînée, l’Etat défendeur a omis de ménager un juste équilibre entre les intérêts des requérants, d’une part, et son propre intérêt à contrôler l’immigration, de l’autre, sans qu’il soit nécessaire pour la Cour d’aborder la question de savoir si les proches de Sinem résidant en Turquie sont disposés et aptes à s’occuper d’elle, comme l’affirme le Gouvernement défendeur” (§ 41).

<sup>51</sup> La situación jurídica de los nacionales de los Estados miembros del AEEE (Unión Europea con Islandia, Liechtenstein y Noruega) es la misma que la de los ciudadanos comunitarios a estos efectos, ya que dicho Acuerdo establece también un régimen de libre circulación de personas (art. 28, en

personas y prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad. La libertad de circulación es un derecho desarrollado en el ámbito de las libertades económicas, que comprenden la libre circulación de trabajadores (art. 39 TCE), el derecho de establecimiento (art. 43 TCE) y la libre prestación de servicios (art. 49 TCE). El régimen de la libre circulación, se contiene básicamente en un Reglamento (CEE) 1612/68<sup>52</sup> y en varias Directivas que determinan el ámbito de aplicación subjetivo y material de su ejercicio<sup>53</sup>.

Por otra parte conviene recordar que tanto la libre circulación como el derecho de residencia en un Estado miembro distinto del de la nacionalidad, forman parte del estatuto de la ciudadanía reconocido en el artículo 18 TCE<sup>54</sup>. Por lo que hace al alcance de la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad prevista en el artículo 12 TCE, el TJCE ha establecido la exclusión de los ciudadanos de la Unión del ámbito de las normas de extranjería de los Estados miembros<sup>55</sup>.

---

relación con los trabajadores; art. 31, en relación con el derecho de establecimiento; y art. 36, en relación con la libre prestación de servicios) y de prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 4). En adelante, cualquier referencia que se realice a los nacionales comunitarios, debe entenderse también referida a los nacionales de Estados parte del AEEE. Asimismo, este régimen es de aplicación a los ciudadanos suizos y a los miembros de sus familias, en virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre libre circulación de personas, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999. Véase, *in extenso*, A. ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, “Los extranjeros no comunitarios ante el Derecho comunitario europeo. Las actuaciones de las instituciones comunitarias, de las instancias gubernamentales y de los gobiernos de los Estados comunitarios”. Contribución. *Colloque sur le dialogue interculturel*, Comisión Europea, Jean Monnet Group on the Intercultural Dialogue, Bruselas, 20-21 marzo 2002, 19 pp. Disponible en Internet: [www.ecsanet.org/dialogue/contributions/Ortiz\\_Arce.doc](http://www.ecsanet.org/dialogue/contributions/Ortiz_Arce.doc).

<sup>52</sup> El Reglamento 1612/68, de 15 de octubre de 1968 (DOCE L núm. 257, de 19 de octubre de 1968), relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, reconoce en el apartado 1 del artículo 10 el derecho a instalarse con el trabajador, al cónyuge, a sus ascendientes menores de 21 años, así como a sus familiares a cargo que sean ascendientes o descendientes mayores de 21 años, independientemente de la nacionalidad que ostenten. Añade el apartado segundo que los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier otro familiar si se encuentra a su cargo, o viviese, en el país de origen con el trabajador.

<sup>53</sup> El Derecho comunitario derivado en esta materia se contiene en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DO L 158, de 30.4.2004, corr. err. DO L 229, de 29.6.2004 indicando que la Directiva habrá de leerse conforme a esta última publicación). Si bien la entrada en vigor de la Directiva de 2004 se produjo el mismo día de su publicación oficial, tanto los efectos de la derogación como la transposición al Derecho interno de los Estados miembros se producirán en el plazo de dos años a partir de la fecha de su vigencia (30 de abril de 2006). Véase, SORIANO, M.C. y CHEVERNIÈRE, C., “Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l’Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE”, *RTDH*, Année 16, 2005 (64), pp. 923-953.

<sup>54</sup> Una visión crítica de este estatuto puede verse en P.-P. MIRALLES SANGRO, “La ciudadanía de la Unión Europea”, en *Políticas comunitarias* (Linde Paniagua, E., coord.), Colex, Madrid, 2001, pp. 57-81, esp. pp. 72-73. Con carácter general, J.A. DEL VALLE GÁLVEZ, “La refundación de la libre circulación de personas, tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *RDCE*, núm. 3, 1998, pp. 41-78, esp. p. 75, nota 127 (“el art. 18 podría servir como base jurídica de la libre circulación de personas, pero únicamente respecto de los ciudadanos de la Unión, no de nacionales de terceros Estados”).

<sup>55</sup> STJCE de 17 septiembre 2002, Asunto C-413/1999 (Baumbast, R. c. Secretary of State for the Home Department): “Un ciudadano de la Unión Europea que ya no disfruta en el Estado miembro de acogida de un derecho de residencia como trabajador migrante puede, en su condición de ciudadano de la Unión, disfrutar en ese Estado de un derecho de residencia en virtud de la aplicación directa del artículo 18 CE, apartado 1. El ejercicio de este derecho está sujeto a las limitaciones y condiciones a

La titularidad de la libre circulación (art.18 TCE) pertenece, pues, originariamente a los nacionales de la Unión en su condición de tales y derivativamente a sus familiares independientemente de su nacionalidad, pero en ningún caso a los nacionales de terceros Estados aunque sean residentes legales en la Comunidad<sup>56</sup>. En este sentido, como ha señalado E. Pérez Vera, el artículo 18 supone la confirmación de la independencia y autonomía del derecho a la circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión en el territorio comunitario respecto del ejercicio de las libertades económicas<sup>57</sup>. Así lo confirma el TJCE al reconocer la eficacia directa del artículo 18 TCE, que no implica que se trate de un derecho ilimitado e incondicional, pues las legislaciones nacionales pueden establecer ciertas condiciones a los ciudadanos comunitarios que pretendan establecerse en su territorio (suficiencia de recursos económicos y un seguro de enfermedad para ellos y los miembros de sus familias).

Ahora bien, cualquier limitación adicional o desproporcionada se considerará contraria al derecho de libre circulación<sup>58</sup>.

Conviene señalar que ya se ha cumplido el término de derogación de los artículos 10 y 11 del Reglamento (CEE) 1612/68 y de las Directivas que sectorialmente han desarrollado el derecho de libre circulación y residencia. En efecto, según el artículo 38 de la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, la derogación de las mencionadas normas se producirá a partir del 30 de abril de 2006, fecha en que los Estados miembros habrán debido de poner en vigor las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva. Cumplido el plazo, y aunque España no ha dictado al cierre de esta monografía las disposiciones normativas de adaptación, resulta oportuno hacer una breve referencia a previsto en la vigente Directiva respecto del derecho de entrada y de residencia de los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro.

En primer lugar, la Directiva reconoce que el ejercicio en condiciones objetivas de libertad y dignidad del derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, debe serle también reconocido a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad, e incluye a la pareja registrada, si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la unión registrada al matrimonio (Considerando 5).

---

las que se refiere dicha disposición, apartado 1, pero las autoridades competentes y, en su caso, los órganos jurisdiccionales nacionales deben velar por que dichas limitaciones y condiciones se apliquen respetando los principios generales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de proporcionalidad”.

<sup>56</sup> A. FERRER i GOMEZ., *Libre circulación de nacionales de terceros Estados y miembros de la familia en la Unión Europea*, Institut Universitari d'Estudis Europeus, Barcelona, 2001, p. 11; I. BLÁZQUEZ RODRIGUEZ, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Universidad de Córdoba (Servicio de Publicaciones), 2001, pp. 177-190.

<sup>57</sup> E. PÉREZ VERA, “Citoyenneté de l'Union Européenne...”, *cit.*, p. 350: “l'inclusion de cette institution dans un texte qui modifie les traités originaires résout tous les problèmes qui se sont posés pour l'extension des droits de circulation et de séjour pour des agents non économiques”.

<sup>58</sup> P. JUÁREZ PÉREZ, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 43; y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, “De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión”, *GJ CEC*, núm. 114, D-17, 1992, pp. 63-99.

En segundo lugar, cuando los miembros de la familia no nacionales de un Estado miembro sean titulares de una tarjeta de residencia (expedida por otro Estado miembro), estarán exentos de la obligación de visado de entrada, de conformidad con el Reglamento (CE) 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001 (Considerando 8). Ahora bien, el derecho de residencia de estas personas, cuando sea superior a tres meses, no puede ser restringido por los Estados miembros en virtud de requisitos que constituyan un obstáculo desproporcionado al ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de su familia (Considerando 14). En ese sentido, la Directiva considera que debe restringirse la exigencia de una tarjeta de residencia a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión no nacionales de un Estado miembro (Considerando 13).

Finalmente, por lo que hace a la conservación de la residencia de los miembros de la familia, la Directiva señala las medidas que los Estados deben adoptar para garantizar su derecho de residencia, a título exclusivamente personal, en casos de fallecimiento del ciudadano de la Unión o de divorcio o anulación del matrimonio o de una unión de hecho registrada. Todo ello para respetar la vida familiar y la dignidad humana (Considerando 15).

El artículo 7.2 de la Directiva 2004/38/CE extiende el derecho de residencia por más de tres meses (en el territorio de otro Estado miembro) reconocido a todo ciudadano de la Unión, a los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro, bien cuando lo acompañen, bien cuando se reúnan con él en el Estado miembro de acogida. A estos efectos, el ciudadano de la Unión, ha de cumplir las condiciones contenidas en las letras a), b) o c) del apartado 1 del artículo 7<sup>59</sup>.

Por su parte, el apartado 4 del artículo 7 establece como beneficiarios de este derecho de residencia, en su carácter de miembros de la familia, al cónyuge, a la pareja registrada (si la legislación del Estado miembro de acogida les otorga un trato equivalente a los matrimonios), a los hijos a cargo y a los ascendientes directos a cargo y a los de su cónyuge o pareja de hecho registrada<sup>60</sup>.

La Directiva, al regular el derecho de residencia de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, ha tomado

---

<sup>59</sup> Artículo 7.1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses si:

- a) es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, o
- b) dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida, o
- c) — está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por el Estado miembro de acogida con arreglo a su legislación o a su práctica administrativa, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional, y  
— cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia

<sup>60</sup> LE BARBIER-LE BRIS, M., “Le droit européen et le regroupement familial”, en *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen* (Gadbin, D. y Kernaleguen, F., dirs.), Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 145-172.

en cuenta la jurisprudencia del TJCE<sup>61</sup> que había interpretado las diferentes nociones contenidas en el artículo 10 del Reglamento (CEE) 1612/68 (cónyuge, hijo a cargo<sup>62</sup> y ascendiente). Estos conceptos gozan, pues, de una interpretación autónoma en el ámbito del Derecho comunitario, esto es, no diferida de cada uno de los ordenamientos nacionales<sup>63</sup>. Ahora bien, no es que el TJCE haya precisado el contenido de las nociones, sino que se limita a diseñar sus contornos jurídicos indicando unas pautas de actuación. Por ejemplo en el caso del cónyuge, y en interpretación del Reglamento (CEE) 1612/68, el Tribunal entendió que no es el compañero sino la persona casada, lo cual implica un matrimonio válido, a lo que añadió que ha de tratarse de un matrimonio actual, esto es, no disuelto por autoridad competente<sup>64</sup>.

Por otra parte, es frecuente que se produzca una interacción de las legislaciones nacionales de extranjería con el derecho a la libre circulación de personas derivado de la ciudadanía de la Unión. Esta interacción puede resultar bien de una incorrecta transposición de las Directivas comunitarias al derecho interno, como ocurrió en el caso resuelto por la sentencia de 14 de abril de 2005 (Comisión c. Reino de España)<sup>65</sup>, o bien porque los Estados miembros aplican de forma directa sus normas generales de

<sup>61</sup> STJCE C-59/85 de 17 abril 1986 (Reed c. Países Bajos) y STJCE C-249/96 de 17 febrero 1998 (Lisa Grant c. South West Trains Ltd).

<sup>62</sup> “Los hijos de un ciudadano de la Unión Europea que se han instalado en un Estado miembro, mientras su progenitor ejercía su derecho a residir como trabajador emigrante en dicho Estado miembro, tienen derecho a residir en su territorio para seguir en él cursos de enseñanza general. [...] A este respecto, no tienen ninguna relevancia que los padres se hayan divorciado entre tanto, que sólo uno de sus progenitores sea ciudadano de la Unión y dicho progenitor ya no sea trabajador migrante en el Estado miembro de acogida o que los hijos no sean ellos mismos ciudadanos de la Unión”. STJCE de 17 septiembre 2002, Asunto C-413/1999 (Baumbast, R. c. Secretary of State for the Home Department). Véase, H. GAUDEMET-TALLON, “La famille face au droit communautaire”, en *Internationalisation des droits de l’Homme et évolution du droit de la famille. Colloque du Laboratoire d’études et de recherches appliqués au droit privé, Université de Lille II* (avant-propos de Dekeuwer-Défossez, F.), L.G.D.J., Paris, 1996, pp. 85-116; y S. PEERS, “Family Reunion and Community Law”, *Europe’s Area of Freedom, Security and Justice* (Walker, N., ed.), Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 143-197.

<sup>63</sup> En ausencia de una legislación europea material común al respecto, determinar cuándo estamos ante un matrimonio válido que integre el requisito previo para el ejercicio del derecho, obliga a remitirse al ordenamiento nacional. La cuestión es cuál. Sobre este problema y en relación con los matrimonios homosexuales, véase M. REQUEJO ISIDRO, “DIPr. de la familia y libre circulación de trabajadores. Reflexiones suscitadas por el matrimonio homosexual”, en *La Unión Europea ante el siglo XXI. Los retos de Niza...*, op. cit., pp. 243-251.

<sup>64</sup> STJCE de 13 febrero 1983, Asunto C-267/83 (Diatta c. Land Berlin).

<sup>65</sup> STJCE de 14 abril 2005, Asunto C-157/03 (Comisión c. Reino de España) que declaró el incumplimiento por parte de España de las obligaciones que se derivaban de diversas Directivas comunitarias relativas a la libre circulación de personas. Véase el comentario de R. ARENAS GARCÍA, “La incompatibilidad del derecho español...”, cit. Desde una perspectiva distinta, aunque en íntima relación con la aplicación del Derecho comunitario por parte del Reino de España, el TJCE ha condenado a nuestro país en Sentencia de 31 de enero de 2006, Asunto C-503/03 (Comisión c. Reino de España) declarando el incumplimiento de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (DOL 56, de 4.4.1964): “al denegar la entrada en el territorio de los Estados Partes en el Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985, al Sr. Farid, así como al denegar un visado para entrar en ese territorio a los Sres. Farid y Bouchair, nacionales de un Estado tercero y cónyuges de nacionales de un Estado miembro, por la sola razón de estar incluidos en la lista de no admisibles del Sistema de Información de Schengen, sin haber comprobado previamente si la presencia de esas personas constituía una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad”.

extranjería, sin tener en cuenta la incidencia que en el supuesto concreto pueda tener el Derecho comunitario sobre el Derecho de extranjería.

El TJCE ha examinado ambos aspectos en dos decisiones relevantes (asuntos MRAX y Akrich) en las que, a la sola luz del Derecho comunitario, ha impedido la aplicación de las normas nacionales sobre entrada y residencia de los extranjeros y, dando un paso más, ha recordado que cuando la vida en familia esté comprometida será aplicable el CEDH tal y como ha sido interpretado por el TEDH.

La primera sentencia que interesa fue dictada en el Asunto MRAX<sup>66</sup>. El Tribunal de Justicia respondía a varias cuestiones prejudiciales formuladas por el Consejo de Estado belga que examinaba la legalidad de una circular del Gobierno en relación con determinados visados de reagrupación familiar. Eran aplicables las Directivas 68/360 y 73/148, así como el Reglamento núm. 2317/95. De esta sentencia interesa destacar tres aspectos: la denegación de entrada en frontera, la proporcionalidad de la sanción y la expedición del permiso de residencia.

Referido al primer aspecto, el Tribunal explicó que

...los artículos 3 de la directiva 68/360 y 3 de la directiva 73/148, así como el reglamento núm. 2317/95, considerados a la luz del principio de proporcionalidad, deben interpretarse en el sentido de que un estado miembro no puede denegar, en la frontera, la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un estado miembro, que intente entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge pueda probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública en el sentido de los artículos 10 de la directiva 68/360 y 8 de la directiva 73/148. (ap. 62)

En relación con la proporcionalidad de la sanción impuesta (prohibición de entrada) la Sentencia afirma, en su apartado 79, que

Ciertamente, los artículos 10 de la Directiva 68/360 y 8 de la Directiva 73/148 no excluyen que el Estado miembro pueda establecer excepciones a dichas Directivas por motivos de orden público, de seguridad pública o de salud pública, al tiempo que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 64/221 establece que las medidas de orden público o de seguridad pública deben basarse exclusivamente en el comportamiento personal del individuo al que se aplican. Sin embargo, el incumplimiento de las formalidades legales sobre el acceso, el desplazamiento y la residencia de extranjeros no puede dar lugar, por sí mismo, a la aplicación de las medidas a que se refiere el artículo 3 de la Directiva 64/221...

Por último, y en relación con la expedición del permiso de residencia, el Tribunal interpretó que

...en el caso de un nacional de un país tercero sujeto a la obligación de poseer un visado, la expedición de un permiso de residencia a su favor no puede quedar

---

<sup>66</sup> STJCE de 25 julio 2002, Asunto C-459/99 (Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) c. État Belge). Véase comentario de A. FERRER i GÓMEZ, "Derecho de entrada de nacionales de países terceros cónyuges de nacionales de Estados miembros", *La Ley*, núm. 7, 2002, pp. 1992-1998.



supeditada al requisito de que el visado siga siendo válido. Esta conclusión se impone con mayor razón si se tiene en cuenta que, como declaró el Tribunal de Justicia en los apartados 22 y 23 de la sentencia Giagounidis, antes citada, los Estados miembros están obligados a conceder el derecho a permanecer en su territorio a los trabajadores indicados en el artículo 1 de la Directiva 68/360 que puedan presentar una tarjeta de identidad o un pasaporte válido, con independencia del documento al amparo del cual hayan entrado en el territorio de dichos Estados miembros. (Ap. 89)

En consecuencia, en el régimen comunitario aunque el cónyuge sea nacional de un país tercero, los Estados miembros no podrán impedir la entrada en frontera pese a no poseer un visado, un pasaporte válido o un documento de identidad si se puede probar el vínculo conyugal y la identidad por otro medio; es desproporcionado sancionar con la prohibición de entrada, de desplazamiento o de residencia, un incumplimiento de las formalidades (documentales) legales; y, finalmente, la expedición del permiso de residencia a su favor no puede quedar supeditada al requisito de que el visado siga siendo válido.

La segunda sentencia que interesa citar se dictó el 23 de septiembre de 2003 en el asunto Akrich. El Tribunal examinó el problema planteado por la *Secretary of State for the Home Department* del Reino Unido en relación con un ciudadano marroquí casado con una ciudadana británica y residente en Dublín que deseaba regresar al Reino Unido de donde había sido expulsado<sup>67</sup>.

Cabe señalar que el Tribunal tomó en cuenta y precisó la doctrina sentada en una sentencia anterior, de 7 de julio de 1992, en el asunto Surinder Singh<sup>68</sup>, planteado por la *High Court of Justice (Queen's Bench División)* suscitado en el marco de un litigio entre el Sr. Singh, de nacionalidad india y la *Secretary of State for the Home Department*, que decidió expulsarlo del territorio británico. Se daba la circunstancia de que el Sr. Singh había contraído matrimonio con una nacional británica, la Srta. Rashpal Purewal, en Bradford (Reino Unido) en 1982 y que desde 1983 a 1985 el matrimonio Singh había trabajado en Alemania por cuenta ajena. A finales de 1985 regresaron al Reino Unido, para ejercer allí una actividad comercial. En esta Sentencia el TJCE analizó el alcance de la supresión de los controles de desplazamiento y estancia dentro de la Comunidad y determinó que

Las disposiciones del artículo 52 del Tratado CEE y las de la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, deben interpretarse en el sentido de que obligan a un Estado miembro a autorizar la entrada y la residencia en su territorio del cónyuge, sea cual fuere su nacionalidad, del nacional de dicho Estado que se desplaza, con dicho cónyuge, al territorio de otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta ajena en el sentido del artículo 48 del Tratado y que regresa para establecerse, en el sentido del artículo 52 del Tratado, en el territorio del Estado cuya nacionalidad posee. El cónyuge debe disfrutar, cuando menos, de los mismos derechos que le otorgaría el Derecho comunitario si su esposo o esposa entrase y residiese en el territorio de otro Estado miembro.

<sup>67</sup> STJCE de 23 septiembre 2003, Asunto C-109/01 (*Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich*).

<sup>68</sup> STJCE de 7 julio 1992, Asunto C-370/90 (*The Queen c. Immigration Appeal Tribunal y Surinder Singh ex parte Secretary of State for the Home Department*).

Ahora bien, en el asunto Akrich el problema se plantea en relación con la situación de irregularidad del interesado y los posibles abusos que suponen los matrimonios de conveniencia. Los hechos del caso muestran claramente el problema.

El Sr. Akrich en situación irregular en el Reino Unido había sido deportado a Argelia en ejecución de condena por tentativa de robo y uso de un documento de identidad robado. Tras la deportación regresa al Reino Unido utilizando un documento de identidad francés falso. Detenido y expulsado de nuevo, y después de permanecer fuera menos de un mes, vuelve a dicho país de manera clandestina. En esta situación contrae matrimonio con la Sra. Helina Jazdzewska, de nacionalidad británica y solicita una autorización de residencia, en su condición de cónyuge de un nacional del Reino Unido, que le fue denegada. Tras ser nuevamente detenido se ordenó su expulsión, a petición propia, a Dublín ciudad en la que residía la esposa. Desde Dublín solicita la revocación de la orden de expulsión e inmediatamente un permiso de entrada como cónyuge de una persona establecida en el Reino Unido. A raíz de esta solicitud, el Sr. y la Sra. Akrich fueron entrevistados en la Embajada del Reino Unido en Dublín por un funcionario británico, que les interrogó sobre su estancia en Irlanda y sobre sus intenciones. Resultó que el Sr. y la Sra. Akrich solicitaban un permiso de entrada basándose en la sentencia Singh, antes citada. Así, a pregunta concreta, la Sra. Akrich, indicó que ella y su marido tenían la intención de regresar al Reino Unido puesto que habían “oído hablar de derechos comunitarios conforme a los cuales, después de permanecer seis meses, podían regresar al Reino Unido”.

En cuanto a la primera cuestión (extensión de los derechos comunitarios a un cónyuge en una situación como la del Sr. Akrich), el Tribunal estableció que

Cuando un ciudadano de la Unión establecido en un Estado miembro, casado con un nacional de un país tercero con derecho a residir en ese Estado miembro, se traslada a otro Estado miembro para ejercer en él un trabajo por cuenta ajena, este traslado no debe traducirse en la pérdida de la posibilidad de vivir legalmente juntos, razón por la cual el artículo 10 del Reglamento n. 1612/68 concede a dicho cónyuge el derecho a instalarse en ese otro Estado miembro. (Ap. 52)

Por el contrario, cuando un ciudadano de la Unión establecido en un Estado miembro, casado con un nacional de un país tercero sin derecho a residir en ese Estado miembro, se traslada a otro Estado miembro para ejercer en él un trabajo por cuenta ajena, el hecho de que su cónyuge no sea titular, con arreglo al artículo 10 del Reglamento n. 1612/68 del derecho a instalarse con él en ese otro Estado miembro no puede constituir un trato menos favorable que el que se les dispensaba antes de que dicho ciudadano de la Unión hiciera uso de las facilidades que le ofrece el Tratado en materia de circulación de las personas. Por consiguiente, la falta de tal derecho no puede disuadir al ciudadano de la Unión de ejercitar los derechos de circulación reconocidos por el artículo 39 CE. (Ap. 53)

Lo mismo cabe decir cuando el ciudadano de la Unión, casado con un nacional de un país tercero, regresa al Estado miembro del que es nacional para ejercer en él un trabajo por cuenta ajena. Si su cónyuge dispone de un derecho de residencia válido en otro Estado miembro, se aplica el artículo 10 del Reglamento n. 1612/68 a fin de no disuadir al ciudadano de la Unión de que ejerza su libertad de circulación regresando al Estado miembro del que es nacional. Si, por el contrario, su cónyuge no dispone ya de un derecho de residencia válido en otro Estado miembro, la falta de derechos, deducidos de dicho artículo 10, a instalarse con el ciudadano de la Unión no tiene efecto disuasorio a este respecto. (Ap. 54)

Por lo que respecta al abuso, el Tribunal consideró que se cometería tal abuso si las facilidades que ofrece el Derecho comunitario a los trabajadores emigrantes y sus cónyuges se invocaran en casos de matrimonios de conveniencia celebrados para eludir las disposiciones relativas a la entrada y a la residencia de los nacionales de países terceros (ap. 58). Pero el Tribunal recuerda que los motivos que hayan podido impulsar a un trabajador de un Estado miembro a buscar trabajo en otro Estado miembro son irrelevantes en lo que se refiere a su derecho de entrada y residencia en el territorio de este último Estado, siempre que ejerza o desee ejercer una actividad real y efectiva. Por lo demás, tales motivos carecen de pertinencia a la hora de apreciar la situación jurídica de los cónyuges en el momento de regresar al Estado miembro del que es nacional el trabajador. Tal comportamiento, señala el Tribunal, no puede ser constitutivo de abuso aunque, en el momento en que el matrimonio se establezca en otro Estado miembro, el cónyuge no disponga de un derecho de residencia en el Estado miembro del que es nacional el trabajador.

En fin, el TJCE termina recordando que en este tipo de asuntos sería aplicable el CEDH tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y a estos efectos puntualizó

Cuando el matrimonio es auténtico y, en la fecha del regreso del ciudadano de la Unión al Estado miembro del que es nacional, su cónyuge, nacional de un país tercero y con el que convivía en el Estado miembro que abandona, no reside legalmente en el territorio de un Estado miembro, debe, no obstante, tenerse en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar, en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 que forma parte de los derechos fundamentales que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, reafirmada, además, en el preámbulo del Acta Única Europea y en el artículo 6 UE, apartado 2, están protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. (Ap. 58)

Aunque el Convenio no garantiza como tal ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1, del Convenio. Tal injerencia infringe el Convenio si no cumple los requisitos del apartado 2 del mismo artículo, a saber, que esté “prevista por la ley” y motivada por una o más finalidades legítimas con arreglo a dicho apartado, y que, “en una sociedad democrática, sea necesaria”, es decir, que esté justificada por una necesidad social imperiosa y sea, en especial, proporcionada a la finalidad legítima perseguida. (Ap. 59)

Las referidas sentencias son un ejemplo de la incidencia del Derecho comunitario sobre el Derecho de extranjería de los Estados miembros. Pero también la interacción del Derecho internacional de los derechos humanos, tanto sobre el Derecho comunitario como sobre la legislación estatal interna, siempre que se trate de ponderar el respeto a la vida familiar en las solicitudes de entrada y de residencia de los miembros de la familia. Así, en la Sentencia Akrich se ponían en tela de juicio las consecuencias de la libre circulación en relación con la aplicación de los Derechos nacionales de extranjería. Para el TJCE no parece posible supeditar el régimen comunitario a una determinada política

de control migratorio<sup>69</sup>, al menos cuando se trata de regresar al Estado miembro del nacional comunitario para ejercer en él un trabajo por cuenta ajena. En todo caso, según se establece en el asunto Akrich, las autoridades competentes del primer Estado miembro, al apreciar la solicitud del cónyuge de entrar y residir en su territorio, deberán tener en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio siempre que el matrimonio sea auténtico.

### **2.3. La Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar.**

Como hemos señalado en el Capítulo preliminar, el régimen de la reagrupación familiar de nacionales no comunitarios residentes en un Estado miembro se ha armonizado en la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar. Con el fin de garantizar la protección de la familia, la Directiva recuerda tanto a las instituciones comunitarias como a los Estados miembros el respeto de los derechos fundamentales y menciona en especial el artículo 8 del CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

En este apartado nos referiremos al *iter* político que llevó a la adopción de esta importante Directiva y al alcance de la armonización de las medidas adoptadas.

#### **2.3.1. Breve apunte sobre las políticas de inmigración en la Unión Europea (1992-2004).**

Como es sabido, antes de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, las políticas de inmigración, visado y asilo estaban vinculadas al pilar intergubernamental JAI (Justicia y Asuntos de Interior) que sólo mediante un complejo mecanismo podían pasar al comunitario. Esta articulación fue establecida en el Tratado de Maastricht<sup>70</sup> y, aunque supuso un importante avance en la integración europea, no consiguió superar el confuso tercer pilar intergubernamental donde se encontraban las materias relativas a la inmigración y el asilo. En la estructura del Tratado de Amsterdam se mantuvo este mismo esquema<sup>71</sup>, aunque se integraron en el pilar comunitario las disposiciones referidas a los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado para

---

<sup>69</sup> Véase una opinión contraria en las Conclusiones del Abogado General Sr. L.A. Geelhoed, de 27 de febrero de 2003, en el Asunto Akrich que justifica la primacía de la aplicación de los derechos nacionales de extranjería basándose en el interés del Estado miembro en una efectiva aplicación y eficacia de la legislación nacional en materia de inmigración.

<sup>70</sup> Tratado de la Unión Europea, hecho en Maastricht el 11 de diciembre de 1991, firmado el 7 de febrero de 1992 en la misma ciudad; entrada en vigor: 1.11.1993.

<sup>71</sup> Sobre la cooperación intergubernamental, la integración supranacional “comunitaria” y la aplicación nacional de las políticas de migración, *vid.* M BACIGALUPO SAGESSE, “Visados, Asilo, Inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”, en *Políticas comunitarias* (Linde Paniagua, E., coord.), *op. cit.*, pp. 183-220; y L. GARAU JUANEDA, “La política común de extranjería de la Comunidad Europea”, en *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo. Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales* (Palma de Mallorca, 1999), (Garau Juaneda, L. y Huesa Vinaixa, R., coords.), BOE/AEPDIRI/Universitat de les Illes Balears/Fundación La Caixa, Madrid, 1999, pp. 127-142; y A. ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, “Los extranjeros no comunitarios...”, *cit.*

cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros (cuestión ya prevista en el art. 100 C del Tratado de Maastricht).

En efecto, el Tratado de Amsterdam introdujo un nuevo Título en la Tercera Parte del TCE con el siguiente tenor: “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”, donde se establecieron las bases “comunitarias” para la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia, permaneciendo en el pilar intergubernamental, como queda dicho, los asuntos de cooperación policial y judicial en materia penal. Por lo que hace al Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001, apenas introdujo modificaciones en el pilar comunitario del espacio de libertad, seguridad y justicia; sólo añadió el actual artículo 67.5 ampliando las materias sometidas al procedimiento de codecisión.

Conviene reparar que las prioridades, los plazos y las medidas a adoptar en las mencionadas materias habían sido establecidas en el Plan de Acción de Viena de 1998<sup>72</sup> (aps. 36 a 38). Un año después, el Consejo Europeo de Tampere<sup>73</sup> dio un impulso decisivo al desarrollo del espacio de libertad, de seguridad y justicia, estableciendo un programa de acciones a desarrollar en cinco años y los instrumentos para su aplicación. El establecimiento de una política común de inmigración debía construirse en torno a la armonización de las condiciones de entrada, la armonización del estatuto de residente de larga duración, la gestión de flujos y la lucha contra la inmigración ilegal<sup>74</sup>. Dos años más tarde, en el Consejo Europeo de Laeken<sup>75</sup> (2001), se revisaron las previsiones de Tampere, aunque debido a los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 los temas sobre terrorismo y seguridad común centraron prioritariamente la atención. El Consejo Europeo de Sevilla<sup>76</sup> (2002) instó al Consejo de Ministros la aprobación, antes de la siguiente cumbre (de junio de 2003), de las normas comunes sobre reagrupación familiar así como las relativas al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración, de las que nos ocuparemos más adelante.

Transcurridos los cinco años previstos en el Tratado de Amsterdam, la Comisión realizó un balance optimista de las previsiones de Tampere. Pero no cabe olvidar que en el seno de la Convención constitucional ya se había puesto de manifiesto la necesidad de una reformulación y ampliación de las bases jurídicas para las políticas de inmigración y de asilo así como el desarrollo de un sistema integrado de fronteras, cuestión que el Consejo Europeo de Bruselas de 2004 concretó en el Programa de La Haya para el fortalecimiento de la libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea en

<sup>72</sup> Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, de 3 de diciembre de 1998. DO C núm. 19, de 23 de enero de 1999.

<sup>73</sup> Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Tampere (15-16 octubre 1999). En especial el párrafo § 2 establecía como líneas de actuación: (a) un tratamiento separado de las políticas de asilo e inmigración en el seno de la UE, aun cuando compartan principios comunes; (b) la vinculación de las políticas de inmigración en la UE con el control de los flujos migratorios en la frontera exterior y, por ende, con el establecimiento de visados de entrada; y (c) la pertenencia de la reagrupación familiar al sector de las medidas del control migratorio en el sentido del artículo 63.3 a) TCE.

<sup>74</sup> Comunicación sobre política comunitaria de inmigración. COM (2000), 757, de 22 de noviembre de 2000.

<sup>75</sup> Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Laeken (14-15 diciembre 2001).

<sup>76</sup> Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Sevilla (21-22 junio 2002).

el que se establecieron las líneas programáticas de los futuros desarrollos del espacio europeo<sup>77</sup>.

A modo de conclusión provisional se puede afirmar que el régimen jurídico de los nacionales de terceros países residentes en la Unión Europea se ha construido en torno al régimen de visados, la residencia y la libre circulación. La primera etapa (1992 a 1999), se caracteriza por su marcada impronta intergubernamental establecida en el Tratado de Maastricht y, en la segunda (1999-2004), como consecuencia de la adopción del mecanismo comunitario, se vislumbra un incipiente estatuto definido en torno a las condiciones de admisión (régimen de visados), al derecho de residencia —incluida la reagrupación familiar— y a las políticas que favorecen la integración social de los extranjeros, así como las medidas para evitar la discriminación.

### **2.3.2. La armonización de la reagrupación familiar en la Directiva 2003/86/CE.**

La adopción de medidas en materia de reagrupación familiar ha seguido un *iter* que demuestra la distinta sintonía entre los acuerdos adoptados por los Consejos Europeos en torno a una política migratoria común-comunitaria y los desacuerdos que en relación con esta política se produjeron entre los Estados miembros en las posteriores negociaciones.

Las medidas en materia de reagrupación familiar fueron impulsadas de modo expreso en los Acuerdos de Tampere. En escasos dos meses la Comisión preparó la primera propuesta de Directiva sobre la materia<sup>78</sup> (diciembre de 1999) tomando como referencia el acervo existente (una Resolución del Consejo de 1993<sup>79</sup> y la Propuesta de Convenio sobre normas de admisión de nacionales de terceros países en los Estados miembros de la Unión Europea<sup>80</sup>). Propuesta que se modificó tras los dictámenes del Parlamento Europeo y del Consejo Económico y Social Europeo, presentando un nuevo texto un año después<sup>81</sup> (2000).

Pero las negociaciones se tornaron muy lentas debido al fracaso de la primera propuesta revisada, acaso demasiado ambiciosa pues se esforzaba en abarcar todos los supuestos excluidos del ámbito de la libre circulación de personas, incluidos los cubiertos por acuerdos de cooperación<sup>82</sup> así como los casos de refugiados y apátridas. También es cierto que se trataba de la adopción de un instrumento comunitario vinculante que no sólo exigía modificar sustancialmente las legislaciones nacionales de extranjería, sino también reorientar las prácticas internas en la integración de las familias inmigrantes, punto en que los desacuerdos nacionales se hicieron patentes.

---

<sup>77</sup> Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Bruselas (4-5 noviembre 2004), Anexo 1, 14292/1/04 REV 1, pp. 11-42.

<sup>78</sup> COM (1999) 683, de 1 de diciembre de 1999 (DO C 116, de 26.04.2000).

<sup>79</sup> P. BOELES, "Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved?", *EJML*, vol. 3, 2001 (1), pp. 61-71, esp. p. 61.

<sup>80</sup> COM (97) 387, de 30 de julio de 1997, *Boletín UE* 7/8-1997.

<sup>81</sup> COM (2000) 624, de 10 de octubre de 2000 (DO C 62 E, de 27.02.2001).

<sup>82</sup> Básicamente, el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el Acuerdo de Ankara, los Acuerdos con los países del Centro y del Este de Europa y los Acuerdos con países del Maghreb.

En este *impasse*, el Consejo de Laeken<sup>83</sup> recordó a la Comisión la necesidad de presentar a más tardar a finales de abril de 2002 una segunda propuesta modificada, que fue presentada en mayo de 2002<sup>84</sup>. Un mes más tarde, el Consejo de Sevilla<sup>85</sup> (2002) instó al Consejo de Ministros la aprobación —antes de junio de 2003— de normas comunes sobre reagrupación familiar, así como sobre el estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración. La exigencia de la unanimidad (art. 67 TCE) en un clima político de recelo tras los dramáticos atentados del 11-S y el auge de la extrema derecha en los procesos electorales de algunos países de la Unión explican las sustanciales concesiones que realizó la Comisión a las exigencias de los Estados miembros.

Básicamente, en la última propuesta se abandonó el método de armonización clásico, retornando a un sistema más abierto (o flexible) característico del método de cooperación intergubernamental e introduciendo previsiones normativas tales como las cláusulas de excepción (flexibilidad en sentido amplio), cláusulas *stand still* (o de mantenimiento del *statu quo*) y cláusulas *dead line* (o de emplazamiento) para aspectos concretos más controvertidos. Finalmente, tras un acuerdo político logrado en el verano de 2003<sup>86</sup>, la Directiva fue aprobada en el Consejo del 22 de septiembre y publicada el 3 de octubre de 2003.

Baste, a los propósitos del epígrafe, ilustrar con tres ejemplos la diferencia de trato de la reagrupación familiar respecto de los nacionales de terceros países (por referencia al supuesto enmarcado en el ámbito de la libertad de circulación<sup>87</sup>). En concreto nos referiremos al camino que recorrieron los periodos de espera, a la noción de familia y a la edad tanto de los cónyuges como de los menores, hasta su adopción final.

En relación con los periodos de espera previos a la solicitud, la Propuesta de Directiva de 1999 autorizaba a los Estados miembros a fijar un plazo de espera antes de poder ejercitar su derecho a reagrupar. La finalidad de dicho plazo era garantizar una cierta estabilidad del reagrupante en el Estado de acogida. Para la Comisión, el mencionado plazo no podía ser superior a un año, ya que el reagrupante debía tener derecho a que su familia se reuniera con él como máximo un año después de su entrada en el Estado miembro, medida que no era de aplicación ni a los refugiados ni a las

<sup>83</sup> Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Laeken (14-15 diciembre 2001). En especial Conclusión 41 por la que se invita a la Comisión a que presente, a más tardar el 30 de abril de 2002, propuestas modificadas relativas a la reagrupación familiar.

<sup>84</sup> COM (2002) 225, de 2 de mayo de 2002 (DO C 203 E, de 28.08.2002).

<sup>85</sup> Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Sevilla (21-22 junio 2002). En especial Conclusión 37, a cuyo tenor: “Paralelamente a la intensificación de la cooperación para luchar contra la inmigración ilegal, es necesario impulsar el estudio de las propuestas en curso. El Consejo Europeo insta al Consejo a que apruebe [...] antes de junio de 2003 [...] las disposiciones sobre reagrupación familiar y el estatuto de los residentes permanentes de larga duración”.

<sup>86</sup> El Reino Unido, Irlanda y Dinamarca no participan en la adopción de la Directiva ni están obligados ni sujetos por su aplicación, de conformidad con los artículos 1 y 2 de sus respectivos Protocolos anejos al TUE y al TCE.

<sup>87</sup> A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario (A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar)”, *Revista electrónica de extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 15, 2003; e I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “La reagrupación familiar: complejidad y desigualdades del régimen jurídico actual”, *Portularia: Revista de Trabajo Social*, Vol. 3, 2003, monográfico “Nuevas realidades familiares”, pp. 263-283.

personas beneficiarias de una protección subsidiaria, pues convenía reservarles unas condiciones más favorables.

En la Propuesta modificada de 2000 se mantuvo el periodo de un año. En tanto que en la Propuesta modificada de 2002, el artículo 8.1 elevó el periodo de espera a un tiempo que no podía superar los dos años y, como excepción, se introdujo la ampliación a tres años máximo, que sólo podía establecerse cuando el Estado miembro a la fecha de adopción de la Directiva tuviera en cuenta su capacidad de recepción en su legislación interna; previsión finalmente adoptada en el artículo 8.2 del texto final.

En cuanto a la noción de familia, la Comisión sostenía que debían incluirse a las mismas personas que señalaba el Reglamento 1612/68 (cónyuge, hijos menores de 21 años dependientes y los ascendientes a cargo) y dejaba a los Estados miembros la libertad de decidir sobre la admisión o no de otros miembros del grupo familiar. En la Propuesta modificada de 2002 (inalterada en el texto final) se da un giro al precepto al considerar la Comisión que, a la vista de la diversidad de las legislaciones nacionales, no parecía posible extender la obligación de autorizar la entrada y la residencia sino al cónyuge y a los hijos menores de edad.

En relación con el cónyuge, la Propuesta de Directiva de 1999 permitía la reagrupación familiar de la pareja de hecho y de las parejas homosexuales, si las legislaciones del Estado miembro contemplaban en su Derecho interno la asimilación de las parejas no casadas a las matrimoniales; disposición en sí bastante flexible pues no entrañaba la armonización de las legislaciones nacionales y permitía aplicar el principio de igualdad de trato. Con el fin de evitar posibles abusos, la pareja de hecho debía estar vinculada por una relación duradera, lo que podía demostrarse mediante la prueba de la cohabitación o testimonios fidedignos. En este aspecto, la Directiva aprobada en 2003 establece un régimen distinto respecto de los compañeros no casados. Ante todo es un régimen facultativo cuya positivación previa se exige por la Directiva al fijar la obligación de figurar en un texto legislativo o reglamentario interno, desapareciendo toda referencia a las parejas del mismo sexo que mantuvieran una relación estable y duradera.

La Directiva opta por una calificación autónoma de la “pareja no casada” que se define no por la distinción de sexo sino sobre la base de su estatuto registral, separándolas al efecto en dos categorías: de un lado, el conviviente, que es aquel nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada; y, de otro lado, la pareja inscrita, que es el nacional de un tercer país para quien se sobreentiende cumplido el requisito si existe un registro de la pareja. En ambos casos, la Directiva permite a los Estados aplicar el principio de igualdad de trato respecto de la reagrupación familiar del cónyuge. Ahora bien, el hecho de que un Estado miembro autorice la reagrupación familiar de alguna de estas personas, no obliga a los restantes Estados miembros, que pueden no reconocer a los efectos de reagrupación intracomunitaria la existencia de vínculos familiares (Considerando 10 de la Directiva).

En la práctica esta previsión supondrá mantener las diferencias en las legislaciones nacionales con el riesgo de que el residente que quiera o tenga que trasladarse a otro Estado miembro por razones de empleo, por ejemplo, no pueda ser acompañado de su familia. Situación doblemente injusta si tenemos en cuenta que los miembros de la



familia no acceden automáticamente a un permiso de residencia autónomo o independiente del que posea el reagrupante y que los Estados pueden decidir, de conformidad con su Derecho nacional, las condiciones que los miembros de la familia deban cumplir para poder ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia y, en todo caso, pueden limitar el acceso al trabajo de los ascendientes.

Por lo que hace a la edad, la Directiva introduce dos limitaciones. En primer lugar, respecto de los cónyuges, se permite a los Estados miembros imponer al reagrupante y a su cónyuge una edad mínima (hasta los 21 años) para poder ejercer el derecho a reagrupar o ser reagrupado. Se trata, en opinión de la Comisión, de una medida que tiene como finalidad evitar matrimonios forzados en edades tempranas. En segundo lugar, respecto de la edad de los hijos la Directiva consagra dos limitaciones. La primera, referida a los menores que lleguen independientemente del resto de la familia y tengan más de doce años. En este caso, el Estado miembro podrá verificar si dicho niño cumple algún criterio de integración previsto por su legislación nacional vigente a la fecha de aplicación de la Directiva. La segunda, referida a la edad de los hijos a la fecha de la presentación de la solicitud. Si los hijos menores han alcanzado la edad de quince años, la Directiva permite a los Estados miembros no admitir a trámite la solicitud, igualmente si así lo disponen sus legislaciones nacionales vigentes en la fecha de aplicación. Ello obliga a los Estados que así lo dispongan a establecer en su legislación interna otras modalidades de autorización para estos adolescentes. Éste es un ejemplo de cláusula de mantenimiento del *statu quo* que permite a los Estados miembros modificar anticipadamente en sentido restrictivo<sup>88</sup> sus legislaciones nacionales.

## II. FUENTES INTERNAS ESPAÑOLAS.

La Constitución española de 1978 establece el marco de configuración legal y los parámetros hermenéuticos de la reglamentación relativa a los derechos de que gozan los extranjeros en nuestro país. El artículo 13.1 CE<sup>89</sup> dispone que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Por su parte, el artículo 10.2 CE<sup>90</sup> fija el parámetro interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que reconoce la Constitución, al señalar que “se interpretarán de conformidad con la

<sup>88</sup> El Parlamento europeo en su Dictamen a la propuesta modificada de 2000 introdujo una Enmienda en el sentido evitar que las cláusulas *stand still* pudieran ser aprovechadas por los Estados miembros en la transposición para rebajar la protección ya otorgada a nivel nacional; enmienda rechazada por la Comisión (Resolución PE núm. 293.751, de 6.9.2000). *Vid.*, R. CHOLEWINSKI, “Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling Fundamental Human Rights”, *EJML*, vol. 4, 2002 (3), pp. 271-290, esp. p. 287.

<sup>89</sup> E. PÉREZ VERA, “Artículo 13. Extranjería”, *cit.*, esp. p. 186; *id.*, “La Constitución de 1978 y el Derecho internacional privado español: normas en materia de nacionalidad y extranjería”, *Revista de Derecho Público*, Año VIII, vol. I, 1982 (86), pp. 5-25, esp. p. 23 ss.; e *id.*, “De los españoles y extranjeros”, *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992, pp. 73-88.

<sup>90</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Las Normas Internacionales sobre Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales y Libertades reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE)”, en *Tres lecciones sobre la Constitución*, (Cruz Villalón, P., González Campos, J.D. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.), Mergablum, Sevilla, 1999, pp. 31-54; e *id.*, “La interacción entre el Derecho internacional y el derecho interno en materia de derechos humanos”, en *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa* (Mariño Menéndez, F.M., ed.), Trotta, Madrid, 2002, pp. 333-350.

Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

La consecuencia básica que se deriva del primer precepto transcrito, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional, es una orientación paulatina hacia la equiparación de los derechos de nacionales y extranjeros perfilando el margen de actuación del legislador que la misma norma reclama<sup>91</sup>. Así, en temprana sentencia, el Tribunal Constitucional estableció que el artículo 13.1 no implica “que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyen los tratados y la ley”, sino de las libertades “que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley” (STC 107/1984, de 23 noviembre; a su vez la STC 99/1985, de 30 septiembre aclara que “los extranjeros no gozan sólo de los derechos que establecen los tratados y las leyes, sino de todos los del Título I”)<sup>92</sup>.

Una vez establecido que la Constitución garantiza a los extranjeros el disfrute de los derechos que enumera en su Título I, el tema de los límites en los que el legislador puede moverse a la hora de atemperar su contenido ha sido también abordado por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, en las que se ha discutido la titularidad y ejercicio del derecho afectado (STC 150/1994, de 23 mayo), la igualdad del trabajador extranjero en cuanto a las prestaciones por desempleo (STC 130/1995, de 11 septiembre) y, sobre todo, la tutela judicial efectiva<sup>93</sup>.

Bien es cierto que, según la Constitución española, y la interpretación que del artículo 13.1 ha realizado el Tribunal Constitucional, los derechos de los extranjeros son de configuración legal, pero la posibilidad legal de modular el tratamiento de los derechos concernidos no es incondicionada pues, no puede afectar a aquellos derechos que pertenecen a la persona como tal, y no como ciudadano o, dicho de otro modo, aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 CE, constituye el fundamento del orden político español. Tampoco puede el legislador desconocer el respeto al contenido delimitado para el derecho (de que se trate) por la Constitución o los Tratados internacionales suscritos por España,

---

<sup>91</sup> J.M. ESPINAR VICENTE, *Ensayos sobre teoría general del derecho internacional privado: breve introducción al derecho internacional privado contemporáneo, con especial referencia al tratamiento de las relaciones de familia*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 145-157; e *id.*, *La nacionalidad y la extranjería...*, *cit.*, pp. 208-212.

<sup>92</sup> I. BORRAJO INIESTA, “El status constitucional de los extranjeros”, en *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (Martín-Retortillo, S., coord.), t. II: *De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 697-766; J.A. MIQUEL CALATAYUD, “Análisis de la posición constitucional del extranjero en España”, en *Diez años de la Ley de Extranjería: Balance y perspectivas* (Borrás Rodríguez, A., Dir.), Fundación Paulino Torras Domènech, Barcelona, 1995, pp. 49-81, esp. pp. 52-59; y M.C. VIDAL FUEYO, *Constitución y Extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 44.

<sup>93</sup> Para una visión de conjunto del régimen de derechos fundamentales de los inmigrantes como elemento integrante del Derecho de extranjería y de las políticas nacionales de inmigración, *vid.* J.M. GOIG MARTÍNEZ, *Derechos y libertades de los inmigrantes en España: una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, Universitas Internacional, Madrid, 2004., esp. pp. 137-140. Sobre la constitucionalidad de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, véanse M. ARAGÓN REYES *et al.*, “Encuesta sobre la Ley de Extranjería y la Constitución”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001 (1), pp. 9-97.

pues una cosa es “autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales” (STC 242/1994, de 20 de julio)<sup>94</sup>.

A modo de síntesis, y como recuerda el TC en su sentencia 95/2000, de 10 de abril, “los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE)”; por el contrario, “no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene) y, finalmente, existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales”<sup>95</sup>.

## 1. Planteamiento.

La Ley de extranjería establece el derecho a la reagrupación familiar en el Capítulo II del Título I sobre los “Derechos y libertades de los extranjeros”. Bajo la rúbrica “Derecho a la intimidad familiar”, el artículo 16 incisos 1 y 2 de la Ley señala que 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”; y que los extranjeros residentes en España “tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17”.

En la derogada Ley Orgánica 7/1985<sup>96</sup>, la configuración del visado como un instrumento de control de la entrada y permanencia de los extranjeros y de la política exterior del Estado, así como el no reconocimiento del instituto de la reagrupación familiar dejaba un amplísimo margen de discrecionalidad a la Administración. La tendencia general a rechazar las solicitudes de visados por causa familiar, o de exención si la familia se encontraba ya en España, fue controlada por los órganos jurisdiccionales resultando trascendente la interpretación realizada por la Sala Tercera del TS, hoy absolutamente consolidada, a cuyo tenor las familias de los extranjeros también tienen derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia según consagra el artículo 39.1 CE (entre otras muchas, STS de 19 noviembre 1991). Bien es cierto que en algún supuesto aislado el TS ha invocado directamente la libertad de residencia y circulación (art. 19.1 CE) que corresponde también a los extranjeros “en los términos que establezcan los tratados y las leyes” y en este sentido ha entendido que “el no otorgamiento de una exención de visado, concurriendo las circunstancias excepcionales prescritas puede implicar la vulneración del artículo 19 de la Constitución” (STS de 14 febrero 1997).

<sup>94</sup> Una visión crítica de la modulación de los derechos constitucionales de los extranjeros en P.-P. MIRALLES SANGRO, “La *aconstitucional* Ley de extranjería: una discriminación lesiva de los derechos humanos”, *A Distancia*, vol. 19, 2001 (1), pp. 193-202.

<sup>95</sup> Véanse las referencias a la doctrina del TC en esta materia, en M. PULIDO QUECEDO, *La Constitución española. Con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 3ª ed., Elcano (Navarra), 2001, pp. 315-328.

<sup>96</sup> LO 7/1985 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

La rúbrica “Derecho a la intimidad familiar” bajo la que se establece el derecho a la vida en familia puede hacernos pensar que el legislador ha pretendido superar la concepción de la reagrupación familiar como una habilitación para solicitar un tipo especial de visado, configurando dicho instituto como un auténtico derecho de los extranjeros ligado al desarrollo de su vida familiar en nuestro país enlazado directamente con el derecho fundamental a la intimidad familiar (art. 18.1 CE). Así concebido, se le estaría dotando del carácter de derecho fundamental, es decir, estaríamos ante un desarrollo, en el ámbito del Derecho de extranjería, del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, aunque sin extraer de ello la consecuencia natural de su universalidad al distinguir entre extranjeros con residencia legal y extranjeros en situación de residencia irregular, en especial a la luz de la Carta Social Europea<sup>97</sup>.

Los efectos de ello se plasman en materia de garantías. Por una parte, no es posible establecer limitaciones específicas —por razón de la nacionalidad del sujeto y de la situación de residencia en España— al ejercicio de un derecho fundamental derivado del artículo 18.1 respecto del cual, según la doctrina constitucional, los extranjeros son titulares en las mismas condiciones que los nacionales y por ello las posibles leyes que lo desarrollen no pueden establecer limitaciones específicas para ellos<sup>98</sup>. Por otra parte, la identificación del derecho a la vida en familia con el derecho a la intimidad familiar posibilita la tutela en amparo de la vida privada y familiar del extranjero que vea rechazada su solicitud de reagrupación familiar (art. 53.2 CE).

Los datos expresados inciden en el planteamiento elegido en este inciso. Por una parte, el derecho a la vida familiar de los extranjeros, tal y como es configurado en la Ley de extranjería, presenta una serie de interrogantes que se refieren a su fundamento constitucional, lo que a su vez determina su régimen jurídico, su contenido y el alcance constitucional de su protección. Por otra parte, cabría pensar, sin forzar el contenido constitucional del derecho a la intimidad familiar, en una hermenéutica que otorgue relevancia constitucional a los valores inherentes a la reagrupación familiar, en concreto a la exigencia del extranjero de ver favorecida la integración de la célula familiar en el país elegido como lugar de residencia<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Recordemos que en la Carta Social Europea se concibe como un derecho subjetivo de los residentes legales (art. 19.6) sin otro condicionante. Véase para esta afirmación, P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 155.

<sup>98</sup> “Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio” (STC 107/1984, de 23 noviembre, FJ 4 párrafo 1). De acuerdo con este pronunciamiento, el TC ha reconocido que en la categoría de derechos respecto de los que no cabe diferenciación de trato, utilizando como criterio especial la vinculación con la dignidad de la persona (fundamento de orden político y de la paz social), se encuentra el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad familiar, a la libertad ideológica, etc.; posteriormente ha incluido el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, de 30 septiembre) y el derecho a la libertad personal del artículo 17 CE (STC 115/1987, de 7 julio).

<sup>99</sup> Con carácter general, M. REVENGA SÁNCHEZ (coord.), *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España (II Jornadas Italo-Españolas de Justicia Constitucional)*, *El Puerto de Santa María 3-4 octubre de 2003*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. En relación con nuestro planteamiento, L. POMED SÁNCHEZ, “Algunas consideraciones sobre la situación actual del derecho de inmigración en España”, en *Extranjería e Inmigración. Actas de las IX*

## 2. El principio constitucional de protección a la familia.

Mucho antes de que la Ley de extranjería estableciera un derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar y afirmara la titularidad de un derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros residentes en España, la protección de la vida familiar de éstos —o mejor dicho, la defensa de sus relaciones familiares interferidas por la acción de la autoridad gubernativa a la hora de denegar los visados— se basaba en una sólida jurisprudencia que venía interpretando la reagrupación familiar como la expresión del derecho a la vida en familia a la luz del artículo 39.1 CE.

### 2.1. La protección de la vida en familia de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En efecto, desde hace más de quince años, el Tribunal Supremo ha venido limitando la discrecionalidad de la Administración en materia de extranjería cuando ha considerado que algunas de sus decisiones resultaban poco acordes con los principios constitucionales que han de servir a la interpretación de todo el ordenamiento jurídico<sup>100</sup>. Problemas como el arraigo en el territorio español, la reagrupación familiar, las circunstancias excepcionales para la exención del visado o las órdenes de expulsión han sido el cauce a cuyo través ha discurrido la lectura e interpretación constitucional de la vida en familia de los extranjeros ante su posible afectación por la aplicación de las normas de extranjería<sup>101</sup>.

El Tribunal Supremo ha valorado la reagrupación familiar en el marco de la protección a la familia —de su unidad y estabilidad— afirmando que se trata de un derecho derivado “de la necesidad de proteger a la familia y mantener su unión”<sup>102</sup>. Sobre la base del artículo 39.1 CE, y de modo progresivo, ha ido configurando una noción amplia de familia a efectos de reagrupación familiar sentando una doctrina según la cual,

...ha de otorgarse singular trascendencia a la convivencia de hecho, lazos afectivos y cumplimiento de deberes jurídicos, así como a las circunstancias personales y socio

---

*Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 53-112, esp. p. 91.

<sup>100</sup> J.E. PECES MORATE, “Las declaraciones de derechos y su efectividad respecto de los inmigrantes”, en *Inmigración y Derecho*, *op. cit.*, pp. 177-216, esp. p.193-198.

<sup>101</sup> STS de 1 octubre 1992. El objeto del proceso planteaba la revisión de un acto administrativo que denegó el visado de residencia en España sin trabajo de una ciudadana de la República Popular China solicitado por motivo de reagrupación familiar. La Sala declaró que “...a través de la vulneración de las normas de procedimiento administrativo (en el caso, la falta de audiencia del marido residente legal en España) se ha vulnerado asimismo, siquiera de forma indirecta, los derechos de los extranjeros a obtener una tutela judicial efectiva y a que se garantice la protección de la familia” (FJ 5). Citada y aplicada en el mismo sentido por la STSJ Andalucía, de 26 mayo 1998 y por las SSTSJ Baleares, de 8 noviembre 1996; de 14 junio 1996; y de 19 diciembre 1995.

<sup>102</sup> Para esta afirmación, *vid.* SSTS de 10 octubre 1994 y de 24 diciembre 1994. En este mismo sentido se pronuncia el TS respecto de la incidencia de la expulsión de extranjeros en la vida familiar en S. de 1 julio 2000.

culturales de los interesados, que evidencien las características de la familia, la cual puede ser más extensa que la meramente paterno-filial<sup>103</sup>.

Y así, la institución matrimonial<sup>104</sup>, la convivencia con ciudadano español<sup>105</sup>, el matrimonio con extranjero residente legal<sup>106</sup>, la dependencia económica de español o de residente legal<sup>107</sup>, las relaciones paterno-filiales<sup>108</sup> y, también, la existencia de otros vínculos familiares (hermanos<sup>109</sup>, tíos y sobrinos<sup>110</sup>), han servido para motivar la existencia de arraigo familiar —definido como un vínculo con el territorio español por razones familiares (SSTS de 14 abril, de 10 noviembre y de 21 diciembre de 1998 y de 24 abril 1999)— y declarar su relevancia para obtener la dispensa o exención del visado de residencia por causa de reagrupación familiar “de manera que no se conculque el principio constitucional de protección a la familia contenido en el artículo 39.1 de la Constitución”<sup>111</sup>.

Tomando en consideración estos datos es posible avanzar, como conclusión preliminar, que la fuerza expansiva del mandato constitucional del artículo 39 CE había encontrado un cauce de aplicación a campos administrativos donde el extranjero y su familia no podían obtener reglamentariamente la protección de su vida familiar que, construida jurisprudencialmente sobre la noción de arraigo familiar, ampliaba el conjunto de familiares reagrupables y abría la posibilidad de una reagrupación familiar *in situ*; posibilidad esta última definitivamente vedada a partir de la entrada en vigor del Reglamento de extranjería<sup>112</sup>.

## **2.2. La aparente confusión legal entre el derecho a la intimidad familiar y el derecho a la vida en familia en la Ley de extranjería.**

Evocar (*un*) derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar de los extranjeros residentes e inmediatamente (*el*) derecho a la reagrupación familiar, todo ello bajo la

---

<sup>103</sup> STS de 28 diciembre 1998, FJ 2.

<sup>104</sup> STS de 24 abril 1999, citada en el mismo sentido por SAN de 3 diciembre 2002 y SSTS de 21 mayo 2001; de 19 junio 1999; y de 27 marzo 1999.

<sup>105</sup> STS de 8 noviembre y, siguiendo la doctrina jurisprudencial consolidada, en las SSTS de 22 junio 1982; de 13 julio 1984; y de 9 diciembre 1986.

<sup>106</sup> STS de 7 marzo 2003, con cita de la dictada en el mismo sentido por STS de 4 julio 2002.

<sup>107</sup> STS de 17 diciembre 1998.

<sup>108</sup> SSTS de 10 junio 1998 y de 22 diciembre 1998.

<sup>109</sup> STS de 10 noviembre 1998.

<sup>110</sup> STS de 10 marzo 2000 y cita del precedente ATS de 19 julio 1991.

<sup>111</sup> STS de 2 octubre 2001.

<sup>112</sup> Bien es cierto que el Reglamento de 2004 regula las “autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales”, es decir las situaciones que permiten obtener un permiso temporal de residencia sin necesidad del correspondiente visado (art. 45 de conformidad con el art. 31.3 de la Ley de extranjería), entre las que figuran la acreditación de vínculos familiares con españoles o con otros extranjeros residentes. Sin embargo, una lectura más pausada del precepto pone en evidencia que tales vínculos no bastan por sí solos para evitar la exigencia del visado (como hasta la fecha de entrada en vigor del nuevo Reglamento venía autorizándose), pues es necesario además acreditar la permanencia continuada en España por un período mínimo de tres años y contar con un contrato de trabajo firmado por trabajador y empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año; pero si no se tienen dichos vínculos familiares también es posible obtener la autorización de residencia, presentando un informe de inserción social. Sólo el supuesto “familiar” de los hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles habilitan para la obtención de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales (*ergo*, sin necesidad de visado).

rúbrica *Derecho a la intimidad familiar*, pone de manifiesto una singular confusión entre derechos tradicionalmente considerados por separado.

### **2.2.1. Problema planteado.**

Como hemos señalado anteriormente, el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) es un derecho fundamental derivado de la dignidad de la persona; dignidad que reconoce el artículo 10.1 CE. Su titularidad corresponde a todas las personas en igualdad de trato, sean o no nacionales, sean o no residentes legales. Por otro lado, la Constitución no reconoce de modo directo el derecho a la vida en familia, aunque dada su relevancia canaliza su protección mediante otras normas que expresan derechos o libertades en términos de principios fundamentales (art. 32 CE) o de principios rectores de la política social y económica (art. 39 CE)<sup>113</sup>.

Bajo la misma rúbrica, el artículo 16 de la Ley de extranjería une (en su párrafo primero) vida en familia e intimidad familiar a la que tienen derecho los extranjeros residentes en la forma prevista en la Ley y de acuerdo con lo dispuesto en los tratados suscritos por España y separa (en el segundo párrafo) el derecho a la reagrupación familiar, cuyo régimen jurídico es precisamente el que desarrolla en el resto del Capítulo II (arts. 16.3, 17, 18 y 19).

La sistemática del precepto ha dado lugar a una situación ciertamente confusa. Por un lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo niega de modo rotundo que las decisiones denegatorias del visado por reagrupación familiar —sea su exención sea el visado mismo— afecten a la intimidad familiar contenida en el artículo 18.1 CE. Pero, por otro lado, la rúbrica del precepto pudiera llevar a caracterizar el derecho a reagrupar como un derecho de residencia de carácter fundamental emanado directamente del derecho (fundamental) a la intimidad familiar.

Los trabajos parlamentarios en relación con el artículo 16 de la Ley de extranjería permiten conocer la génesis del precepto y el espíritu que el legislador quiso otorgar a la norma.

### **2.2.2. La génesis del artículo 16 de la Ley de extranjería.**

Los trabajos parlamentarios que dieron luz a la Ley de extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero) trataron la reagrupación familiar en un marco que favoreciera la integración de los inmigrantes. Como ha indicado J.M. Espinar Vicente, el mayor mérito de esta Ley consistía en tener presente un tipo de migración estable a la que se considera preciso integrar socialmente en el medio español<sup>114</sup>.

<sup>113</sup> P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho a la vida familiar...*, op. cit., pp. 36-44.

<sup>114</sup> J.M. ESPINAR VICENTE, “Algunas consideraciones en torno a la nueva Ley de Extranjería”, *RGLJ*, Año 147, 2000 (3), pp. 279-302, p. 284.

Fueron tres Proposiciones de Ley Orgánica<sup>115</sup> las que, presentadas en 1998, plantearon la modificación de la LO 7/1985<sup>116</sup>. Las Proposiciones centraban el interés en el reconocimiento de una serie de derechos considerados como imprescindibles para “favorecer una mayor protección e integración de los inmigrantes”, pues los datos de la realidad demostraban la vocación de permanencia en nuestro país de buena parte de los inmigrantes asentados en el territorio nacional. La Ponencia designada para informar cada una de estas Proposiciones acordó integrar las distintas iniciativas legislativas en un único texto que siguiera la misma ordenación de materias de la Ley de extranjería de 1985. Sobre este texto se presentaron nuevas Enmiendas debatiéndose conjuntamente en la Comisión todas las posiciones (las originales de cada Proposición y las posteriores al texto refundido).

El resultado fue la elaboración de una nueva Ley Orgánica vertebrada en torno a una idea (coherente) de la integración social de los extranjeros. Bien es cierto que sus versiones reformadas han introducido directrices de signo contrario, aunque sin renunciar a la idea originaria de la integración; situación que ha generado una penosa convivencia de principios opuestos cuyas contradicciones internas reflejan los textos posteriores resultantes<sup>117</sup>.

La primera referencia a un derecho a la reagrupación familiar vinculado a la intimidad familiar se encuentra en la Exposición de Motivos de la Proposición del GP Mixto<sup>118</sup> a cuyo tenor se reconocía el derecho a la reagrupación familiar “como un derecho de residencia que emana directamente del derecho fundamental a la intimidad familiar y a la vida en familia”. Por el mismo se harían extensivos los derechos del titular del permiso de residencia al resto de los miembros de la familia de forma que los reagrupados tuvieran los mismos derechos que el reagrupante.

En relación con las Enmiendas a la citada Proposición, la núm. 28 del GP Popular estimaba conveniente reconocer el derecho a la vida en familia de los extranjeros y a la reagrupación familiar y eliminaba toda referencia a la intimidad familiar<sup>119</sup>. La Enmienda del GP Socialista (Enmienda núm. 5 a la totalidad<sup>120</sup>) tras recordar que los inmigrantes que acuden a nuestro país lo hacen, en su mayor parte, con vocación de establecerse y permanecer de forma indefinida, consideraba que facilitar su estabilidad y regularidad, favorecer su integración y promoción social y la de sus familias constituiría

---

<sup>115</sup> La primera, presentada por el GP Federal de Izquierda Unida (122/000154. BOCG núm. 175-1, de 18 marzo 1998); la segunda, por el GP Catalán-CiU (122/0001158. BOCG núm. 179, de 18 marzo 1998); y, la tercera, por el GP Mixto (122/000167. BOCG núm. 189-1, de 2 abril 1998).

<sup>116</sup> Sobre esta legislación ya derogada, véase P.-P. MIRALLES SANGRO (Dir.), *Derecho de extranjería en España: regulación jurídica, práctica administrativa y judicial: curso impartido en la V edición de los Cursos de verano de la UNED (Ávila, 4-8 de julio de 1994)*, UNED, Madrid, 1995.

<sup>117</sup> J.M. ESPINAR VICENTE, *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Universidad de Alcalá (Servicio de Publicaciones), 2001, esp. pp. 89-92.

<sup>118</sup> BOCG núm. 189-1, de 2 abril 1998, p. 2. Bajo el título “De la protección de la familia”, el artículo 6 establecía un derecho de los residentes extranjeros a la vida en familia y a la intimidad familiar.

<sup>119</sup> Enmienda núm. 28.- “Los extranjeros tendrán derecho a la vida en familia y a la reagrupación familiar en la forma prevista en el artículo 28 de esta Ley de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España”. BOCG núm. 189-11, de 18 noviembre 1998, p. 70.

<sup>120</sup> BOCG núm. 189-11, de 18 noviembre 1998. Exposición de Motivos p. 29. Artículo 7.- Derecho a la reagrupación familiar. 1.- “Los extranjeros residentes en España tendrán derecho a la reagrupación con los parientes que constituyan su familia en los términos dispuestos en el presente artículo” (p. 30). Y Enmienda núm. 6 (a los apartados uno a dieciocho) contemplando bajo la rúbrica “Medidas para la promoción e integración social” el “Procedimiento para la reagrupación familiar” (pp. 49-50).



el procedimiento más eficaz para luchar tanto contra la exclusión como contra las corrientes xenófobas y racistas (Exposición de Motivos). Sobre estas bases rubricaba un precepto bajo el enunciado del “Derecho a la reagrupación familiar”, sin mención alguna al derecho a la intimidad familiar.

En cuanto a la Proposición catalana (CiU), la Exposición de Motivos indicaba el objetivo de conseguir la “plena integración de los extranjeros residentes en España”. A tal fin habría de reconocérseles de modo expreso un conjunto de derechos que propiciasen la estabilidad de su permanencia. Entre éstos destacaba como prioritario “el derecho a disfrutar de la vida en familia o, como comúnmente se denomina, el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar”. La Proposición articulaba los mecanismos precisos para facilitar la realización de estos objetivos<sup>121</sup> entre los que el reconocimiento de un derecho a la vida en familia y a la reagrupación familiar era necesario “en aras a la integración”<sup>122</sup>, sin mención alguna a la intimidad familiar.

Ahora bien, frente a la Proposición catalana, el GP Mixto insistió (en su Enmienda núm. 36) en agregar un párrafo final en el que expresamente se hacía mención al artículo 18 de la Constitución y al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>123</sup>. Por su parte, el GP Popular en su Enmienda núm. 51, mantenía el tenor de la realizada a la Proposición del GP Mixto<sup>124</sup>. El GP Socialista, por su parte, insistía en la necesidad de reconocer a los extranjeros el derecho a vivir en familia y por ello habrían de precisarse los requisitos para la reagrupación familiar<sup>125</sup>.

Por lo que hace a la tercera Proposición (del GP Federal de Izquierda Unida), la reagrupación familiar no era mencionada. Si bien, a la hora de debatir el Dictamen de la Comisión, el Sr. López Garrido no se opuso al resultado consensuado en la Cámara y defendió las enmiendas de su Grupo dirigidas fundamentalmente a la mejora técnica del texto<sup>126</sup>.

Tras dieciocho meses de trámite, el Informe de la Ponencia estructuró, bajo la rúbrica “Derecho a la intimidad familiar”, y dentro del Capítulo II destinado a la “Reagrupación familiar”, (un) derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar de los extranjeros residentes (art. 17.1) del que no se desgajaba un derecho del residente a reagrupar a sus familiares sino un derecho “de los familiares de los extranjeros que residan en España a la situación de residencia en España para reagruparse con el residente” (art. 17.2)<sup>127</sup>.

<sup>121</sup> BOCG núm. 179-1, de 18 marzo 1998, p. 1.

<sup>122</sup> Capítulo II. “Derechos de los extranjeros que se encuentren legalmente en territorio español, reconocidos en aras a su integración”. Artículo Sexto. “Los extranjeros tendrán derecho a ver efectivamente satisfechas sus expectativas de vida en familia mediante la reagrupación familiar”. (BOCG núm. 179-1, de 18 marzo 1998, p. 3).

<sup>123</sup> Enmienda núm. 36 (de adición). BOCG núm. 179-10, de 19 noviembre 1998, p. 39.

<sup>124</sup> Enmienda núm. 44 (a la Exposición de Motivos). “En segundo lugar, y con el objetivo de conseguir la plena integración de aquellos extranjeros que tienen la residencia en España, se reconocen expresamente un conjunto de derechos que propician la estabilidad de su permanencia en el mismo, de entre los que cabe destacar: — El reconocimiento del derecho a disfrutar de la vida en familia” (BOCG núm. 179-10, de 19 noviembre 1998, p. 41).

<sup>125</sup> Enmienda núm. 7 (de modificación). BOCG núm. 179-10, de 19 noviembre 1998, p. 31.

<sup>126</sup> BOCG núm. 277, de 25 noviembre 1999, pp. 14948 ss.

<sup>127</sup> De unificación de las Proposiciones de Ley e integrada por los Diputados don Diego Jordano Salinas, doña María José Camilleri Hernández y doña María del Carmen Pardo Raga (GP); doña Matilde Fernández Sanz y don Carlos Sanjuán de la Rocha (GS); don Pablo Castellanos Cardalliaguet (GIU);

El Dictamen de la Comisión Constitucional de 19 de noviembre de 1999<sup>128</sup> así lo recogió y, tras el debate en el Congreso de los Diputados, el Pleno del 25 de noviembre de 1999 aprobó la Ley por 324 votos a favor y una abstención<sup>129</sup>. En aquel momento el GP Popular anunció el propósito de enmendar en el Senado algunos extremos del Dictamen<sup>130</sup>, pero al llegar a dicha Cámara presentó 112 Enmiendas (con la consiguiente indignación del resto de los grupos parlamentarios) y señaló respecto de la reagrupación familiar que “no es un derecho de los familiares sino de los extranjeros residentes”<sup>131</sup>.

En el Senado se aprobaron las Enmiendas introducidas por el PP y CiU<sup>132</sup> con el resultado de 129 votos a favor, 94 en contra (Grupos parlamentarios socialista, mixto y nacionalista vasco) y dos abstenciones (Coalición canaria). Las Enmiendas fueron rechazadas en su totalidad en el Congreso y el 22 de diciembre de 1999, último día de la legislatura, se aprobó la Ley con la oposición en solitario del GP Popular (en el Gobierno) que ya anunciaba la modificación de la Ley si ganaba las elecciones (como así sucedió en marzo de 2000).

Por último, conviene reparar en que en el Informe al Anteproyecto de reforma de la LO 4/2000, el Grupo Izquierda Unida sostenían que los artículos 16.2, 17.2 y 18.4 del nuevo texto de la Ley eran contrarios al artículo 18 de la Constitución ya que la reagrupación familiar era un derecho fundamental vinculado a la intimidad familiar<sup>133</sup>. El Informe del Consejo General del Poder Judicial señaló que del tenor del artículo 16.1 no se infería tal consideración y añadió que “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 injerirse la autoridad cuando lo prevea la ley para defender el orden o prevenir infracciones penales y sea necesario en una sociedad democrática”<sup>134</sup>.

Es posible afirmar, a la luz de lo examinado, que la Ponencia originaria no vinculaba la reagrupación familiar con el derecho a la intimidad familiar; por el contrario, el instituto se identificaba con el derecho a la vida en familia necesario para la integración (Grupos catalán y popular) o bien se consideraba un derecho social que facilitaba la integración y la promoción social del extranjero y la de sus familias (Grupo socialista). Acaso quepa pensar que el enunciado “Derecho a la intimidad familiar” fuera una concesión hecha al Grupo Mixto como primer proponente del derecho a la reagrupación familiar y así se haya mantenido en las sucesivas reformas.

---

don Carles Campuzano i Canadés (GC-CiU); doña Margarita Uría Echevarría (GV-PNV); don Luis Mardones Sevilla (GCC) y doña Mercé Rivadulla Gracia (GMixto). BOCG núm. 330-1, de 4 noviembre 1999.

<sup>128</sup> BOCG núm. 330-3, de 19 noviembre 1999.

<sup>129</sup> BOCG núm. 330-5, de 30 noviembre 1999.

<sup>130</sup> BOCG núm. 277, de 25 noviembre 1999, pp. 14947-14963.

<sup>131</sup> Enmienda Núm. 24 (al art. 16.2). BOCG. Senado, núm. 44 de 10 diciembre 1999, p. 28.

<sup>132</sup> El GP Catalán (CiU) presentó 36 enmiendas transaccionales con la consiguiente retirada de otras tantas por parte el Grupo Popular.

<sup>133</sup> En concreto el Informe de Izquierda Unida, *Informe sobre la Ley orgánica 8/2000: sus vicios de inconstitucionalidad y el estatuto jurídico de los extranjeros en España*, punto 6, pp. 10-12.

<sup>134</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*, de 26.6.2000, p. 29.

Tomados en consideración los datos que anteceden, la doctrina de los autores mantiene dos posturas diferentes. La primera sostiene que el derecho a la reagrupación familiar se manifiesta como una nueva vertiente del derecho fundamental a la intimidad familiar y a la vida en familia<sup>135</sup>. La segunda observa en el derecho a la vida familiar y en el derecho a la intimidad familiar dos realidades jurídicas distintas cuya aparente identificación en la Ley de extranjería es un error dogmático que desenfoca el fundamento constitucional del derecho a la reagrupación familiar<sup>136</sup>.

En esta línea no faltan los autores que, como P. Santolaya Machetti, trasladan el artículo 8.1 CEDH al mandato constitucional de protección de la familia del artículo 39.1 CE. Lo más probable, señala este autor, es que nos movamos en “el campo mucho más modesto de los principios rectores de la política social y económica y, en concreto, en el de la protección social, económica y jurídica de la familia que el artículo 39.1 de la Constitución encomienda a los poderes públicos, con las consecuencias jurídicas que esa ubicación implicaría”. El autor censura por inadecuado el enunciado del artículo 16 de la Ley de extranjería, así como la identificación del derecho a la vida familiar con el derecho a la intimidad familiar de los extranjeros, identificación que “no implica ventaja alguna en cuanto a su ejercicio para sus destinatarios”<sup>137</sup>.

### **2.2.3. Delimitación recíproca entre intimidad familiar y vida en familia.**

En relación con el contenido de este derecho fundamental, la doctrina constitucional reitera que el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana<sup>138</sup>. Lo que garantiza el artículo 18.1 CE, señala el Tribunal Constitucional, 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>139</sup>.

Constituye, igualmente, doctrina reiterada del TC, que el derecho a la intimidad familiar no es absoluto, como no lo son la mayoría de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél ha de experimentar se revele como necesario para lograr un fin

<sup>135</sup> I. ARRIAGA IRABURU, *cit.*, p. 287; Y. MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, “Comentario al artículo 16”, 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., coord.), Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 113-117, p. 118; y, L. MORENO BLESÁ, “Comentario al artículo 16”, en *Comentarios a la ley de extranjería: (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, (Campo Cabal, J.M., coord), Civitas, Madrid, 2001, pp. 139-154, esp. p. 140.

<sup>136</sup> Véase en P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho a la vida familiar...*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>137</sup> *Ibidem*.

<sup>138</sup> SSTC 209/1988, de 27 octubre; 231/1988, de 1 diciembre; 197/1991, de 17 octubre; 99/1994, de 11 abril; 143/1994, de 9 mayo; 207/1996, de 16 diciembre; 98/2000, de 10 abril; y, 156/2001, de 2 de julio, entre otras.

<sup>139</sup> STC 134/1999, de 15 julio (FJ 5).

constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho<sup>140</sup>.

Por lo que respecta a la exigencia de proporcionalidad, el TC ha consagrado este principio como “un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales... y que, en el ámbito de los derechos fundamentales, constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en el límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando incluso frente a la ley las exigencias positivas y negativas”<sup>141</sup>.

También ha declarado el TC, en orden al ámbito de este derecho, que se extiende “no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18.1 CE protege [...] por lo que existe al respecto un derecho -propio, no ajeno- a la intimidad constitucionalmente protegida”<sup>142</sup>.

Es posible afirmar la estrecha relación entre intimidad personal y familiar que el Tribunal Constitucional interpreta como noción única<sup>143</sup>; así, si la intromisión es sufrida por una persona individual, lesionaría la intimidad personal, mientras que si trasciende la esfera meramente individual de la persona y se conecta con las relaciones que ésta mantiene dentro de su núcleo familiar, lesionaría la intimidad familiar<sup>144</sup>.

En relación con la protección de la familia, el Tribunal Constitucional ha afirmado que se encuentra dentro de la rúbrica de los “principios rectores de la política social y económica, que no enuncia ningún tipo de derecho subjetivo sino un deber de los Poderes Públicos o una garantía colocada bajo la tutela de éstos”<sup>145</sup>. El TC tiene sentado que no existe un derecho a la protección de la familia mediante la cita aislada del artículo 39 de la Constitución, no siendo admisible una demanda “que se contrae a derechos no susceptibles de amparo constitucional”<sup>146</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no deduce una interpretación extensiva del artículo 18 CE que incluya la protección de la vida en familia. El TS ha señalado 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. Pero el Supremo no duda en interpretar y valorar el arraigo y la reagrupación familiar como circunstancias “extensibles a la protección de la familia” y hace una lectura constitucional de la

---

<sup>140</sup> Entre otras, SSTC 57/1994, de 28 febrero; 143/1994, de 9 mayo; 98/2000, de 10 abril; 186/2000, de 10 julio; y 156/2001, de 2 julio.

<sup>141</sup> STC 70/2002, de 3 abril, FJ 10 (y las referencias citadas).

<sup>142</sup> Entre otras, STC 231/1988, de 2 diciembre (FFJJ 3 y 4) y STC 186/2001, de 17 septiembre.

<sup>143</sup> Entre otras, STC 81/2001, de 26 marzo.

<sup>144</sup> A. GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, “Intimidad y familia”, en *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, op. cit., pp. 217-256, esp. p. 241; y L. REBOLLO DELGADO, *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 177-181.

<sup>145</sup> ATC 241/1985, de 17 abril (FJ 1).

<sup>146</sup> ATC 156/1987, de 11 febrero (FJ 1).

afectación del aludido principio rector con fundamento en el artículo 53.3 CE<sup>147</sup> y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos interpretados a la luz de la jurisprudencia del TEDH. Esta interpretación se encuentra en la STS de 24 de abril de 1999 en la que se analizaba la orden de expulsión del cónyuge extranjero de un español. La Sala entendió 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.

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

Cuando es legítima la medida de expulsión, la pretendida relación entre los deberes conyugales de los artículos 66 a 71 del Código civil y la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE ha sido estimada por el Tribunal Supremo como inconsistente a los efectos de enervar la expulsión. En efecto, la Sala Tercera, en Sentencia de 30 de abril de 1993<sup>148</sup> entendió que

...la injerencia en la vida familiar que se deriva de la medida [...] tenía el respaldo en la Ley de extranjería, y no era sino una consecuencia normal de las restricciones consiguientes a la adopción de una decisión administrativa afectante a situaciones personales del destinatario, que no podría prevalecer frente a los intereses públicos a proteger, ya que la normalidad de la relación matrimonial no tiene por qué ser un ámbito constitucionalmente protegido, si se considera en toda su amplitud y generalidad, y sin referencia a una específica intromisión en un aspecto concreto que merezca ser tenido en cuenta como inviolable. (FJ 4)

Tampoco las SSTS de 1 de julio de 2000, de 21 de mayo de 2001 o la STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2003<sup>149</sup> revisoras de actos administrativos denegatorios de visado para la reagrupación familiar, han estimado vulnerado el derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 CE, 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

<sup>147</sup> Artículo 53.3.- El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

<sup>148</sup> Citada y aplicada en el mismo sentido por la STSJ Andalucía, de 28 mayo 2001.

<sup>149</sup> 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).

ninguna intromisión supone en dicho núcleo reservado al conocimiento y acción de los demás.

Cabe señalar que ante el Tribunal Constitucional se ha suscitado una cuestión de inconstitucionalidad por posible contradicción con los artículos 18.1 y 39.1 CE de una denegación de exención de visado por reagrupación familiar por no acreditar el periodo de convivencia en España legalmente previsto en el artículo 31.7 de la LO 4/2000, según la redacción dada por la LO 8/2000<sup>150</sup>. La cuestión afectaba a una mujer guineana casada con español a la que se le niega la tarjeta de familiar de residente comunitario español.

El Tribunal proponente de la cuestión de inconstitucionalidad<sup>151</sup> consideraba que el precepto cuestionado (art. 31.7 de la Ley de extranjería<sup>152</sup>) era contrario al derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE y entendía que “colocar en situación de ilegalidad a quien contrae matrimonio con un ciudadano español/extranjero residente legal durante el periodo temporal de un año afecta al núcleo indisponible del derecho fundamental a la intimidad familiar”.

El Fiscal General del Estado se opuso considerando que la intimidad familiar protegida por el artículo 18.1 CE es un concepto más restringido que el de vida en familia que emplea el artículo 8.1 CEDH. Entendía aplicable el principio de protección a la familia recogido en el artículo 39.1 CE pues “la protección de la familia se canaliza a través del reagrupamiento familiar y está diseñada para facilitararlo a los familiares con estrecha vinculación y que tengan necesidad de ese reagrupamiento”. La argumentación relevante para oponer la no vulneración del artículo 8 CEDH se sustentaba en que la acreditación de la convivencia durante un año es solamente uno de los requisitos, no el único, para que pueda pedirse la exención de visado, denegación de exención que “no supone automáticamente la ruptura de la convivencia familiar”.

El TC inadmitió la cuestión por apreciar en el Auto de la Sala proponente una seria carencia en cuanto al juicio de relevancia exigido por el artículo 35.2 LOTC (ATC 95/2004, de 23 marzo, FJ 4).

Cabe señalar respecto de este asunto que el régimen aplicable era el comunitario, a la sazón desarrollado en el RD 766/1992<sup>153</sup>, que transponía las directivas comunitarias relacionadas con la entrada y permanencia de nacionales de la Comunidad Europea y de sus familiares en el ejercicio de las libertades comunitarias con la única exigencia de ostentar la condición de cónyuges al momento de la petición y no existir separación de derecho y extendía sus beneficios a los familiares de los españoles cualquiera que fuera

---

<sup>150</sup> Cuestión de inconstitucionalidad núm. 1029/2003, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del TSJ de la Comunidad Valenciana.

<sup>151</sup> ATSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª), de 24 de enero de 2003.

<sup>152</sup> Artículo 31.7.- Excepcionalmente, por motivos humanitarios o de colaboración con la Justicia, podrá eximirse por el Ministerio del Interior de la obligación de obtener el visado a los extranjeros que se encuentren en territorio español y cumplan los requisitos para obtener un permiso de residencia. Cuando la exención se solicite como cónyuge de residente, se deberán reunir las circunstancias de los artículos 17 y 18 y acreditar la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año.

<sup>153</sup> De 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas (BOE núm. 156, de 30.6.1992, modificado por RRDD 737/1995, de 5 de mayo y 1710/1997, de 14 de noviembre y, finalmente, derogado por RD 178/2003, de 14 de febrero.

su nacionalidad. Además, como es sabido, la exigencia de un periodo de convivencia previo había sido considerado improcedente por nuestros tribunales de justicia (SS TSJ Cataluña, de 21 junio 2001; TSJ Baleares, de 9 junio 2000 y de 7 julio de 1999; TSJ País Vasco de 4 marzo 1999)<sup>154</sup>; y SSTs de 14 septiembre 1998, de 6 mayo 2000 y de 2 octubre 2001)<sup>155</sup> por considerar que el matrimonio era circunstancia excepcional merecedora de la dispensa de visado.

Por otro lado, recuérdese que el Reglamento de extranjería de 2001 exigía que la convivencia fuera en España (a efectos de exención de visado del cónyuge extranjero de ciudadano español), requisito declarado nulo por STS de 20 de marzo de 2003. El régimen comunitario actualmente vigente (RD 178/2003, de 14 de febrero) dispone en su artículo 11 apartado 3, inciso 4º la necesidad de que no se encuentren separados de derecho y que se acredite la convivencia “en España” durante al menos un año, requisito también declarado nulo por la STS de 10 de junio de 2004.

#### **2.2.4. La función esencial de garantía del artículo 10.2 CE.**

De acuerdo con el artículo 10.2 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 los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”<sup>156</sup>. Esta referencia plural y abierta a las normas internacionales en materia de derechos humanos ha permitido su toma en consideración por el Tribunal Constitucional como textos que han de orientar la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales (STC 38/1981, de 23 noviembre), aunque con dos limitaciones: la primera, relativa a la referencia a los derechos y libertades públicas que la CE reconoce; y, la segunda, en cuanto a la exigencia de que dichos textos estén en vigor en España o, en su caso, que el precepto en cuestión no hubiere sido objeto de reserva por parte de nuestro país (STC 57/1982, de 27 junio)<sup>157</sup>.

En relación al carácter abierto de la referencia a los normas internacionales, el Tribunal Constitucional ha acudido de modo amplio a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (a partir de la STC 108/1984, de 26 noviembre), al Convenio de Roma para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales de 1950<sup>158</sup>, a los Pactos internacionales de 1966<sup>159</sup>, a la Carta Social Europea, a los Convenios elaborados en el seno de la OIT, así como a otros Convenios de Naciones

<sup>154</sup> “...la protección jurídica de la familia que constituyen uno de los principios rectores de la política social conforme establece el art. 39 de la Constitución y ello debe informar la práctica judicial y la actuación de todos los poderes públicos según dispone el art. 53.3 de la Carta Magna”.

<sup>155</sup> “...dichos preceptos sólo pueden ser interpretados y aplicados de forma que no se conculque el aludido principio constitucional de protección a la familia, contenido en el art. 39.1 CE y que se salvaguarden los derechos y deberes de los cónyuges, entre ellos el de convivir desde el momento de la celebración del matrimonio”.

<sup>156</sup> Su significado histórico y jurídico constitucional en A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 15-34.

<sup>157</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La interacción entre el Derecho internacional...”, *cit.*, pp. 338 ss.

<sup>158</sup> Un examen detallado en A. SAIZ ARNAIZ, *cit.*, pp. 155 ss. En relación con el artículo 18.3 CE el TC hace una extensa referencias de la doctrina del TEDH que acoge, en relación con la intervención de la interceptación de las comunicaciones telefónicas (STC 184/2003, de 23 octubre, FFJJ 3 y 4).

<sup>159</sup> *Ídem*, p. 130.

Unidas<sup>160</sup>. Pero ha entendido que las observaciones que, en forma de Dictamen emite el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, no son resoluciones judiciales puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales y sus Dictámenes no pueden constituir una interpretación auténtica del Pacto dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia<sup>161</sup>.

También ha hecho referencia y ha aplicado el Derecho comunitario (SSTC 28/1991, de 14 febrero y 64/1991, de 22 marzo, entre otras), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (STC 222/2000, de 18 septiembre 2000) y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (SSTC 12/1981, de 10 abril y 36/1984, de 14 marzo, entre otras), del Tribunal de Luxemburgo (SSTC 145/1991, de 1 julio, 58/1994, de 28 febrero y 147/1995, de 16 octubre, entre otras<sup>162</sup>) y las decisiones de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos (STC 53/1985, de 11 abril).

Desde un ángulo diferente, la calificación que el TC ha realizado del artículo 10.2 CE como “regla de remisión” (STC 101/1984, de 8 noviembre) ha exigido determinar la función de este precepto en el sistema de garantía de los derechos fundamentales y libertades políticas. La doctrina ha entendido que esta cláusula posee un significado específico (frente al general del artículo 96 CE) y que, como mandato constitucional, constituye una obligación “de contraste” para el intérprete. Con tal alcance, el intérprete habrá de realizar una “interpretación conforme” de los derechos y libertades reconocidos por la CE y sólo en relación a un grupo particular de tratados, los relativos a los derechos fundamentales. En cuanto al modo en que ha de llevarse a cabo el contraste, el TC examina no sólo el precepto concreto sino también cómo ha sido interpretado por le TEDH o, en su caso, por el órgano de control del Convenio tomado en consideración<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> Las referencias en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La interacción entre el Derecho internacional...”, *cit.*, p. 340.

<sup>161</sup> STC 70/2002, de 3 abril (FJ 7). Se refería a la alegación relativa al derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal y a la inadecuación del sistema casacional para garantizar este derecho en aplicación del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2.1 del Protocolo núm. 7 del CEDH. No obstante, el TC entiende que las “observaciones” del Comité no han de ser interpretadas necesariamente como la puesta en cuestión de la idoneidad del recuso de casación penal para cumplir con las exigencias del Pacto sino que, interpretadas en el estricto ámbito de su competencia, se limitan a señalar que en un caso concreto un individuo concreto no tuvo la posibilidad de que su condena fuera revisada de acuerdo con los requisitos del art. 14.5 del Pacto, y que, como se afirma en el párrafo 13 “la obligación del Estado de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas”.

<sup>162</sup> En relación con estas sentencias y el alcance de la primacía del Derecho comunitario, *vid.*, A. SAIZ ARNAIZ, *cit.*, pp. 191-203. En cuanto a la decisión política de España de ratificar el TCUE por vía de Referéndum (RD 5/2005, de 14 enero, BOE de 15.I.2005), cabe señalar la previa Declaración del TC de 13 de diciembre de 2004 acerca de las preguntas que el Gobierno le dirigió en relación a la existencia o no de contradicción entre la CE y los artículos I-6, II-111 y II-112 del TCUE, la suficiencia o no del artículo 93 CE para proceder a la ratificación del mismo y, en su caso, el procedimiento de reforma constitucional requerido. Su respuesta al requerimiento declara, en decisión mayoritaria del pleno, previo descarte de contradicción alguna entre la CE y los mencionados artículos, la suficiencia del art. 93 CE para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado y en consecuencia la improcedencia de declaración alguna a propósito del cauce de reforma constitucional que, en otro caso, hubiera debido seguirse. Véase la obra de A. LÓPEZ CASTILLO, A. SAIZ ARNAIZ y V. FERRERES COMELLA, *Constitución Española y Constitución Europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DCT 1/2004, de 13 de diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

<sup>163</sup> Las referencias doctrinales al problema de la interpretación conforme de los derechos fundamentales en A. SAIZ ARNAIZ, *cit.*, pp. 205 ss.



Por otra parte, el resultado del contraste del contenido del derecho o libertad que la Constitución reconoce puede conducir a que el TC concluya que el sentido y alcance del derecho fundamental de la CE es el mismo que el de las normas sobre derechos humanos analizadas; en tal caso, la normativa internacional sólo vendría a “corroborar” la interpretación previa respecto de la norma interna, pues es aquella normativa la que ofrece los criterios que “configuran su sentido y alcance en el ordenamiento español” (SSTC 233/1993, de 12 julio y 254/1993, de 20 julio).

Sin embargo, en ciertos supuestos, el TC ha puesto de relieve que el derecho o libertad analizado es más amplio (STC 76/1982 de 14 diciembre, corroborada por otras posteriores), o su definición más explícita, en las normas internacionales sobre derechos humanos que en la norma interna<sup>164</sup>. Ahora bien, en atención a las circunstancias del caso, el contraste puede operar en un sentido negativo para concluir que en el caso no se incumple lo previsto en el artículo correspondiente del texto internacional contrastado (SSTC 36/1984, de 14 marzo y 64/1994, de 28 febrero), o bien puede permitir que se determinan otros extremos relevantes para la eficacia de un derecho o libertad (p. ej. el ámbito espacial en el que la Constitución los garantiza, SSTC 42/1986 de 15 abril y 199/1987, de 16 diciembre).

También es posible que ciertos derechos humanos, pese a estar consagrados en un tratado internacional del que España es parte, no estén reconocidos por la Constitución española o viceversa<sup>165</sup>. El problema entonces se plantea en términos de correspondencia entre los derechos reconocidos en la normativa internacional y en la Constitución española. Esta situación (derecho consagrado en un tratado internacional en el que España es parte pero no reconocido por la CE), señala el TC, desbordaría el ámbito del artículo 10.2 toda vez que la referencia a la normativa internacional sobre derechos humanos que impone el artículo 10.2 CE sólo puede operar respecto a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce<sup>166</sup> (STC 36/1991, de 14 febrero<sup>167</sup>). La doctrina<sup>168</sup> ha señalado que puede suceder que fuera innecesario consagrarlos en atención a ciertos principios constitucionales (p. ej., la prohibición de la esclavitud o el reconocimiento de la personalidad jurídica) o bien que su reconocimiento se haya producido a partir de otros derechos fundamentales de alcance más general o a partir de la cláusula del art. 10.1 CE (p. ej., con apoyo en la dignidad de la persona, así como en el alcance de los arts. 16 y 20 del PIDCP, la STC 214/1991 de 11 noviembre

<sup>164</sup> La doctrina constitucional la expone el citado autor en la misma obra, pp. 345 y 346. Véanse también las sentencias que indica M. PULIDO QUECEDO, *La Constitución española...*, cit., pp. 294-305.

<sup>165</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Las Normas Internacionales...”, cit., pp. 38-42.

<sup>166</sup> Con todo, tal derecho puede tener eficacia en el ordenamiento español por el cauce de los artículos 94 y 96 CE y 1.5 C.c., pero no a los fines del artículo 10.2 CE. Tratándose de derechos fundamentales reconocidos por la CE que carezcan de referente normativo internacional parece evidente que el 10.2 tampoco podría operar para interpretar aquéllos.

<sup>167</sup> El TC ha establecido que el artículo 10.2 CE “no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del Título I de nuestra Constitución, cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos o libertades de la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios”.

<sup>168</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Las Normas Internacionales...”, cit., pp. 40-42.

afirma con rotundidad que “el odio y desprecio de un pueblo o una etnia son incompatibles con el respeto de la dignidad humana”<sup>169</sup>.

De las consideraciones anteriores, y en particular desde la STC 36/1991, de 14 de febrero, cabe entender que el artículo 10.2 CE constituye una “cláusula de garantía” del contenido de los derechos humanos reconocidos por la Constitución pues viene a excluir que, por vía de interpretación, pueda reducirse el contenido de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la misma. Para fijarlos habrá de estarse tanto a la Declaración Universal como a los tratados internacionales en la materia, tanto los presentes como los que en el futuro pueda firmar nuestro país.

Por otra parte, si se admite esta función de garantía “externa” del precepto es posible derivar del mismo, como consecuencia, una conexión entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho interno en materia de derechos humanos; cuestión que habría de tenerse en cuenta a la hora de determinar cuales son los preceptos de la CE que reconocen derechos y libertades fundamentales que han de ser contrastados con las normas internacionales en virtud del mandato del artículo 10.2 CE.

La doctrina más reciente aboga por un criterio amplio y considera que se trata de todos los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, de manera que la interpretación que impone el 10.2 CE no quede constreñida al marco propio de los derechos susceptibles de amparo, sino se amplíe también a las restantes normas del Título I. Lo que implicaría, como ha señalado el profesor González Campos, que el contenido y alcance de un derecho o libertad según los textos internacionales a los que se remite el artículo 10.2 CE es el canon o parámetro jurídico a tener en cuenta para determinar el sentido y alcance de los derechos y libertades reconocidos en el orden interno<sup>170</sup>.

### **3. El alcance constitucional de la protección a la familia en la reagrupación familiar.**

La aparente identificación entre el derecho a la vida en familia y el derecho a la intimidad familiar en la Ley de extranjería lleva a preguntarnos sobre la posibilidad de realizar una lectura extensiva del desarrollo del derecho a la vida privada y familiar de los extranjeros (según la interpretación del art. 8.1 CEDH) como presupuesto del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE. Una respuesta afirmativa despejaría la duda acerca de la protección por vía de amparo del derecho a la vida familiar en supuestos de denegación del visado de reagrupación familiar<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Cuestión que ha sido abordada en relación con los extranjeros que residen irregularmente en España por I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005, pp. 121-130.

<sup>170</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La interacción entre el Derecho internacional...”, *cit.*, pp. 347-348.

<sup>171</sup> Ya hemos anticipado que esta postura encuentra apoyo doctrinal cuando se afirma que el derecho a reagrupar es un “derecho de residencia emanado directamente del derecho fundamental a la intimidad familiar y a la vida en familia”. *Vid.*, E. LÓPEZ BARBA y D. GARCÍA SAN JOSÉ, “El derecho de reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones internacionales asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 64, 2001, pp. 43-82, esp. p. 54. Más matizada es la opinión de P. SANTOLAYA MACHETTI al entender que el artículo 18 de la CE incluye esta dimensión,

### 3.1. Dimensión objetiva: valores e intereses.

Los poderes públicos tienen amplia discrecionalidad en materia de protección de la familia. El texto constitucional así lo reconoce y el TC corrobora la libertad del legislador en la elección de los medios para hacer efectivo el mandato del artículo 39 CE; aunque no le sea dable —una vez establecidas las reglas, instituciones o procedimientos— contrariar, en la concreta articulación, las determinaciones de la Constitución, en particular lo que impone el principio de igualdad (art. 14 CE)<sup>172</sup>.

Conviene así recordar la función que el artículo 39 CE cumple en nuestro sistema constitucional. El TC ha reiterado que el sentido de esta norma constitucional “está ligado a imperativos derivados del carácter social y democrático de nuestro Estado de Derecho (arts. 1.1 y 9.1 CE) y a la atención a la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”. Por ello, el TC afirma que “en una sociedad plural como la nuestra, no sea posible interpretar en términos restrictivos una norma como la que se contiene en el artículo 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo precepto”<sup>173</sup>.

Desde esta óptica, cabe realizar tres consideraciones en torno a la interpretación del artículo 39 CE en supuestos de reagrupación familiar. En primer lugar, la protección de la familia a que se refiere el artículo 39.1 CE permitiría la invocación, por parte de los órganos judiciales, de la valoración de las circunstancias que rodean la reagrupación familiar de los extranjeros asentados en nuestro territorio y de los valores familiares que los poderes públicos están obligados a proteger; valores que han recibido explícita concreción constitucional y gozan de la primacía que corresponde a la Constitución<sup>174</sup>.

En segundo lugar, una interpretación del derecho a reagrupar de los extranjeros que considere de forma más dinámica la protección constitucional de la vida en familia—sin forzar el contenido constitucional del derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 CE— no puede pasar por alto la transformación de la realidad española que ha convertido a nuestro país en un Estado receptor de inmigración. En efecto, la interpretación de la Constitución se desenvuelve en el tiempo al calor de los nuevos problemas que deben ser resueltos mediante las normas constitucionales y atendiendo a las nuevas realidades sociales que le corresponde ordenar<sup>175</sup>.

Finalmente, una hermenéutica acorde con los valores debería permitir la ponderación de esta nueva realidad social y la vinculación de los extranjeros efectivamente asentados en el territorio nacional, como materia constitucional. De acuerdo con este planteamiento, una adecuación entre el derecho subjetivo del

---

“pero lo hace en la medida en que hablemos del círculo familiar que constituye su vida privada, su intimidad”, *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., coord.), Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 27.

<sup>172</sup> STC 222/1992, de 11 diciembre (FJ 4).

<sup>173</sup> *Ídem* (FFJJ 4 y 5) y STC 47/1993, de 8 febrero (FJ 2).

<sup>174</sup> F. RUBIO LLORENTE, Prólogo a la obra *Derechos fundamentales y principios constitucionales. Doctrina jurisprudencial*, Ariel, Barcelona, 1995, p. IX.

<sup>175</sup> I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *cit.*, p. 179.

extranjero a reagrupar a su familia y el interés del Estado en aplicar su política de control de la inmigración debería atribuir relevancia constitucional a los vínculos concretos que puedan tener los extranjeros con la comunidad de acogida. La residencia efectiva del extranjero hace que estos vínculos se fortalezcan y, por lo tanto, merezcan una creciente protección constitucional<sup>176</sup>.

### 3.2. La posibilidad de tutela en amparo por conexión con el artículo 18 o con el artículo 19 CE.

A estos efectos, resulta pertinente constatar que en España, al igual que en otros países de nuestro entorno sociocultural, como Alemania y Francia, la concreción del estatus constitucional de los extranjeros ha sido sensible no sólo al tenor literal de sus Constituciones —y al tipo de derecho en cuestión— sino también, en alguna medida, a la vinculación del extranjero con la comunidad nacional<sup>177</sup>.

Uno de los casos pioneros de esta evolución interpretativa, en Alemania, fue el decidido por el Tribunal Federal Constitucional en 1987, precisamente en una cuestión relacionada con determinadas medidas restrictivas en materia reagrupación familiar<sup>178</sup>. Brevemente, el tema tuvo su origen en la crisis de los años setenta que llevó a Alemania a suspender el programa de reclutamiento de mano de obra extranjera. Ello tuvo como efecto que tanto la reagrupación familiar de inmigrantes de primera y segunda generación como el asilo se convirtieran en las dos vías fundamentales de acceso al país por parte de extranjeros no comunitarios<sup>179</sup>.

En 1981 el Gobierno federal sugirió a los *Länder* que limitaran a su vez esta vía de acceso recomendando denegar los permisos de residencia (por reagrupación) de los cónyuges de residentes extranjeros de segunda generación, salvo que el residente tuviera al menos 18 años y llevara en Alemania por los menos 8 años y al menos uno casado. La mayoría de los *Länder* siguieron esta recomendación; sin embargo, el de *Baden Württemberg* decidió elevar a tres el número de años de matrimonio requerido para que el inmigrante de primera o segunda generación pudiera traer consigo al cónyuge.

Planteada la cuestión ante el Tribunal Federal Constitucional, éste entendió que los vínculos familiares legitimaban no sólo al residente sino también al no residente para reclamar la protección de su derecho a una vida familiar constitucionalmente consagrado en el artículo 6 de la Constitución Federal. Pero el Tribunal negó la posibilidad de que este precepto constitucional fundara por sí mismo un derecho subjetivo del familiar a ser aceptado a efectos de la reunificación familiar, toda vez que el propio texto constitucional reconocía una amplia discrecionalidad a los poderes públicos en materia de inmigración. Pero, señaló que no basta con respetar el principio

---

<sup>176</sup> Véase STC 72/2005, de 4 abril (FJ 4).

<sup>177</sup> R. RUBIO MARÍN, “La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales”, en *Extranjería e Inmigración. Actas...*, op. cit., pp. 11-51, esp. p. 39.

<sup>178</sup> Decisión de 12 de mayo de 1987, *BVerfGE*, 76, 1 y *NJW*, 1988, 626 (tomado de R. RUBIO MARÍN, *idem*, p. 42). También en F. JAULT SESEKE, *cit.*, pp. 54-55, que critica la decisión por ser poco respetuosa con la seguridad jurídica y abandonar una línea de la jurisprudencia alemana en materia de derechos fundamentales que, en virtud de la *teoría del efecto reflejo de los derechos fundamentales*, primaba los intereses de la comunidad familiar —incluso si ésta no se encontraba en suelo alemán—, sobre los del Estado en el control de la inmigración.

<sup>179</sup> F. JAULT SESEKE, *cit.*, p. 40.

de legalidad y tipicidad sancionatoria, o las garantías procesales vinculadas a la naturaleza de la expulsión, sino también que ha de asumirse plenamente el principio de proporcionalidad. Y, en la realización de esa tarea, el Tribunal Constitucional alemán otorgó relevancia a la formación de vínculos personales y profesionales en el lugar de residencia<sup>180</sup>.

Merece resaltarse el alcance interpretativo que el Alto Tribunal atribuyó al artículo 6 de su Constitución al sentar que, además de un derecho subjetivo, representa en su vertiente objetiva un orden de valores en virtud del cual los poderes públicos estaban obligados a proteger a la familia, de donde resultaba la obligación de tener en cuenta los vínculos familiares de un solicitante de permiso de residencia, según los derechos fundamentales como orden de valores<sup>181</sup>. Desde estos postulados, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el requisito de los tres años de matrimonio previo a la reunificación, por entender que afectaría de forma desproporcionada e intolerable a los intereses familiares en juego<sup>182</sup>; decisión que resulta coherente con la interpretación que, del artículo 8 CEDH, ha venido realizando el Tribunal de Estrasburgo en materia de inmigración familiar según hemos examinados en el Capítulo precedente.

Cuestión que no ha pasado desapercibida entre nosotros. En efecto, ya el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de septiembre de 2005<sup>183</sup> advierte la compleja tarea de exégesis que ahora pesa sobre los jueces y tribunales para interpretar y aplicar los aludidos preceptos (se refiere al art. 39.1 CE en relación con el ejercicio del derecho a la reagrupación en España en los términos consagrados por la LO 4/2000, de 11 de enero), dado que, según el artículo 32.1 CE, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y desde ese momento nacen los derechos y deberes de los cónyuges, entre

<sup>180</sup> Lo que no es sino reflejo de la inmediata aplicabilidad de la doctrina del juicio de proporcionalidad del TEDH; en España, afirmada en las SSTC 303/1993, de 25 octubre (FJ 8) y 119/2001, de 24 mayo (FJ 6).

<sup>181</sup> La interpretación de los derechos fundamentales consagrados en la Ley Fundamental de Bonn como “orden objetivo de valores” se basa en los estudios de G. Dürig sobre la dignidad de la persona y en la célebre sentencia Lüth del Tribunal Constitucional alemán de 1958. *Cfr.*, por todos, K. HESSE, “Significado y función de los derechos fundamentales”, en *Manual de Derecho Constitucional* (BENDA, E. *et al.*), Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 91 ss. La jurisprudencia constitucional española se refiere también a los derechos fundamentales como “expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del Constituyente, ha de informar al conjunto de la organización política y jurídica” (así lo enuncia, por todas, la STC 53/1985, de 11 abril). Sobre la comprensión de tal sistema de valores en nuestro ordenamiento constitucional, *cfr.* I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *cit.*, pp. 25.

<sup>182</sup> La Corte Constitucional alemana, en su decisión, invitaba a legislar sobre la reagrupación familiar si bien dejando asentado que del artículo 6 de la Ley fundamental no se deriva una obligación de consagrar el derecho a la reagrupación familiar. La discusión doctrinal que dicha decisión suscitó en el país quedó zanjada desde que en 1991 entrara en vigor una nueva ley de extranjería (*Ausländergesetz*) consagrando un derecho subjetivo a la reagrupación familiar. Sólo en el supuesto de que el reagrupante no cumpla las condiciones legales establecidas podrá la autoridad administrativa rechazar la autorización de residencia pero, y en este punto el artículo 6.1 de la Ley fundamental recobra toda su importancia, la decisión administrativa habrá de ser motivada y deberá confrontar los intereses de la familia con los demás intereses fundamentales.

<sup>183</sup> Se trata de una reciente sentencia del TS por la que se declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra sentencia de la Audiencia Nacional (SAN de 18 junio 2002) que estimó la cuestión de ilegalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña (Auto de 11.5.2001) y declaró la nulidad del punto 2º del art. 2 g) de la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996, precepto que exigía un periodo previo de matrimonio de tres años a la fecha de solicitud de la exención de visado. Esta cuestión será tratada con mayor detalle en el Capítulo II.

los que los artículos 67 y 68 del Código civil contemplan la convivencia y la mutua ayuda, “que difícilmente se conciben si se impide la reagrupación familiar por un plazo más o menos largo o si cualquiera de ellos se ve obligado a salir del territorio español para obtener un visado de residencia que, en principio, pudiera ser denegado” (FJ 3 *in fine*).

En Italia, el derecho a la reagrupación familiar se vincula al derecho a la unidad familiar de carácter fundamental. Ante la Corte Constitucional se ha suscitado ya la cuestión de saber el alcance constitucional de limitaciones al ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. En efecto, a mediados de los años noventa, la Corte Constitucional se pronunció en dos ocasiones respecto del artículo 4 de la Ley 943/1986 a cuyo tenor:

...los trabajadores extracomunitarios que residan legalmente en Italia y que tengan un trabajo tienen derecho a reagrupar al cónyuge y a los hijos solteros a su cargo, considerados menores de acuerdo con la legislación italiana, los cuales serán admitidos en el territorio nacional y podrán permanecer allí por el mismo periodo por el que haya sido admitido el trabajador y siempre que este último se encuentre en condiciones de asegurarles normales condiciones de vida.

La Corte Constitucional, requerida por un Tribunal Administrativo regional de *Friuli Venecia Giulia* sobre la duda de constitucionalidad del mencionado artículo 4, en Sentencia de 12 de enero de 1995, afirmó la relevancia constitucional de la reagrupación familiar. Según la Corte

...el derecho y el deber de mantener, instruir y educar a los hijos y, consecuentemente, de tenerlos consigo y el derecho de los padres y de los hijos menores a una vida en común en el seno familiar son derechos fundamentales de la persona que, por lo tanto, pertenecen de forma intrínseca también a los extranjeros mencionados en la Ley.

En un pronunciamiento posterior, de 17 de junio de 1997, la Corte declaró constitucionalmente ilegítimo el artículo 4 de la citada Ley. El asunto planteaba el problema de la denegación de un visado de residencia solicitado por el progenitor no comunitario de un menor legalmente residente en Italia con el otro progenitor, no estando unido en matrimonio. Algún sector de la doctrina italiana ha señalado que este fallo de la Corte invierte “la tradicional estructura asimétrica de la reagrupación familiar en el sentido de que no se considera un derecho exclusivo del cabeza de familia a traer a sus familiares a Italia, sino como un derecho fundamental del que es titular cada uno de los miembros de la familia, incluso de las familias de hecho, a restablecer la integridad del núcleo en el territorio”<sup>184</sup>.

Cabe señalar que la citada Ley fue modificada por Ley 40/1998 (Ley turco-apolitano)<sup>185</sup> que permite la reagrupación del menor legalmente residente en Italia con

---

<sup>184</sup> G. FAMIGLIETTI, “La reagrupación familiar de los inmigrantes en la normativa italiana”, *Problemas constitucionales de la inmigración...*, *op. cit.*, pp. 453-461, esp. p. 455.

<sup>185</sup> La promulgación de esta Ley, por lo que hace a nuestro tema de estudio, ha dado lugar a que el Tribunal del Prato haya planteado a la Corte constitucional la “cuestión de legitimidad constitucional” del artículo 29.1 c) (reagrupación del ascendiente a cargo) en relación con los artículos 2, 3, 29 y 10 de la Constitución italiana. La Corte, en sentencia núm. 224/2005 de 6 junio, ha declarado no fundada la citada cuestión de legitimidad, haciendo referencia expresa al artículo 8 CEDH en cuanto al derecho al respeto a la vida familiar que dicho precepto consagra, en la medida en que puede ser restringido por razones de seguridad nacional, orden público, bienestar económico del país, etc. Para la Corte

el progenitor natural siempre que éste demuestre, en el plazo de un año desde su entrada en Italia, cumplir con los requisitos de vivienda y renta anual suficiente. Un cambio posterior de la normativa italiana en materia de inmigración y derechos de los extranjeros tuvo lugar por Ley de 30 de julio de 2002 (Ley Bossi-Fini), también afectada por una cuestión de inconstitucionalidad elevada por el Tribunal de Trento, el 28 de abril de 2003, por posible violación, entre otros, de los artículos 2, 3, 29 y 30 de la Constitución<sup>186</sup>.

En España, la unificación familiar y el arraigo del extranjero han sido valorados en un supuesto de expulsión como bienes o valores con relevancia constitucional (STC 242/1994 de 20 julio). El supuesto concreto trataba el derecho fundamental a la libre elección de residencia y circulación por el territorio nacional frente a una expulsión acordada por un órgano judicial en la que se cumplían los presupuestos legales que autorizaban la medida.

El Tribunal Constitucional reconoció que, además de comprobar este extremo, es preciso que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional —entre los cuales el Tribunal menciona el arraigo del extranjero en España y la unificación familiar, ambos, según la Sentencia, vinculados con el artículo 39.1 CE— “que deben ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la Ley y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión”. La STC 242/1994 ha hecho uso, pues, de una vía interpretativa según la cual cabe usar la conjunción del artículo 13.1 y del 10.2 CE para que los tratados internacionales que se expresen en términos más generosos sirvan al efecto de otorgar un grado de protección creciente a favor de los extranjeros efectivamente asentados en España.

Una Sentencia más reciente analiza el derecho a entrar en España y la libertad de residencia en sede del artículo 19 CE. Se trataba de un supuesto de denegación de

---

constitucional “in merito a tale censura è sufficiente osservare che non è invocabile l’art. 10 della Costituzione, poiché, secondo l’indirizzo di questa Corte, «esorbita dagli schemi del diritto internazionale pattizio»...”. En posterior decisión (Ordenanza 464/2005, de 14 diciembre), sobre la constitucionalidad del mismo artículo e inciso (reagrupación del ascendiente a cargo), planteada por el Tribunal de Génova, la Corte ha declarado manifiestamente infundada la cuestión de legitimidad constitucional del mencionado precepto en relación a los artículos 3 y 9 de la Constitución italiana, leídos a la luz del artículo 8 CEDH, II-85 y II-93 de la Constitución europea ejecutiva en Italia en virtud de la Ley de 7 de abril de 2005.

<sup>186</sup> El asunto traía como causa la solicitud de suspensión de una expulsión ordenada respecto de una joven de origen bosnio cuyos padres residían legalmente en Italia. La solicitante había permanecido en Bosnia a cargo de la abuela, país en donde concluyó sus estudios y depende económicamente de sus padres pese a haber alcanzado la mayoría de edad. Según el Auto de planteamiento, la interesada no tenía posibilidad de encontrar trabajo en Bosnia mientras que en Italia se le ofrecía un trabajo por parte del empleador de su padre, dispuesto a contratarla si obtenía la documentación necesaria para poder trabajar. En estas condiciones y con la ayuda de sus padres, podría vivir en Italia. El juez ordenó la suspensión provisional de la orden de expulsión y elevó la cuestión de constitucionalidad ante la Corte pues consideraba que la norma italiana que impedía la reagrupación familiar “in situ” del hijo mayor de edad que aún depende de los padres y que puede obtener un trabajo en Italia era contraria “a los principios que consagran el rango constitucional de los derechos de la familia y la unidad familiar”. En sentencia 187/2004 de 21 junio, la Corte constitucional declaró la inadmisibilidad de la cuestión de constitucionalidad planteada, respecto del artículo 29.1 letras b) y b) bis, porque “il giudice *a quo* indica inoltre i parametri Della ritenuta illegittimità costituzionale in modo del tutto generico e non esprime in modo univoco quale sia l’intervento richiesto alla Corte, e cioè se esso sia additivo ovvero caducatorio della disposizione che viene censurata”.

entrada al territorio nacional de un ciudadano marroquí y la orden de retorno en frontera al lugar de procedencia. En lo que aquí interesa, es decir la cuestión de si existe un derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España al amparo del artículo 19 CE, el Tribunal afirma que de forma expresa tal derecho no se reconoce al nacional extranjero, pues éste sólo se predica de los españoles. Ahora bien, el Tribunal advierte, sin embargo, que la argumentación y la conclusión a la que llega (denegación del amparo solicitado), se desenvuelven en un terreno muy general que no afectan ni se proyectan sobre supuestos concretos en los que concurren circunstancias específicas que cualifican la situación como son: el régimen jurídico del derecho de asilo; el derecho a entrar en España de los ciudadanos de la Unión Europea; la situación de los extranjeros que ya están residiendo legalmente en España y pretendan entrar en el territorio nacional después de haber salido temporalmente; y los supuestos de reagrupación familiar<sup>187</sup>.

De todo lo anterior, pueden apuntarse algunas conclusiones de carácter provisional. La protección de la familia a que se refiere el artículo 39.1 CE pese a no ser un derecho fundamental incorpora como valor el juicio acerca de la adecuación de la medidas restrictivas de otros derechos, por ejemplo, el artículo 19 CE o *a fortiori*, del artículo 18 CE. En este sentido podría entenderse que el artículo 39.1 CE configuraría el marco constitucional de otros artículos como el artículo 18.1 o el artículo 19 CE.

No obstante, pueden continuar existiendo reservas acerca de la protección de la vida privada y familiar por vía de amparo que, como señala L. Pomed Sánchez, acaso quepa disipar considerando la posibilidad de desarrollar esa vida privada y familiar (con la amplitud reconocida por el Tribunal de Estrasburgo) como presupuesto del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE<sup>188</sup>. A nuestro modo de ver, si convenimos en que la reagrupación familiar juega un papel importante en la integración de los inmigrantes, la justicia constitucional debería tener a su disposición vías de control sobre las decisiones administrativas que, en materia de reagrupación familiar, puedan afectar a este ámbito

Cierto es que al Tribunal Constitucional no le compete determinar la orientación de las políticas de inmigración; sin embargo, cabría plantear el recurso de amparo cuando un formalista control que no pondere otros bienes o valores con relevancia constitucional, impidiera la vida en familia de las personas concernidas. Si los controles son, además, humillantes o contrarios a la pluralidad cultural (como valor de nuestras sociedades) la dignidad de la persona debería adquirir, entonces, un significado menos “uniformador” por referencia a su aplicación en una sociedad que ya no es culturalmente homogénea.

El reto democrático que trae consigo la realidad migratoria obligaría pues a dar relevancia constitucional a la exigencia del particular de ver favorecida la integración de la familia en la célula creada en el país de acogida y a tomar en cuenta la evolución de las circunstancias sociales del inmigrante en dicho país, tal y como ha declarado el Tribunal de Estrasburgo en las Sentencias Şen y Tuquabo-Tekle.

---

<sup>187</sup> STC 72/2005, de 4 abril (FJ 4 *in fine*).

<sup>188</sup> Sobre el contenido mínimo del derecho de igualdad y los límites al trato desigual, véase L. POMED SÁNCHEZ, *cit.*, pp. 110-112.



No se trata, pues, de discutir el margen de discrecionalidad que legítimamente tiene el Estado para regular los flujos migratorios y restringir la inmigración, sino de ponderar los postulados constitucionales que, a nuestro modo de ver, no pueden ser desconocidos en la entrada de los extranjeros inmigrantes que, como personas, merecen el respeto a la expectativa de poder establecerse con sus familias en el lugar elegido.

Por eso, aunque la reagrupación familiar se vincule a la protección de la vida familiar encomendada a los poderes públicos por el artículo 39.1 CE, éstos deberían tomar en cuenta, como materia con relevancia constitucional, las exigencias que se derivan de la vinculación de los extranjeros efectivamente asentados en el territorio nacional y ponderar la prioridad de ver favorecida su integración en España como valores ínsitos en el carácter social y democrático de nuestro Estado de Derecho.



## **El régimen jurídico de la reagrupación familiar en el Derecho español de extranjería**

### **I. INTRODUCCIÓN**

El cauce administrativo por el que los extranjeros residentes en España pueden hacer efectivo el derecho a la vida en familia se enmarca en un régimen jurídico especial caracterizado durante años por su extraordinaria complejidad<sup>1</sup>. Aunque la complejidad sea nota común en las normas de extranjería, el grado de dificultad aumenta si consideramos dos circunstancias de la realidad jurídica y política. La primera, derivada de la asunción por parte de la Unión Europea de competencias en las materias de visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas a que nos hemos referido en el Capítulo anterior. Al mismo tiempo, los Estados miembros podrán mantener o introducir en los ámbitos de que se trate disposiciones nacionales siempre que sean compatibles con el Tratado y los acuerdos internacionales (art. 63 aps. 3 y 4 TCE). La segunda, derivada de los vaivenes políticos que reorientan la política migratoria en cada ocasión y suelen afectar por igual a las normas típicas de inmigración (formalidades administrativas) como al estatuto jurídico de los extranjeros (derechos). En los últimos años, el vértigo de las reformas ha sido una constante tanto en el nivel normativo comunitario como en las legislaciones internas de los Estados miembros. España no es una excepción.

La consecuencia de esta situación se plasma en el plano jurídico en la existencia de dos regímenes claramente diferenciados sobre los que se construye la regulación de la condición jurídica de los extranjeros en España (pluralidad de estatutos de extranjería<sup>2</sup>). El primero de ellos, el denominado régimen comunitario, aplicable a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (RD 178/2003, de 14 de febrero) así como a los ciudadanos suizos y a los miembros de sus familias, en virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre libre circulación de personas (Disp. adic. primera del RD 178/2003) y a los familiares de españoles con independencia de su nacionalidad. El otro régimen (el general) es el referido al resto de los extranjeros no comunitarios, a su vez diferenciado del aplicable a las personas demandantes de asilo,

---

<sup>1</sup> A. EMBID IRUJO, *El ciudadano y la Administración: los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración según la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1994, p. 27.

<sup>2</sup> A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Los estatutos de los extranjeros...”, *cit.*, pp. 15-16; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Los movimientos migratorios y la nueva configuración del tráfico externo”, *AHLADI*, núm. 8, 1987, pp. 49-74; y A. MARÍN LÓPEZ, “Los extranjeros favorecidos en su entrada en España”, en *El Derecho internacional en los albores...*, *op. cit.*, pp. 433-462.

refugiados y otras personas en situación de especial vulnerabilidad (especialidad dentro del régimen general de extranjería). En este sentido, se ha afirmado que en el derecho de extranjería algunos extranjeros son más extranjeros que otros<sup>3</sup>.

Por lo que respecta a la reagrupación familiar, la vinculación de los sujetos concernidos al núcleo de la ciudadanía de la Unión Europea va a determinar un tratamiento jurídico de la familia más beneficioso, por contraposición al régimen jurídico de los supuestos puramente extracomunitarios; es decir, aquellos en los que únicamente participan nacionales de terceros países<sup>4</sup>. En efecto, en este último régimen, los controles establecidos para la obtención de los correspondientes permisos (básicamente de entrada y de residencia) se traducen en condiciones y requisitos que no se admiten en el marco de las formalidades del régimen comunitario<sup>5</sup>. En tanto que la reagrupación familiar de los refugiados, demandantes de asilo y personas necesitadas de especial protección, se incluye en el ámbito de aplicación personal de las medidas que adopta la Comunidad en el marco de la legislación de asilo.

En relación con el régimen general, la normativa española en materia de extranjería e inmigración no ha sido inmune a los cambios políticos de los últimos años. La norma básica en la materia (LO 4/2000, de 11 de enero) fue sustancialmente modificada antes de cumplir el primer año de vida (LO 8/2000, de 22 de diciembre), sin tiempo prácticamente a ser aplicada. Las modificaciones de signo diverso introducidas por la Ley 8/2000 resultaron distorsionadoras al oscurecer la coherencia del sistema<sup>6</sup> pues, como hizo notar J.M. Espinar Vicente, no puede cambiarse una ley fingiendo que se reforma<sup>7</sup>. En efecto, la versión reformada de la LO 4/2000 introdujo una directriz de signo contrario a la primigenia que, al convivir en un mismo texto, generó fuertes contradicciones internas. Diagnóstico que la aplicación práctica de la norma se encargó de poner de relieve y los tribunales de corregir en cierta medida. En un intento superador de esta dificultad, en el año 2003 y en un periodo de dos meses, la Ley fue revisada por dos veces (LO 11/2003, de 29 de septiembre y LO 14/2003, de 20 de noviembre); la segunda modificación a resultas de la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003<sup>8</sup>. Cabe decir que hubo entonces un frágil consenso político.

En cuanto a su norma reglamentaria de desarrollo, en un periodo de tres años hemos asistido a la promulgación de dos Reglamentos radicalmente distintos en cuanto a su

---

<sup>3</sup> La expresión en P. LAGARDE, "Rapport de synthèse", en *L'étranger. Journées luxembourgeoises 1997*, (Association Henri Capitant), t. XLVIII Collection Colloques Association Henri Capitant, L.G.D.J., Paris, 2000, pp. 23-42.

<sup>4</sup> Sobre este punto concreto en España, véase, L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, en el Prólogo a *Régimen administrativo de los extranjeros en España. Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados*, (APRELL LASAGABASTER, M.C.), Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 10.

<sup>5</sup> Para una síntesis completa y estructurada, véase P. JIMÉNEZ BLANCO, "Las libertades de circulación...", *cit.*

<sup>6</sup> E. PÉREZ VERA en A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, *op. cit.*, p. 305.

<sup>7</sup> J.M. ESPINAR VICENTE, *Comentarios a la nueva Ley de extranjería*, *cit.*, p. 89.

<sup>8</sup> La STS de 20 marzo 2003 anuló varios incisos y preceptos del Reglamento de 2001: el inciso final del artículo 38; el artículo 41.5; el inciso "en España" de los apartados d) y e) del artículo 49.2; el inciso "o de expulsión" del artículo 56.8; el artículo 57.1; el artículo 84.2; el artículo 84.6; el artículo 117.2; el artículo 127.2.c; el artículo 130.6; el artículo 136.3; así como el inciso "o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta" del artículo 138.1.b.

concepción y estructura<sup>9</sup> (RD 864/2001 de 20 de julio y RD 2393/2004 de 30 de diciembre) así como a innumerables órdenes e instrucciones de desarrollo. Además, se han sucedido dos procesos de regularización, el primero, arbitrado por la LO 4/2000 reformada por la LO 8/2000<sup>10</sup>; y, el segundo, autorizado por la Disposición Transitoria Tercera del RD 2393/2004<sup>11</sup>.

En medio de esta “turbulencia normativa”, los tribunales de justicia han intervenido con ocasión de diversos recursos planteados por distintos actores sociales (instituciones, partidos políticos y organizaciones no gubernamentales). El Tribunal Supremo se ha pronunciado en sendos recursos promovidos por la Federación de Asociaciones ProInmigrantes Andalucía Acoge contra el RD 864/2001 (régimen general<sup>12</sup>) y el RD 178/2003 (régimen comunitario<sup>13</sup>) declarando la nulidad de determinadas condiciones impuestas a los miembros de la familia. Por otro lado, penden ante el Tribunal Constitucional los recursos de inconstitucionalidad planteados por los Gobiernos de las Comunidades Autónomas del País Vasco, Andalucía, Extremadura, Castilla-La Mancha, el Parlamento de Navarra, el Gobierno del Principado de Asturias y el Grupo Parlamentario del Partido Socialista Obrero Español, tras la entrada en vigor de la LO 8/2000, el 23 de enero de 2001<sup>14</sup>.

En el plano comunitario, el Tribunal de Justicia ha declarado el incumplimiento de España “al no haber adaptado correctamente a su ordenamiento las Directivas 68/360, 73/148 y 90/365; en particular, al imponer a los nacionales de un país tercero, miembros de la familia de un nacional comunitario que ha ejercido su derecho de libre circulación,

---

<sup>9</sup> Consecuencia del cambio del Gobierno y signo político tras las elecciones de marzo de 2004.

<sup>10</sup> RD 142/2001, de 16 de febrero, por el que se establecen los requisitos para la regularización de extranjeros prevista en la disposición transitoria cuarta de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros e España y su integración social (BOE núm. 44, de 20.2.2001).

<sup>11</sup> Orden PRE/140/2005, de 2 de febrero por la que se desarrolla el procedimiento aplicable al proceso de regularización previsto en la disposición transitoria tercera 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 derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>12</sup> STS de 20 marzo 2003.

<sup>13</sup> La STS de 10 junio 2004 declaró la nulidad del inciso “y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos” del párrafo primero del artículo 2 del Real Decreto recurrido, así como el inciso “y se acredite la convivencia en España al menos durante un año”, del apartado 4 del artículo 11.3.C de dicho Real Decreto.

<sup>14</sup> Recurso de inconstitucionalidad núm. 1668/2001, promovido por el GP del PSOE en el Congreso de los Diputados, en relación con el artículo primero, aps. 5, 6, 9, y 16; Recurso de inconstitucionalidad núm. 1671/2001, promovido por la Diputación General de Aragón, en relación con el artículo primero, aps. 5, 6, 9, y 16; Recurso de inconstitucionalidad núm. 1677/2001, promovido por la Junta de Extremadura, en relación con el artículo primero, aps. 5, 6, 9, y 16; Recurso de inconstitucionalidad núm. 1679/2001, promovido por el Gobierno del Principado de Asturias, en relación con el artículo primero, aps. 5, 6, 9, y 16; Recurso de inconstitucionalidad núm. 1640/2001, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, en relación con el artículo primero, aps. 5, 6, 9, 16 y 56; Recurso de inconstitucionalidad núm. 1644/2001, promovido por el Parlamento Vasco, en relación con el artículo primero, aps. 5, 6, 9, 12, 13, 50, 54, 55 y 56; Recurso de inconstitucionalidad núm. 1669/2001, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en relación con el artículo primero, aps. 5, 6, 9, 15, 16, 50, 56 y 57; y Recurso de inconstitucionalidad núm. 1707/2001, promovido por el Parlamento de Navarra, en relación con el artículo primero, aps. 5, 6, 9, 12, 13, 14, 16, 20, 50, 53 y 56; todos ellos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, 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.

la obligación de obtener el visado de residencia para la expedición del permiso de residencia”<sup>15</sup>.

En cada ocasión, de reforma legislativa o vía judicial, la reagrupación familiar ha merecido atención y, consecuentemente, su régimen jurídico ha resultado afectado. Entretanto, el 3 de octubre de 2003 entraba en vigor la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar. La tramitación de la Directiva tampoco estuvo exenta de altibajos como lo demuestran las tres propuestas previas a su adopción y el endurecimiento de las condiciones, a medida que la negociación avanzaba (o se estancaba) en un largo proceso que duró cerca de tres años.

Conocer los antecedentes históricos de la actual regulación de la reagrupación familiar de los extranjeros nacionales de terceros países, el procedimiento administrativo vigente y las tareas que aún quedan por cumplir para adecuar la legislación interna al derecho comunitario es la finalidad básica de este Capítulo. Su análisis se estructura en torno a dos regímenes: el general, aplicable a los nacionales de terceros países y sus familias; y, el especial, aplicable a los refugiados y apátridas; solicitantes de asilo; personas en especial situación de vulnerabilidad; y desplazados temporales (estos tres últimos grupos están excluidos del ámbito de aplicación personal de la Directiva 2003/86/CE).

## I. RÉGIMEN COMÚN

### 1. La reagrupación familiar en el ámbito de los visados de residencia: breve apunte histórico.

Al objeto de mejor comprender los rasgos y las peculiaridades que caracterizan el actual régimen jurídico de la reagrupación familiar conviene realizar un somero repaso de los hitos históricos más relevantes de su regulación.

#### 1.1. El visado como exigencia de carácter general.

Durante años ninguna norma administrativa 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<sup>16</sup>. Una vez aprobada la Constitución de 1978, tampoco en la LO 7/1985, de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España<sup>17</sup> recibió la reagrupación

---

<sup>15</sup> Una disposición de idéntico tenor que se contenía en el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas sustituido por el vigente Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero que lo derogó. STJCE de 14 abril 2005 en el Asunto C-157/03 (Comisión c. Reino de España).

<sup>16</sup> Por otra parte, los contenidos del RD 522/1974, de 14 de febrero (BOE núm. 50, de 27.2.1974) no se adecuaban a los principios jurídicos incorporados posteriormente por la Constitución de 1978; *vid.*, E. PÉREZ VERA (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, Madrid, 1985, pp. 216-249.

<sup>17</sup> El texto de 1985 fue elaborado sobre el Proyecto presentado en 1981 por el Gobierno de UCD cuya tramitación parlamentaria fue anulada debido a la disolución de las Cámaras en julio de 1982. La nueva legislatura, con el Partido Socialista en mayoría absoluta, tramitó de forma rápida el proyecto, que había obtenido una notable convergencia de todos los grupos parlamentarios. Sólo hubo 3 votos

familiar un tratamiento específico, aunque —de modo incidental— esta posibilidad se podía materializar en el artículo 13.3 de dicha Ley que permitía la concesión de un permiso de residencia a los menores de 18 años y a los incapacitados, incluyéndolos a unos y a otros “en el permiso correspondiente a la persona bajo cuya guarda se encontrasen, si ésta así lo solicitara”<sup>18</sup>.

Hubo que esperar al año 1986 para encontrar el primer texto reglamentario que, con carácter general, estableciera los requisitos administrativos para la reagrupación familiar. En efecto, el artículo 7.2 del RD 1119/1986, de 26 de mayo<sup>19</sup>, de desarrollo reglamentario de la LO 7/1985 enmarcó la reagrupación familiar en el ámbito de las peticiones de visados y permisos de residencia de trato especial<sup>20</sup>, subordinando su concesión a tres condiciones: la instalación en España del extranjero con quien se solicitara la reagrupación; la acreditación de que dicho extranjero tuviera medios económicos suficientes para el sostenimiento de la familia; y la prueba de la existencia de los vínculos de parentesco de las personas a que se refería el artículo 7.2 (miembros de la familia<sup>21</sup>).

En relación con el procedimiento, baste con señalar como características más destacada en este periodo la falta de unidad de criterio en la tramitación de los visados y la total discrecionalidad de las autoridades competentes en la valoración de los requisitos materiales y exigencia documental<sup>22</sup>. En estas circunstancias, el control

---

en contra y 260 a favor. Véase, *in extenso*, M.C. APRELL LASAGABASTER, *Régimen administrativo de los extranjeros en España. Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 26.

<sup>18</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y H. GRIEDER MACHADO, “La reagrupación familiar de los extranjeros en España”, en *El nuevo derecho de extranjería* (Rodríguez Benot, A. y Hornero Méndez, C., coords.), Granada, Comares, 2001, pp. 97-143, esp. p. 104. En el mismo sentido, *vid.* C. ESPLUGUES MOTA y M. DE LORENZO SEGRELLES, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España. Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 102-104; y A. MARTÍNEZ, “La reagrupación familiar”, en *Diez años de la Ley de extranjería...*, *op. cit.*, pp. 196-208, p. 196.

<sup>19</sup> BOE núm. 140, de 12 de junio de 1986. Este RD derogó, entre otros, el RD de 17 de noviembre de 1852, sobre clasificación, residencia y condición civil de los extranjeros en España y la Real Orden de 7 de junio-3 de octubre de 1895, sobre observancia de determinados artículos del Real Decreto de Extranjería.

<sup>20</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 (disp. adic. Tercera). En todo caso, según el párrafo 3 del Artículo Único de dicho RD, las normas se aplicarían “sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados constitutivos reguladores de las Comunidades Europeas y en sus modificaciones, así como en el derecho derivado de los mismos”. La existencia de Directivas comunitarias en desarrollo de la libre circulación de personas de los ciudadanos comunitarios y de sus familias motivó que en la misma fecha (26 de mayo de 1986), se dictara el RD 1099/1986 sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas (BOE núm. 139, de 11.6.1986, derogado), cuyo ámbito de aplicación personal incluía a “los familiares de españoles que sean ciudadanos de Estados miembros de la CEE o de terceros países”.

<sup>21</sup> El núcleo familiar quedó circunscrito a las siguientes personas: (1) el cónyuge de un español o de un extranjero residente en España; (2) los hijos menores de dieciocho años o mayores de edad, cuando dependan legal y económicamente de un español o de un extranjero residente en España; (3) los menores o incapacitados cuyo representante legal sea un español o un extranjero residente en España; y, (4) los extranjeros que sean ascendientes o descendientes de un español o de un extranjero residente en España.

<sup>22</sup> Por ejemplo: para justificar el vínculo matrimonial, además de los certificados o actas registrales, era exigida una acta de manifestación notarial haciendo constar que el reagrupante y cónyuge se hallaban

jurisdiccional de las decisiones denegatorias de visado fue consolidando una valiosa doctrina jurisprudencial que estableció límites a la discrecionalidad administrativa<sup>23</sup> y valoró la reagrupación familiar en el marco constitucional de los principios orientadores que ordenan la protección de la familia (art. 39.1 CE)<sup>24</sup>.

Esta interpretación fundamentaba la exención del visado en las razones excepcionales del artículo 5.4 del Reglamento de 1985<sup>25</sup> y ello abrió la puerta a la reagrupación *in situ*<sup>26</sup>, también favorecida por el artículo 22.7 del citado Reglamento que permitía la presentación de la documentación bien en la comisaría de policía de la localidad donde se encontrase el extranjero bien en la legación consular<sup>27</sup>.

## 1.2. La reagrupación familiar como circunstancia excepcional para la exención del visado.

Un segundo hito en este proceso reglamentario lo constituye la Circular conjunta de 1 de julio de 1988 que fijó un catálogo de circunstancias excepcionales que, de concurrir encontrándose el extranjero en España, permitía a la autoridad gubernativa autorizar la exención de visado al cónyuge de un español o de un extranjero con permiso de residencia en España<sup>28</sup>.

---

casados a la fecha de la solicitud y la voluntad de reagrupar al cónyuge en el país de origen. Tratándose de ascendientes (sin límite de grado) debían ser mayores de 65 años. En cuanto a la disponibilidad y condiciones de la vivienda se exigía, si se trataba de alquiler, que el contrato estuviera visado por la Cámara de la Propiedad Urbana o por el Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria y, en todo caso, la cédula de habitabilidad de la vivienda. *Vid.*, A. MARTÍNEZ, *cit.*, p. 196.

<sup>23</sup> Por todas, *vid.* SSTS de 22 febrero 1991 y de 19 diciembre 1990.

<sup>24</sup> Para esta afirmación, SSTS de 10 octubre 1994 y de 24 diciembre 1994. El supuesto de reagrupación familiar es uno "...de los contemplados por los artículos 4.4 y 22.3 del Reglamento de 26 de mayo de 1986, al constituir el reagrupamiento familiar legítimamente acreditado una de las circunstancias excepcionales justificativas de la exención de visado..." derivado "...de la necesidad de proteger a la familia y mantener su unión". En este mismo sentido se pronuncia el TS respecto de la incidencia de la expulsión de extranjeros en la vida familiar en S. de 1 julio 2000.

<sup>25</sup> Por todas, *vid.* STS de 4 octubre 1994, FJ 2º: "La inclusión de un concepto jurídico indeterminado en la norma a aplicar no significa sin más, que se le otorgue a la Administración capacidad para decidir con plena libertad, sino que, muy al contrario, viene obligada a la única decisión correcta, tras valorar los hechos acreditados, porque no estamos en presencia de una potestad discrecional de la Administración, sino ante el deber de otorgar en este caso, la dispensa del visado o la autorización de estancia si se dan las circunstancias fácticas que integran el susodicho concepto jurídico". Con cita a las SSTS de 22 junio 1982, de 13 julio 1984, de 9 diciembre 1986 y de 24 abril 1993.

<sup>26</sup> STS de 24 abril 1993. Cita y aplica en el mismo sentido las SSTS de 9 diciembre 1986, de 13 julio 1984 y de 22 junio 1982. Citada por otras sentencias posteriores en materia de reagrupación familiar y de solicitud de visado por este motivo: SSTS de 21 diciembre 1998 y de 15 diciembre 1998; SSTSJ Andalucía, de 13 y de 23 febrero 2003; y STSJ Madrid, de 25 abril 2002.

<sup>27</sup> Como con acierto alertó la doctrina, la finalidad del visado quedó distorsionada y todo intento de ordenar el procedimiento resultó inoperante. Entre otros, *vid.*, E. PÉREZ VERA, (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 4ª ed. rev., Madrid, 1985, p. 233. La jurisprudencia de la época confirmó este diagnóstico declarando que la reagrupación familiar no constituye en nuestro Derecho positivo un motivo de dispensa del visado de residencia sino un presupuesto para su obtención, pues así lo expresa claramente el artículo 7.2 del Reglamento de 1986.

<sup>28</sup> No publicada, *cit.* en R.J. GISBERT CASASEMPERE, "La exención de visado por matrimonio en la nueva Ley de Extranjería", *Act. Adm.*, núm. 21, 2003, pp. 531-541. La mencionada Circular conjunta es mencionada y aplicada en la STS de 14 septiembre 1998.



La excepcionalidad de las circunstancias motivadoras de la exención fue interpretada por la jurisprudencia indicando que “no se trata de una cuestión meramente temporal sino cualitativa y por ello importante, trascendente o de peso, cualquiera que sea la frecuencia o reiteración con que se produzca, debiendo entender el arraigo en el territorio español, la reagrupación familiar y el disfrute de permiso de trabajo como cualificados elementos de valoración de la necesidad de exención de visado”<sup>29</sup>.

La aplicación favorable de la exención no tuvo larga vida ya que para las fechas que tratamos (1988) se había configurado el visado en el marco del Sistema Schengen<sup>30</sup> como principal mecanismo de orientación e instrumento de desarrollo de la política de asilo e inmigración “común-comunitaria”; este dato motivó que la exigencia de visado se convirtiera en un principio general de la política migratoria, como lo refleja la Circular 7/1994 de 28 de julio de la Secretaría de Estado de Interior<sup>31</sup>, y su exención, por tanto, fuera de carácter extraordinario.

La Circular completaba el régimen jurídico avanzado en la Resolución de 15 de febrero de 1994 de las Subsecretarías de los Ministerios de Interior, de Trabajo y Seguridad Social y de Asuntos Sociales<sup>32</sup> que había pretendido paliar la situación de aquellos familiares de extranjeros residentes “que encontrándose irregularmente en España no podían acceder a la residencia legal”. En definitiva, “un proceso de regularización por reagrupación familiar” que distinguía dos supuestos: por una parte, el de aquellos familiares, determinados en el artículo 7.2 de la LO 7/1985 y que se encontrasen en España en alguna de las situaciones tasadas por la norma, quienes disponían de un plazo de cuatro meses para solicitar a la autoridad gubernativa la exención de la obligación de obtener visado; y, por otra parte, el de aquellos familiares que, encontrándose en los mismos supuestos, no pudiesen obtener tal exención por hallarse incurso en alguna de las causas legales de expulsión.

### 1.3. La denegación de la exención del visado como principio de política migratoria.

Este hito se incardina en el primero de los ejes de la Proposición no de Ley relativa a la situación de los extranjeros en España y vincula la exigencia de visado a “la necesidad de utilización de ese mecanismo como instrumento de orientación de la política migratoria”<sup>33</sup>. Sobre esta premisa quedó establecido como principio general la

<sup>29</sup> Cf., STS de 24 abril 1993 (FJ 3) y aplicada en el mismo sentido, entre otras, por: STSJ Andalucía, de 26 mayo 1998; SSTSJ Castilla-La Mancha, de 22 junio y de 6 octubre 1998; STSJ Castilla-León, de 3 junio 1997; STSJ Comunidad Valenciana, de 17 octubre 2001; SSAN de 19 diciembre 1995; de 7, 21 y 28 mayo 2002; y de 24 octubre 2000.

<sup>30</sup> El Acuerdo de Schengen de 14 de julio de 1985, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes y su desarrollo en el Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990, fueron firmados por España el 25 de junio de 1991 (BOE núm. 81, de 5.4.1994, corr. err. BOE núm. 85, de 9.4.1994). Vigencia para España: 1.3.1994. Entre los estudios doctrinales, *vid.* P. IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, “El convenio de Schengen: una etapa en la construcción de un espacio sin fronteras interiores”, en *Derecho de extranjería en España...*, *op. cit.*, pp. 109-130; y A. ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, “La extranjería no comunitaria...”, *cit.*

<sup>31</sup> BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1994.

<sup>32</sup> BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1994.

<sup>33</sup> Proposición no de Ley relativa a la situación de los extranjeros en España, BOCG, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie D, núm. 165, de 22 marzo 1991. En relación con la reagrupación familiar, el Consejo de Ministros de 12 de noviembre de 1993 acordó dictar instrucciones sobre tramitación de visados para la reagrupación familiar, tomando como referencia la Instrucción del

denegación de la exención de visado y, sólo excepcionalmente, presumiendo la buena fe del solicitante, la dispensa, aunque condicionada a que el interesado hubiera intentado la obtención del visado y, por circunstancias ajenas a su voluntad, no hubiera podido obtenerlo<sup>34</sup> o cuando se apreciaran razones de carácter humanitario o de interés público.

Diez años de vigencia tuvo el RD 1119/1986 que, en 1996, fue sustituido por un nuevo Reglamento de la Ley 7/1985 recogido en el RD 155/1996, de 2 de febrero<sup>35</sup>; norma reglamentaria que no se apartaba de la situación hasta ahora descrita en relación a la exigencia de visado y su posible exención.

#### **1.4. Requisitos y formalidades administrativas en la Orden Ministerial de 8 de enero de 1999.**

El primer desarrollo del mencionado Real Decreto de 1996 en materia de reagrupación familiar se llevó a cabo a los dos meses de su entrada en vigor mediante Orden Ministerial de 11 de abril de 1996 sobre exenciones de visado<sup>36</sup> y, tres años más

---

Secretario de Estado para la Seguridad de 11 de junio de 1991 sobre modalidades de la actuación de los órganos policiales territoriales en el proceso de regularización en sus aspectos referentes a expulsiones, indocumentados y regularización de familiares.

<sup>34</sup> *Probatio* diabólica del hecho negativo que exoneraba a la Administración de todo esfuerzo o carga probatoria en orden a la oportuna acreditación de las mencionadas circunstancias.

<sup>35</sup> BOE núm. 47, de 23 de febrero de 1996 (corr. err. BOE núm. 80, de 2.4.1996. Su justificación, entre otras razones, se apoyaba en la complejidad técnica y la prolija aplicación de la normativa de desarrollo de la Ley de extranjería “que dificultaba gravemente su correcta aplicación [...] sin olvidar el cumplimiento y sumisión por parte de la Administración Pública, a través del Gobierno, a la Proposición no de Ley de 9 de abril de 1991 [...] y a los compromisos internacionales suscritos por España...”. *Vid.* Exp. Motivos, punto 2.

<sup>36</sup> BOE núm. 93, de 17 de abril de 1996. Fueron definidas como circunstancias familiares atendibles para la concesión de la exención del visado:

- a) Extranjeros menores de edad que sean hijos de españoles o de extranjeros residentes legales en España o que hayan sido acogidos bajo tutela judicial constituida por españoles o extranjeros que residan legalmente en España, de forma que reúnan los elementos necesarios para producir efectos en territorio español.
- b) Extranjeros que sean cónyuges de español o de extranjero residente legal, nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud.
- c) Extranjeros que sean cónyuges de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o derecho y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud.
- h) Extranjeros que acrediten ser ascendientes directos de un menor español residente en España que vive a sus expensas.

La exigencia del periodo previo de matrimonio de tres años “a la fecha de la solicitud” contenida en esta Orden Ministerial fue considerada contraria al derecho a la vida en familia por la jurisprudencia del TS (STS de 31 octubre 2003, entre otras) y de los Tribunales Superiores de Justicia (entre otras, STSJ Cataluña, de 21 junio 2001; STSJ Baleares, de 9 junio 2000 y 7 julio 1999; STSJ País Vasco, de 4 de marzo de 1999). También puesta de relieve por el DEFENSOR DEL PUEBLO ESPAÑOL en su *Informe anual 2000 y debates en las Cortes Generales*, vol. I: *Informe*, Publicaciones del Congreso de los Diputados (Secretaría General–Dirección de Estudios), Serie Informes, Madrid, 2001, pp. 139-140.

Disponible en Internet: [www.defensordelpueblo.es/documentacion/informesanuales/informe2000.zip](http://www.defensordelpueblo.es/documentacion/informesanuales/informe2000.zip). Finalmente, la Audiencia Nacional, en S. de 18 junio 2002, estimó la cuestión de ilegalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña (Auto de 11.5.2001) y declaró la nulidad del inciso mencionado. Recurrída en casación por la Abogacía del Estado, el Tribunal

tarde, un segundo desarrollo se concretó en la Orden Ministerial de 8 de enero de 1999<sup>37</sup>.

Respecto de la primera de las citadas Órdenes, y a pesar de la pretendida simplificación administrativa requerida por el Reglamento, cabe apuntar que no consiguió superar la maraña del procedimiento y el resultado fue un fracaso, por mucho que la Disposición Adicional Sexta del RD de 1996 afirmara, al igual que su antecesor, el tratamiento preferente y urgente de los visados de reagrupación familiar, reduciendo a la mitad el tiempo ordinario de los plazos de la resolución (Disp. adic. Segunda)<sup>38</sup>. En cuanto a la Orden Ministerial de 1999 tenía por objeto desarrollar los procedimientos para la concesión de visados y permisos de residencia relativos a la reagrupación de familiares de residentes extranjeros<sup>39</sup>, así como establecer normas de adecuación de dichos procedimientos al Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985<sup>40</sup>.

Con todo, la Orden Ministerial de 1999 estructuraba el procedimiento en torno a un esquema en tres fases interrelacionadas: una fase inicial, que comenzaba en España —a instancia del reagrupante<sup>41</sup>— con la solicitud del informe gubernativo y se tramitaba

---

Supremo, en S. de 23 septiembre 2005, declaró no haber lugar al mismo. Por lo que aquí interesa conviene insistir en que el TS reiteró su doctrina sobre la protección del estado civil de casado y los deberes de los cónyuges y el principio constitucional de protección a la familia que “no vienen condicionados por el tiempo de duración del vínculo matrimonial, sino que se producen desde el momento de contraer matrimonio, ya que éste, según el artículo 61 del Código civil, produce efectos civiles desde su celebración, de manera que cualquier precepto reglamentario que los limite o contradiga no debe ser aplicado ni tampoco debe servir para interpretar un concepto jurídico indeterminado... lo contrario sería establecer un principio contrario a la buena fe de los contrayentes” (FJ 3).

<sup>37</sup> Orden 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 núm. 11, de 13.1.1999, corr. err. BOE núm. 48, de 25.2.1999).

<sup>38</sup> Valga como muestra señalar, por entender que resulta ilustrativo, que para la sola determinación de las normas aplicables al visado para la reagrupación familiar era necesario relacionar más de once disposiciones dispersas a lo largo del Reglamento: en primer lugar, la solicitud de visado debía cumplir los requisitos establecidos en el artículo 54, previo informe favorable y vinculante de la autoridad gubernativa competente respecto a las condiciones que debía acreditar el reagrupante conforme al artículo 28.1 del mismo Reglamento; en segundo lugar, estas condiciones y requisitos remitían a su vez a otros preceptos: (1) al ap. 2 del artículo 23 y al ap. 1 del artículo 54, relativos a la reagrupación propiamente dicha; (2) al ap. 2 del artículo 54, referido a los miembros de la familia; (3) a las Disposiciones Adicionales Segunda y Sexta referidas al procedimiento de urgencia y a la tramitación preferente de los expedientes; (4) a los aps. 1 y 2 del artículo 28 y al ap. 3 del artículo 30, donde se establecía la exigencia de la documentación genérica y de otros informes preceptivos y/o dispensables (recursos y medios de vida); (5) finalmente, al ap. 3 del artículo 56 (norma común de reenvío) y a los aps. 4 a 7 del mismo precepto, referidos a la documentación específica que debía aportar el solicitante.

<sup>39</sup> Estaban excluidos de su ámbito de aplicación: los familiares de los estudiantes extranjeros no comunitarios; las personas incluidas en el ámbito de aplicación del RD 766/1992, de 26 de junio (régimen comunitario); los familiares que se trasladaran conjuntamente con el titular de un visado de residencia (familias acompañantes); y los familiares de las personas a quienes se les hubiera reconocido la condición de refugiado (régimen de los refugiados demandantes de asilo y personas necesitadas de especial protección).

<sup>40</sup> En relación con estos antecedentes normativos, véase P. AGUELO NAVARRO y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Normativa comentada sobre derecho de extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 463-473.

<sup>41</sup> El residente debía acreditar una residencia legal de un año y tener un permiso renovado, justificar empleo o recursos económicos estables y suficientes para atender a las necesidades de la familia, incluyendo asistencia sanitaria, y aportar un acta notarial que reflejara las condiciones de la vivienda.

ante la oficina de extranjeros o, en su defecto, ante la comisaría de policía del lugar de su residencia (fase gubernativa<sup>42</sup>); una fase intermedia, llevada a cabo en el país de origen —a instancia del miembro o los miembros de la familia cuya reagrupación hubiera sido autorizada gubernativamente— mediante la solicitud de visado ante la oficina consular (fase consular<sup>43</sup>); y, una fase final, nuevamente en España ante la oficina de extranjeros en la que, a instancias del reagrupante y de los titulares del visado familiar, se solicitaba el correspondiente permiso de residencia por reagrupación familiar (fase de resolución<sup>44</sup>).

En cuanto al resultado, cabe señalar que todo el procedimiento dependía del informe gubernativo cuyo carácter vinculante determinaba, en el caso de ser desfavorable, la denegación del visado (art. 5.3 de la Orden). La Orden también establecía la inadmisión a trámite de la solicitud del informe gubernativo si en el momento de su presentación el reagrupante no aportaba toda la documentación acreditativa de su residencia en España y la duración de ésta (art. 1<sup>45</sup>), recursos económicos, garantía de asistencia sanitaria para la familia, alojamiento adecuado<sup>46</sup>, certificaciones de los vínculos familiares y documento acreditativo de su identidad (art. 3 en relación con los arts. 4 a 8 de la Orden).

En la fase consular, los miembros de la familia<sup>47</sup> debían acreditar los vínculos de parentesco mediante certificaciones recientes legalizadas, la dependencia legal y

---

El visado obtenido permitía la entrada en España por reagrupación familiar y habilitaba al interesado para solicitar, en el plazo de noventa días, el permiso de residencia.

<sup>42</sup> La autoridad gubernativa registraba la solicitud y le asignaba un número de enlace de visado (NEV), código alfanumérico que tenía como objeto facilitar la comunicación entre los distintos órganos administrativos, identificando “un procedimiento de visado” en una misión diplomática u Oficina Consular, a cuyo expediente debían incorporarse los documentos e informes desde las unidades administrativas situadas en España.

<sup>43</sup> La Oficina Consular debía comprobar que el solicitante no tenía prohibida la entrada en España y no estaba incluido en la lista de no admisibles del Acuerdo de Schengen. Tras esta primera comprobación, la Oficina Consular elevaba a la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares la solicitud de visado acompañada de la documentación relevante y de su propia valoración respecto de los requisitos o condiciones de fondo exigidas a los miembros de la familia. Recibida por la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares la solicitud de visado, requería a la Autoridad Gubernativa la remisión del informe gubernativo “una vez efectuada la valoración sobre las condiciones de fondo del reagrupante en base a la documentación que éste ha presentado” (art. 7.1 OM de 8 enero 1999).

<sup>44</sup> Los titulares de los visados por reagrupación debían solicitar, ante la oficina de extranjeros competente, el correspondiente permiso de residencia acompañando a la solicitud los mismos documentos justificativos que, en su momento, habían sido presentados en las anteriores fases y de nuevo en original y legalizados.

<sup>45</sup> Llevar residiendo legalmente en España más de un año y ser titular de un permiso ya renovado.

<sup>46</sup> La prueba de la vivienda se realizaba mediante un informe expedido por la Corporación Local. Dicho informe debía recoger que la vivienda era de características y amplitud consideradas normales para los ciudadanos españoles en la zona de residencia del mismo, teniendo en cuenta el número de miembros de la familia. En el caso de no existir informe por parte la Corporación Local del lugar de residencia, el reagrupante deberá acreditar dichas condiciones mediante acta notarial mixta de presencia y manifestaciones. Tanto en el informe como, en su caso, en el Acta notarial, debía hacerse constar: el título habilitante para la ocupación de la vivienda, el número de habitaciones o dependencias de la vivienda, el uso a que se destina cada una de ellas, el número de personas que la habitan, las condiciones de equipamiento de la misma y, en especial, las relativas a la disponibilidad de agua corriente, electricidad, sistema de obtención de agua caliente y red de desagüe (art. 4 d) OM de 8 enero 1999).

<sup>47</sup> Son miembros de la familia: (a) el cónyuge, siempre que no se encontrase separado de hecho o de derecho, no residiese con él otro cónyuge y el matrimonio no se hubiese contraído en fraude de ley;

económica respecto del reagrupante, la edad de los hijos y las condiciones de salud. En todo caso, el visado podía denegarse si la autoridad consular constataba, previo informe del Ministerio del Interior, que el extranjero constituía una amenaza para el orden público o la seguridad nacional en España o en cualquier otro Estado parte del Acuerdo de Schengen.

En este proceso histórico, el siguiente hito relevante —previo a la LO 4/2000, de 11 de enero— fue el Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 23 de junio de 1998 aprobando el Informe de la Subcomisión de Política Social y Empleo, relativo a la situación de los españoles que viven fuera de España y la de los inmigrantes y refugiados que se encuentran en nuestro país con el fin de conocer sus necesidades y reivindicaciones prioritarias y proponer las medidas legales y sociales<sup>48</sup>. Este Informe ponía énfasis en los derechos de los extranjeros, entre ellos el derecho a vivir en familia e insistía en la importancia que, para su integración, tiene la reagrupación familiar. Con fundamento en esta consideración, se señalaba como una de las necesarias reformas normativas la relativa a la reagrupación de la familia que se produjo, como ya se ha analizado, con la aprobación de la LO 4/2000, de 11 de enero de 2000<sup>49</sup>.

Los antecedentes hasta aquí examinados permiten avanzar, a modo de conclusión provisional, que la reagrupación familiar fue desde el comienzo una de las razones excepcionales que permitían la exención de visado. Este tratamiento venía avalado por una valiosa jurisprudencia que atendía a un razonamiento lógico: si la reagrupación familiar daba lugar a la concesión de visado no debía negársele el efecto de provocar su exención, al no ser razonable ni justificable obligar a un miembro de la familia que se halla en territorio español a salir del mismo con la única finalidad de proveerse del correspondiente visado para obtener el permiso de residencia<sup>50</sup>. Pero, el régimen jurídico y de procedimiento evolucionaba rápidamente hacia una regulación profundamente reglamentista con una rígida mirada de la familia objeto de reagrupación<sup>51</sup>.

---

(b) los hijos que en el momento de la solicitud fueran menores de edad, no estuvieran casados, o no hubieran formado una unidad familiar independiente ni llevaran vida independiente. En el caso de los hijos adoptivos, debía acreditarse que la resolución por la que se acordaba la adopción había sido tomada por la autoridad administrativa o judicial competente en la materia en el país en donde la misma se hubiere llevado a cabo, y que dicha resolución reunía los elementos necesarios para producir efectos en España; (c) los incapacitados y los menores cuyo representante legal fuera el residente extranjero; y, (d) los ascendientes del residente extranjero cuando dependiesen económicamente de éste y si existiesen razones que justificasen la necesidad de autorizar su residencia en España.

<sup>48</sup> BOCG de 15 julio 1998. *Vid.*, Y. MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, *cit.*, pp. 123 ss.

<sup>49</sup> Como ya hemos indicado en el Capítulo anterior, fueron tres Proposiciones de reforma de la Ley Orgánica 7/1985. La primera, presentada por el GP Federal de Izquierda Unida (122/000154); la segunda, por el GP Catalán-CiU (122/000158); y, la tercera, por el GP Mixto (100/000167). *Vid.*, M. MOYA ESCUDERO, “El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de Extranjería”, *La Ley*, núm. 1, 2000, pp. 1691-1708.

<sup>50</sup> Por todas, STS de 18 mayo 1993, con comentario de R. GONZÁLEZ LÓPEZ, “Régimen jurídico de la reagrupación familiar tras la entrada en vigor del RD 864/2001 que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 modificada por LO 8/2000”, *Aranzadi Westlaw*, BIB 2002\335, 10 pp.

<sup>51</sup> J.L. IBARRA ROBLES, “El Derecho Judicial de Extranjería. Especial referencia al régimen sancionador y medidas cautelares. Análisis de la más reciente jurisprudencia. Perspectivas”. Ponencia. *XIII Encuentro de abogados sobre Derecho de extranjería*, Palma de Mallorca, 12-14 de junio de 2003, 27 pp.

## **2. Régimen jurídico de la reagrupación familiar en la Ley de extranjería.**

### **2.1. Caracterización del derecho a la reagrupación familiar.**

La superación normativa de la reagrupación familiar como una habilitación para solicitar un tipo especial de visado y su consagración como un derecho de los extranjeros ligado a la intimidad y al desarrollo de su vida familiar, se produjo con la reforma de la Ley de extranjería del año 2000. En efecto, la LO 4/2000, de 11 de enero configuró la reagrupación familiar como un derecho de los extranjeros residentes en España vinculado al desarrollo de su vida familiar. Baste con señalar que las sucesivas reformas de la LO 4/2000 no han modificado esta configuración normativa, lo que no significa que las reformas hayan sido irrelevantes.

Las distintas modificaciones a la Ley de extranjería han afectado aspectos esenciales del derecho a la reagrupación. En primer lugar, la titularidad del derecho y el grupo de familiares reagrupables (arts. 16 y 17) fueron limitados sustancialmente en la reforma llevada a cabo por la LO 8/2000, de 22 de diciembre. En segundo lugar, las condiciones de ejercicio del derecho por parte del titular-reagrupante fueron incorporadas en la LO 8/2000 y desarrolladas en el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio. En tercer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 anuló en parte los requisitos reglamentariamente establecidos, circunstancia que motivó la cuarta reforma de la Ley de extranjería y la consiguiente modificación de la regulación de la reagrupación familiar mediante LO 14/2003, de 20 de noviembre. Y, en fin, los supuestos en los que los familiares reagrupados pueden obtener una autorización de residencia independiente fueron establecidos en la LO 8/2000 y modificados nuevamente en la LO 14/2003.

En relación con el desarrollo reglamentario, el primer Reglamento de ejecución de la LO 4/2000 fue aprobado por el citado Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, a su vez derogado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre en cumplimiento de la Disposición Adicional Tercera de la LO 14/2003, que ordenaba adaptar el Reglamento anterior a las nuevas previsiones normativas. En este panorama no resulta de menor relevancia la aprobación de la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar cuya fecha de transposición a las legislaciones internas de los Estados miembros finalizó el 3 de octubre de 2005.

### **2.2. Elementos subjetivos.**

#### **2.2.1. Titular del derecho: el extranjero residente.**

La Ley de extranjería otorga el derecho a la reagrupación familiar a los extranjeros residentes en España. Ambas nociones adquieren contornos específicos en la reagrupación familiar que es preciso delimitar; mas conviene recordar que la LO 4/2000, de 11 de enero, había configurado la titularidad del derecho a reagrupar de modo amplio, puesto que el derecho lo ostentaba tanto el extranjero residente como sus familiares extranjeros a quienes la Ley les reconocía “el derecho a la situación de residencia para reagruparse con el residente”.

Esta doble titularidad podía dar lugar a solicitudes unilaterales de reagrupación por parte de los familiares del extranjero residente, incluso contra la voluntad de éste<sup>52</sup>; idea que, en el trámite de reforma de la LO 4/2000 fue discutida tanto en la Comisión constitucional del Congreso, como en el Senado con ocasión del debate de las enmiendas al artículo 16 presentadas por diferentes grupos parlamentarios<sup>53</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 que limitaba la titularidad del derecho al extranjero residente siempre que cumpliera determinados requisitos.

En esta línea, se delimitó de forma más precisa el sujeto titular del derecho (art. 16.2<sup>54</sup>) y se establecieron las condiciones que debía acreditar, prácticamente idénticas a las previstas en la legislación anterior: residencia legal en España durante un año y tener autorización para residir al menos otro año (art. 18.2); prueba de la disposición de alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia, una vez reagrupada (art. 18.1); y solicitud de una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de los miembros de la familia (art. 18.1).

En la reforma de 2003, la LO 14/2003 vetó la posibilidad de una reagrupación familiar *in situ* al excluir de forma terminante la posibilidad de obtención de la dispensa de visados. En este sentido, el Derecho español no recoge la posibilidad permitida por el Derecho comunitario en el artículo 5.3 de la Directiva que no impide a las legislaciones nacionales admitir la presentación de la solicitud de reagrupación cuando los miembros de la familia ya estén en el territorio del Estado de acogida. Ahora bien, ello no significa que en el Derecho español sea imposible obtener la autorización de residencia de determinados familiares que se encuentren en España, pero no con el carácter de familia, sino como una circunstancia excepcional vinculada al arraigo en el territorio, tal como se establece en el artículo 45.2 inciso b) del Reglamento<sup>55</sup>.

### A. *Noción de extranjero.*

<sup>52</sup> R.M. MOLINER NAVARRO, “Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España”, *Act. Civ.*, núm. 2, 2001, pp. 487-519, p. 495.

<sup>53</sup> El resultado fue un acuerdo transaccional que recogía, en parte, el espíritu de la Enmienda de 297 de CiU y de las Enmiendas 251, 252 y 253 del Grupo Socialista. En el trámite en el Senado, el texto procedente del Congreso -que sólo reconocía como titular del derecho al residente-, quedó inalterado al rechazarse una enmienda de supresión, del GP Mixto y otra, de sustitución, del Grupo Entesa Catalana del Progrès. *Vid.*, Diario de sesiones. Año 2000 VII Legislatura. Núm. 94 del Congreso de los Diputados, Sesión núm. 5 de la Comisión Constitucional, celebrada el 6 de noviembre de 2000 y núm. 71, del Senado, Comisión constitucional, celebrada el 7 de diciembre de 2000.

<sup>54</sup> El tenor literal del artículo 16.2 de la LO 4/2000 era el siguiente: “2. 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”. Queda así suprimida la posibilidad de los familiares a solicitar la reagrupación con quien reside en España, situación acorde con lo establecido en la Directiva comunitaria.

<sup>55</sup> La residencia temporal por circunstancias excepcionales (art. 45.2 b) del Reglamento) se supedita a la concurrencia de tres requisitos: 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 —referidos exclusivamente al cónyuge, descendientes y ascendientes—, o bien presentar un informe de inserción social emitido por el Ayuntamiento en el que el extranjero tenga su domicilio habitual.

La Ley de extranjería considera extranjeros a quienes carezcan de la nacionalidad española (art. 1). Consecuentemente, para determinar quienes son los extranjeros a los que se refiere el artículo 16.2 de la Ley habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 2 (supuestos excluidos) y a lo dispuesto “en esta Ley, en las leyes especiales y en los Tratados internacionales de los que España sea parte”.

En el primer caso, la exclusión más importante para la delimitación del ámbito de aplicación personal del artículo 16.2 se refiere a los nacionales de terceros países que sean familiares de ciudadanos comunitarios o de nacionales de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo<sup>56</sup>. La entrada y residencia de estas personas se sitúa en la esfera comunitaria de la libre circulación y es objeto de regulación en el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero. Repárese también en la excepción contemplada en el artículo 24 del Acta de Adhesión<sup>57</sup> de los nuevos Estados miembros que, entre las medidas transitorias, establece, con excepción de Malta y Chipre, un periodo de dos años a los nacionales de estos Estados miembros durante el cual se seguirá aplicando el régimen general de extranjería, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.

En el segundo caso, la norma se refiere a la situación de los refugiados y a otras personas cuya especial vulnerabilidad requiere una atención especial debido a las razones que les obligaron a huir de su país y que les impiden llevar en el mismo una vida normal en familia. Estas personas disfrutan de condiciones más favorables para la reagrupación familiar, según se verá en este mismo Capítulo.

### **B. Noción de residente.**

En materia de reagrupación familiar el concepto de residencia tiene un alcance especial. La posesión de una autorización de residencia es condición *sine qua non* para que el extranjero pueda ejercer su derecho a la reagrupación familiar pero, teniendo en cuenta las diferentes situaciones de residencia en las que puede encontrarse un extranjero en nuestro país, resulta necesario concretar esta noción legal, premisa de la reagrupación familiar<sup>58</sup>.

La noción de residencia a efectos de la reagrupación familiar equivale a tener un permiso (autorización), concepto autónomo incluido en el artículo 2 e) de la Directiva comunitaria 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

---

<sup>56</sup> El hecho de que desapareciera de manera inexplicable (puesto que ninguna luz arrojan al respecto los trabajos parlamentarios) de la Ley 8/2000 el apartado 2 del artículo 1 según el cual estas personas se rigen por el Derecho comunitario, siéndoles de aplicación la Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables, no tuvo consecuencias prácticas pues, como ha indicado E. Pérez Vera, a la misma conclusión conducía una lectura integradora del ordenamiento jurídico español. En todo caso, la polémica doctrinal suscitada en su momento, carece hoy de sentido una vez que la LO 14/2003 reintroduce la excluida previsión de aplicación supletoria (nuevo apartado 3 del art. 1º) a favor de los nacionales de los Estados miembros de la UE y de aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario “en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”. *Vid.*, E. PÉREZ VERA, en A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, *op. cit.*, p. 305 (nota 9).

<sup>57</sup> DO L 33, de 29 de septiembre de 2003.

<sup>58</sup> A.P. ABARCA JUNCO y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Capítulo II. Reagrupación...”, *cit.*, pp. 440-441.



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>59</sup>”.

Recordemos que el artículo 3.1 de la Directiva exige una residencia cualificada que se concreta en dos elementos: el periodo de validez de la autorización de residencia y la perspectiva fundada de obtener la residencia permanente. La Ley de extranjería recoge esta exigencia en el artículo 18.2 sin mencionar expresamente la perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente, lo que no significa falta de ajuste con la norma comunitaria pues, como veremos enseguida, 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.

Consecuentemente, la residencia exigida al extranjero que pretenda ejercer el derecho a reagrupar ha de ser legal, esto es, amparada en una autorización administrativa expedida de conformidad con la legislación nacional de una duración 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).

### **2.2.2. Beneficiarios de la reagrupación.**

Los miembros de la familia beneficiarios de la reagrupación, han sido limitados en relación a lo que disponía la LO 4/2000. En efecto, la LO 8/2000, excluyó del núcleo familiar reagrupable dos supuestos: de un lado, el previsto en el anterior artículo 17 letra e), referido a las circunstancias humanitarias (“Cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias”); y, de otro lado, el previsto en la letra f) relativo a los familiares extranjeros de los españoles a los que no les fuera de aplicación la normativa sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea<sup>60</sup>, en esta última hipótesis el régimen jurídico se aborda en la normativa específica, el mencionado Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero.

Consecuentemente, la familia queda circunscrita al cónyuge; a los hijos (del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de 18 años o estén incapacitados; si se trata de hijos de uno solo de los cónyuges si éste ejerce en solitario la patria potestad o se le ha otorgado la custodia); a los menores de 18 años o los mayores incapacitados, cuando el residente extranjero sea su representante legal; y a los ascendientes, tanto del reagrupante como del cónyuge, siempre que estén a su cargo. De su estudio nos ocuparemos con detenimiento en el Capítulo III.

<sup>59</sup> DO L 157, de 15 de junio de 2002.

<sup>60</sup> A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ y P. AGUELO NAVARRO, “Historia cronológica de la desaparición del apartado 2º del art. 1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 22 de diciembre”, *Revista electrónica de extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 7, 2001.

### 2.3. Elementos objetivos: la residencia del reagrupante.

La residencia, según se haya obtenido o no por la vía de la reagrupación —y en este caso dependiendo del grado de parentesco—, tiene efectos distintos a los fines de ejercer el derecho a la reagrupación familiar. Del conjunto de disposiciones que regulan las condiciones de la residencia cabe inferir dos reglas: la primera, de carácter general, en la que la residencia que habilita a reagrupar es de carácter temporal pues bastará con que el reagrupante haya residido un año y tenga una autorización para residir al menos otro año; la segunda, aplicable a los familiares reagrupados, distingue según se trate de ascendientes o del resto de los familiares: para los primeros se exige una autorización de residencia “permanente” y para los demás una autorización de residencia “independiente”.

#### 2.3.1. *Noción de residencia.*

El artículo 18 de la Ley de extranjería incorporó en su apartado 2 las condiciones de fondo que ha de acreditar el reagrupante en relación con su residencia en España. La diferencia entre el artículo 16.2 y el precepto del apartado segundo del artículo 18 radica en que el primero se refiere *in genere* a la condición de residente como titular del derecho a reagrupar, en tanto que el segundo delimita temporalmente esta residencia. El origen del precepto lo encontramos en la Enmienda núm. 252 del GP Socialista que dio lugar a una norma transaccional entre todos los grupos parlamentarios con un doble fin: de un lado, vincular a una norma de rango orgánico -y no meramente reglamentario- la condición temporal de la residencia; y, de otro lado, adaptar la legislación nacional a la Directiva comunitaria que, en aquel momento, se encontraba en fase de discusión<sup>61</sup>.

El texto final resultante establece, así, que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17.3, inciso primero, podrán ejercer el derecho a la reagrupación con sus familiares en España cuando hayan residido legalmente un año y tengan autorización para residir al menos otro año”. Conviene recordar que la Ley de extranjería sigue la orientación de la norma comunitaria, pues la Directiva señala que el permiso de residencia del que sea titular el reagrupante debe haber sido expedido por un período de validez superior o igual a un año; y, además, deberá tener (el reagrupante) una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente<sup>62</sup>. El artículo 18.2 de la Ley de extranjería ha estructurado en un solo precepto el mencionado requisito de aplicación de la Directiva (art. 3.1) y el periodo o plazo de espera (art. 8.1).

Al supeditar el ejercicio del derecho a reagrupar a un plazo de espera, la norma obliga a estabilizar la residencia del reagrupante e introduce uno de los objetivos

---

<sup>61</sup> Enmienda núm. 252. BOCG, núm. 12-5, de 18 octubre 2000, p. 98 y BOCG, núm. 94, de 6 noviembre 2000, pp. 2620 ss; esp. p. 2624-2626.

<sup>62</sup> Ahora bien, la Directiva permite a las legislaciones nacionales requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un periodo de tiempo, que no podrá superar los dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familiar con él (art. 8.1). Por otro lado, no impide que las legislaciones nacionales puedan escalonar las solicitudes de entrada con fines de reagrupación. Se trata de una excepción al plazo de espera (general) que toma en cuenta la capacidad de recepción de los Estados miembros, cuando así esté previsto en su derecho interno. Los Estados miembros en cuestión pueden, entonces, elegir no autorizar la entrada de todos los miembros de la familia cuya solicitud fue aceptada el año en que se presentó. Sin embargo, no podrán imponer un período de espera superior a tres años a partir de la presentación de la solicitud.

concretos de la política estatal en materia de inmigración familiar: situar al reagrupante en una posición más estable que le permita afrontar en mejores condiciones económicas la integración de su familia. Pero, al mismo tiempo, defiende el interés del Estado impidiendo que un permiso de residencia recién adquirido habilite el acceso al mercado laboral de potenciales demandantes de empleo llegados por la vía de la reagrupación familiar<sup>63</sup>.

### 2.3.2. Plazo y duración de la residencia.

Como hemos indicado, la autorización de residencia es condición *sine qua non* para que el extranjero pueda ejercer su derecho a la reagrupación familiar “cuando hayan residido legalmente un año y tengan autorización para residir al menos otro año”.

Este requisito temporal, establecido en la Directiva<sup>64</sup>, tiene carácter de límite de manera que las legislaciones nacionales no pueden establecer la posibilidad de una reagrupación familiar en supuestos de permisos cuya validez sea inferior a un año. Siendo esto así, aquellos trabajadores de temporada, así como los trabajadores fronterizos e incluso quienes tengan una autorización de residencia por tiempo limitado inferior a un año y no renovable, no podrán ejercitar el derecho a reagrupar.

La legislación española recoge el principio general de la Directiva (art. 3.1), es decir, un año de residencia legal; sin embargo, no ha hecho uso de la posibilidad prevista en el artículo 8.1 consistente en la ampliación del plazo de espera hasta un máximo de dos años. En cuanto a la cláusula de excepción del artículo 8.2, tampoco la legislación interna ha adoptado la medida que permitiría una dilación temporal de tres años entre la presentación de la solicitud y la expedición del permiso de residencia a los miembros de la familia, ni ha sometido la solicitud de entrada por reagrupación a una política de cuotas<sup>65</sup>. En este sentido, la legislación española no se ha alineado a la tendencia más restrictiva de las legislaciones nacionales de otros Estados miembros como Austria, Alemania y, recientemente, Francia<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> La legislación y práctica de los países de la Unión Europea pone de manifiesto que el acceso al mercado de trabajo es uno de los aspectos más sensibles en las políticas de inmigración. Con carácter general, los miembros de la familia reagrupada podrán ser autorizados a trabajar transcurrido un periodo de tiempo y condicionado, en todos los casos, al permiso de residencia (temporal o permanente) que posea el reagrupante. *Vid.*, S. PEERS *et al.*, *Le statut juridique des personnes admises au regroupement familial. Étude comparative de la législation et de la pratique de certains pays européens*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2000, pp. 27 ss.

<sup>64</sup> En el derecho convencional también se admite. Recordemos que el Convenio relativo al estatuto jurídico del trabajador emigrante, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977, establece que “cada Parte contratante podrá supeditar la autorización [...] a un plazo de espera que no podrá exceder de doce meses”.

<sup>65</sup> Esta excepción sólo podrá establecerse cuando el Estado miembro a la fecha de adopción de la Directiva tenga en cuenta su capacidad de recepción (cláusula de mantenimiento del *statu quo*). Baste con recordar en este aspecto que el artículo 8 de la Directiva sigue siendo uno de los más controvertidos desde el punto de vista del respeto al derecho a la vida en familia como derecho fundamental en el derecho internacional de los derechos humanos y también en el nivel de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Al respecto véase, Y. SCHIBEL, *cit.*, pp. 5-8.

<sup>66</sup> *Vid.*, las declaraciones del Ministro del Interior francés, Sr. Sarkozy, en el Diario *El País* de 24.7.2006 y de 1.8.2006.

Por otro lado, uno de los puntos más discutidos de la Directiva comunitaria fue la sujeción de la residencia del reagrupante a la “perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente” (art. 3.1). Esta condición podía suponer, en la práctica, que el derecho a reagrupar no pudiera ser ejercido antes de que el extranjero adquiriera una residencia permanente que, en cada legislación nacional, se regula de forma distinta. La limitación de la Directiva (art. 8.1) al no permitir que las legislaciones nacionales puedan extender el periodo de espera más allá del término de dos años conjura este riesgo.

La normativa interna española es conforme con la Directiva y, en este sentido, el artículo 38 del Reglamento de extranjería, que repite el tenor del artículo 18.2 de la Ley, exige que el reagrupante además de haber residido legalmente durante un año (plazo de espera) “haya obtenido una autorización para residir por, al menos, otro año” (perspectiva fundada de obtener una residencia de larga duración). En consecuencia, quedan fuera del supuesto general (residencia de un año y autorización para residir al menos otro año) los trabajadores de temporada y los transfronterizos, en el entendido de que en estos casos no existe la intención en las personas concernidas de establecerse en el territorio de forma permanente<sup>67</sup>. Bajo este mismo principio, se han encuadrado los trabajos en prácticas y el trabajo *au pair*<sup>68</sup>. Estas exclusiones resultan conformes con la Directiva comunitaria, pues las autorizaciones de validez inferior a un año no superarían el plazo de espera, por lo que difícilmente les será aplicable el criterio de “una perspectiva fundada de obtener una residencia permanente”.

Por otro lado, y respecto de la exigencia temporal de la norma de fuente interna, (“haber obtenido una autorización para residir por, al menos, otro año”), conviene recordar que la aplicación práctica de esta condición planteaba un problema de interpretación del régimen del Reglamento de 2001. Y es que, la norma anterior exigía que en el momento de presentación de la solicitud del preceptivo informe gubernativo la autorización de residencia ya renovada tuviera una vigencia como mínimo de un año. Ello daba lugar al rechazo del inicio del expediente (inadmisión a trámite de la solicitud) porque la vigencia de la prórroga no cubría como mínimo un año completo y ello pese a que el reagrupante ya estaba en posesión de la autorización de residencia y trabajo tipo B (renovada).

A partir del Reglamento de extranjería de 2004 esta condición ha sido eliminada. En efecto, el artículo 42.1 aclara que el reagrupante podrá presentar la solicitud de reagrupación desde el momento en que haya solicitado la renovación de su autorización de residencia, hecho que se acredita con el resguardo de solicitud de renovación (inciso c) del art. 42.2). En todo caso, la autorización de residencia del familiar quedará condicionada a que efectivamente se renueve la residencia del reagrupante; residencia

---

<sup>67</sup> Sobre estos permisos de trabajo, *vid.* M. TARABINI-CASTELLANI, *Reforma y contrarreforma de la Ley de extranjería. Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 234-244.

<sup>68</sup> El régimen del trabajo *au pair* se regula por lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España; en concreto, el Acuerdo europeo sobre colocación ‘au pair’, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1969. Entrada en vigor: 30.5.1971, de conformidad con el artículo 15.1. Instrumento de ratificación de 24 de junio de 1988: BOE núm. 214, de 6 de septiembre de 1988 (corr. err. BOE núm. 49, de 26.2.1993) y enmienda añadiendo el Anexo 1 en BOE núm. 152, de 27.6.1989. Vigencia para España: 12.9.1988.

que se entenderá automáticamente renovada, por silencio positivo, transcurrido el plazo de tres meses para resolver sobre la solicitud de prórroga (art. 42.1)<sup>69</sup>.

### 2.3.3. La residencia a la luz de la “reagrupación familiar en cadena”.

El artículo 17 apartados 2 y 3 establece el derecho a reagrupar de quienes hubieran adquirido la residencia en España por causa familiar. Las cautelas que establece el precepto pretenden evitar la llamada “reagrupación en cadena”. Con carácter general la residencia de estas personas ha de ser independiente pero, cuando se trate de ascendientes reagrupados, la residencia habrá de ser además permanente.

El supuesto general lo establece el artículo 17.2 de la Ley de extranjería

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.

Este apartado 2 fue introducido por la LO 14/2003, de 20 de noviembre con el fin de “evitar fraudes en las reagrupaciones en cadena”<sup>70</sup>. El entendimiento de esta cautela ha de ponerse en relación con el origen de la norma que vio luz por vez primera en la reforma de diciembre de 2000 (la LO 4/2000 nada decía al respecto) y que remitía la cuestión al futuro desarrollo reglamentario; en especial, las condiciones que correspondan “a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de previa reagrupación”. Varias Enmiendas advirtieron que se vislumbraba una diferencia de trato —*vis a vis* la noción de residencia— entre unos y otros residentes en atención al modo en que hubieran adquirido la residencia en España<sup>71</sup>.

Pues bien, una vez desarrolladas reglamentariamente las condiciones para el ejercicio de la reagrupación familiar de quienes hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación, contempladas en el artículo 41.5 del RD 864/2001, de 20 de julio<sup>72</sup>, la duda sobre su legalidad fue planteada ante el Tribunal Supremo que, en la ya mencionada Sentencia de 20 de marzo de 2003<sup>73</sup>, y apoyándose en la tesis del Consejo de Estado<sup>74</sup>, declaró su nulidad.

<sup>69</sup> Este silencio positivo es la regla general en la renovación de la autorización de residencia temporal (art. 37.7 del Reglamento).

<sup>70</sup> Punto IV de la Exp. de Motivos de la LO 14/2003, de 20 de noviembre.

<sup>71</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y H. GRIEDER MACHADO, “La reagrupación familiar...”, *cit.*, p. 138 (nota núm. 84).

<sup>72</sup> Artículo 41.5.- “Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con un permiso de residencia obtenido independientemente del permiso del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley orgánica 8/2000 y en este Reglamento para proceder a dicha reagrupación”.

<sup>73</sup> Citada y comentada en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social por M.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, “Novedades introducidas por la LO 14/2003 de reforma de la LO 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 8/2000”, *AS*, núm. 22, 2004, pp. 91-102; y por E. RELANO PASTOR, “¿Sancionar al inmigrante o proteger las fronteras?: un análisis crítico de la Ley de Extranjería

El Alto Tribunal sostuvo que la exigencia de un segundo permiso de residencia, obtenido independientemente del permiso del reagrupante "...supone privar a quienes han obtenido la residencia por reagrupación del derecho reconocido en el número 2 del artículo 17 de la Ley para ejercer ese derecho en relación con sus propios familiares" (FJ 5). Fue esta decisión judicial, y no otra, la que llevó al Gobierno a redactar (en la LO 14/2003) el artículo 17.2 de la Ley de extranjería en los mismos términos que anteriormente recogía el Reglamento de 2001, consolidando de este modo una diferencia de trato entre extranjeros reagrupados y no reagrupados.

¿Resulta contraria a la Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar esta diferencia de trato? La Directiva no hace una diferencia en el modo de reagrupar de quienes, conforme a la misma, pueden hacerlo. En efecto, el artículo 3.1 de la citada norma establece que ésta se aplicará cuando el reagrupante sea titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un periodo de validez superior o igual a un año, y tenga una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente, si los miembros de su familia son nacionales de terceros países, independientemente de su estatuto jurídico. En consecuencia, en los términos de la Directiva, toda persona que encuadre en el supuesto de hecho y cumpla los requisitos que la misma norma indica, tiene el derecho a solicitar la autorización de entrada y la residencia de los miembros de su familia.

Ahora bien, la Ley de extranjería aunque no prohíba a los extranjeros reagrupados ejercer a su vez el derecho de reagrupar a sus familiares, lo condiciona bien a una autorización independiente, en el caso del cónyuge y los hijos, bien a una autorización permanente, en el caso de los ascendientes reagrupados, siempre que en ambos casos acrediten, obviamente, el resto de los requisitos previstos en la Ley orgánica<sup>75</sup>.

Así, el presupuesto general que marca la imposibilidad de reagrupación por parte del reagrupado-reagrupante es la naturaleza del primer permiso de residencia o, dicho de otro modo, la especial naturaleza del permiso de residencia que se obtiene en virtud de la reagrupación familiar —absolutamente dependiente de la autorización de residencia del extranjero reagrupante— que inhabilita al reagrupado a ejercer *ab initio* el derecho a reagrupar<sup>76</sup>. Esta imposibilidad es debida no sólo a la diferente naturaleza del permiso que se obtiene por causa familiar, sino también al hecho de que los familiares

---

14/2003, de 20 de noviembre, y la política de inmigración común de la Unión Europea (I y II)", *La Ley*, núm. 3, 2004, pp. 1678-1698.

<sup>74</sup> Dictamen núm. 2606/2000, de 28 de julio de 2000. Disponible en Internet: [www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2000-2606](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2000-2606).

<sup>75</sup> Artículo 17 aps. 2 y 3 y, con idéntico tenor, el artículo 40 aps. 1 y 2 del Reglamento.

<sup>76</sup> Se trata del artículo 19 (efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales) que, en su redacción dada por la LO 14/2003, contempla los supuestos en que los familiares reagrupados pueden acceder a una autorización de residencia independiente. Se mantienen los dos supuestos previstos en la reforma de diciembre de 2000 (residencia independiente del cónyuge y residencia independiente de los hijos), aunque, respecto del primero, se suprime el requisito de convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante dos años y se contempla el supuesto de violencia doméstica que permitirá a la víctima obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección en favor de la misma. Se agrega un nuevo supuesto, el de los ascendientes reagrupados, que sólo accederán a la residencia independiente cuando obtengan una autorización para trabajar, supeditada a lo dispuesto en el artículo 17.3; es decir, tener la condición de residentes permanentes y acreditar solvencia económica. *Vid.*, A.P. ABARCA JUNCO y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, "Capítulo II. Reagrupación...", *cit.*, pp. 509-520.

reagrupados no obtienen, en virtud del mismo, una autorización para trabajar, circunstancia que, de forma automática y por regla general, impedirá acreditar los requisitos materiales para la reagrupación.

Sin embargo, podría pensarse que la exigencia de un permiso independiente sí materializa una diferencia de trato contraria al Derecho comunitario si, en el momento en que el reagrupante-reagrupado solicitara una reagrupación familiar, se le exigiera el cumplimiento del plazo de espera previsto en la Ley de extranjería, siendo que dicho plazo ya lo ha cumplido por el cómputo acumulado de su residencia en España como familiar reagrupado. En otras palabras si, obtenido que fuera el permiso independiente, el reagrupante-reagrupado no pudiera ejercer su derecho a la reagrupación familiar inmediatamente, por entender la autoridad gubernativa que debe cumplir *ex novo* los períodos de espera y éstos superaran el máximo de dos años que autoriza la Directiva (art. 8.1), cabría entender una no conformidad del Derecho español con la misma.

Por otra parte, el artículo 17.3 establece una excepción al supuesto general que acabamos de examinar, al señalar que

Cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes permanentes y acreditado solvencia económica. Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo.

Introducido también por la LO 14/2003, de 20 de noviembre como resultado de la aceptación de las Enmiendas núms. 135 y 136 del GP Socialista, este apartado conforma dos supuestos distintos<sup>77</sup>. Por una parte, el ascendiente reagrupado que quiera ejercer el derecho a la reagrupación de sus propios familiares habrá de tener una residencia permanente; es decir, no basta con haber conseguido la residencia independiente como en el anterior supuesto, sino además llevar residiendo en España al menos cinco años, haber obtenido la correspondiente autorización permanente y disponer de medios económicos suficientes para atender las necesidades de su familia que pretenda reagrupar<sup>78</sup>. Por otra parte, en el caso de que el ascendiente previamente reagrupado tenga a su cargo un hijo menor de edad<sup>79</sup> o incapacitado, al que pretenda reagrupar, podrá ejercer el derecho a la reagrupación en los términos del artículo 17.2; es decir, se retorna a la regla general.

Estas condiciones, que claramente reflejan una política migratoria contraria a la posibilidad de la reagrupación en cadena, materializan una discriminación de trato no

<sup>77</sup> Cabe recordar que, con una redacción casi idéntica a la Ley, el Reglamento desarrolla el precepto en el artículo 40 aps. 2 y 3. Como consecuencia de la redacción de esta norma, se modificó, para adaptarlo, el artículo 18.2 de la Ley de extranjería relativo a la residencia, según acabamos de ver en el anterior apartado.

<sup>78</sup> Transcurridos cinco años de residencia temporal en España y obtenida la residencia permanente, los extranjeros pasan a tener un *status* de “cuasi” equiparación a los españoles y a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea; *status* cuya interpretación ha de ser conforme a la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, cuya transposición ha de realizarse antes del 23 de enero de 2006.

<sup>79</sup> La ley aplicable para la determinación de la minoría de edad, en este caso, será la determinada por el artículo 9.1 C.c.; es decir, será la ley personal.

sólo entre residentes extranjeros, sino también entre residentes reagrupados que, en determinadas circunstancias, puede traducirse en situaciones no conformes con la Directiva.

En efecto, al igual que expusimos en el supuesto general, la norma comunitaria no permite que los plazos de espera requeridos al reagrupante superen los dos años antes de reagrupar con él a los miembros de su familia; y sólo en el supuesto de que la legislación nacional tenga en cuenta su capacidad de acogida en materia de reagrupación familiar —a la fecha de entrada en vigor de la Directiva— podrá establecerse un período de tres años como máximo entre la presentación de la solicitud de la reagrupación y la expedición del permiso (art. 8.2). España tampoco tiene prevista en su legislación interna tal circunstancia excepcional y, sin embargo, respecto de los ascendientes reagrupados al exigirles un permiso de residencia de carácter permanente, se extralimita en dicho plazo de espera, ya que, como hemos dicho, tal permiso sólo podrá obtenerse transcurridos cinco años de residencia en España.

Bien es cierto que la propia norma establece una excepción respecto de la reagrupación de los hijos menores de 18 años o incapacitados a cargo, en cuyo caso los argumentos analizados en el supuesto general, en torno a la no conformidad con el Derecho comunitario, son extensibles a este supuesto. En todo caso, en los supuestos de reagrupación del cónyuge y de los ascendientes si los hubiere, la no conformidad con los plazos de espera resulta evidente<sup>80</sup>.

La crítica que merece el peculiar modo en que la legislación española intenta evitar la reagrupación en cadena no lo es, entiéndase, por el legítimo interés que pueda tener el Estado en controlar la inmigración familiar sucesiva, sino porque no ha utilizado otros mecanismos que la Directiva permite y que conllevan la misma consecuencia. Repárese que el artículo 14.3 de la Directiva permite a los Estados miembros limitar el acceso a una actividad por cuenta ajena o cuenta propia a los ascendientes en línea directa y en primer grado y a los hijos mayores solteros reagrupados, vía que “obstaculizaría” de similar manera la reagrupación en cadena, pues difícilmente podrían acreditarse las condiciones materiales requeridas. En todo caso, creemos difícil que la legislación española introdujera tan rigurosa limitación pues, con independencia de otras consideraciones, sería incongruente con la idea de integración (a través del acceso al mercado laboral) que preside la normativa de extranjería nacional.

### **3. Formalidades administrativas y requisitos materiales.**

La voluntad del extranjero residente de reunir a su familia en España exige la presentación de una solicitud de autorización de residencia por reagrupación familiar que habrá de ser cumplimentada un modelo oficial, presentada personalmente por el interesado en la oficina de extranjeros que por domicilio le corresponda y acompañada de la prueba documental que acredite los vínculos familiares de a quienes pretenda reagrupar, los recursos económicos y la disponibilidad de la vivienda.

---

<sup>80</sup> En el mismo sentido, A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, Documentos CIDOB, Serie Migraciones, núm. 8, CIDOB edicions, Barcelona, 2006, esp. pp. 51-52.



Conviene recordar que durante la vigencia del RD 864/2001, se mantuvo la exigencia de un Informe Gubernativo previo para la expedición del visado familiar (art. 8.2), exigencia que el RD 2393/2004 eliminó. El nuevo texto reglamentario regula el procedimiento de solicitud de modo uniforme y en un único precepto (art. 42), dando fin a la confusa y dispersa normativa anterior.

Por lo que hace a la obtención del visado, también en un único precepto (art. 43) se regula su tramitación de forma pormenorizada. Repárese que, a partir de la entrada en vigor de la LO 14/2003, el visado adquiere una función adicional, pues sirve de acreditación documental de una previa autorización administrativa para residir y, en su caso, trabajar en España, siempre que una vez producida la entrada se formalicen los restantes trámites administrativos. Con esta fórmula, cuya interpretación había de hacerse de acuerdo con las Instrucciones de aplicación de la LO 14/2003<sup>81</sup>, quedaron suprimidos, con efectos a partir del 22 de diciembre de 2003, los supuestos de exención de visado del antiguo artículo 31.7 de la LO 4/2000<sup>82</sup> y se abrieron, por la vía del nuevo artículo 31.3 de la Ley, las autorizaciones de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales, supuestos que, desarrollados por el artículo 45.2 del RD 2393/2004<sup>83</sup>, no requieren visado.

### 3.1. Fases del proceso.

El artículo 17.4 de la Ley de extranjería establece que reglamentariamente se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación. También redactado conforme a la LO 14/2003, de 20 de noviembre, la norma contiene una remisión genérica al Reglamento en cuanto a la determinación de las condiciones de ejercicio del derecho a reagrupar. Este artículo, dada su ubicación, abarca las condiciones personales y materiales referidas al extranjero residente,

<sup>81</sup> Instrucción de 16 de diciembre de 2003 de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración.

<sup>82</sup> Que permitía la solicitud de exención de visado si el extranjero ya estaba en España y podía acreditar vínculos familiares con españoles o con residentes legales. Sin embargo, la aplicación de esta previsión quedó diferida hasta la entrada en vigor del Reglamento de extranjería (7 de febrero de 2005), lo que significó, en la práctica, el mantenimiento de las causas de exención de visado del artículo 49.2 del Reglamento de 2001 (a la sazón vigente) como supuestos incluidos “temporalmente” en el ámbito del artículo 31.3 de la Ley. Véase el apartado 6º de la mencionada Instrucción.

<sup>83</sup> Artículo 45. Autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales. 2. Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo, en los siguientes supuestos:

- a. Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año. (Esta disposición entró en vigor el 7.8.2005, seis meses después de que lo hiciera el Reglamento).
- b. A los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual. A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa”.
- c. Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

independientemente de su condición de primer inmigrante residente o de residente reagrupado, aunque también afecta a las condiciones de procedimiento, esto es, a las de trámite administrativo.

Cabe señalar que muchas de las condiciones, reglamentariamente dispuestas, son idénticas, en literalidad, a la redacción de la Ley de extranjería, por lo que poco aportan a la comprensión de los preceptos orgánicos<sup>84</sup>. Por ejemplo, la condición temporal del artículo 38 del Reglamento (Definición) coincide con la dicción del artículo 18.2 de la Ley; el artículo 39 del Reglamento (Familiares reagrupables) repite el artículo 17.1 de la Ley; si bien, incluye un inciso —el e— definiendo lo que ha de entenderse como “familiares a cargo del reagrupante”; el artículo 40 del Reglamento (Reagrupación familiar por residentes reagrupados) reitera los apartados 2 y 3 del artículo 17 de la Ley; y, en fin, el artículo 41 apartados 1 y 2 del Reglamento (Residencia independiente de los familiares reagrupados) es el correlativo del artículo 19 de la Ley, aunque incorpora cuatro incisos de desarrollo referidos a la conservación de la residencia en determinados supuestos y aclara u ordena los mismos.

Por lo que hace al trámite en sí mismo, lo más novedoso del Reglamento de 2004 es, precisamente, la ordenación del procedimiento de reagrupación familiar cuyas disposiciones no habían merecido un tratamiento uniforme en el RD 864/2001 y ello a pesar de que la Orden Ministerial de 8 de enero de 1999 había trazado una línea coherente, aunque extremadamente rígida, en la ordenación administrativa de la materia.

La Exposición de Motivos del RD 2393/2004, de 30 de diciembre aclara que la nueva estructura del Reglamento “responde a la necesidad de una ordenación sistemática, más adecuada a la realidad, y, por lo tanto, más accesible para sus destinatarios”. En cuanto a los procedimientos, el legislador declara en la citada Exposición que su finalidad es “incorporar mayores garantías a los ciudadanos y, consecuentemente, reducir el ámbito de decisión discrecional de la Administración”. Desde esta perspectiva es como habremos de observar el procedimiento de tramitación de los visados en fase consular, establecido en el artículo 43 del Reglamento.

Como primera observación cabe decir que el RD 2393/2004 no altera la estructura básica de la tramitación del procedimiento dividido, desde la Orden Ministerial de 8 de enero de 1999, una fase *ad intra* y otra *ad extra*: la primera a instancia del reagrupante, ante la autoridad competente,<sup>85</sup> con el fin de obtener la autorización de residencia temporal a favor de los miembros de la familia que desee reagrupar (art. 42 del Reglamento); y, la segunda, a instancia del familiar que vaya a ser reagrupado, ante la misión diplomática u oficina consular, con el fin de solicitar el visado (art. 43 del Reglamento). El Reglamento vigente otorga a la autoridad consular la competencia para la expedición de los visados, sin tener que esperar, como sucedía en el anterior sistema,

---

<sup>84</sup> El Consejo de Estado ha advertido en varias ocasiones que “no es de alabar el criterio de reproducir en el texto reglamentario disposiciones de la Ley a desarrollar y con redacción diferente, susceptible de inducir a error a quienes han de aplicar conjuntamente normas legales y reglamentarias, entendiéndose que la reproducción de las normas legales, cuando se haga, debe ser literal, para evitar posibles interpretaciones contrarias”. *Vid.*, Dictamen del Consejo de Estado núm. 3203/2004, de 16 de diciembre de 2004 (Procedencia. Trabajo y Asuntos Sociales), p. 11.

<sup>85</sup> Salvo previsión específica en contrario, son competentes las oficinas y Unidades de Extranjería de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno. *Cfr.* Disp. adic. tercera del RD 2393/2004 (Lugares de presentación de las solicitudes).

la autorización del Ministerio de Asuntos Exteriores que, a su vez, debía requerir al Ministerio del Interior la remisión del Informe Gubernativo vinculante y tras recibirlo notificarlo a la legación consular (Disp. adic. sexta).

El primer requisito para poder solicitar el visado es la concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación instada por el reagrupante (art. 42.5). La eficacia de esta autorización previa queda entonces sujeta a una doble condición suspensiva: de un lado, la expedición del visado y, de otro, la efectiva entrada del familiar reagrupado en el territorio nacional. La previsión es conforme con la Directiva que fija como regla general la presentación de la solicitud cuando los miembros de la familia residan fuera del territorio y sólo excepcionalmente podrán aceptar los Estados que la solicitud se presente cuando los miembros de la familia ya estén en su territorio<sup>86</sup> (art. 5.3 segundo párrafo). Esto significa que si el miembro de la familia de cuya reagrupación se trate está en España no podrá admitirse a trámite la solicitud y, respecto del Cónsul, éste podrá denegar el visado si comprueba que el extranjero se encuentra en España en situación irregular; situación que puede evidenciarse “por el poder de representación o por datos que consten en la Administración”.<sup>87</sup>

En relación con la segunda condición (hasta la efectiva entrada en el territorio) ha de interpretarse que se dará por cumplida desde el momento mismo en que se produzca la entrada en España por puesto habilitado<sup>88</sup>, pues una vez en el territorio el visado autoriza a residir<sup>89</sup>. Evidentemente, la entrada habrá de realizarse en el término de vigencia del visado que no será en ningún caso superior a tres meses<sup>90</sup>. Además, el extranjero viene obligado a solicitar la tarjeta de identidad de extranjero dentro del mes siguiente a la entrada en el territorio<sup>91</sup>. Su incumplimiento se considera una infracción grave y dará lugar a la sanción impuesta en el artículo 55.1 b) de la Ley<sup>92</sup>.

En cuanto a la legitimación para presentar la solicitud del visado, la ostenta el miembro de la familia de cuya reagrupación se trate que podrá presentarla bien personalmente o bien a través de representante<sup>93</sup>. Establece el Reglamento un término para realizar la solicitud de dos meses, cuyo cómputo se inicia en el momento de la notificación al reagrupante (en España) de la concesión de la previa autorización de residencia temporal; concesión que se extinguirá en el caso de no solicitar el visado en dicho plazo. En relación con la documentación, además de la genérica requerida para

<sup>86</sup> Como ya se ha dicho, este supuesto ha quedado definitivamente suprimido en el ordenamiento español a partir de la entrada en vigor del Reglamento de 2004.

<sup>87</sup> Artículo 43.1 último párrafo del Reglamento y disp. adic. cuarta ap. 7 de la Ley.

<sup>88</sup> Artículo 25 de la Ley.

<sup>89</sup> Artículo 27.2 de la Ley.

<sup>90</sup> Artículo 43.6 del Reglamento.

<sup>91</sup> Obligación derivada de lo dispuesto en el artículo 4.2 y 27.2 de la Ley, desarrollados en el artículo 105.4 del Reglamento.

<sup>92</sup> Artículo 53 h) de la Ley. La cuantía de la multa es de €301 a €6000.

<sup>93</sup> Primer párrafo del ap. 2 de la disp. adic. tercera de la LO 14/2003. Sólo excepcionalmente, cuando el interesado no resida en la población en que tenga su sede la Misión u Oficina consular y se acrediten las razones que obstaculizan el desplazamiento (lejanía de la misión o dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso), podrá acordarse la presentación de la solicitud por representante debidamente acreditado. Dados los términos del Reglamento, no bastará, pues, con un poder general o documento equivalente, sino que será preciso indicar en el apoderamiento la causa impeditiva del desplazamiento hasta la oficina consular, ajustada, en lo posible, a las señaladas reglamentariamente. En el caso de menores, ambos trámites podrán realizarse por representante debidamente acreditado (*cfr.* Disp. adic. cuarta, ap. 3 del Reglamento).

todos los visados de residencia<sup>94</sup>, el artículo 43.2 requiere la presentación de copia de la autorización de residencia notificada al reagrupante (inciso c) y de la documentación original que acredite los vínculos familiares y, en su caso, la edad y la dependencia legal o económica (inciso e).

Presentada la solicitud de visado, la misión Diplomática u oficina consular instruirá el correspondiente expediente. En este trámite se comprueba, generalmente mediante una entrevista personal<sup>95</sup>, la identidad del solicitante, el vínculo familiar alegado, la dependencia legal o económica, en su caso, y la validez de la documentación aportada. Cuando la entrevista se lleve a cabo, en ella deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración y el representante del interesado, en caso de que éste sea menor, además del intérprete, en caso necesario.

Si el visado se denegara, la resolución habrá de motivarse; esto es, se deberá informar al interesado de los hechos y circunstancias constatadas y, en su caso, de los testimonios recibidos y de los documentos e informes incorporados en el expediente que hayan conducido a la resolución denegatoria<sup>96</sup>. Finalmente, si se concediera el visado el interesado dispone de dos meses para retirarlo personalmente o por el representante en el caso de menores. De no efectuarse la recogida en dicho plazo se entenderá que el interesado renuncia al visado concedido y se procederá al archivo.

En realidad, todo este procedimiento es muy similar al establecido en el régimen general de expedición de visado de residencia y trabajo. A grandes rasgos podríamos decir que el RD 2393/2004 ha unificado las reglas de todos los procedimientos de expedición de visados, ha simplificado los trámites y ha otorgado una relevante intervención a la autoridad consular no sólo en la valoración de la prueba de los vínculos familiares, como veremos a continuación, sino también en la finalización del procedimiento, toda vez que la denegación del visado pondrá fin a la vía administrativa.

### 3.2. La prueba de los vínculos familiares.

Es evidente que los miembros de la familia beneficiarios de esta residencia serán únicamente los señalados en el artículo 17.1 de la Ley de extranjería y siempre que no recaiga sobre ellos alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 26 de la misma<sup>97</sup>. Esta previsión es conforme con la Directiva que no impide a los Estados

---

<sup>94</sup> Pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses; certificado de antecedentes penales o documento equivalente, en el caso de solicitante mayor de edad penal, que debe ser expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años y en el que no deben constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español; y certificado médico con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional.

<sup>95</sup> Si se determina la celebración de la entrevista, ésta deberá ser comunicada mediante citación o requerimiento. La incomparecencia, salvo fuerza mayor, en el plazo fijado, que no podrá exceder de quince días, produce el efecto de considerar al interesado desistido en el procedimiento y se le notificará la resolución por la que se declara el desistimiento (*cf.*, disp. adic. sexta, apartado 2 del Reglamento). De su contenido quedará constancia mediante acta firmada por los presentes y se entregará copia al interesado.

<sup>96</sup> Disp. adic. sexta, apartado 6 del Reglamento de 2004.

<sup>97</sup> Artículo 26. Prohibición de entrada en España.

miembros la denegación de una solicitud de entrada y de residencia de los miembros de la familia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública (art. 6.1 en relación con el art. 16).

En todo caso, las prohibiciones del artículo 26 de la Ley de extranjería exigen una interpretación conforme a la Directiva y, en tal sentido, no pueden ser entendidas más que de modo estricto; esto es, deben limitarse y estar motivadas. La jurisprudencia del TJCE ha acotado tales límites en torno a dos parámetros concurrentes: que la medida esté fundada en un comportamiento personal del miembro de la familia al que se aplique y la obligación del Estado de efectuar el test de proporcionalidad entre la gravedad de los hechos alegados y la obligación de respeto del derecho a la vida en familia<sup>98</sup>.

La exigencia de la identificación y prueba de los vínculos familiares de los miembros beneficiarios de la reagrupación se lleva a cabo mediante certificaciones que “permitan establecer, al día de la solicitud, el parentesco y, en su caso, la edad y la dependencia legal y económica”. Por tanto, en el momento de la solicitud, el reagrupante habrá de probar la existencia del matrimonio en los casos de reagrupación del cónyuge debiendo, además, acompañar una declaración jurada de que no reside con él en España otro cónyuge y la filiación de los interesados en los casos de reagrupación de hijos menores o de ascendientes.

A tales efectos probatorios se exige fotocopia del pasaporte del o de los familiares que desean ser reagrupados y la documentación (legalizada) acreditativa de los vínculos familiares, de la edad y de la dependencia legal y económica. En el supuesto de tratarse de hijos menores de dieciocho años de uno solo de los cónyuges o bien de ascendientes del reagrupante o de su cónyuge, el requisito de “estar a cargo del reagrupante” (art. 39 e) del Reglamento) se acredita mediante justificantes en los que conste que al menos durante el último año de la residencia en España éste ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva.

### **3.3. La prueba de los recursos económicos.**

No ha sido una cuestión pacífica el establecimiento de los criterios que permitan la determinación de los recursos económicos. Las legislaciones nacionales hacen prueba de ello y ponen de relieve el interés de los Estados miembros de evitar que la familia reagrupada se convierta en una carga social para el país de acogida. La Directiva recoge esta preocupación al señalar que los recursos han de ser “fijos y regulares, suficientes

---

1. No podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España.

2. A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deban formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo.

<sup>98</sup> SSTJCE C-41/74, de 4 diciembre 1974 (Yvonne van Duyn c. Home Office) y C-36/75, de 28 octubre 1975 (Rutili c. Ministre de l'Interieur).

para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate”<sup>99</sup>.

Cabe recordar que la exigencia de los recursos no había sido recogida en el Proyecto inicial de la LO 4/2000 aunque se introdujo en el texto final debido a la aceptación de la Enmienda núm. 252 del GP Socialista del Congreso que ya miraba a la Propuesta de Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar<sup>100</sup>.

Sin modificaciones pasó al texto de diciembre de 2000 y al de noviembre de 2003.

### **3.3.1. Noción de recursos económicos.**

La legislación española señala que los recursos económicos han de ser suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria, en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social [art. 42.2 d)]. Para su prueba, la legislación anterior (art. 44.4 c) del Reglamento de 2001) exigía: original y copia del contrato de trabajo y de los tres últimos recibos de salarios (en caso de trabajadores por cuenta ajena) o boletines de cotización (en el caso de trabajadores por cuenta ajena); la justificación de ingresos regulares (en los supuestos de personas en situación de inactividad laboral); la Declaración del IRPF correspondiente al año anterior (si se trata de trabajadores por cuenta propia o ajena); y, en cuanto a la asistencia sanitaria, los justificantes de afiliación y alta en la Seguridad Social o, en su defecto, un seguro de asistencia sanitaria con indicación de los beneficiarios.

La actual regulación delega en la potestad normativa ministerial la determinación de “la cuantía de los medios de vida exigibles a estos efectos así como el modo de acreditar su posesión, teniendo en cuenta el número de personas que pasarían a depender del solicitante a partir de la reagrupación” [art. 42.2 d)]. En la práctica, con carácter general, se exige, como medio de acreditación de los recursos, la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondiente al último ejercicio fiscal, en caso de estar obligado a hacerla y la cartilla de la seguridad social o la acreditación de disponer de un seguro de asistencia sanitaria privado. Además, en el supuesto de trabajo por cuenta ajena, deberá aportarse el contrato de trabajo u oferta formal de continuidad en la relación laboral y los tres últimos recibos de la nómina<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar. Documento COM(1999) 638 final 1999/0258 (CNS). A dicha fecha, los recursos debían ser equivalentes al salario mínimo en Francia y Portugal; superiores o iguales al mínimo social en Alemania y los Países Bajos. El Reino Unido exigía no recurrir a los fondos públicos y en Dinamarca que el residente subvenga a las necesidades de los miembros de su familia. Francia y los Países Bajos exigían, además, que los recursos fueran permanentes y estables. Por su parte, Austria pedía que los miembros de la familia estuvieran cubiertos por los seguros sociales. La condición de la existencia de recursos suficientes no se exigía en las legislaciones de Bélgica, Finlandia, Luxemburgo y Suecia.

<sup>100</sup> Propuesta modificada de 10 de octubre de 2000. Documento COM/2000/624/final, (DO C, 062 E de 27.2.2001 p. 0099 - 0111).

<sup>101</sup> Si trabaja por cuenta propia, deberá aportar: los tres últimos boletines de cotización al régimen de autónomos (o al régimen especial de Seguridad Social que le corresponda); justificación acreditativa del pago del Impuesto de Actividades Económicas –en su caso–; y último justificante de pago de IVA. En caso de situación de inactividad deberá aportar justificación de ingresos (por ejemplo, pensiones, subsidios, rentas, etc.). Si el reagrupante cotiza en alguno de los regímenes especiales de empleados del hogar, empleados del mar o empleados agrícolas, deberá aportar, a falta de nómina, recibos de

### 3.3.2. Evaluación de los recursos económicos.

La cuantía de los medios de vida y su evaluación ha de ser conforme a la Directiva y “se hará en función de su naturaleza y de su regularidad y podrá tenerse en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia” (art. 7.1 c) de la Directiva). El Reglamento recoge este criterio en su literalidad, aunque la redacción suscita varios problemas.

En primer lugar, el importe de la cuantía. La Memoria Explicativa a la Propuesta de Directiva de 2002 indicaba que “el nivel de recursos exigidos no podía superar el importe de la pensión mínima de jubilación pagada por el Estado”. Se trata, pues, de un criterio objetivo y preciso de evaluación del *quantum* a tener en cuenta por las Administraciones de los Estados miembros. En segundo lugar, la regularidad de su percepción (estabilidad); sin duda una cuestión delicada de establecer que dependerá en gran medida de las prácticas nacionales<sup>102</sup>.

La jurisprudencia española ha venido interpretando la acreditación de los medios de vida de manera amplia, aunque en relación al *quantum* y su estabilidad se muestra más restrictiva. A título de ejemplo, valga la siguiente referencia jurisprudencial:

...en los casos de no realizar actividad lucrativa, la disposición de medios de vida suficientes podrá acreditarse mediante la presentación de documentos que permitan verificar la tenencia de un patrimonio o la percepción de ingresos periódicos, suficientes y adecuados, incluyendo la aportación de títulos de propiedad, cheques certificados, cartas de pago, tarjetas de crédito o certificación bancaria<sup>103</sup>.

En el caso de realizar actividad lucrativa, hacen prueba de los ingresos (además de las nóminas, las cartillas de ahorros, los extractos de cuentas, etc.) las remesas económicas a la familia<sup>104</sup>, aunque resulta sospechoso que los ingresos se depositen en la cuenta en fechas inmediatamente anteriores a la solicitud<sup>105</sup>. En cambio, se han considerado insuficientes en orden a acreditar la disponibilidad de recursos económicos suficientes por parte del reagrupante: la percepción de cantidades en concepto de atrasos, inmediatamente anteriores a la solicitud, y de cantidades en concepto de asignación por hijo a cargo<sup>106</sup>.

---

salario firmados por el empresario y boletines de cotización al régimen especial de la Seguridad Social correspondiente.

<sup>102</sup> En este sentido, la praxis administrativa de otros Estados miembros arroja datos de interés orientadores de criterios uniformes. A modo de ejemplo pueden citarse los siguientes: la referencia temporal de los doce meses precedentes a la presentación de la solicitud; la perspectiva de una evolución favorable en la economía del solicitante, incluso si esto se acreditara después de la presentación de la solicitud; en caso de interrupción de la actividad laboral, el hecho de percibir un subsidio de desempleo no será considerado como inestabilidad de los recursos; si el solicitante puede acreditar poseer un contrato de trabajo de larga duración o por tiempo indefinido, será suficiente para acreditar la estabilidad de los recursos.

<sup>103</sup> STSJ Navarra, de 21 febrero 2003.

<sup>104</sup> STSJ Madrid, de 22 julio 2003.

<sup>105</sup> STSJ Madrid, de 10 marzo 2003.

<sup>106</sup> STSJ Madrid de 4 octubre 2002.

### 3.4. La prueba de la disponibilidad de vivienda.

La exigencia de una vivienda adecuada y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de la familia una vez reagrupada, responde a la concepción de la reagrupación familiar como institución clave para la integración de la familia en el país de acogida; vida familiar que, en materia de reagrupación, se entiende como vida en común, noción que integra la cohabitación como uno de los elementos definidores de la familia preexistente. En esta lógica, la vida en común de la familia ha de llevarse a cabo en unas condiciones “normales” que faciliten la integración en la sociedad de acogida, siendo la vivienda un parámetro objetivo de referencia.

La mayoría de las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea establecen la exigencia de vivienda adecuada, pero los criterios de valoración varían de un país a otro<sup>107</sup>. En el plano del Derecho convencional, el Convenio Europeo de 24 de noviembre de 1977, relativo al estatuto jurídico del trabajador emigrante contempla esta exigencia en su artículo 12. En cuanto al Derecho comunitario, el artículo 7 de la Directiva no impide que el Estado miembro “pueda requerir al solicitante que aporte la prueba de que dispone de una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro de que se trate”.

Así, pues, la disponibilidad de un alojamiento adecuado es uno de los requisitos esenciales en el procedimiento de la reagrupación familiar. Se trata de una de las cuestiones más sensibles de la inmigración familiar, tanto desde el punto de vista de los inmigrantes, como desde la perspectiva de los países de acogida cuyas leyes de extranjería y/o de inmigración subordinan la autorización del visado a la prueba de dicho requisito.

#### 3.4.1. Noción de vivienda adecuada.

Según la OCDE, los extranjeros inmigrantes —en Europa— disponen de un alojamiento cuya superficie es inferior a la considerada como *normal* en el país de acogida. Ello obedece a razones de tipo cultural y económico. La primera, se refiere a que su concepción de vivienda es diferente a la de los países de recepción, pues se conservan hábitos y costumbres del país de procedencia, cuyas condiciones climáticas permiten, a veces, que la vida diaria se haga en el exterior y el alojamiento sea considerado como un lugar donde dormir; la segunda, está relacionada con la economía del inmigrante quien, generalmente, busca el ahorro de una parte de sus ingresos para enviarlos a la familia, economizando, en lo posible, el gasto en la vivienda.

Resulta cuestionable que la falta de un alojamiento adecuado llegue a hacer imposible la reagrupación familiar para un trabajador extranjero quien, por un lado,

---

<sup>107</sup> Por ejemplo, la condición de la disponibilidad de la vivienda se establecía de manera diferente en los distintos Estados miembros. En Alemania, la vivienda debía ser equivalente a un alojamiento social. En Francia, Portugal y los Países Bajos debía ser equivalente a la vivienda considerada normal para los nacionales. Otros países aplicaban criterios diversos, como el tamaño, la higiene y la seguridad (Grecia, Italia, Austria y el Reino Unido). Luxemburgo no aplicaba normas predefinidas y examinaba las situaciones caso a caso. En cambio, la condición de una vivienda adecuada no se exigía en Bélgica, Dinamarca, Finlandia o Suecia, antes de la modificación de sus legislaciones nacionales para adaptarlas a la Directiva,



transfiere sus ahorros para subvenir las necesidades familiares y, por otro, ve rechazada su solicitud debido a la inadecuación del alojamiento en el país de acogida. Además, como se ha señalado anteriormente, el envío de cantidades dinerarias a la familia es un dato que permite acreditar la dependencia económica que es otra de las condiciones exigidas en el procedimiento de reagrupación familiar.

El Derecho español exige, en el momento de presentación de la solicitud de autorización de residencia por reagrupación familiar, acreditar la disponibilidad de una vivienda adecuada para atender sus necesidades y a las de su familia. Este requisito deberá justificarse mediante informe expedido por la Corporación Local del lugar de residencia del reagrupante. En el plazo máximo de quince días desde la solicitud, la Corporación deberá emitir el informe y notificarlo al interesado y, simultáneamente y por medios telemáticos cuando fuera posible, a la autoridad competente para resolver la autorización de reagrupación. Subsidiariamente, podrá justificarse este requisito presentando acta notarial mixta de presencia y manifestaciones en caso de que la Corporación local no hubiera procedido a emitir el informe de disponibilidad de vivienda en el plazo indicado, lo que se acredita con la copia de la solicitud realizada.

En todo caso, el informe o acta notarial debe hacer referencia a los siguientes extremos: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones, uso al que se destina cada una de las dependencias de la vivienda, número de personas que la habitan y condiciones de habitabilidad y equipamiento que, en el anterior Reglamento de la Ley de extranjería, se concretaban en la disponibilidad de agua corriente, electricidad, sistema de obtención de agua caliente y red de desagüe.

### 3.4.2. *Apreciación de los criterios.*

La evaluación de estos criterios plantea algunos problemas: el alcance del criterio *adecuada*, el momento en que debe apreciarse el cumplimiento de las condiciones de la vivienda y, en fin, si del precepto puede derivarse una obligación de cohabitación en esa vivienda<sup>108</sup>. Ante todo, conviene recordar que una interpretación conforme a la Directiva no permite que los criterios establecidos por las legislaciones nacionales sean discriminatorios; es decir, no pueden ser más estrictos que los establecidos para una vivienda considerada *normal* en la misma región. Además, la Directiva exige que se trate de criterios objetivos, en el sentido de ser posible su verificación<sup>109</sup>.

Sobre el término “vivienda considerada como adecuada”, la Propuesta de Directiva de 1999 señalaba que, aunque la evaluación de las condiciones de vivienda se dejara a la apreciación de los Estados miembros, “los criterios establecidos no deben ser discriminatorios”. Así, los criterios relativos al tamaño o a las normas sanitarias y de seguridad “no pueden ser más estrictos que cuando se trata de una vivienda habitada, en la misma región, por una familia comparable desde el punto de vista del número de personas y de la situación social”.

<sup>108</sup> K. HAILBRONNER, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000, p. 185.

<sup>109</sup> A.P. ABARCA JUNCO y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Capítulo II. Reagrupación...”, *cit.*, pp. 496-501.

Posteriormente, en la Enmienda a la letra a) del apartado 1) del artículo 9 (Propuesta modificada de 2001), se propuso la simplificación del enunciado “con el fin de establecer un criterio objetivo y preciso para la evaluación del alojamiento”. De acuerdo con dicha Enmienda, la evaluación debería hacerse “en función de criterios objetivos y tangibles”; en este sentido, se sugería la supresión del criterio “adecuada” y su sustitución por: “una vivienda cuyo tamaño sea al menos equivalente al de una vivienda social y responda a las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro de que se trate”.

La dificultad de definir lo que es una vivienda social llevó a la eliminación, en la Propuesta de 2002, del término *adecuada* y no se aceptó que el criterio objetivo se hiciera por referencia al tamaño de las viviendas sociales de la región. En el texto final de la Directiva el criterio quedó redactado del modo siguiente: el reagrupante deberá aportar la prueba de que dispone de “una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro de que se trate” (art. 7.1 a.)<sup>110</sup>.

En cuanto a la práctica administrativa española, los informes municipales no se refieren a aspectos estructurales de la vivienda, sino a aspectos funcionales. Por este motivo, el informe se suele realizar por los servicios sociales comunitarios sin perjuicio de que, al amparo de la potestad autoorganizativa de los municipios, se pueda encomendar esta labor a la Policía Local, a los servicios de Urbanismo o Vivienda e incluso a la Oficina Catastral.

En ocasiones se plantea el problema de que en la vivienda constan empadronadas personas que ya no residen en la misma. En estos casos se requiere que el propietario suscriba una declaración jurada del número de personas que se alojan en la vivienda. Sobre estas bases, se expide un informe por el Área de Bienestar Social y, posteriormente, se emite una Certificación de la Secretaría Municipal que recoge su contenido<sup>111</sup>.

La apreciación de las condiciones de la vivienda se verifica al instarse la solicitud, sin que un cambio de las mismas pueda afectar al estatuto administrativo acordado a los miembros de la familia una vez instalados en el territorio con el reagrupante. Ha sido cuestionado si del precepto puede derivarse una obligación de cohabitación permanente de los familiares reagrupados, ello debido a que algunos Estados miembros, en prevención del fraude o por desconfianza, adoptaban medidas de control posteriores

---

<sup>110</sup> En consonancia con lo establecido en el artículo 12.1 del Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador emigrante, de 24 de noviembre de 1977. En materia de vivienda es preceptivo que el trabajador “disponga para su familia de una vivienda considerada como *normal* para los trabajadores nacionales en la región donde esté empleado”. También, el apartado 3 del artículo 10 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, establece que el trabajador deberá disponer de una vivienda para su familia, *considerada como normal para los trabajadores nacionales en la región donde esté empleado*, sin que esta disposición pueda ocasionar discriminación entre los trabajadores nacionales y los trabajadores provenientes de otros Estados miembros (la cursiva es nuestra).

<sup>111</sup> G. LAGO NÚÑEZ, “Los Ayuntamientos ante la reagrupación familiar”, *La Ley CAJ*, núm. 3, 2004, pp. 417-421, esp. p. 420.

permitiendo a las autoridades competentes verificar nuevamente este requisito y, caso de no cumplirse, revocar la autorización de residencia<sup>112</sup>.

Aunque la Directiva no impide que las legislaciones nacionales denieguen la renovación de la autorización de residencia cuando no se cumplan las condiciones previstas [art. 16.1 a)] e incluso cuando los miembros de la familia no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar [art. 16.1 b)], el legislador español no ha hecho uso de esta posibilidad, limitándose a exigir para la renovación la aportación de documentos que acrediten “la disposición de empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades la familia, así como la cobertura de la asistencia sanitaria” (art. 44.2 del Reglamento).

A modo de conclusión provisional, puede decirse que las condiciones económicas y de vivienda exigidas en materia de reagrupación familiar, giran en torno a dos objetivos concretos: la integración de la familia y la “buena salud económica” de los extranjeros que pretendan la residencia en España por este cauce. En efecto, si la vida en familia facilita la integración del extranjero en la sociedad de acogida, no cabe duda de que las condiciones impuestas para la reagrupación familiar habrán de posibilitar, mas no impedir, su efectivo ejercicio. Sin embargo, la amplia discrecionalidad de las autoridades administrativas en la valoración de las condiciones materiales exigidas, puede conllevar a la denegación de los permisos por razones estrictamente económicas, sin ponderar el derecho a la vida en familia que, como hemos visto anteriormente, forma parte del derecho a la reagrupación familiar.

Las condiciones analizadas hasta ahora tienen un tratamiento distinto en los casos de refugiados y de otras personas especialmente vulnerables. El régimen diferenciado de la reagrupación familiar de estas personas es examinado, de modo breve, el apartado siguiente.

## **II. RÉGIMEN ESPECIAL: BREVE REFERENCIA A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS REFUGIADOS**

El objeto de este apartado consiste en la exposición sucinta del régimen que organiza la Directiva 2003/86/CE respecto de los refugiados. Solamente se trazarán las líneas generales del tratamiento de la reagrupación familiar en circunstancias difíciles, que la Directiva reserva a determinadas personas especialmente vulnerables o potencialmente víctimas de discriminación. A la luz de este régimen, se examinará el Derecho español de fuente interna y la tarea pendiente respecto de la transposición de las disposiciones comunitarias.

### **1. Parámetros normativos internacionales.**

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiado de 1951 y su Protocolo de 1967 constituyen la base de la regulación nacional en materia de derecho de asilo<sup>113</sup>. Ambos,

<sup>112</sup> STAPLES, H., *The Legal Status of Third Country Nationals Resident in the European Union*, European Monographs 22, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999.

<sup>113</sup> Adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución

como también el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), forman parte del acervo de la Unión, según declaraba el Consejo en 1998. Así, la Unión Europea debe respetar dicha regulación, tanto porque todos los Estados miembros se encuentran vinculados por la misma, como porque expresamente así lo prevé el propio TCE en su artículo 63. De igual manera, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho de asilo debiendo respetar las normas de la Convención de 1951, del Protocolo de 1967 y de acuerdo con el TCE (art. 18).

En el marco del Consejo de Europa, la reagrupación familiar de las familias de los refugiados se recoge en un Acuerdo Europeo de 16 de octubre de 1980, relativo a la transferencia de responsabilidad con respecto a los refugiados<sup>114</sup>, cuyo artículo 6 promueve la reagrupación familiar —por razones humanitarias— en el territorio del Estado concernido, que comprende a la esposa y los hijos menores o a cargo del refugiado. También el Parlamento Europeo, en una Resolución de 12 de marzo de 1987 sobre los derechos de los ciudadanos en relación con el problema del derecho de asilo<sup>115</sup>, afirma que al cónyuge y a las personas que vivan a cargo del refugiado les deberá ser reconocido el mismo estatuto que a aquél.

La necesidad de elaborar un marco común-comunitario del derecho de asilo encuentra su germen en el Acta Única Europea (1985), cuyo artículo 8-A obligaba a abrir una vía de coordinación de las disposiciones estatales referentes al asilo y a la inmigración con la finalidad de eliminar la pluralidad de regímenes difícilmente sostenibles en una Europa sin fronteras<sup>116</sup>. El Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros, firmado en Dublín el 15 de junio de 1990<sup>117</sup>, supuso el impulso al proceso de armonización de las políticas de asilo<sup>118</sup>.

---

429 (V), de 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22.4.1954, de conformidad con el artículo 43 (1). De su Protocolo (Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados), tomaron nota con aprobación el Consejo Económico y Social (de las Naciones Unidas) en su resolución 1186 (XLI), de 18 de noviembre de 1966, y la Asamblea General en su resolución 2198 (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 4.10.1967, de conformidad con el artículo VIII. Instrumento de adhesión a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967: BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978. Vigencia para España de la Convención: 12.11.1978; del Protocolo: 14.8.1978.

<sup>114</sup> Artículo 6.- “Pasada la fecha de la transferencia de responsabilidad, el segundo Estado facilitará, en interés de la reagrupación familiar y por razones humanitarias, la admisión en su territorio del cónyuge y de los hijos que sean menores de edad o que se hallen a cargo del refugiado”, *cf.*, Acuerdo europeo relativo a la transferencia de responsabilidad con respecto a los refugiados, hecho en Estrasburgo el 16 de octubre de 1980. Entrada en vigor: 1.12.1980, de conformidad con el artículo 10.1. Instrumento de ratificación: BOE núm. 176, de 24 de julio de 1987. Vigencia para España: 1.7.1987.

<sup>115</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Rapport fait au nom de la commission juridique et des droits des citoyens sur le problème du droit d'asile*, (Vetter, H.K., Rapporteur). Doc. A2-227/86/A, 23 février 1987.

<sup>116</sup> Sobre el tratamiento en derecho comparado del asilo y refugio, *vid.* N. PÉREZ SOLA, *La regulación del Derecho de asilo y refugio en España*, Ediciones Adhara, Jaén, 1997, pp. 53-74.

<sup>117</sup> En vigor para España y todos los Estados miembros el 1.9.1997. Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas a los Estados miembros de las comunidades Europeas, hecho en Dublín el 15 de junio de 1990: BOE núm. 145, de 1 de agosto de 1997 y DO C 254, de 19 de agosto de 1997. Repárese que el Convenio de Dublín sustituyó en materia de asilo las previsiones contenidas el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990, en virtud de un Protocolo en el que los Estados miembros señalaron que “las disposiciones del capítulo 7 del título II (es decir las relativas a la responsabilidad de las solicitudes de asilo, artículos 28 a 38) así como las definiciones de solicitud de

Tras la comunitarización de la materia llevada a cabo por el Tratado de Amsterdam<sup>119</sup>, el Consejo Europeo, en su reunión especial en Tampere (1999), acordó trabajar con vistas a la creación de un sistema europeo común de asilo que, basado en la plena aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de Nueva York de 1967, garantizara que ninguna persona fuera repatriada a un país en el que sufriera persecución (principio de “non refoulement”)<sup>120</sup>. Las Conclusiones de Tampere precisaron igualmente que dicho sistema europeo común de asilo debería incluir, a corto plazo, un procedimiento de determinación claro y viable del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo, basado en criterios objetivos y equitativos tanto para los Estados miembros como para las personas afectadas<sup>121</sup>; objetivo alcanzado cuatro años más tarde con el Reglamento (CE) núm. 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003<sup>122</sup>, que sustituyó al Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990.

La Comisión entiende que la problemática del acceso a la protección y la integración en la sociedad de acogida de los refugiados y demandantes de asilo sólo puede llevarse a cabo mediante acciones que, como se ha dicho, tomen en cuenta las relaciones entre las obligaciones de protección internacional y la salvaguardia de la seguridad interna. De entre los distintos elementos relevantes para evitar que los demandantes de asilo no resulten víctimas de los mecanismos de exclusión de la protección internacional ni de las mafias, la residencia de larga duración y la reagrupación familiar son los dos factores a tomar en consideración<sup>123</sup>.

A la luz de estos parámetros, y en el marco estrictamente jurídico, se produce la confluencia de normas que tienden a ampliar los límites de protección de la noción de asilo territorial, al tiempo que se oponen a extender el núcleo esencial de los efectos protectores del asilo a otras personas también necesitadas de protección, rechazando la

---

asilo, solicitante de asilo y exámenes de una solicitud de asilo que figuran en el artículo 1 del Convenio de aplicación dejarán de aplicarse”.

<sup>118</sup> Sobre el contenido material del Convenio de Dublín, *vid.* A.P. ABARCA JUNCO, en E. PÉREZ VERA (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 2ª ed., Madrid, 2000, pp. 219-228, esp. pp. 224 ss.; P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Valladolid, 2001, esp. pp. 153-156 (y la bibliografía ahí citada).

<sup>119</sup> Las normas relativas a las medidas en materia de asilo se recogen en el artículo 63.1, las relativas a los refugiados y desplazados, en el artículo 63.2. del Tratado de Amsterdam y en la Declaración 17, adoptada por la CIG, 1996, relativa a la voluntad de entablar consultas con al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en las cuestiones pertinentes a la política de asilo. El Reino Unido e Irlanda y Dinamarca no participan en la adopción de medidas previstas en los antecitados preceptos (Protocolos 4 y 5 al art. 65 del Tratado).

<sup>120</sup> Véase la Comunicación “Hacia un procedimiento de asilo común y un estatuto uniforme, válido en toda la Unión, para las personas a las que se concede asilo”. COM (2000) 755 final.

<sup>121</sup> MIGRATION POLICY INSTITUTE (MPI), *[Study on] The Feasibility of setting up resettlement schemes in EU Member States or at EU Level, against the background of the Common European Asylum system and the goal of a Common Asylum procedure*, (on behalf of the European Commission), 2003. Disponible en Internet: [www.migrationpolicy.org/pubs/resettlement-study-full\\_2003\\_en.pdf](http://www.migrationpolicy.org/pubs/resettlement-study-full_2003_en.pdf)

<sup>122</sup> DO L 50/1, de 25 de febrero de 2003.

<sup>123</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política común de asilo y el programa de protección, en Segundo Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Comunicación (COM 152 final de 26.3.2003).

vis expansiva de la noción de acogida por razones humanitarias. A esta tensión dialéctica obedece, pues, la prolija normativa comunitaria<sup>124</sup>.

## 2. Los beneficiarios de la Directiva 2003/86/CE.

La Directiva 2003/86/CE señala en su Considerando octavo que la situación de los refugiados requiere una atención especial, debido a las razones que les obligaron a huir de su país y les impiden llevar en el mismo un vida en familia. A este respecto, la Directiva prevé, en su Capítulo V (arts. 9 a 12), condiciones más favorables para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar.

El ámbito de aplicación personal de estas disposiciones sólo se refiere a los refugiados y a los menores extranjeros no acompañados, conceptos que la Directiva define en el artículo 2. Por otra parte, la norma comunitaria no se aplica cuando el reagrupante: a) solicite el reconocimiento del estatuto de refugiado y su solicitud aún no haya sido objeto de resolución definitiva; b) esté autorizado a residir en un Estado miembro en virtud de una protección temporal o solicite la autorización de residir por este mismo motivo y se encuentre a la espera de resolución sobre su estatuto; c) esté autorizado a residir en un Estado miembro en virtud de formas subsidiarias de protección de conformidad con las obligaciones internacionales, las legislaciones nacionales o las prácticas de los Estados miembros, o solicite la autorización de residir por este mismo motivo y se encuentre a la espera de resolución sobre su estatuto (art. 3.2).

### 2.1. Los menores no acompañados.

“Menor no acompañado” es el nacional de un tercer país o apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros [art. 2 f)].

Por su parte, el Programa Europeo en favor de los niños separados, ha adoptado, en el marco de su Declaración de Buenas Prácticas (1999) la siguiente noción:

Les enfants séparés sont des enfants de moins de 18 ans se trouvant en dehors de leur pays d'origine, séparés de leurs parents ou de leur répondant autorisé par la loi ou par la coutume. Certains enfants sont entièrement seuls, alors que d'autres vivent par exemple avec des parents éloignés. Tous ces enfants sont qualifiés de séparés et ont droit à une protection internationale selon une gamme étendue d'instruments internationaux et régionaux<sup>125</sup>.

La definición adoptada por la Directiva presenta varias ventajas. Por una parte, tanto la ley como la costumbre nacional habrán de ser tomadas en consideración para

---

<sup>124</sup> F.M. MARIÑO MENÉNDEZ, “La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el derecho europeo”, en *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI, op. cit.*, pp. 463-482.

<sup>125</sup> Programa en favor de los niños separados en Europa (PESE)

determinar si un menor está o no acompañado. Por otra parte, en tanto un adulto no se haga cargo del menor, éste tiene derecho al estatuto de protección reconocido a los menores extranjeros no acompañados. Esta condición debe ser tomada en cuenta por el Derecho español, lo que reforzará de manera notable el estatuto de estos menores.

Cabe recordar que esta definición es la misma que han adoptado las Directivas: 2001/55/CE, de 20 de julio de relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida<sup>126</sup>; 2003/9/CE, de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros<sup>127</sup>; y 2004/83/CE, de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan de otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida<sup>128</sup>; todo ello se corresponde con la adoptada por el Consejo de Europa en su Recomendación de 27 de junio de 1997.

Por lo que hace al Derecho español, la referencia a los menores de dieciocho años contenida en el artículo 15.4 del RD 203/1995, de 10 de febrero<sup>129</sup> únicamente indica que estos menores serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores, poniéndolo en conocimiento, asimismo, del Ministerio Fiscal. El tutor que legalmente se le asigne será su representante legal durante la tramitación del expediente. En cuanto a la solicitud de asilo, se tramitará conforme a los criterios contenidos en los convenios y recomendaciones internacionales aplicables al menor solicitante de asilo.

Conviene recordar que la Ley de extranjería, al regular en su artículo 35 la “Residencia de Menores”, desarrollada por el artículo 92.1 del Reglamento, no hace referencia al supuesto previsto en la Directiva, sino al procedimiento que ha de seguirse “cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a una persona extranjera que se halle indocumentada y cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad”. Esta norma está dirigida a la repatriación o retorno de dicho menor al país de origen, o a aquél donde se encuentren sus familiares, y no a la reagrupación familiar a que hace referencia la Directiva.

## 2.2. Los refugiados.

Por “refugiado” la Directiva entiende cualquier nacional de un tercer país o apátrida que goce de un estatuto de refugiado en los términos de la Convención de Ginebra sobre

---

<sup>126</sup> DO L 212, de 7 de agosto de 2001. Un análisis de esta Directiva lo realiza S. CARRASCOSA FERRÁNDIS, “Flujo masivo de desplazados: comentarios a la primera directiva europea”, en *La revitalización de la protección de los refugiados* (Fernández Sánchez, P.A. ed.), Universidad de Huelva, 2002, pp. 315-323.

<sup>127</sup> DO L 31, de 6 de febrero de 2003.

<sup>128</sup> DO L 304, de 30 de septiembre de 2004.

<sup>129</sup> Por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (BOE núm. 52, de 2.3.1995).

el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967 [art. 2.a)]<sup>130</sup>.

Esta opción, similar a la que el Derecho español mantiene en materia de asilo, plantea un verdadero problema respecto al derecho al respeto a la vida familiar de los demandantes de asilo en la medida en que el candidato a refugiado no puede, por definición, vivir con su familia en su país de origen. Se trata, además, de una práctica contraria al principio de unidad familiar, principio recomendado por el Acta final anexa a la Convención de Ginebra<sup>131</sup>. Conviene recordar que la Convención de Ginebra no confiere la protección a los miembros de la familia de la persona perseguida ni contiene disposición destinada a la protección de la unidad familiar, aunque en los trabajos preparatorios se proponía que los miembros de la familia inmediata del refugiado obtuvieran el estatuto de refugiado<sup>132</sup>.

En relación con el tratamiento que la Directiva reserva a los refugiados, conviene resaltar dos condiciones establecidas por la norma comunitaria cuya aplicación estricta por los Estados miembros puede vaciar de contenido una disposición que, en principio, pretende establecer un régimen más favorable en beneficio de los refugiados.

En primer término, el régimen de la Directiva sólo se aplica a los refugiados reconocidos como tales por los Estados miembros y éstos podrán limitar la aplicación de las disposiciones más favorables de la misma a los refugiados cuyos vínculos familiares sean anteriores a su entrada en el territorio. Esto significa que, si los Estados no otorgan protección a las relaciones familiares constituidas con posterioridad al reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, como sucede en el Derecho español (art. 34 del RD 203/1995), el régimen de la Directiva no se aplicará, aunque sí se podrá aplicar el “el trato más favorable con arreglo a la normativa vigente de extranjería”.

Por otra parte, el artículo 12 apartado segundo prevé que si la reagrupación familiar es posible en un tercer país con el que el reagrupante o el miembro de la familia poseen lazos especiales, o si la solicitud de reagrupación no se ha presentado en el plazo de tres meses a partir de la concesión del estatuto de refugiado, el Estado en cuyo territorio se solicita la reagrupación familiar podrá exigir al refugiado la prueba de los requisitos a que se refiere el artículo 7 de la Directiva. Es decir, de que dispone de una vivienda suficiente, de un seguro de enfermedad completo para sí y los miembros de su familia y de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de su familia.

---

<sup>130</sup> Por su parte, la Directiva 2005/85/CE, de 1 de diciembre de 2005 ha fijado las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, cuya fecha de transposición a las legislaciones nacionales finaliza el 1 de diciembre de 2007. (DO L 326, de 13.12.2005).

<sup>131</sup> El Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios por la que se adoptó la Convención de Ginebra, recomendaba a los Gobiernos tomar las medidas necesarias para la protección de la familia de un refugiado con el fin de asegurar el mantenimiento de la unidad familiar, especialmente cuando el cabeza de familia reuniera las condiciones para su admisión en el país de acogida, así como asegurar la protección de los refugiados menores, sobre todo en lo concerniente a la tutela y a la adopción. United Nations Treaty Series, vol. 189, p. 37.

<sup>132</sup> A.A. CANÇADO TRINDADE, G. PEYTRIGNET y J.R. SANTIAGO (eds.), *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Comité Internacional de la Cruz Roja/ACNUR/Comisión Europea, San José de Costa Rica/Brasilia, 1996.



Esta condición no toma en cuenta el hecho de que, en la práctica, es muy difícil conseguir, en el término de tres meses, la documentación acreditativa de los vínculos familiares exigida en el artículo 11.1 para la presentación y examen de la solicitud. Quizá consciente de este rigor, el apartado segundo del artículo 11 de la Directiva establece que si un refugiado no puede presentar documentos justificativos de estos vínculos, el Estado examinará otras pruebas de su existencia y que la denegación de la reagrupación familiar no podrá basarse exclusivamente en la falta de documentos justificativos<sup>133</sup>.

### **3. La familia reagrupable.**

#### **3.1. Miembros de la familia.**

El artículo 10 de la Directiva, por lo que respecta a la definición de los miembros de la familia de un refugiado, señala la aplicación de las disposiciones del artículo 4, a excepción del tercer párrafo del apartado 1, que no se aplicará a los hijos de refugiados; es decir, las limitaciones en torno a la edad de los menores y al criterio de integración. La familia a la que se refiere la Directiva, tratándose de un refugiado, es la nuclear: el cónyuge y los hijos menores de edad, aunque permite a los Estados miembros autorizar la reagrupación de otros miembros de la familia no mencionados en el artículo 4, si están a cargo del refugiado.

En relación a los menores no acompañados, si fuera un refugiado, la Directiva señala que los Estados miembros autorizarán la reagrupación de sus ascendientes en línea directa y en primer grado. En tal supuesto, no se aplicarán los requisitos de la letra a) del apartado 2 del artículo 4; es decir, no exige, como es evidente, que los ascendientes estén a cargo del reagrupante y carezcan de apoyo adecuado en el país de origen.

Esta obligación directa no se aplica a la entrada y residencia del tutor legal o de cualquier otro miembro de la familia. La norma comunitaria permite a los Estados autorizar la entrada y residencia del tutor, a título de reagrupación familiar, sólo si el menor refugiado no tiene ascendientes en línea directa o éstos no puedan encontrarse.

#### **3.2. Parejas de hecho y parejas del mismo sexo.**

---

<sup>133</sup> Esta previsión es necesaria pues a menudo los solicitantes de asilo territorial no pueden aportar los documentos, actas o certificados del Registro civil que prueben su estado civil y el de los miembros de la familia así como los vínculos familiares. En estos casos, la vía convencional resulta ser la más eficaz para solventar estos problemas. La Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) por medio de su Asamblea General ha invitado a los Estados Partes a otorgar a los refugiados documentos que sustituyan las actas del estado civil y favorezcan el reconocimiento internacional de estos documentos. En esta línea, se ha elaborado una Convención relativa a la cooperación internacional en materia de ayuda administrativa a los refugiados que dispensa la legalización de las actas del estado civil de los refugiados. Convenio de 3 de septiembre de 1985 sobre cooperación internacional en materia de asistencia administrativa a los refugiados, hecho en Basilea. Entrada en vigor: 1.3.1987, de conformidad con el artículo 10.1. Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1987: BOE núm. 139, de 11 de junio de 1987. Vigencia para España el 1.8.1987.

El artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE excluye de su ámbito de aplicación directo a las parejas no casadas. Únicamente deja a los Estados miembros la posibilidad de autorizar la entrada y residencia de la pareja no casada nacional de un tercer país —que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada— o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada. En consecuencia, tratándose de un refugiado, la norma comunitaria no amplía de modo automático el núcleo familiar a las parejas de hecho.

En relación con el tratamiento que otorga el Derecho español a estas relaciones familiares en supuestos de refugiados, es necesario subrayar dos cuestiones. De una parte, en relación a las parejas no casadas, el artículo 10 de la Ley de asilo establece la extensión familiar del asilo en términos objetivos, es decir, por la mera relación familiar y sin perjuicio de que los miembros de la familia, ellos mismos, puedan ser considerados refugiados. El derecho alcanza a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge o persona con la que se encuentre ligada por *análoga relación de afectividad*. El precepto se desarrolla en el artículo 34 del RD 203/1995 que, bajo el título “Excepciones a la extensión familiar del asilo”, no otorga la protección al cónyuge o a la pareja de hecho cuando la relación jurídica matrimonial o la situación fáctica de convivencia se constituya con posterioridad al reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante. En consecuencia, la normativa interna amplía el ámbito de aplicación personal a la pareja no casada de un refugiado cuando la relación fáctica sea previa (exista) antes del reconocimiento de la condición de refugiado.

De otra parte, la modificación del artículo 44 del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio y la declaración de que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de distinto sexo<sup>134</sup>, ha dado paso a la extensión de la noción de cónyuge a los matrimonios homosexuales. Ello trae como consecuencia, en materia de reagrupación familiar, la extensión familiar del asilo a los cónyuges del mismo sexo.

#### **4. La extensión familiar del asilo en el Derecho interno español.**

El artículo 13.4 de la CE dispone que “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”. El derecho de asilo fue objeto de una regulación inicial mediante dos órdenes del Ministerio del Interior en las se regulaba, provisionalmente, el reconocimiento de la condición de refugiado (OM de 16 de mayo de 1979) y se prorrogaba el plazo de solicitudes para tramitar este reconocimiento (OM de 31 de agosto de 1979)<sup>135</sup>.

Durante casi un decenio, la normativa reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado se regulaba en la Ley 5/1984, de 26 de marzo y en el RD

---

<sup>134</sup> LO 13/2005, de 1 julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157, de 2.7.2005).

<sup>135</sup> D. LÓPEZ GARRIDO, *El derecho de asilo*, Madrid, Trotta, 1991. Para el régimen jurídico español, entre otros, *vid.* D.V. BLANQUER, *Asilo político en España: garantías del extranjero y garantías del interés general*, Civitas, Madrid, 1997; C.J. GORTÁZAR ROTAECHE, *Derecho de Asilo y “No rechazo” del refugiado*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1997; y N. PÉREZ SOLA, *cit.*, pp. 101-141.

511/1985, de 20 de febrero, que aprobaba el Reglamento de aplicación de aquella<sup>136</sup>. Ambas normas fueron completadas con la Orden de 13 de enero de 1989, relativa a los servicios sociales precisos para la integración de los asilados.

En 1994 y 1995 dos leyes modificaron la legislación en la materia. En primer lugar, la Ley 9/1994, de 19 de mayo<sup>137</sup>, de modificación de la Ley 5/1984, que hizo especial referencia a los plazos de detención en el procedimiento de admisión a trámite en frontera. Y, en segundo lugar, el RD 203/1995, de 10 de febrero<sup>138</sup>, por el que se aprobó su Reglamento de aplicación, que derogó el RD 511/1985. En este conjunto normativo, han de tenerse en cuenta, las modificaciones introducidas por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de extranjería.

En relación con la extensión familiar del asilo, como se ha señalado anteriormente, el artículo 10 de la Ley de asilo establece la concesión a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del asilado o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los casos de separación legal, separación de hecho, divorcio, mayoría de edad o independencia familiar, en los que se valorará, por separado, la situación de cada miembro de la familia. El Reglamento de la Ley de asilo excepciona la extensión familiar cuando el matrimonio o la convivencia estable se constituyan con posterioridad al reconocimiento de la condición de refugiado. Si bien, la norma permite que estas personas soliciten el trato más favorable con arreglo a la legislación de extranjería (art. 34.1). La anterior previsión no obsta para que, en dicho caso, los familiares soliciten el asilo en otro procedimiento, por entender que reúnen los requisitos exigidos para su obtención.

## 5. Apuntes finales.

### 5.1. Primer apunte: personas no incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/86/CE.

Como hemos señalado anteriormente, el régimen de la Directiva 2003/86/CE no se aplica a los demandantes de asilo ni a quienes estén autorizados a residir en un Estado miembro en virtud de una protección especial, ni a quienes residan en un Estado

<sup>136</sup> Respectivamente, BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984 y BOE núm. 94, de 19 de abril de 1985 (derogado).

<sup>137</sup> BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994 (corr. err. BOE núm. 131, de 2.6.1994). La novedad más destacada de la reforma de 1994 fue la supresión de la doble regulación de asilo y refugio por motivos diferenciados y con procedimientos diversos, reconduciendo la cuestión a los términos de la Convención de Ginebra de 1951. Se ha objetado que esta regulación anulaba prácticamente la posibilidad de reconocer el derecho de asilo por razones humanitarias, más allá de los términos estrictos concebidos por la mencionada Convención. Aunque la opinión prácticamente unánime de la doctrina española entendía tal dualidad como una imperfección técnica de la antigua normativa. *Vid.*, P. SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo en la Constitución española*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>138</sup> De mayor calado fue la introducción de una fase de inadmisión a trámite en el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado que, en la medida en que permite al Estado receptor rechazar cuantas demandas considere manifiestamente infundadas, se compadece mal con las especiales, y en ocasiones imprecisas, circunstancias de quienes no pueden o no quieren regresar a su país de origen o residencia. El artículo 17.2 de la Ley de asilo y refugio permite, por razones humanitarias o de interés público en el marco de la legislación general de extranjería, autorizar la permanencia en España, pese a la inadmisión a trámite o la denegación de la solicitud.

miembro en virtud de formas subsidiarias de protección. Sin embargo, el Derecho comunitario ha establecido, mediante otras Directivas, la protección de la vida en familia de estas personas. Brevemente nos referiremos al alcance de la reagrupación familiar en cada uno de estos supuestos.

*Régimen de los solicitantes de asilo.* El régimen de normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo se establece en la ya citada Directiva 2003/9/CE, de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros. En sentido estricto, los solicitantes de asilo carecen del derecho a la extensión familiar debido a que se trata de un nacional de un tercer país o apátrida que ha presentado una solicitud de asilo sobre la cual todavía no se ha dictado una resolución definitiva [art. 2 d)], aunque ello no significa que los miembros de la familia de un solicitante de asilo carezcan de protección durante la tramitación del procedimiento.

Siendo el objeto de la Directiva el establecimiento de un conjunto de medidas para acoger a los solicitantes de asilo, entre las que se incluyen alojamiento, alimentación y vestido, la cuestión estriba en saber si las mismas son extensibles a la familia del solicitante y en qué condiciones. La Directiva de forma abierta no impone a los Estados miembros la obligación de acoger a la familia del solicitante sino que propugna la adopción de medidas oportunas para mantener la unidad familiar “tal como se encuentre presente en el territorio”.

Esto significa, básicamente, la protección frente a la expulsión y una serie de medidas sociales de carácter temporal tendentes a garantizar un nivel de vida digno y unas condiciones de vida comparables en todos los Estados miembros: información sobre los beneficios establecidos y las condiciones de acogida, documentación que certifique su condición, libertad de circulación, escolarización y educación de los menores, acceso al empleo en caso de demora de más de un año en la tramitación, formación profesional bajo ciertas condiciones, atención sanitaria y un nivel de vida adecuado que les permita subsistir.

El presupuesto de aplicación para que la familia pueda acceder a las condiciones materiales de acogida<sup>139</sup> es su presencia en el mismo Estado miembro que tramita la solicitud de asilo y que la familia existiera ya en el país de origen. Las medidas se aplicarán, con el acuerdo de los solicitantes de asilo y alcanzarán con carácter exclusivo: (1) al cónyuge o la pareja de hecho del solicitante que tenga una relación duradera con él, si la legislación del Estado miembro en cuestión considera la situación de las parejas no casadas como similar a la de las casadas con arreglo a su propia normativa de extranjería; y (2) a los hijos menores de la pareja mencionada en el inciso anterior, siempre que no estén casados y sean dependientes, sin discriminación entre los matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos, de conformidad con la legislación nacional.

*Régimen de protección temporal a los desplazados.* Las normas mínimas para la concesión de la protección temporal a los desplazados se contienen en la Directiva 2001/55/CE, de 20 de julio de 2001. España ha incorporado su contenido en el RD

---

<sup>139</sup> Definidas en la Directiva como “las condiciones de acogida que incluyen alojamiento, alimentación y vestido proporcionados en especie o en forma de asignaciones financieras o vales, y una asignación para gastos diarios” [art. 2 j)].

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>140</sup>, cuyo artículo 21 extiende los beneficios de la protección temporal a los miembros de la familia de la persona concernida.

Esta compleja Directiva tiene por objeto establecer una serie de criterios y de procedimientos que regulan tanto la protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países, que no pueden volver a su país de origen, como el fomento del esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a estas personas y asumir las consecuencias de su acogida<sup>141</sup>. En este sentido, la norma distingue según se trate de medidas destinadas a crear un estatuto mínimo de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (régimen de protección temporal), de aquellas otras medidas dirigidas a poner en práctica el principio de solidaridad entre los Estados miembros a la hora de acoger a estas personas.

La principal nota del régimen de protección temporal reside en la necesidad de que se dicte, previo a su aplicación, una declaración general de protección, bien por parte del Consejo de la Unión Europea, a propuesta de la Comisión o bien, para el caso de España, por parte del Gobierno español mediante acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores (en los supuestos de evacuación) o del Ministerio del Interior (en los supuestos de emergencia)<sup>142</sup>.

En cuanto a la reagrupación familiar, se establecen reglas de coordinación entre los Estados miembros que parten del principio de respeto a los deseos que manifiesten los interesados y teniendo en cuenta los intereses de los menores. El traslado a otro Estado miembro pone fin al permiso de residencia temporal en el Estado anterior, así como al resto de las medidas derivadas de la protección temporal. La Directiva establece un modelo de salvoconducto para el traslado. Finalmente, puede darse la circunstancia de que los miembros (uno o varios) no hayan llegado aún al Estado de acogida temporal. En este caso, será reagrupante la persona que ya disfrute de la protección temporal en dicho Estado, por cuanto es en el mismo donde se producirá la reunificación familiar.

El artículo 21 del RD 1325/2003 recoge, como no puede ser menos, este régimen y señala que el reagrupante ha de tratarse de un nacional de un tercer país que disfrute ya de la protección temporal en un Estado miembro. La extensión del beneficio alcanza a los miembros de la familia ya constituida en el país de origen y que haya sufrido la separación debido a las circunstancias que rodean la afluencia masiva de que se trate. La

<sup>140</sup> BOE núm. 256, de 25 de octubre de 2003.

<sup>141</sup> La noción de *personas desplazadas* la establece la Directiva en su artículo 2 c): los nacionales de un tercer país o apátridas que hayan debido abandonar su país o región de origen, o que hayan sido evacuados, en particular respondiendo al llamamiento de organizaciones internacionales y cuyo regreso en condiciones seguras y duraderas sea imposible debido a la situación existente en ese país, que puedan eventualmente caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 1<sup>a</sup> de la Convención de Ginebra u otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional, y en particular: (i) las personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente; y, (ii) las personas que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática de los derechos humanos.

<sup>142</sup> En el primer supuesto, cada Estado miembro informará sobre la capacidad de recepción, y en su caso, la disponibilidad suplementaria de acogida. En el segundo supuesto, el acuerdo del Consejo de Ministros será motivado incluyendo, la descripción de los grupos de personas a las que se aplicará la protección temporal, la fecha en que surtirá efecto y una estimación de la magnitud de los movimientos de personas desplazadas.

definición de los miembros de la familia abarca el cónyuge y/o pareja de hecho<sup>143</sup>, hijos menores y solteros así como ascendientes en primer grado del beneficiario siempre que (estos últimos) conviviesen juntos, formasen parte de la unidad familiar en el momento de producirse el acontecimiento y fueran total o parcialmente dependientes del beneficiario en dicho momento.

*Régimen de protección subsidiaria.* En cuanto a la protección subsidiaria, la Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátrida como refugiados o personas que necesitan de otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, define como tales a:

...el nacional de un tercer país o apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves a que se refiere el artículo 15, y al que no se aplican los apartados 1 y 2 del artículo 17, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse la protección de tal país [art. 2 e)].

El mantenimiento de la unidad familiar de los miembros de la familia del beneficiario del estatuto de protección subsidiaria se establece en el artículo 23, al señalar que los Estados miembros velarán por que pueda mantenerse la unidad familiar y que los miembros de la familia del beneficiario del estatuto de protección subsidiaria, que no cumplan individualmente las condiciones para acogerse a dicho estatuto, tienen derecho a solicitar una serie de prestaciones previstas en los artículos 24 a 34 de la Directiva.

En tanto no se adopte en el ordenamiento jurídico español una norma que reconozca un estatuto de protección subsidiaria diferenciado como tal, la situación de estas personas ha de reconducirse al régimen puro de extranjería. En efecto, los artículos 25.4 y 31.4 de la Ley Orgánica posibilitan a autorizar la entrada en España o la obtención de residencia por razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales, supuestos en los que no será exigible el visado. Evidentemente, se trata solamente de una autorización de residencia, de carácter individual, no extensible a los miembros de la familia y que no incluye la autorización para trabajar. Esta sola circunstancia va a impedir, de forma automática, la posibilidad de ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en los términos de la normativa de extranjería.

Conviene reparar que en la práctica española la protección estas personas, aunque incluidas en el régimen general de extranjería, mantiene su vinculación con la institución de asilo, lo que significa la previa petición de asilo y su inadmisión a trámite. En consecuencia, en tanto no se adapte el Derecho interno a las Directivas comunitarias, la persona que aspira a una protección subsidiaria ha de acreditar necesariamente la inadmisión a trámite de una solicitud de asilo en los términos del artículo 17.2 de la Ley

---

<sup>143</sup> Respecto de la pareja de hecho, la norma interna la define como “persona que se halle ligada con el beneficiario por análoga relación de afectividad y convivencia...”, mientras que la Directiva se refiere a “su pareja de hecho que tenga una relación duradera, cuando la legislación del Estado miembro en cuestión considere la situación de las parejas no casadas como similar a las casadas con arreglo a su propia normativa de extranjería”.

de Asilo. Una vez denegado, habrá de solicitar el estatuto de protección subsidiaria -o complementaria por razones humanitarias- que exige la tramitación de un permiso de residencia temporal en atención a las circunstancias excepcionales, de conformidad con lo dispuesto en artículo 45.3 del Reglamento de extranjería. Esta situación quedó concretada reglamentariamente al aprobarse el Reglamento de extranjería de 2001 (Disposición final segunda), modificada a su vez por el RD 1325/2003 y por el RD 2393/2004.

## **5.2. Segundo apunte: la necesaria adaptación del Derecho español.**

La descripción hasta aquí realizada ha puesto de relieve algunas consideraciones a tomar en cuenta a la hora de adaptar el Derecho interno español a las Directivas comunitarias.

1. Existe una estrecha vinculación entre la regulación de la inmigración y la relativa al asilo y refugio. La interacción puede darse entre las propias normas del Derecho internacional de los derechos humanos y, también, por la incidencia de dichas normas en el Derecho comunitario europeo y en el Derecho de fuente interna. Ello trae como resultado una pluralidad de regímenes de protección, en el que la unidad familiar de los extranjeros y el consiguiente derecho a la reagrupación familiar no resulta garantizado de igual modo.

2. La Directiva 2003/86/CE, relativa al derecho a la reagrupación familiar, establece diferentes tipos de familia en una jerarquía que coloca en primer lugar a la pareja heterosexual casada. Sin embargo, no excluye de este derecho a las parejas del mismo sexo ni a las parejas no casadas. El régimen armonizado de la Directiva se extiende a los refugiados y a los menores extranjeros no acompañados que obtengan este estatuto. Aunque la normativa interna española es conforme, en líneas generales, al Derecho comunitario, deberá, no obstante, regular el derecho de los menores no acompañados a reagrupar a sus ascendientes y, en su caso, a su tutor legal, en los términos que la Directiva recoge.

3. Las normas comunitarias realizan una distinción entre diferentes tipos de estatutos respecto de personas que necesitan de protección internacional y cuyas circunstancias particulares no cumplen los requisitos para obtener el estatuto de refugiado (demandantes de asilo, protección temporal y protección subsidiaria). Tampoco el ordenamiento español se adapta en su totalidad a la normativa comunitaria, estando pendientes de transposición las normas relativas a los demandantes de asilo y las correspondientes a la protección subsidiaria. Por otro lado, el mantenimiento de la unidad familiar de los miembros de la familia de estas personas y su derecho a la vida en familia no se consigue de modo adecuado con la aplicación de las normas de extranjería vigentes, por lo que la adaptación del Derecho español es una tarea urgente, sobre todo si se tiene en cuenta el vencimiento de los plazos fijados por la normativa comunitaria.





## SEGUNDA PARTE

### **LOS PROBLEMAS DE DERECHO APLICABLE EN LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y LA FAMILIA REAGRUPADA**



## **La familia objeto de reagrupación**

### **INTRODUCCIÓN**

El estudio de la reagrupación familiar exige la definición de la familia. Las dificultades son múltiples debido al carácter variable de la noción por ser tanto una cuestión de hecho como un concepto jurídico. Los civilistas han llamado la atención sobre este extremo señalando la anfibología de conceptos de familia que coexisten dentro de un mismo ordenamiento jurídico y la ausencia de una definición de conjunto que pudiera remitirnos a un grupo de personas precisas<sup>1</sup>. Las dificultades aumentan cuando se trata de definir a una familia extranjera inmigrante: familia que accederá al territorio por el cauce de la reagrupación, en principio con intención de integrarse en el tejido social y laboral del país elegido y cuyos miembros podrán ejercer en breve tiempo no sólo su propio derecho a reagrupar sino también el económicamente más atractivo de la libre circulación de personas en el espacio comunitario<sup>2</sup>.

En este Capítulo se observará el modelo de familia elegido por los Estados de acogida en el ámbito de la reagrupación familiar (modelo nuclear) y el modo en que son definidos sus miembros a los fines de reagrupación. Desde el primer ángulo (modelos de familia), la diversidad cultural propia del fenómeno de la inmigración familiar da lugar a un enfrentamiento o a un posible conflicto de concepciones familiares<sup>3</sup>; en concreto, el modelo europeo frente al modelo musulmán. Se trata pues de saber, si los familiares reagrupables habrán de ser definidos conforme a las leyes del país de acogida o según las leyes nacionales de los interesados.

Esta disyuntiva lleva al siguiente enfoque, la definición de la familia a efectos de reagrupación. Hemos visto en el Capítulo II que la Ley de extranjería tiene bien establecidos los beneficiarios de la reagrupación familiar (art. 17). En lista cerrada y exhaustiva, la norma identifica a las personas que conforman la familia reagrupable y, aunque el modelo se ajuste al dominante en la sociedad europea (familia nuclear), se

---

<sup>1</sup> F. BOULANGER, *Droit Civil de la Famille*, t. I: *Aspects comparatifs et internationaux*, Ed. Economica, 3ª ed., Paris, 1997, pp. 1-6.

<sup>2</sup> Para algunos autores, la visión más limitada de la noción de la familia que observan las normas comunitarias se debe a las reglas económicas que rigen el llamado “mercado legal de ciudadanos” (*market citizens*). Expresión de J. SHAW y G. MORE, en *New Legal Dynamics in European Integration*, Oxford, Oxford University Press, 1995. *Apud* G. BARRET, “Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members”, *CMLR*, vol. 40, 2003 (2), pp. 1171-1199.

<sup>3</sup> H. MUIR-WATT, “Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation (Aspects de droit international privé)”, en *Mundialización y familia* (Iriarte Ángel, J.L. y Calvo Caravaca, A.L., eds.), Colex, Madrid, 2001, pp. 11-22.

trata de una idea de familia distinta a la que prevalece en la sociedad española. Ciertamente la justificación de la solución adoptada por el legislador español obedece al marco establecido por la Directiva comunitaria, aunque una valoración crítica a la luz de las soluciones adoptadas por otros Estados miembros permitirá apreciar el escaso alcance armonizador de la norma comunitaria sobre reagrupación familiar.

El problema de la definición de los miembros de la familia (el cónyuge, el cónyuge separado, los hijos, los hijos adoptados, los incapacitados, etc.) puede formularse del siguiente modo: ¿dependerá la aplicación de la norma material de extranjería de la respuesta que se dé a la cuestión previa de la validez del matrimonio para saber, por ejemplo, quién es cónyuge o del reconocimiento de la separación para saber quién es cónyuge separado? Si así fuera, el derecho que deba decidir sobre la validez del matrimonio, la determinación de una filiación, la eficacia de una adopción, el reconocimiento de una decisión de separación, todo ello a los fines de la reagrupación familiar, podrá venir dado por una ley diferente. Este aspecto va a interesar al Derecho internacional privado en su vertiente de “cuestión previa del Derecho de extranjería” en materia de reagrupación familiar. Su planteamiento conforma el pórtico de la respuesta normativa a las situaciones familiares en un ámbito de inmigración pluricultural.

## I. NOCIÓN DE FAMILIA.

### 1. Concepción de la familia.

Cuando en el contexto normativo de la Unión Europea se hace referencia a la familia a los efectos de la reagrupación sólo se considera la nuclear (cónyuge e hijos menores de edad), cuya definición la proporciona el propio Derecho comunitario<sup>4</sup>. Cualquier ampliación de este núcleo es facultativa para los Estados miembros, aunque ello no vincule al resto de los Estados de la Unión Europea que podrán no reconocer la existencia de vínculos familiares por lo que respecta al derecho a residir en otro Estado miembro, siempre con arreglo a la legislación comunitaria pertinente<sup>5</sup>. Consecuentemente, la familia que inmigra al espacio europeo por el cauce de la reagrupación habrá de adaptarse a este modelo normativo básico.

Conviene matizar que las diferencias familiares entre las sociedades con economías en desarrollo y las sociedades industrializadas no son tan radicales, como a primera vista pudiera parecer, ya que tanto unas como otras estratifican su unidad social básica en torno a la familia nuclear como el grupo de parentesco más importante. En términos de complejidad social esto quiere decir que los grupos de parentesco<sup>6</sup> y los tipos de parientes<sup>7</sup> en las sociedades humanas son muy parecidos. En cambio, desde una

---

<sup>4</sup> El Considerando 9 de la Directiva establece que la reagrupación familiar debe aplicarse en todo caso a los miembros de la familia nuclear, es decir, al cónyuge y a los hijos menores de edad.

<sup>5</sup> Considerando 10 de la Directiva.

<sup>6</sup> Entendido como las divisiones sociales dentro de cualquier sociedad objeto de estudio según los etnógrafos. Véase C. Ph. KOTTAK, “Parentesco y Filiación”, en *Antropología: una exploración de la diversidad humana*, McGraw-Hill, 6ª ed., Madrid, 1994, pp. 277-294, especialmente p. 280.

<sup>7</sup> Comprensivo tanto de las relaciones genealógicas reales (por referencia a los lazos biológicos, por ejemplo el hermano de la madre) como sociales, reflejo de una construcción social en una cultura dada (por ejemplo, *tío* que incluye al hermano de la madre y del padre; y también usamos el mismo término para los cónyuges de nuestros tíos y tías consanguíneos). Sin embargo, en muchas sociedades es

perspectiva jurídica<sup>8</sup>, el grupo familiar podrá adoptar diversas formas (como sinónimo de modelos) en razón de su constitución (consuetudinaria, civil, religiosa), estructura (patriarcal o igualitaria) y funcionamiento (mayor o menor incidencia de la normativa estatal en las relaciones jurídicas de la familia).

## 2. Familia y familias en la inmigración familiar.

### 2.1. Tipología de familias: la familia nuclear.

El grupo de parentesco más extendido en las sociedades humanas es la familia nuclear<sup>9</sup>. Los antropólogos la definen como el núcleo integrado por padres e hijos que existe mientras permanecen juntos. Y así, la mayoría de las personas perteneceremos al menos a dos familias nucleares en momentos distintos de nuestra vida: a la familia nuclear *de orientación* que es aquella en la que uno nace y se cría y a la familia *de procreación*, formada cuando uno se casa y tiene hijos<sup>10</sup>.

La base de la familia nuclear es el matrimonio<sup>11</sup>. Considerado como “un universal cultural” para la formación de la familia, algunos antropólogos sostienen que la familia nuclear matrimonial es universal. Sin embargo, esa afirmación ha de ser matizada ya que ni la fuerza socializadora de la familia nuclear es idéntica en todas las sociedades humanas<sup>12</sup>, ni el modelo matrimonial es la única alternativa posible de organización de una familia<sup>13</sup>. Así, la diversidad de modelos y la complejidad de las sociedades humanas de nuestros días<sup>14</sup> dificultan una definición amplia de la noción que abarque la totalidad de modelos o de formas en que los seres humanos se agrupan familiarmente.

---

común llamar a un padre y al hermano de la madre utilizando el mismo término (padre), véase C. Ph. KOTTAK, *cit.*, p. 279.

<sup>8</sup> E. ROCA i TRIAS, *Familia y cambio social: (De la “casa” a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 47-60, esp. pp. 47-48.

<sup>9</sup> Como propiedades distintivas se señalan: su origen en el matrimonio; la inclusión en el núcleo del marido, la esposa y los hijos nacidos del matrimonio, sin perjuicio de que -eventualmente- puedan agregarse otros parientes; los miembros de la familia están unidos entre sí por lazos jurídicos; la existencia y exigencia de derechos y obligaciones de naturaleza económica, religiosa o de otro tipo; y un conjunto variable y diversificado de sentimientos como el amor, el afecto, el respeto, el temor. *Vid.*, C. LÉVY-STRAUSS, *La mirada distante*, (traducción Azpirate, J.M.), Argos Vergara, Barcelona, 1984, p. 64.

<sup>10</sup> P. Ch. KOTTAK, *cit.*, p. 280.

<sup>11</sup> Ninguna definición del matrimonio es lo suficientemente amplia como para ser fácilmente aplicada a todas las sociedades. La más citada, “El matrimonio es una unión entre un hombre y una mujer de modo que los hijos nacidos de la mujer sean reconocidos como descendencia legítima de ambos cónyuges”, *ibídem*.

<sup>12</sup> Se afirma que en las sociedades modernas la familia nuclear ni siquiera es el agente *enculturador* exclusivo, pues no sólo son los progenitores quienes transmiten la cultura sino también los amigos, los compañeros de colegio, los maestros y otros grupos de iguales, *idem*, p. 283.

<sup>13</sup> Por referencia a la población no casada (solteros/as, viudos/as y divorciados/as); a las familias mixtas, entendidas como unidades de parentesco formadas cuando los padres vuelven a casarse y reúnen a sus hijos en un nuevo grupo doméstico; a los “co-residentes” o *compañeros de habitación*; a las parejas no casadas, padres o madres solteras, jubilados no emparentados, madres trabajadoras y a los dos padres o a las dos madres. Lo que demuestra, en opinión de Ph. KOTTAK, el declive de la importancia del parentesco en los países industrializados, *idem*, p. 286.

<sup>14</sup> “...la *desfamiliarización* de la sociedad, acelerada en el siglo XIX, ha sido y es generada por el propio proceso de modernización de Occidente, siendo consustancial a él”. *Vid.*, E. LAMO DE ESPINOSA, “¿Nuevas formas de familia?”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 50, 1995, pp. 50-54.

Estos cambios de patrones tienen reflejo jurisprudencial y normativo. En España, la jurisprudencia constitucional ha ido extendiendo la protección del Estado a la vida familiar respecto de cualquier relación en la que de hecho se generen lazos de mutua dependencia y afectividad equivalentes a los familiares<sup>15</sup>. Una lenta evolución que las normas han ido volcando en sus respectivos ámbitos materiales (laboral, administrativo, sanitario, fiscal y civil). Sin embargo, las normas de extranjería que visan la reagrupación familiar no admiten, a sus efectos, patrones distintos de los que informan la concepción matrimonial y nuclear de la familia, entendida ésta como el modelo europeo, uniformador y único, frente a otros modelos culturalmente posibles.

En un contexto de inmigración familiar donde la diversidad cultural es la nota característica, los modelos de familia que, a *grosso modo*, pueden “enfrentarse” en la reagrupación familiar son el musulmán y el occidental de las sociedades europeas. Una cuestión de hondo calado cultural y religioso en donde el derecho de familia, como ha señalado Labrusse-Riou, “es un privilegiado exponente que traduce la diversidad de civilizaciones y de culturas”<sup>16</sup>.

## 2.2. Modelos de familia: modelo europeo frente al modelo musulmán.

Más allá de la Historia común que ha unido (y separado) la Europa cristiana del Islam, el creciente interés por el Derecho islámico en los últimos cincuenta años ha obedecido básicamente a dos factores. Por una parte, el aumento notable a partir de la II Guerra Mundial —y la posterior descolonización— del número de Estados mayoritariamente musulmanes<sup>17</sup>. Por otra parte, para un musulmán, en cuanto creyente, la sujeción al Derecho islámico se mantiene no importa cuál sea el derecho aplicable a su estatuto personal (es decir, su nacionalidad)<sup>18</sup>.

Las diferencias jurídicas entre la representación familiar islámica y no islámica son todavía notables<sup>19</sup>. Pero también lo son las diferencias dentro de cada sistema jurídico. En el mundo islámico no existe un Derecho de familia único y aplicable de modo homogéneo en todos los Estados musulmanes<sup>20</sup>. Algunos países han evolucionado su

---

<sup>15</sup> Autos y Sentencias del Tribunal Constitucional. Entre otros, ATC 157/1987, de 11 febrero. Y las SSTC 184/1990, de 15 noviembre; 29/1992, de 9 marzo; 222/1992, de 11 diciembre; 6/1993, de 8 enero; 47/1993, de 11 marzo; 66/1994, de 28 febrero; 39/1998, de 17 febrero; 180/2001, de 17 septiembre; y 142/2002, de 20 mayo.

<sup>16</sup> Cf. C. LABRUSSE-RIOU, Voz “Familia”, *Enciclopedia Universalis*. Apud, F. JAULT-SESEKE, *cit.*, p. 72.

<sup>17</sup> Ch. CHEHATA, “Islamic Law”, *IECL*, vol. II: *The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification*, cap. 2: *Structure and the Division of the Law*, Mouton/The Hague/Tübingen, 1974, pp. 138-142, esp. pp. 138.

<sup>18</sup> H. AFCHAR, “The Muslim Conception of Law”, *IECL*, vol. II: *The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification*, cap. 1: *The Different Conceptions of the Law*, Mouton/The Hague/Tübingen, 1975, pp. 84-106.

<sup>19</sup> Con referencias al derecho egipcio, marroquí, argelino y tunecino, *vid.* J.Y. CARLIER y M. VERWILGHEN (Dirs.), Titre II “Le droit comparé des Etats musulmans” (VV.AA.), en *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992.

<sup>20</sup> M.G. LOSANO, *Los grandes sistemas jurídicos: introducción al derecho europeo y extranjero*, Debate, Madrid, 1987, p. 237-242; y A. PIZZORUSSO, *Curso de derecho comparado*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 207-210. Una exposición del derecho matrimonial en los códigos de Marruecos (anterior a la reforma de 2004), Túnez y Argelia la ofrecen A. MOTILLA DE LA CALLE y P.

forma de Estado separando política de religión<sup>21</sup>; otros, en cambio, sin llegar a una separación radical, han modernizado su derecho de familia mediante reformas parciales que, en alguna medida, intentan superar la tradicional discriminación jurídica y social de la mujer en el Islam<sup>22</sup>. Tampoco existe un Derecho de familia único y homogéneamente aplicable en los países de nuestro entorno sociocultural, aunque, en éstos, las diferencias jurídicas por razón de sexo hayan sido superadas en el plano normativo<sup>23</sup>.

Por las razones expuestas, la valoración de los modelos de familia a la luz de la pluralidad de legislaciones nacionales, exigiría ahondar en el derecho comparado y realizar un examen comparatista con herramientas de análisis extrajurídicas y métodos de interpretación distintos de los propios del Derecho<sup>24</sup>. Ello implicaría, por otra parte, alejarse excesivamente del tema central de estudio. Por ello, el análisis que ofrecemos es de carácter general y limitado a aquellos aspectos culturales y jurídicos que, de modo principal mas no exclusivo, enfrentan el Derecho de familia de base islámica (la Sharía) frente a los derechos de familia de los sistemas europeo-continental.

**Modelo europeo.** El derecho español, como la mayoría de los derechos de nuestro entorno sociocultural, ha registrado una rápida evolución de su Derecho de familia que en la actualidad se ha orientado hacia una familia de dimensiones reducidas<sup>25</sup>. Para referirnos a ella hablamos generalmente de familia nuclear. El grupo familiar nuclear está formado por los padres e hijos que viven en el mismo hogar y dependen de un mismo presupuesto económico aportado, generalmente, por ambos cónyuges. De esta concepción de familia nuclear quedan excluidos los ascendientes, los parientes colaterales y los hijos económicamente independientes. En cuanto a la institución matrimonial, el modelo europeo representa el matrimonio como secular, igualitario, monogámico y sometido a control judicial para su disolución<sup>26</sup>.

Uno de los fenómenos crecientes en las sociedades europeas es el elevado número de divorcios<sup>27</sup>, el nacimiento de hijos fuera de matrimonio y la aparición de nuevas formas de familia. Las normas que protegen a la familia se aplican, en general, no sólo a las matrimoniales sino también a las no matrimoniales, a las monoparentales y a las adoptivas. Esta situación hace que los Estados de acogida se planteen como una

---

LORENZO VÁZQUEZ, *Derecho de familia islámico: los problemas de adaptación al derecho español* (Ciaurriz, M.J., coord.), Colex, Madrid, 2002, pp. 45-93.

<sup>21</sup> Y. BOULABEL, “La evolución de la familia en los países de Europa occidental y en los del Magreb”, en *Inmigración e integración en Europa*, op. cit., pp. 207-231.

<sup>22</sup> Es el caso de Marruecos que ha reformado su código de la familia (*Mudawana*); vid., A. EL MESSAOUDI, “Mudawana y realidad social”, diciembre 2003, 5 pp. Disponible en Internet: [www.pcb.ub.es/idp/cat/2\\_recerca/marroc/pdf/doc\\_messaoudi.pdf](http://www.pcb.ub.es/idp/cat/2_recerca/marroc/pdf/doc_messaoudi.pdf). Sin embargo, como ha señalado el profesor García Velasco, durante los últimos años se viene observando un ostensible proceso de reversión en los países islámicos cuyos síntomas más significativos no permiten abrigar esperanzas “no ya sobre la cristalización de una mínima comunidad jurídica, sino sobre la propia persistencia del sistema de interpenetración y de tolerancia recíproca”. Vid., I. GARCÍA VELASCO, *Derecho internacional privado (Reflexiones introductorias)*, Cervantes, Salamanca, 1994, esp. pp. 38 y 40.

<sup>23</sup> Véase la evolución legislativa y jurisprudencial francesa y española que ofrece García Velasco, *idem*, esp. pp. 37-39.

<sup>24</sup> Sobre este punto véase, E. ROCA i TRÍAS, *cit.*, pp. 47-48.

<sup>25</sup> *Ídem*, pp. 47-60.

<sup>26</sup> Con referencia a los sistemas jurídicos alemán, francés, inglés y estadounidense, véase P. LAGARDE (Rapporteur), “Différences culturelles et ordre public en droit international privé”, Rapport provisoire, 9ème Commission, Institut de Droit International, mars 2003, (inérito).

<sup>27</sup> Desde la perspectiva del derecho internacional privado, vid. H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple en droit international privé”, *R. des C.*, t. 226, 1991 (I), pp. 9-280, esp. pp. 185 ss.

cuestión problemática la definición de la familia en materia migratoria. Es decir, si a los fines de la reagrupación familiar primará la concepción tradicional (por matrimonial y nuclear) de la familia europea o, por el contrario, se ampliará para incluir las nuevas formas de vida familiar aceptadas socialmente en los países de acogida<sup>28</sup>.

La jurisprudencia del TEDH, según se ha visto en el Capítulo preliminar, protege a la familia en un sentido muy amplio pero, en materia de inmigración, no hace deducir de esta interpretación una obligación general para el Estado de respetar la elección de residencia común realizada por los cónyuges (doctrina Abdulaziz, Cabales y Balkandali), ni de otorgarles la reagrupación familiar si se presume razonablemente que la vida en familia puede llevarse a cabo en el país de origen (doctrina Gül/Ahmut<sup>29</sup>), con las matizaciones acerca de la ponderación de integración de la familia en la célula creada en el país de destino como elemento que forma parte del contenido del derecho a la vida privada y familiar (doctrina Şen/Tuquabo-Tekle).

El modelo musulmán de familia está muy alejado del modelo europeo en aspectos esenciales que afectan tanto al estatuto personal como a las relaciones jurídico-familiares<sup>30</sup>. Conviene, pues, identificar los aspectos del Derecho de familia de tradición coránica relevantes para nuestro tema de estudio.

**Modelo musulmán.** La familia en el Derecho islámico encuentra su fundamento en normas patriarcales establecidas por la ley sagrada. La Tradición (*Sunna*) continúa siendo uno de los pilares fundamentales de la organización familiar, según la cual hombres y mujeres tienen que ser complementarios en una organización dirigida a cubrir múltiples funciones familiares<sup>31</sup>. Aquí, la familia nuclear es extraña pues, por lo general, la familia se integra por varias generaciones que juegan un papel económico importante respecto de sus miembros. Son, por lo tanto, familias numerosas.

Por lo que hace al control del Derecho de familia, frente al modelo europeo que deposita su tutela en las autoridades civiles y en los tribunales, el Derecho musulmán confía a las autoridades o tribunales religiosos el monopolio de esta administración<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> G. KATROUGALOS, "The Rights of Foreigners and Immigrants in Europe: Recent Trends", *WJCLI*, núm. 5, 1995, 19 pp. También, los trabajos de: G. LAHAV, "National, Regional, and International Constraints to Family Reunification: A European Response"; U. MEHRLÄNDER, "Family structure and family reunification of foreigners living in Germany"; y G. MOREAU, "French family reunification principles and law. A few remarks", todos en contribuciones al Taller *Family reunification in the European Union and the U.S.A.*, Meeting of Experts, 28-29 junio 1999, Konstanz (véanse los vínculos a la versión en Internet de dichos trabajos en la bibliografía).

<sup>29</sup> STEDH de 19 febrero 1996 (Asunto Gül) y STEDH de 21 diciembre 2001 (Asunto Şen): a) L'étendue de l'obligation pour un Etat d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés dépend de la situation des intéressés et de l'intérêt général; b) D'après un principe de droit international bien établi, les Etats ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol; c) En matière d'immigration, l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un Etat l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire.

<sup>30</sup> Para este punto, S. MERNISSI, "El estatuto de la mujer en Marruecos", en *El Islam jurídico y Europa: derecho, religión y política* (Borrás Rodríguez A., y Mernissi, S., eds.), Icaria, Barcelona, 1998, pp. 103-121.

<sup>31</sup> M.D. MASANA, "La revolución silenciosa", Diario *El País*, 1.2.2004.

<sup>32</sup> S. STAVROS, "Liberté de religion et demandes de dérogation aux lois d'application générale et neutre: leçons d'outre-Atlantique?", pp. 59-86; y M. SALEM EL SHEIKH, "L'Islam dans l'Union européenne", pp. 87-96, ambos en *La religion et l'intégration des immigrés* (Conseil de l'Europe), Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999.



Además, es sabida la rigidez de la unidad formal del Derecho islámico (*Shari'a*) cristalizada en el tiempo<sup>33</sup> que, sin embargo, no impide cierta flexibilidad, toda vez que ese Derecho de tradición coránica —con el alcance indicado— se refiere casi exclusivamente a normas de derecho privado.

En efecto, son las normas relativas a los ritos, a la familia y a la herencia las que permanecen ligadas a los precedentes religiosos frente a las normas de Derecho público (desvinculadas de los precedentes sagrados) y a las normas relativas a la Economía (de grado intermedio)<sup>34</sup>. Ello deja un notable espacio a la incorporación de normas no coránicas en el ámbito del derecho público<sup>35</sup>. Consecuentemente, según sea el grado de vinculación de las normas estatales a los precedentes de la tradición coránica mayor o menor será la flexibilidad de la administración del Derecho de familia en cada ordenamiento jurídico concreto<sup>36</sup>.

En cuanto a las relaciones entre los cónyuges, la tradición coránica establece la superioridad del hombre sobre la mujer, admite la poligamia sincrónica (cuatro esposas y un número indeterminado de concubinas) y autoriza la diacrónica (la institución del repudio) permitiendo al marido “liberarse” de una esposa pronunciando una determinada fórmula<sup>37</sup>.

Para los sistemas religiosos musulmanes la celebración ritual del matrimonio no es una simple cuestión de forma sino la esencia misma del matrimonio. Tal es la posición jurídica en algunos países musulmanes: un matrimonio no religioso no es un matrimonio y la celebración civil realizada en un Estado laico que sólo conoce esta forma carece de efectos jurídicos en el territorio de aquél. Igualmente estrictos son los

<sup>33</sup> En el año 977 d.C. fue interrumpida la obra de investigación de las cuatro escuelas teológicas ortodoxas (*hafita*, *malequita*, *shafita* y *hanabita*) fijándose el Derecho musulmán en reglas (codificación) procedentes de la revelación divina expresada en el Corán, de las palabras del profeta Mahoma, de sus actos inspirados por la revelación y de la interpretación de los teólogos. *Vid.*, M. LOSANO, *cit.*, p. 236 (nota 5).

<sup>34</sup> Ch. CHEHATA, *cit.*, pp. 138-142: “Today nearly every Muslim country, whether monarchy or republic, has a Constitution of Western inspiration, under which the public powers are given a wholly new structure, not grounded in Islamic law” (p. 140). Véase la comparación de los sistemas religiosos canónico, musulmán e hindú de R. DAVID, “Sources of Law”, *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. II: *The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification*, cap. 3: *Sources of Law*, The Hague/Boston/London, 1984, pp. 3-207, esp. pp. 14-15.

<sup>35</sup> Otra cosa habría supuesto la muerte misma del sistema jurídico, *vid.* A. PIZZORUSSO, *cit.*, p. 207.

<sup>36</sup> En las materias propias del estatuto personal, algunos países han adoptado códigos y leyes de inspiración europea que limitan el alcance del derecho musulmán y permiten su “reinterpretación” por los órganos judiciales (Túnez, Egipto, Siria). En relación al Derecho marroquí, argelino y tunecino *vid.*, A. MOTILLA DE LA CALLE y P. LORENZO VÁZQUEZ, *cit.*, pp. 29-43 (matrimonio), pp. 95-104 (filiación y patria potestad) y pp. 105-112 (sucesiones). Un ejemplo, aunque de alcance moderado, es la reforma del Código marroquí (*Mudawwana*) llevada a cabo por la Ley 03/70 de 5 de marzo de 2004; si bien no prohíbe la poligamia (a diferencia del Código tunecino) exige en todo caso la intervención de un juez en la autorización del nuevo matrimonio, proceso en el que participa la primera esposa que podrá oponerse negando el consentimiento. *Vid.*, M.P. DIAGO DIAGO, “Repercusiones de la nueva *Mudawwana* en la inmigración marroquí”, en *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI* (Vicente, A., ed.), Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, Zaragoza, 2004, pp. 141-165, esp. p. 148.

<sup>37</sup> I. FADLALLAH, “Lien conjugal et rencontre de civilisations”, en *Le statut personnel des musulmans...*, *op. cit.*, pp. 343-354, esp. pp. 344-345.

impedimentos basados en la religión que persisten especialmente para la mujer musulmana que sólo puede contraer válidamente matrimonio con un musulmán<sup>38</sup>.

A diferencia de los Estados laicos, el Derecho musulmán extiende el ámbito de la poligamia pese a que la ley aplicable al estatuto personal no lo prevea<sup>39</sup>. Esta afirmación tiene una lectura diferente según nos encontremos en la posición del varón o en la de la mujer. Así, la preeminencia de la conexión de la religión sobre la de la nacionalidad va a permitir que un varón musulmán casado -aunque sea de nacionalidad española- pueda concertar un matrimonio poligámico en un país islámico que lo admita, aunque la ley española (ley personal) lo prohíba<sup>40</sup>.

Desde la perspectiva de la mujer, tratándose de matrimonio de religión mixta, el derecho islámico da preeminencia a la ley nacional del varón para regir las condiciones del matrimonio. Consecuentemente, si una española soltera, por ejemplo, contrajera matrimonio con un argelino de estatuto musulmán ya casado, el derecho argelino desconocerá deliberadamente el carácter bilateral del impedimento de ligamen aplicable según la ley personal española.

Finalmente, los sistemas jurídicos europeos aunque no se adhieran al modelo poligámico, admiten ciertos efectos a estas uniones. Ello no debe interpretarse como una abdicación de los valores o principios fundamentales del ordenamiento del foro; antes bien, se trata de una reacción del propio ordenamiento, de la jurisprudencia y de la práctica administrativa frente a la situación en que puede caer la mujer inmigrante de estatuto musulmán según le sea aplicable o no su ley personal. Los efectos se darán, básicamente, en materia de legitimación de los hijos, alimentos, pensiones y prestaciones sociales y liquidación de la sucesión<sup>41</sup>. No así en materia de reagrupación familiar a los efectos de obtención de un permiso de residencia para la segunda o sucesivas esposas, según se estudiará en el Capítulo IV<sup>42</sup>.

La oposición entre los sistemas laicos y musulmanes también se observa en materia de disolución del matrimonio. Por lo que hace al Derecho musulmán tradicional, las obligaciones del varón casado están condicionadas por la eventual existencia de varias esposas: mantenimiento de cada mujer con una habitación independiente, abstención de malos tratos, consumación de la boda y cohabitación asidua (incluso la regulación de la rotación de las noches para cada esposa). Pues bien, a las causas de disolución del

---

<sup>38</sup> I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas de *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)”, en *La multiculturalidad: especial referencia...*, op. cit., pp. 143-220, esp. pp. 174 ss.

<sup>39</sup> Véanse referencias en P. LAGARDE (Rapporteur), “Différences culturelles et ordre public en droit international privé”, Rapport provisoire..., cit., § 7 y nota 17.

<sup>40</sup> I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “Pluralidad de formas de celebración y matrimonio musulmán: una perspectiva desde el Derecho internacional privado español”, *BMDC*, núm. 10, 2004, pp. 425-477, esp. pp. 432-435.

<sup>41</sup> Entre otros, y con carácter general, véase A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *R. des C.*, t. 283, 2000, pp. 9-186, p. 129; G.A.L. DROZ, “Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé”, *R. des C.*, t. 229, 1991 (IV), pp. 9-424, pp. 151 ss; P. LAGARDE, “Public Policy”, *IECL*, vol. III: *Private International Law*, cap. 2: *Public Policy*, 1994, Mouton/The Hague/Tübingen, pp. 3-60, esp. pp. 39-43; S. OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, Schulthess, Zurich, 1999.

<sup>42</sup> En Francia, *in extenso*, F. JAULT-SESEKE, cit., § 183 y nota 81.

matrimonio derivadas del incumplimiento de estos derechos y deberes han de añadirse la abjuración del islamismo por parte de uno de los cónyuges y el repudio (*talak*<sup>43</sup>).

Respecto del repudio, cabe decir que en el Derecho musulmán clásico es un acto unilateral que opera como un modo de disolver el vínculo conyugal en virtud de voluntad exclusiva del varón sin que exista una causa de divorcio previa: no requiere motivación y es revocable durante los tres primeros meses (periodo de continencia), a no ser que se pronuncie por tres veces consecutivas, en cuyo caso deviene inmediatamente irrevocable<sup>44</sup>.

Aunque el repudio puede adoptar varias formas, la finalidad esencial es apartar a la mujer del lecho conyugal con la obligación de devolución de la parte de la dote que le corresponda y siempre que el marido no cambie de opinión (repudios revocables). Desde el ángulo de la intervención de una autoridad externa en el repudio (nos referimos a los repudios privados), algunos ordenamientos contemplan la presencia de una autoridad religiosa aunque sin carácter de autoridad (carecen del *ius imperium*). En otros sistemas, en cambio, la autoridad interviniente realiza funciones públicas (incluso si son autoridades religiosas). Ahora bien, su intervención lo es a efectos de “meros fedatarios” para hacer constar el acuerdo de los cónyuges en documento público (“acta notarial” o “acta de repudio”)<sup>45</sup>.

En materia de filiación, el trato discriminatorio entre hijos legítimos (los nacidos de una pareja casada) y naturales (los nacidos de una pareja no casada o los nacidos fuera del matrimonio o adulterinos) ha sido erradicado en todos los Estados miembros de la Unión Europea. La situación es muy diferente en el Derecho musulmán. Éste sólo reconoce la filiación legítima<sup>46</sup>, ignorando la legitimación, la adopción y el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio<sup>47</sup>.

Según ha puesto de relieve S. Mernissi, la organización de la filiación en derecho musulmán reposa sobre tres principios fundamentales: (1) el linaje sólo se establece por línea paterna. Consecuentemente, cuando la filiación sólo se establece respecto de la madre (hijos naturales), sus efectos lo son únicamente entre ésta y el hijo/a sin que se extienda a la familia materna; (2) la filiación paterna sólo se establece si es legítima. Se considera hijo legítimo al nacido al menos seis meses después del matrimonio (al ser esta duración la mínima la gravidez según prescribe el Corán). Consecuentemente, el hijo nacido en los seis primeros meses del matrimonio no puede ser más que ilegítimo sin filiación paterna. De otro modo dicho, no puede haber filiación paterna natural porque sería ilegítima; y (3) la única filiación que se reconoce es la establecida por

---

<sup>43</sup> Citado por A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración...*, *op. cit.*, pp. 70 ss.

<sup>44</sup> S. MERNISSI, *cit.*, p. 113.

<sup>45</sup> Respecto del reconocimiento de estos divorcios no judiciales, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo”, en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (Calvo Caravaca, A.L. e Iriarte Ángel, J.L., eds.), Colex, Madrid, 2000, pp. 39-66, esp. pp. 43 ss.

<sup>46</sup> En relación con la filiación legítima, *vid.* A. MOTILLA DE LA CALLE y P. LORENZO VÁZQUEZ, *cit.*, pp. 95-98.

<sup>47</sup> M.A. ASÍN CABRERA, “La imagen del menor en el Derecho de familia islámico: problemas culturales de identidad e integración”, en *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo...*, *op. cit.*, pp. 155-166.

vínculo de sangre. Desde esta perspectiva, la adopción<sup>48</sup> queda formalmente prohibida por el Derecho coránico y así instituciones como la *kafala* o el *tanzil*<sup>49</sup> no producen el efecto de establecer el vínculo de filiación<sup>50</sup>.

Por lo que hace al derecho de custodia (*hadana*), a la manutención y a la tutela, las legislaciones de los Estados musulmanes varían entre sí. Aunque en todas ellas el interés superior del menor actúa como criterio determinante en caso de conflicto, la regulación del ejercicio de la autoridad parental difiere notablemente. Tomando como ejemplo el concepto de custodia, sistemas como el argelino o el marroquí le atribuyen como principal finalidad la educación del hijo en la religión del padre, lo que trae como consecuencia excluir a la madre si no tuviera la religión musulmana. Su ejercicio forma parte de las obligaciones encomendadas al padre y a la madre mientras vivan unidos por matrimonio.

En caso de divorcio, aunque la madre sea preferida frente a otros parientes hombres (posibles titulares del derecho) puede perder la custodia de sus hijos entre otras razones por celebrar un nuevo matrimonio (excepto si se trata de un pariente próximo del niño) o por fijar su residencia en otra localidad. La actual *Mudawana* del Derecho marroquí —en consideración al interés del menor— otorga mayor intervención al juez y al fiscal y así, el traslado fuera del país de un menor puede ser sometido, a petición del fiscal o del tutor legal, a la previa autorización judicial y a la adopción de las medidas que garanticen su retorno<sup>51</sup>.

La doctrina más reciente ha detectado estos cambios y ha asumido las dificultades profundas que se levantan frente a la coordinación y a la coexistencia de sistemas jurídicos tan dispares, como los laicos de los países occidentales y los religiosos de los países arabo-islámicos<sup>52</sup>. Desde esta observación previa, a la hora de definir la familia objeto de reagrupación, la comparación de los modelos familiares “a prueba” entrañará inevitables problemas de calificación y el surgimiento de cuestiones previas. La búsqueda de soluciones coherentes dentro del sistema resulta, pues, necesaria.

### 3. Solución de la Ley de extranjería: la familia nuclear.

---

<sup>48</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “El estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: exclusión, alternancia y coordinación de sistemas”, en *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo...*, op. cit., pp. 181-194.

<sup>49</sup> Se trata de una institución de derecho sucesorio que permite al testador legar a una persona un tercio de sus bienes. Vid., A. RODRÍGUEZ BENOT, “Adopción y *kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales”, en *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo...*, op. cit., pp. 195-206, esp. p.197.

<sup>50</sup> La primera de estas instituciones tiene la consideración de medida de protección del menor, según menciona el artículo 3 de la *Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*. Sobre el interés del menor en la determinación de la ley aplicable y su referencia en el mencionado convenio, vid., entre otros, M. HERRANZ BALLESTEROS, *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 123.129.

<sup>51</sup> H. ZEKRI, “El nuevo Código de familia marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano-marroquíes”, *REDI*, vol. LVI, 2004 (1), pp. 301-313, esp. p. 311.

<sup>52</sup> Sobre esta idea y su difícil proyección en el plano de la aproximación material de las instituciones, véase I. GARCÍA VELASCO, *cit.*, pp. 41-42. Para este autor, el panorama obliga a juristas tanto musulmanes como europeos a interrogarse sobre sus propios valores y sobre la filosofía que guía la acción del otro.

El artículo 17 de la Ley de extranjería limita el beneficio de la reagrupación familiar a tres grupos de personas: el cónyuge, los hijos menores de 18 años y los ascendientes. Es, ante todo, una familia menos extensa, una familia nuclear. Estas personas conforman la familia reagrupable que es distinta de la idea de familia imperante la sociedad española (por ejemplo, los hermanos no están incluidos). La lista de beneficiarios es breve, cerrada y excluyente (son los que son) sin que al reagrupante le sea dable reagrupar a otros familiares distintos de los que la norma autoriza.

En relación con el cónyuge, no ha de encontrarse separado de hecho o de derecho. Independientemente de otras condiciones materiales, la reagrupación del cónyuge no es automática, pues, en prevención de “matrimonios blancos” se controlará que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. Terminantemente se excluye del beneficio de la reagrupación a varias esposas pues en ningún caso podrá reagruparse a otro cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita la poligamia. Y, en el supuesto de que el extranjero reagrupante se encuentre casado en segundas nupcias, la reagrupación del cónyuge exige mayores cautelas no sólo en lo relativo al procedimiento de separación del anterior matrimonio, sino también en relación con la situación en que haya quedado el previo cónyuge y los hijos en lo relativo a las pensiones, alimentos y disponibilidad de la vivienda.

Sólo los hijos menores de dieciocho años no casados y los mayores incapacitados pueden beneficiarse de la reagrupación familiar. La reagrupación alcanza también a los hijos adoptados. Para que la adopción sea reconocida a los efectos de reagrupación, deberá reunir los elementos necesarios para producir efectos en nuestro país. En el supuesto de tratarse de hijos de uno solo de los cónyuges, el reagrupante deberá acreditar que ejerce en solitario la patria potestad o que la custodia le ha sido otorgada y estén efectivamente a su cargo.

La posibilidad de reagrupar a otros miembros de la familia está limitada a los ascendientes (del reagrupante o de su cónyuge) únicamente en la medida en que dependan económicamente (estén a su cargo) y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

### **3.1. Justificación de la solución a la luz de la Directiva 2003/86/CE.**

El modelo seguido por la legislación española se ajusta a la concepción europea de la familia y al núcleo básico que fija la normativa comunitaria a los fines de reagrupación. La concepción del Estado de acogida se justifica e impone por la razón de que es en su territorio en donde la familia va a reunirse e integrarse, sin olvidar que los intereses de política migratoria de cada Estado de acogida incidirán de modo decisivo, toda vez que el derecho generado por la reagrupación es la entrada y la autorización de residencia en el mismo.

La familia nuclear indicada por la Directiva admite restricciones si las legislaciones de los Estados miembros así lo establecieran. Por ejemplo, puede ser excluido el hijo del reagrupante de estatuto poligámico y de su cónyuge no reagrupado (art. 4.4. párrafo 2). Los hijos mayores de 12 años que lleguen independientemente del resto de la familia pueden ser sometidos a un examen previo de integración (art. 4.1 último párrafo,

precepto sometido a cláusula de mantenimiento del *statu quo*). Se puede exigir una edad mínima al reagrupante y a su cónyuge antes de solicitar la reagrupación, que no podrá exceder de 21 años (art. 4.5). El hijo mayor de 15 años puede ser excluido (art. 4.6, precepto sometido a cláusula de mantenimiento del *statu quo*). Se puede exigir la vida familiar efectiva (art. 16.1.b) *a contrario*): el Estado miembro puede denegar una solicitud cuando el reagrupante y el miembro o miembros de la familia no hayan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva.

### **3.1.1. Legislaciones que han promulgado normas de transposición.**

Al término de transposición de la Directiva (3 de octubre de 2005), sólo seis países habían adaptado sus legislaciones internas y comunicado a la Comisión las medidas concretas adoptadas: Bélgica, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia y Eslovenia.

La Comisión ha anunciado que abrirá expediente a los Estados miembros que se han retrasado en sus obligaciones. Pues, en efecto, si la transposición no se lleva a cabo en el plazo indicado en el Directiva, el TJCE tiene declarado que se produce un efecto consistente en que el Estado incumplidor es responsable de los daños y perjuicios ocasionados por la no incorporación oportuna. En el caso en que exista legislación nacional sobre la materia a la fecha límite citada, dicha legislación debe ser modificada, en su caso, para adaptarse a los postulados comunitarios.

### **3.1.2. Diferencias entre las legislaciones nacionales.**

A pesar de que las legislaciones nacionales de los Estados miembros respetan este núcleo básico familiar indicado por la Directiva, las diferencias normativas son todavía notables<sup>53</sup>. Desde esta perspectiva, resulta de interés señalar las diferencias más notables en la regulación de la materia, más allá del núcleo esencial armonizado; diferencias que reflejan la reticencia de los Estados miembros a ceder soberanía en el control de los movimientos migratorios en sus territorios y el interés de restringir en lo posible la entrada de familias más amplias. Una mirada por las recientes legislaciones de algunos de los Estados miembros avala lo anterior.

Por ejemplo, en relación con las parejas de hecho, sólo los Países Bajos<sup>54</sup>, Bélgica<sup>55</sup>, Dinamarca<sup>56</sup>, Reino Unido<sup>57</sup> y, recientemente, Alemania<sup>58</sup>, permiten la reagrupación

---

<sup>53</sup> Para este punto concreto, *vid.* EUROPEAN MIGRATION DIALOGUE, *EU and US approaches to the management...*, *op. cit.*

<sup>54</sup> PAÍSES BAJOS: *Aliens Act (Vreemdelingenwet Vw, 2000)*, de 23.11.2000, en vigor desde el 1.4.2001, modificada por Ley de 1.11.2004 en materia de reagrupación familiar, disponible en Internet: [www.ind.nl/en/inbedrijf/actueel/Nieuweregelsgezinsherenigingengezinsvorming.asp](http://www.ind.nl/en/inbedrijf/actueel/Nieuweregelsgezinsherenigingengezinsvorming.asp). Un análisis completo sobre su política migratoria, puede verse en EUROPEAN MIGRATION DIALOGUE, *Current Immigration Debates...*, "The Netherlands", *cit.*

<sup>55</sup> BÉLGICA: Ley de 15.12.1980 *sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers* (art. 10), disponible en Internet: [www.dofi.fgov.be/fr/reglementering/belgische/wet/wet.pdf](http://www.dofi.fgov.be/fr/reglementering/belgische/wet/wet.pdf). Cuenta además con tratados bilaterales con Turquía, Maruecos, Túnez, Argelia y la antigua República de Yugoslavia aprobados por Ley de 13.12.1977, adoptando medidas más favorables en el acceso al empleo, *vid.* [www.dofi.fgov.be/fr/1024/frame.htm](http://www.dofi.fgov.be/fr/1024/frame.htm). Un análisis completo sobre su política migratoria: *idem*, "Belgium", *cit.*

<sup>56</sup> DINAMARCA: *Aliens Consolidation Act n° 685*, de 24.7.2003, disponible en Internet: [www.inm.dk/imagesUpload/dokument/Aliens%20\(Consolidation\)%20Act%20685.pdf](http://www.inm.dk/imagesUpload/dokument/Aliens%20(Consolidation)%20Act%20685.pdf). Los cónyuges

familiar de parejas no casadas tanto heterosexuales como homosexuales, aunque en ambos casos sometidas a condiciones de prueba de carácter estricto. En Francia<sup>59</sup> tales parejas sólo se considerarán a los fines de reagrupación si pueden ser calificadas como parejas registradas (PAC) en los términos de su legislación interna.

Enfrentados a los matrimonios de conveniencia, las legislaciones más severas en su control son las de Bélgica, Dinamarca, Finlandia y Reino Unido. En general, la prueba del carácter *real* del matrimonio contempla la concurrencia de alguna de estas tres condiciones: que se trate de un matrimonio preexistente, que se demuestre la intención de cohabitación de manera permanente y que no se produzca una dependencia de los fondos públicos del Estado de acogida para subvenir las necesidades del cónyuge (lo que significa, en este caso, presumir matrimonio en fraude cuando el reagrupante fuera beneficiario de alguna prestación del sistema de la Seguridad Social). La legislación danesa establece como elementos indiciarios de fraude: haber vivido en domicilios separados en el país de origen, gran diferencia de edad, falta de conocimiento previo antes del matrimonio, convivencia previa en Dinamarca con otro extranjero y el divorcio de matrimonio anterior de escasa duración temporal.

En relación con la edad de los hijos cuya reagrupación se pretenda, las legislaciones de Alemania y Austria<sup>60</sup> son similares y las más estrictas de toda la Unión. La legislación alemana, además de exigir como condición previa la residencia legal de ambos padres en el territorio alemán, fija en 16 años la minoría de edad a efectos de reagrupación. Ambas legislaciones prevén el test de integración cuando los hijos sean mayores de 12 años (cláusula *stand still* prevista del artículo 4.1 párrafo final de la Directiva). Austria, único país de la Unión Europea que establece un sistema de cuotas en materia de reagrupación familiar, ha incorporado la restricción a que se refiere el artículo 4.6 de la Directiva (exigencia de que la solicitud se presente antes de que los hijos cumplan los 15 años de edad).

---

o parejas registradas habrán de contar con una edad superior a 24 años. Debe tenerse en cuenta que Dinamarca no está obligada ni sujeta a la aplicación de la Directiva. Un análisis completo sobre su política de inmigración: *idem*, “Denmark”, (Stenum, H.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/2965/DocumentName/EMD\\_Denmark\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/2965/DocumentName/EMD_Denmark_2005.pdf).

<sup>57</sup> REINO UNIDO: *Immigration Rules, Part 8: Family members*, disponible en Internet: [www.ind.homeoffice.gov.uk/ind/en/home/laws\\_policy/immigration\\_rules.html?](http://www.ind.homeoffice.gov.uk/ind/en/home/laws_policy/immigration_rules.html?). Reino Unido no participa en la adopción de la Directiva. Un análisis relativo a su política migratoria: *idem*, “United Kingdom”, (Ensor, J. y Shah, A.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/3014/DocumentName/EMD\\_UK\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3014/DocumentName/EMD_UK_2005.pdf).

<sup>58</sup> ALEMANIA: *Act to Control and Restrict Immigration and to Regulate the Residence and Integration of EU Citizens and Foreigners (Immigration Act) of 30 July 2004*, en vigor desde el 1.1.2005, disponible en Internet:

[www.bmi.bund.de/nr\\_174390/Internet/Content/Common/Anlagen/Gesetze/Zuwanderungsgesetz\\_englisch,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Zuwanderungsgesetz\\_englisch](http://www.bmi.bund.de/nr_174390/Internet/Content/Common/Anlagen/Gesetze/Zuwanderungsgesetz_englisch,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Zuwanderungsgesetz_englisch). Un análisis sobre su política de inmigración: *idem*, “Germany”, (Cyrus, N. y Vogel, D.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/2971/DocumentName/EMD\\_Germany\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/2971/DocumentName/EMD_Germany_2005.pdf).

<sup>59</sup> FRANCIA: *Loi n° 2003-1119 de 26.11.2003 relative à la maîtrise de l’immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité* de modificación de la *Ordonnance 45-2658* de 2.11.1945 y, en particular, el Decreto n° 2005-253 de 17.3.2005 sobre reagrupación familiar, disponible en Internet: [www.legifrance.gouv.fr/imagesJOE/2005/0319/joe\\_20050319\\_0066\\_0012.pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/imagesJOE/2005/0319/joe_20050319_0066_0012.pdf).

<sup>60</sup> AUSTRIA: *Aliens Act* de 2002, disponible en Internet: [www.bmi.gv.at/downloadarea/fremdenwesen/AliensAct2002.pdf](http://www.bmi.gv.at/downloadarea/fremdenwesen/AliensAct2002.pdf). Es el único Estado miembro de la Unión Europea que establece un sistema de cuotas para la reagrupación familiar. En general, véase EUROPEAN MIGRATION DIALOGUE, *Current Immigration Debates...*, “Austria”, *cit*.

En cuanto a los ascendientes, no son contemplados como miembros de la familia a efectos de reagrupación en las legislaciones de Bélgica (salvo con Turquía en virtud de un Acuerdo bilateral en materia de entrada y residencia de nacionales de este país), Austria, Finlandia<sup>61</sup>, Francia, Grecia<sup>62</sup> e Irlanda<sup>63</sup>. En cambio, las legislaciones que sí amplían la definición de la familia para incluir a los ascendientes someten la reagrupación de éstos a severas condiciones relativas a la edad y a la dependencia (económica o material) respecto de los hijos. En la legislación danesa, por ejemplo, habrán de tener más de 60 años; en Italia<sup>64</sup>, además de haber cumplido la edad de 65 años, no tener otros hijos en el país de origen que puedan hacerse cargo de ellos; en Luxemburgo<sup>65</sup>, estar jubilados; en Holanda, la edad es de 64 años. El caso particular del Reino Unido distingue según se trate de la madre o del padre en los siguientes términos: podrá ser reagrupada, la madre si es viuda, el padre si es viudo y mayor de 65 años y, excepcionalmente, ambos si son dependientes del reagrupante y al menos uno de ellos ha cumplido los 65 años. Y en fin, las legislaciones de España y Portugal<sup>66</sup> similares en cuanto no hacen referencia a la edad de los ascendientes y establecen la regla general de la dependencia (“estar a cargo” del reagrupante); lo que permite, como veremos más adelante, un mayor margen de apreciación de las circunstancias que los tribunales han venido concretando de modo casuístico.

### 3.2. Valoración crítica.

Voces críticas se han alzado contra la estricta mirada de la familia extranjera objeto de reagrupación. Estas críticas se dirigen tanto a la definición de sus miembros como a

- 
- <sup>61</sup> FINLANDIA, *Aliens Act 301/2004*, disponible en Internet: [www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2004/en20040301.pdf](http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2004/en20040301.pdf). Un análisis sobre su política de inmigración, en EUROPEAN MIGRATION DIALOGUE, *Current Immigration Debates...*, cit., “Finland”, (Salmenhaara, P.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/2968/DocumentName/EMD\\_Finland\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/2968/DocumentName/EMD_Finland_2005.pdf).
- <sup>62</sup> GRECIA: Ley 2910/2001. Información general: *idem*, “Greece”, (Pavlou, M., Avramopoulou, I. y Karakatsanis, L.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/3043/DocumentName/EMD\\_Greece\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3043/DocumentName/EMD_Greece_2005.pdf).
- <sup>63</sup> IRLANDA: *Immigration Act 2004* de 13 de febrero, disponible en Internet: [www.ucc.ie/law/irl/ii/statutes/2004-01.php](http://www.ucc.ie/law/irl/ii/statutes/2004-01.php). Irlanda no participa en la adopción de la Directiva. Información sobre su política migratoria: *idem*, “Ireland”, (Mac Éinrí, P.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/3006/DocumentName/EMD\\_Ireland\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3006/DocumentName/EMD_Ireland_2005.pdf).
- <sup>64</sup> ITALIA: *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, Decreto legislativo núm. 286 de 25.7.1998, modificado por Ley núm. 189/2002; disponibles en Internet: [www.anolf.it/circolari/legislazione\\_immigrazione.htm](http://www.anolf.it/circolari/legislazione_immigrazione.htm). Información sobre su política de inmigración: *idem*, “Italy”, (Chaloff, J.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/3007/DocumentName/EMD\\_Italy\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3007/DocumentName/EMD_Italy_2005.pdf).
- <sup>65</sup> LUXEMBURGO: *Loi du 28 mars 1972 concernant 1. l’entrée et le séjour des étrangers; 2. le contrôle médical des étrangers; 3. l’emploi de main-d’œuvre étrangère*, disponible en Internet: [www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1972/0241304/0241304.pdf#page=2](http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1972/0241304/0241304.pdf#page=2). Información sobre su política migratoria: *idem*, “Luxembourg”, (Kollwelter, S.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/3008/DocumentName/EMD\\_Luxembourg\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3008/DocumentName/EMD_Luxembourg_2005.pdf).
- <sup>66</sup> PORTUGAL: *Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto (condições de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território português), com as alterações introduzidas pela Lei n.º 97/99, de 26 de Julho, pelo Decreto-Lei n.º 4/2001, de 10 de Janeiro e pelo Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de Fevereiro*, disponible en Internet: [www.cidadevirtual.pt/cpr/legis/dl244\\_98\\_rev.html](http://www.cidadevirtual.pt/cpr/legis/dl244_98_rev.html). Respecto a su política migratoria en general, *idem*, “Portugal”, (Fonseca, L., Macaísta Malheiros, J. y Silva, S.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/3011/DocumentName/EMD\\_Portugal\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3011/DocumentName/EMD_Portugal_2005.pdf).



las condiciones materiales establecidas por la normativa de la Unión Europea y de los Estados miembros.

En opinión de C. Cerdeira Monterero, el modelo es artificioso en la medida en que no se corresponde con la realidad de la “familia europea” mucho más flexible, ni contempla la rapidez con que los modelos familiares de los países de origen se acompañan a los usos de los países de recepción<sup>67</sup>. Por otra parte, recientes estudios sociológicos<sup>68</sup> han advertido que la categorización del modelo familiar europeo está influyendo en el cambio de patrones familiares en los países de origen para acomodarse, estratégicamente, a las exigencias sociales y requerimientos económicos establecidos por los países demandantes<sup>69</sup>. Así, la familia, al planear en origen la emigración hacia la Unión Europea, conforma su estrategia (interna) de acuerdo al patrón europeo y a la demanda de servicios, lo que está provocando una desintegración familiar cuyas consecuencias a largo plazo aún no son visibles<sup>70</sup>.

Desde la óptica del Derecho internacional privado, la cuestión se centra en saber qué ordenamientos jurídicos participarán en la tarea de determinar los vínculos familiares de quienes solicitan un visado por reagrupación familiar, cómo se insertan estos vínculos familiares en el ordenamiento del foro y conforme a qué derecho se establecerá la validez de la relación jurídica subyacente. La respuesta entraña inevitables problemas de calificación y el surgimiento de cuestiones previas.

## II. LA “CUESTIÓN PREVIA” EN LAS NORMAS REGULADORAS DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR.

Cuando la norma de extranjería en materia de reagrupación familiar utiliza conceptos como cónyuge, cónyuge separado o divorciado, menores de edad, adopción, incapacitados, etc., para determinar las personas que pueden adquirir el derecho a residir en España por causa de reagrupación familiar, plantea diversos cuestionamientos. Entre

<sup>67</sup> Véase PARLAMENTO EUROPEO, Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores, *Informe sobre la propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar*, (Ponente: Cerdeira Monterero, C.), 24 marzo 2003. FINAL A5-0086/2003. Disponible en Internet:

[www.europarl.eu.int/omk/sipade3?L=ES&OBJID=10998&LEVEL=4&MODE=SIP&NAV=X&LSTDOC=NC](http://www.europarl.eu.int/omk/sipade3?L=ES&OBJID=10998&LEVEL=4&MODE=SIP&NAV=X&LSTDOC=NC).

<sup>68</sup> D.P. SMITH, “An ‘Untied’ Research Agenda for Family Migration: Loosening the ‘Shackles’ of the Past”, *JEMS*, vol. 30, 2004 (2), monográfico “Family Migration and the New Europe”, pp. 263-282.

<sup>69</sup> E. KOFMAN, “Family-Related Migration: A Critical Review of European Studies”, *idem*, pp. 243-262; y A. BAILEY y P. BOYLE, “Untying and Retying Family Migration in the New Europe”, *idem*, pp. 229-241.

<sup>70</sup> Por ejemplo, la ausencia de referencia paterna (o materna en el caso de la emigración latinoamericana) y su incidencia en los hijos varones es un aspecto que, en opinión de algunos estudiosos, genera frustración y altera el comportamiento de estos jóvenes. Cuestión apuntada en el Informe de 27 de diciembre de 2004 de la Relatora Especial sobre derechos humanos de los trabajadores migrantes, *cit.*: de particular interés los efectos en las comunidades de origen (desintegración familiar y dificultades de localización cuando la inmigración se produce por canales clandestinos). En relación con la emigración femenina en España, véase, M.H. BEDOYA, “Mujer extranjera: una doble exclusión. La influencia de la ley de extranjería sobre las mujeres inmigrantes”, *Papers: Revista de sociología*, monográfico: “Inmigración femenina en el sur de Europa”, núm. 60, 2000, pp. 241-256. La perspectiva de género de la reagrupación familiar y el DIPr. es tratada en España por M.D. ADAM MUÑOZ, “Inmigración y género: luces y sombras en relación con algunas de las últimas reformas legislativas”, *Actas del Seminario Vivir la Historia... Contar la Vida*, Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes, Córdoba, 2003, pp. 183-205, esp. pp. 185-193.

otros, si se estará presuponiendo la existencia de un matrimonio previo, válido y vigente para el Derecho español; si la adopción o el divorcio son válidos y eficaces en España; si el hijo ha alcanzado a la mayoría de edad; y, en fin, si la incapacitación ha sido declarada judicialmente.

Esta observación lleva a pensar que el matrimonio, la separación, el divorcio, la filiación, la adopción, la mayoría de edad o la incapacitación podrían ser consideradas como cuestiones preliminares a la adquisición, conservación y pérdida del estatuto de residente familiar reagrupado. ¿Qué soluciones cabrían en ausencia de respuesta directa en la norma material de extranjería?

Un caso concreto planteado ante los tribunales franceses permite ilustrar el problema en materia de reagrupación familiar<sup>71</sup>. Se trataba de la interpretación de la noción de “hijo” contenida en el Protocolo al Convenio franco-argelino sobre entrada y residencia de los nacionales de Argelia. El Protocolo establecía que los miembros de la familia comprenden el cónyuge del residente, sus hijos menores y los hijos mayores a su cargo en virtud de una decisión de la autoridad judicial argelina. Una de las partes en el proceso consideraba que la mención a los menores apuntaba a la minoridad según el Derecho argelino (21 años para las mujeres y 19 para los varones). En cambio, la Administración francesa entendía que la noción de minoridad había de interpretarse tal y como la define el Derecho francés. El representante del Gobierno francés planteó el problema en los siguientes términos: en relación a los hijos argelinos la simple noción de menor sin otra precisión, reenviará normalmente al Derecho argelino “...la capacidad de un individuo forma parte de su estatuto personal que según el derecho internacional privado francés se rige por su ley personal y no por la ley francesa tanto si el extranjero reside en Francia como, con mayor razón, si se trata de un candidato a la admisión”.

En relación con el concepto de cónyuge, la jurisprudencia francesa nos ofrece otro ejemplo en el asunto Montcho<sup>72</sup>. Un nacional de Dahomey (hoy Benin) residente legal en Francia desde 1967 desposó sucesivamente en su país de origen y según su ley nacional a dos mujeres. De ambos enlaces nacieron varios hijos. La primera esposa y los hijos comunes habían obtenido el estatuto de residentes. Al intentar regularizar la situación migratoria de la segunda esposa y de los hijos habidos con ésta, las autoridades migratorias denegaron los permisos por ser la situación contraria al orden público francés. Repárese en que todos ellos convivían *more poligámico* en Francia y carecían de residencia legal. En tales circunstancias, la Administración francesa ordenó la expulsión de la segunda familia con carácter inmediato.

En el recurso ante el Consejo de Estado se razonó en torno a la importancia de la integración de la segunda esposa en Francia, toda vez que acreditaba cinco años de residencia en el país y no podía reprochársele ningún comportamiento ilegal, era la tutora legal de sus hijos y la orden de expulsión causaría un grave perjuicio a éstos. Bien es cierto que el planteamiento del caso difiere del anterior, pues el segundo vínculo conyugal no había sido establecido *ex ante* sino una vez producida la reagrupación del primer cónyuge y tras varios años de residencia en Francia. Sin embargo, en todo momento se admitió la validez del segundo matrimonio por aplicación de la norma de

---

<sup>71</sup> Decisión del Consejo de Estado de 29 de junio de 1990, Nota de P. LAGARDE, *RCDIP*, t. 80, 1991 (1), pp. 61-85.

<sup>72</sup> Decisión del Consejo de Estado de 11 de julio de 1980, Nota de J.-M. BISCHOFF, *RCDIP*, t. 70, 1981, pp. 658-665.

conflicto francesa que rige el estatuto personal. Fueron las normas francesas de orden público (*loi de police*) las aplicadas al supuesto para denegar la regularización administrativa de la segunda familia.

### **1. Configuración de la noción de familia como un problema de aplicación de las normas reguladoras de la reagrupación familiar.**

En términos generales, la cuestión previa responde al problema de un encadenamiento (o de una relación de causalidad) de derechos subjetivos de los que uno es supuesto condicionante del otro; es decir, un nexo de dependencia entre situaciones jurídicas complejas. La presencia de cuestiones previas o preliminares supone, como ha señalado el profesor F. De Castro, la existencia de una relación jurídica constituida con anterioridad al momento en que surge la cuestión principal y cuyo reconocimiento afectará de modo decisivo a la solución que se dé a esta última<sup>73</sup>. Se trata de un problema jurídico común a todas las ramas del Derecho, susceptible de ser resuelto bien en el momento de reglamentar el supuesto de hecho bien en el momento de aplicación de la norma concreta.

Según acabamos de examinar, los modelos familiares de los países de acogida y de los países de origen pueden ser muy diferentes. El legislador español ha retenido el modelo de familia nuclear europeo. Pero esta solución no excluye el hecho de que el estatuto personal de los extranjeros se rija por su ley nacional (art. 9.1 C.c.) de donde resulta que las instituciones del Derecho de familia de los interesados en la reagrupación familiar estarán presentes siempre que se suscite la duda sobre la validez de sus vínculos familiares.

Por otro lado, el Derecho español de extranjería define a los miembros de la familia mediante elementos normativos (cónyuge, cónyuge separado, hijos menores, adoptivos o incapacitados). Estos conceptos habrán de ser interpretados para determinar la aplicación o no de la norma habilitante de la reagrupación familiar, lo que significa que los conceptos utilizados por la norma de extranjería operan como condiciones de aplicación del derecho a ser reagrupado; por ejemplo, el vínculo entre el derecho a la residencia de una persona y el de su cónyuge trae a un primer plano la validez del matrimonio. Surgirán, entonces, cuestiones previas cuya respuesta deberá atender la deseable armonía de soluciones y la continuidad de las relaciones jurídicas preexistentes.

### **2. Planteamiento tradicional de la cuestión previa de Derecho internacional privado.**

La consideración de la cuestión previa como problema de aplicación de la norma de conflicto tuvo su origen en una construcción iniciada por la doctrina alemana en los albores de los años treinta del siglo XX<sup>74</sup> cuyo *leading case* fue abordado por la *Cour*

---

<sup>73</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, (Diez Picazo, L., introducción), Civitas, Madrid, 1984, pp. 674-683.

<sup>74</sup> Sobre los precedentes doctrinales, M. AGUILAR NAVARRO (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, t. II, Parte segunda: *Reglamentación de la aplicación de la norma de colisión*, 3ª ed., Universidad Complutense (Sección de Publicaciones), Madrid, 1982, pp. 62-82; A. MARÍN LÓPEZ,

de Cassation francesa en 1931 (Ponoucannamalle c. Nadimoutouppelle<sup>75</sup>). El supuesto debatía la sucesión de bienes inmuebles (cuestión principal) de un inglés de origen hindú y la impugnación que aducían los coherederos frente al reconocimiento a título sucesorio de un hijo adoptivo (ya fallecido) con fundamento en la posible invalidez de la adopción (cuestión preliminar) constituida al amparo de una ley distinta de la que regulaba la sucesión.

La doctrina científica ha discutido la consideración del citado supuesto como un verdadero caso de cuestión previa de Derecho internacional privado, esforzándose en delimitar los requisitos que han de ser tomados en cuenta para que, surgido el problema, éste pueda ser configurado en toda su dimensión como “cuestión previa”<sup>76</sup>. En concreto, ha sido aceptado el planteamiento clásico de la cuestión previa de Derecho internacional privado en los términos establecidos (presupuestos para que se dé) por J.H.C. MORRIS: que la cuestión principal surja cronológicamente en un momento ulterior a la cuestión preliminar y que, desde la perspectiva del foro, esté sometida a un derecho extranjero; que la cuestión preliminar sea un elemento normativo de la norma extranjera susceptible de tratamiento autónomo y para cuya solución exista en el ordenamiento del foro una norma de conflicto específica; y, que se dé una diferencia en el resultado material según se aplique la norma de conflicto de la *lex causae* o la norma de conflicto de la *lex fori*<sup>77</sup>.

La respuesta del legislador consistirá en determinar qué norma de conflicto resolverá el problema de la cuestión previa de Derecho internacional privado: o la norma de conflicto que el ordenamiento del foro tenga establecida para lo que aparece en el caso como cuestión previa (*lex formalis fori*) o la norma de conflicto que el ordenamiento extranjero, reclamado por la norma de conflicto para resolver la cuestión principal, tenga establecida para la cuestión preliminar (*lex formalis causae*)<sup>78</sup>.

Los partidarios de aplicar la solución *lex formalis fori* sostienen que lo más importante es la coherencia interna de las soluciones dentro del propio ordenamiento del foro. Habida cuenta de que ambas cuestiones están íntimamente ligadas, la dificultad de lograr un ajuste correcto se supera mejor aplicando la misma ley a ambas cuestiones<sup>79</sup>. En cambio, los partidarios de la solución *lex formalis causae* justifican el sacrificio del ordenamiento jurídico del foro en beneficio del ordenamiento extranjero en la deseable uniformidad o armonía a escala internacional<sup>80</sup>. Aplicar a la cuestión previa un tratamiento independiente es más correcto, se afirma, pues se trata de un problema de

---

“La cuestión incidental en Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. IX, 1956 (1-2), pp. 125-146; E. PECOURT GARCÍA, “Problemática de la cuestión preliminar en el DIPr.”, *RDEA*, 1966 (14), pp. 11-60.

<sup>75</sup> S. de 21 abril 1931.

<sup>76</sup> Que la cuestión principal quede regida por un derecho extranjero (por mandato de la norma de conflicto del foro) y que, planteada la cuestión preliminar, se configure un caso de concurrencia de dos sistemas de Derecho internacional privado con normas de conflicto específicas para la regulación de la cuestión previa.

<sup>77</sup> J.D. McCLEAN, *Morris: The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 4<sup>th</sup> ed., London, 1993, pp. 424-427.

<sup>78</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho internacional privado*, [s.edit.], Oviedo, 1983, p. 197.

<sup>79</sup> La doctrina repara en que en la jurisprudencia francesa y alemana este ajuste se logra, evidentemente en la fase de aplicación, por dos vías: o la sustitución o la adaptación; *vid.*, M. GÓMEZ JENE, *La sustitución en derecho internacional privado*, Madrid, 2002, cortesía del autor (inédito).

<sup>80</sup> Sobre el fundamento de la explicación, *vid.* “La détermination du concept préjudiciel” en F. RIGAUX y M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, 3<sup>a</sup> ed., Bruxelles, 2005, esp. pp. 300-305.

interpretación de la norma extranjera que ha hecho nacer la relación jurídica (debe aplicarse ese derecho extranjero “si no se quiere correr el riesgo de desnaturalizarlo”).

La doctrina científica ha intentado reconducir la dicotomía en términos menos formalistas, aunque respetando la dimensión formal consustancial a la técnica de reglamentación de las relaciones de tráfico jurídico externo y a sus normas de aplicación. Básicamente, conviene no olvidar el contenido institucional y material en el que opera la cuestión previa, de donde resulta la necesidad de observar con qué intensidad la relación jurídica ínsita en la cuestión previa se relaciona con el ordenamiento del foro y la importancia de la continuidad de las situaciones jurídicas preexistentes desde la perspectiva del respeto a los derechos adquiridos<sup>81</sup>.

Aunque el sistema español de Derecho internacional privado no ofrezca una solución a este problema, su operatividad se ha suscitado en la jurisprudencia<sup>82</sup>, y la doctrina española<sup>83</sup> —resaltando el carácter funcional de una norma que resolviera la cuestión previa de DIPr.— ha insistido en que este mecanismo debería permitir la armonización de las soluciones y el respeto a los derechos adquiridos<sup>84</sup>. Al no contar con una solución legal expresa, la posición doctrinal mayoritaria considera que, cualquiera que sea la ley aplicable a la cuestión principal, sólo podrán aplicarse las normas de conflicto españolas para resolver la cuestión previa (solución *lege fori*)<sup>85</sup>.

Ahora bien, en el momento de proceder a la definición de los miembros de la familia objeto de reagrupación, lo que acontece es una cuestión conflictual previa a cuestiones de derecho reguladas por normas materiales en las que, como hemos visto, las relaciones jurídicas de la familia extranjera vienen condicionadas por el modelo familiar determinado por la sociedad de acogida y por las prevenciones de la política migratoria.

En consecuencia, no cabe hablar de cuestión previa de DIPr. en sentido estricto al no cumplirse los tres requisitos exigidos en la concepción clásica del problema. Desde esta perspectiva, la preocupación de la determinación de la norma de conflicto aplicable a la cuestión previa carece de toda relevancia práctica. Lo que interesa, sin embargo, es el modo en que habrán de acreditarse los vínculos familiares subyacentes en cada una de las relaciones jurídicas familiares (cónyuge, cónyuge divorciado, cónyuge separado,

<sup>81</sup> J.A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, p. 244. En la doctrina francesa, P. LAGARDE: “si la cuestión previa incide de tal modo que afecta a una situación jurídica que vive predominantemente en el medio jurídico del sistema del foro, resulta aconsejable la solución de la *lex formalis fori*; de no darse este grado de intensidad, aplíquese la *lex formalis causae*”, véase P. LAGARDE, “La règle de conflit applicable aux questions préables”, *RCDIP*, t. 49, 1960, pp. 459-484, en esp. 460-461.

<sup>82</sup> J.A. PASTOR RIDRUEJO, “Un caso de cuestión previa en la jurisprudencia española: la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960”, *Temis*, núm. 10, 1961, pp. 103-110. Y, posteriores, entre otras: STS de 5 abril 1966, Nota de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *REDI*, vol. XX, 1967 (2), pp. 305-320; STS de 27 mayo 1968, Nota de E. PECOURT GARCÍA, *REDI*, vol. XXII, 1969 (2), pp. 343-353; STS de 4 abril 1991, Nota de M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *REDI*, vol. XLIII, 1991 (2), pp. 494-498.

<sup>83</sup> Entre otros, A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, *op. cit.*, pp. 179-183; M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional privado*, vol. I, *cit.*, pp. 62-82; J.A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 241-248, esp. p. 243; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 193; y E. PÉREZ VERA (Dir.), *Derecho internacional privado, Parte especial*, Tecnos, Madrid, 1980.

<sup>84</sup> J.A. CARRILLO SALCEDO, *ídem*, p. 243.

<sup>85</sup> Para este planteamiento véase la explicación de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 196.

hijos menores de edad, etc.) habilitantes para la reagrupación. Estas nociones, por principio, deberán solventarse en la propia norma material y, en su defecto, deberá aplicarse el derecho reclamado por la norma de conflicto del ordenamiento del foro que normalmente remitirá al derecho material extranjero<sup>86</sup>.

La preocupación principal residirá en reducir el concepto de familia, en arbitrar medidas que posibiliten la reunión familiar sin fraude y en conseguir que, en lo posible, coincidan las respuestas de las distintas normas reguladoras, aunque esta solución no releva la posibilidad de explorar otros métodos de solución y su operatividad práctica.

### 3. Soluciones posibles a las cuestiones previas a la reagrupación familiar.

El problema de la “cuestión previa” de las normas sobre reagrupación familiar evoca enseguida la problemática suscitada por las cuestiones previas del Derecho de la nacionalidad<sup>87</sup>. En efecto, las similitudes entre las personas beneficiarias de la reagrupación familiar y aquellas que pueden adquirir la nacionalidad española son evidentes y, dado que el legislador no ha adoptado disposición alguna que permita definir los vínculos de parentesco de los beneficiarios de la reagrupación familiar, acaso quepa inspirarse en las soluciones a las cuestiones previas del derecho de la nacionalidad<sup>88</sup>.

También podría pensarse en recurrir a la solución conflictual, estableciendo una norma de conflicto especial para la validez de los presupuestos de aplicación de la norma material de extranjería. En tal caso, las cuestiones previas se resolverán según el sistema de Derecho internacional privado de la *lex fori*.

Otra solución posible eludiría el método conflictual por considerar de mayor relevancia los intereses estatales en presencia (política migratoria) y recurriría a la elaboración de normas materiales estableciendo, por ejemplo, una lista de beneficiarios. Pero, si la norma material no resuelve directamente la cuestión previa (validez del vínculo conyugal o cuándo se adquiere la mayoría de edad, por ejemplo) el problema renacerá en el momento de su aplicación. Del examen de sus posibilidades nos ocuparemos brevemente en los siguientes incisos.

#### 3.1. Analogías y diferencias con las cuestiones previas en el Derecho de la nacionalidad.

Hemos apuntado anteriormente la evocación de la problemática de las cuestiones previas del derecho de extranjería respecto de la suscitada por las cuestiones previas del

---

<sup>86</sup> En opinión de J.M. ESPINAR VICENTE, toda cuestión previa supone un problema de identificación de los elementos normativos reclamados por la norma de conflicto en su vertiente de cuestiones jurídicas complejas, sin que quepa negar autonomía a la cuestión preliminar aunque la cuestión principal se regule por normas materiales de la ley española; véase su *Curso de Derecho internacional privado español*, vol. I: *Introducción a la teoría general del Derecho internacional privado*, Universidad de Alcalá (Servicio de Publicaciones), Alcalá de Henares, 2000, pp. 128-129.

<sup>87</sup> N. MAKAROV, “Règles générales du droit de la nationalité”, *R. des C.*, t. 74, 1949 (I), pp. 269-378, esp. pp. 341 ss.

<sup>88</sup> En la doctrina española, L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “La cuestión previa en el derecho español de la nacionalidad”, *ADC*, t. XXX, 1977 (2), pp. 763-807.

derecho de la nacionalidad<sup>89</sup>. Con esta expresión aludía el profesor L.I. Sánchez Rodríguez a “situaciones jurídicas complejas y dependientes, relativas a la adquisición, pérdida o recuperación de la nacionalidad española, cuando estas posibilidades dependan de una situación previa del estatuto personal”. Con dicho alcance, el autor apuntaba al matrimonio (cuestión previa a la adquisición de la nacionalidad española), a la filiación (sector donde la cuestión previa puede plantearse con carácter sucesivo, es decir, situaciones en las cuales la solución a una cuestión previa exige solucionar primero una cuestión previa anterior), a la edad y a la emancipación (supuestos que permitían la obtención de la nacionalidad española por opción, cumplidas ciertas condiciones).

La doctrina francesa había reaccionado con anterioridad frente al planteamiento en términos excluyentes de la cuestión previa de Derecho internacional privado, con la finalidad de llegar a una clasificación abarcadora del tratamiento de la cuestión previa cuando ésta operara respecto de otra cuestión (principal) no sometida a una ley extranjera (cuestión conflictual previa a una cuestión de derecho material interno)<sup>90</sup>. Ph. Franceskakis ejemplificaba su operatividad en el Derecho de la nacionalidad explicando que, cuando el legislador interno utilizara conceptos como cónyuge, hijo, mayor de edad, etc., podrían adoptarse dos posturas: bien entender que se refería siempre a conceptos correspondientes al derecho interno o, por el contrario, considerar que mediante estos términos podría entrar en juego una relación privada internacional cuyos problemas habrían de ser resueltos recurriendo a las normas del sistema de Derecho internacional privado del foro. En su opinión, esta segunda solución debería seguirse, aunque si se tratase de normas de aplicación inmediata (*loi de police*), en ausencia de otro criterio expreso, habría de resolverse la cuestión caso por caso<sup>91</sup>.

Para el profesor González Campos<sup>92</sup> la comprensión del juego de la cuestión previa puede alcanzarse mejor desde la perspectiva de las técnicas de reglamentación. Y así, la cuestión principal puede estar regida por normas materiales del derecho interno, por normas materiales de Derecho internacional privado (con expresa referencia a la nacionalidad y a la extranjería) o por normas de conflicto. En relación con las cuestiones previas de la nacionalidad, ejemplifica el problema del siguiente modo: por ejemplo, cuando el Código civil establecía una edad concreta respecto de quien pretendiera adquirir la nacionalidad española, el legislador estaba dando una solución expresa a una cuestión previa (¿quién es mayor de edad?) del Derecho de la nacionalidad (la adquisición de la nacionalidad como cuestión principal)<sup>93</sup>. Lo que significa que el legislador puede resolver la cuestión previa en la propia norma material (solución implícita) impidiendo de este modo el recurso a las normas de conflicto del sistema de Derecho internacional privado del foro<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> *Ídem*, pp. 783-788.

<sup>90</sup> Ph. FRANCESKAKIS, “Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité”, *RabelsZ*, vol. 23, 1958, (3-4), 1958, “Mélanges Makarov”, pp. 466-483.

<sup>91</sup> *Ídem*, “Conflicts de Lois (principes généraux)”, *Répertoire de droit international* (Franceskakis, Ph., dir), t. I, *Encyclopédie Juridique Dalloz*, Paris, 1968, pp. 470-497, esp. pp. 495-497; y P. LAGARDE, *La nationalité française*, Dalloz, 2ª ed., Paris, 1989, p. 111.

<sup>92</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 196.

<sup>93</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Capítulo IV. Normas de Derecho internacional privado”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 8 a 16 del Código Civil*, t. I, vol. 2, (Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S., dirs.), Edersa, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 1-97, esp. p. 57 y nota 31.

<sup>94</sup> Véanse los comentarios a la Res. DGRN de 23 mayo 1975 que suscitaba el problema de un súbdito francés de dieciocho años que pretendía adquirir la nacionalidad por residencia conforme a los

Respecto de la filiación, una cuestión previa se planteaba como condicionante de la adquisición de la nacionalidad española cuando el matrimonio incidía sobre la nacionalidad del cónyuge y la de los hijos para que éstos fueran considerados legítimos<sup>95</sup>. En el actual sistema español el problema ha sido superado y sólo se plantearía como cuestión previa en las acciones de filiación dirigidas contra el presunto progenitor español<sup>96</sup>, si existiera duda en torno a si el hijo reclamante ostenta o no la nacionalidad española<sup>97</sup>.

La similitud de planteamiento se confirma, así, desde la perspectiva de la técnica de reglamentación normativa. Cierto, si el legislador interno utiliza elementos normativos en sus normas materiales de Derecho internacional privado —que en sí mismos constituyen conceptos que es preciso definir— podrá o calificarlos según su derecho interno (solución implícita en la norma) o entender que, mediante estos elementos prejudiciales, entrará en juego una relación de tráfico jurídico externo que habrá de ser resuelta mediante las normas de su sistema de derecho internacional privado.

Ahora bien, los intereses presentes en la regulación del Derecho de la nacionalidad son distintos de los que inciden en la regulación de la familia reagrupable, en concreto, los objetivos de política migratoria del ordenamiento estatal. Una sentencia del Tribunal Supremo<sup>98</sup> explicita esta diferencia. En lo que aquí interesa, la Sala diferenció el alcance de la concesión de las autorizaciones administrativas de residencia a una persona de estatuto poligámico y la concesión de la nacionalidad española a esa misma persona:

No se trata de que este Tribunal pretenda prohibir que una familia islámica viva conforme a los usos y costumbres de la comunidad a la que pertenece... Lo que ocurre es que, una cosa es obtener el derecho a la residencia y otra cosa es obtener la ciudadanía española, la cual otorga derechos que la residencia no confiere... El acto de conferimiento de la nacionalidad no es un acto administrativo como cualquier otro; antes al contrario, tiene una acusadísima cualificación que lo singulariza frente a los demás...<sup>99</sup>

Podría pensarse en una solución “conflictual” en el marco de la propia regulación de extranjería que extendiera sus efectos a futuras cuestiones previas, o bien resolver la

---

términos del entonces vigente artículo 19 del C.c. (cuestión principal), subordinada a la cuestión previa de la mayoría de edad o de la emancipación y, consecuentemente, a la determinación de la ley aplicable a la solución de dicha cuestión, en L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *cit.*, p. 757.

<sup>95</sup> A.N. MAKAROV, *cit.*, pp. 341 ss. Explica que cuando el Derecho diferencia la cualidad de hijos mediante *conceptos* como filiación legítima, filiación natural y/o legitimación, tales conceptos se configuran como cuestiones previas a otra cuestión previa anterior: *ad ex.*, la determinación de la nacionalidad por filiación es la cuestión principal, la filiación legítima es una cuestión previa que implica a su vez la cuestión previa anterior de la celebración válida del matrimonio de los padres (cuestiones previas de segundo grado en la terminología del autor). El tratamiento de la filiación como cuestión preliminar de la nacionalidad española en la regulación pre-constitucional puede verse en L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *cit.*, pp. 794-803.

<sup>96</sup> M. GUZMÁN ZAPATER, *El derecho a la investigación de la paternidad (en el proceso con elemento extranjero)*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 93-94.

<sup>97</sup> Se aplicaría la ley española como presunta ley nacional del hijo tanto a las acciones de filiación como a las de impugnación de la filiación. *Vid.*, E. PÉREZ VERA y P. ABARCA JUNCO, en A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, *op. cit.*, p. 275.

<sup>98</sup> STS de 26 julio 2004, FJ 4º.

<sup>99</sup> Con cita de otras decisiones en el mismo sentido (SSTS de 24 mayo 2002 y de 9 febrero 1999).



cuestión previa caso por caso. Y es que, aunque la norma de extranjería solvente la acreditación de los vínculos de parentesco mediante la prueba documental en el momento de la reagrupación familiar y sus efectos se circunscriban inicialmente al ámbito estricto del Derecho de extranjería, donde agotan sus efectos, posteriormente (ya reagrupada la familia e instalada en el territorio de acogida), la solución a toda cuestión previa vendrá dada por las normas de Derecho internacional privado del foro y se aplicará, en la mayoría de los supuestos, la ley nacional como ley rectora del estatuto personal.

### **3.2. La solución conflictual: ¿norma de conflicto especial para la validez del presupuesto de aplicación de la norma material de extranjería?**

La hipótesis que planteamos se dirige a explorar las ventajas e inconvenientes, así como la utilidad práctica, del método conflictual en la determinación de los vínculos familiares que aparecen como presupuesto de aplicación de la norma material de extranjería en materia de reagrupación familiar. Dicho en otros términos, ¿vínculos familiares resueltos mediante la técnica de la ley aplicable? En tal caso, ¿qué ley deberá regir las situaciones individuales del estatuto personal? ¿Cuál las relaciones de familia? ¿Qué relevancia daríamos a la ley nacional?

No faltan sectores doctrinales que, en un plano teórico, abogan por una utilización ponderada de la técnica de reglamentación material que permita en cierta medida el recurso a las normas de conflicto del sistema de Derecho internacional privado del foro. En esta línea se afirma que “aunque lo que se quiera evitar sea el problema de aplicación de leyes de países con una cultura jurídica de características muy diferentes a la nuestra, ello no debería comportar en todos los casos la obligación de recurrir a normas materiales”<sup>100</sup>. Otros autores han criticado el recurso a la norma material directa en la reglamentación de extranjería por entender que “puede reflejar ciertas consideraciones extrajurídicas recelosas de otorgar un reconocimiento igualitario a derechos foráneos”<sup>101</sup>.

En todo caso, la elección del tipo de norma es siempre una decisión de política legislativa, condicionada por factores objetivos pero también por las características propias de las materias reguladas y por las posibilidades (o prestaciones) ofrecidas por cada método de reglamentación. El estatuto familiar es uno de los sectores clásicos del Derecho privado en el que la norma de conflicto multilateral encuentra su ámbito natural de operación y la conexión de la nacionalidad, como ley personal, queda justificada, en términos generales, en beneficio de las notas de permanencia y unidad inherente al estatuto personal<sup>102</sup>.

Pues bien, enfrentados al papel de la ley nacional en las cuestiones del estatuto personal suscitadas como previas a la determinación de los miembros de la familia

---

<sup>100</sup> A. BORRÁS, “La sociedad europea multicultural...”, *cit.*, p. 164.

<sup>101</sup> Bien porque sean reflejo de un determinado nivel de civilización, bien porque representen una cultura parcialmente diferenciada de la nuestra. *Vid.*, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, Voz “Civilizaciones (conflicto de)”, *Diccionario crítico de ciencias sociales* (Reyes, R., dir.), Universidad Complutense de Madrid, 2002 ss., (publicación electrónica).

<sup>102</sup> E. PÉREZ VERA, en A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II: *Derecho civil internacional*, UNED, 2ª ed. rev., Madrid, 2005, p.27.

beneficiaria de la reagrupación (quién es cónyuge, quién hijo, etc.), la primera objeción que se plantearía es su posible contradicción con la idea de familia consagrada en el modelo europeo. En efecto, por una parte estaríamos afirmando que la reagrupación familiar sólo concierne a la familia nuclear en el sentido europeo y, por otra, quien sea o no miembro de la familia se determinaría según el derecho extranjero reclamado por la ley personal (de la nacionalidad). Desde esta perspectiva, la reglamentación conflictual presentará indudables problemas de aplicación cuya evitación es siempre deseable en el ámbito del Derecho de extranjería. Además, y de modo general, no puede olvidarse el juego del orden público ni la importancia de las normas imperativas de naturaleza rigurosamente obligatoria<sup>103</sup>.

En la hipótesis que examinamos, la doctrina francesa ha analizado las ventajas e inconvenientes de una conexión basada en la ley de la autoridad que autoriza la expedición del visado familiar<sup>104</sup>. La ventaja de la regla *auctor* para apreciar la validez de los vínculos de parentesco en la reagrupación familiar, estribaría en su coherencia con la concepción de familia nuclear del modelo europeo y podría encontrar su apoyo en la finalidad de integración en el territorio de acogida, fin que persigue la reagrupación familiar. En un plano crítico, la misma doctrina advierte de sus inconvenientes, pues ¿basta con que un matrimonio desee emigrar para evaluar sus relaciones jurídicas familiares conforme a la ley de la autoridad que expida el visado? En realidad, si el interés de la política migratoria en materia familiar es no reconocer instituciones como la poligamia o el repudio bastaría con una norma directa y material que aporte una solución *ad hoc*<sup>105</sup>.

¿Qué sucedería en materia de filiación? ¿Es justificable que el Estado de acogida, por aplicación de la regla *auctor*, declare nulo el establecimiento de una filiación válida para el derecho del Estado de origen? El criterio debería ser rechazado, pues, en principio, no se presenta una intensidad fuerte de la relación jurídica ínsita en la cuestión previa con el ordenamiento del foro y dañaría la continuidad de las relaciones jurídicas preestablecidas desde la perspectiva de los derechos adquiridos.

Realmente, en materia de filiación, la cuestión es otra. Cuando el estatuto personal no permite el establecimiento de la filiación que sí se establecería según la ley del Estado de acogida. En tal supuesto, podría aplicarse la ley de la autoridad competente para expedir el visado a título de *lex validitatis*. Entonces, en materia de filiación, la solución sería distinta: mantener como primera conexión la nacionalidad y alternativamente la ley de la futura residencia habitual. En este sentido, si la ley personal de quien solicita la entrada en el territorio a título de reagrupación no permite

---

<sup>103</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS en A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, *op. cit.*, pp. 124-127.

<sup>104</sup> F. JAULT-SESEKE, *cit.*, pp. 82-85.

<sup>105</sup> Véase en el Reino Unido la *Private International Law Act* de 8 de noviembre de 1995 que, respecto de los matrimonios “realmente poligámicos” (*actually polygamous marriages*), establece: “marriages which are actually (de facto) monogamous but are celebrated in a country which permits polygamy are now regarded as valid”. Esta disposición tiene carácter retroactivo: “All potentially polygamous marriages which are actually monogamous are therefore now valid under United Kingdom law. The marriage will, however be deemed to be void by any subsequent marriage of or more of the parties or by annulment”. Comentarios a esta Ley los realizan N. BOUZA VIDAL y A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Derecho civil internacional.- Reino Unido: responsabilidad extracontractual y matrimonio poligámico”, *RJC*, Any XCVI, 1996 (1), pp. 166-175, esp. p. 175.

establecer el vínculo de filiación, se aplicará la ley de la futura residencia habitual que sí lo establece<sup>106</sup>.

En este ejemplo, el interés del niño (*favor minoris*) se configuraría como objetivo y fin de la norma —como expresión de un valor material— una directriz básica de toda legislación que proteja los derechos de los menores<sup>107</sup>. Rasgo que, como ha señalado el profesor González Campos, es una proyección de los valores del Estado social presentes en las normas del sistema español Derecho internacional privado<sup>108</sup>.

La solución apuntada por la doctrina francesa aporta importantes elementos de reflexión en los que cabe observar una inspiración de las soluciones retenidas en materia de ley aplicable a la obligación de alimentos (*favor alimentii*)<sup>109</sup>. Ahora bien, desde una perspectiva más crítica cabría preguntarse si, ante una reagrupación familiar, el establecimiento de la filiación según la ley de la futura residencia habitual procura en verdad el interés del menor. Si pensamos en que el objetivo formal de la conexión es garantizar la igualdad de la filiación estaremos de acuerdo; pero, ¿es acaso la justicia formal la más beneficiosa en toda circunstancia? Al fin y al cabo, la realidad sociológica de ese menor en el momento en el que se plantee su reagrupación es un elemento que habría de valorarse, al igual que habría de tenerse en cuenta si es en su interés integración a la célula familiar creada en el país de acogida. La diversidad de situaciones que en la práctica pueden darse respecto de los menores aconseja, a nuestro modo de ver, alejarse de planteamientos excesivamente abstractos y resolver caso por caso los problemas que en la práctica se planteen.

Desde otra perspectiva, la aplicación práctica por las autoridades administrativas y consulares puede resultar bastante compleja pues, como tendremos ocasión de examinar más adelante, en la delimitación de quiénes son hijos a los fines de reagrupación la sola determinación de la filiación no es suficiente. Tales objeciones y los resultados poco satisfactorios apuntados sugieren distanciarse del método de atribución y acudir al empleo de normas materiales dejando que la técnica conflictual juegue un papel

<sup>106</sup> La incorporación de varios puntos de conexión es una peculiaridad de las normas de conflicto materialmente orientadas, aunque su ordenación desde la perspectiva de su juego, alternativo o sucesivo, vendrá condicionada precisamente por el efecto que se pretenda alcanzar. Es aquí donde puede originarse un problema de coordinación de ordenamientos jurídicos si éstos discrepan en tal efecto. *Vid.*, F. POCAR, “La protection de la partie faible en droit international privé”, *R. des C.*, t. 188, 1984 (V), pp. 349-418, esp. p. 86-90.

<sup>107</sup> La protección de la parte débil como un objetivo de determinadas normas de derecho internacional privado, ha sido puesta de relieve por el profesor Pocar desde el paralelismo de la función protectora en derecho material y en derecho internacional privado. *Ídem*, pp. 353-357.

<sup>108</sup> J.D. GÓNZALEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé. Cours général (2000)”, *R. des C.*, t. 287, 2000, pp. 9-426, esp. p. 317, para quien esta situación es propia de la función de dirección del Estado social.

<sup>109</sup> El beneficio al acreedor de los alimentos se logra con puntos de conexión jerárquicos. La ley aplicable será designada por un punto de conexión principal, pero si dicha Ley no garantiza una protección efectiva al acreedor de los alimentos, se pasará a otra conexión (a otra Ley) y así sucesivamente. El Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (BOE núm. 222, de 16.9.1986) retiene esta solución aunque no resuelve la cuestión previa de la existencia de la relación que genera el derecho de alimentos. La posición doctrinal mayoritaria aboga por la tesis de la *lex formalis fori* pero sólo a los efectos de la reclamación de alimentos; es decir, la decisión no producirá efectos de cosa juzgada pues sólo se realizó a efectos de la obtención de alimentos. Sobre la absorción del estatuto personal por la ley que rige los alimentos, véase Y. LEQUETTE, “Le droit international privé de la famille à l’épreuve des conventions internationales”, *R. des C.*, t. 246, 1994 (II), pp. 9-234, esp. pp. 102-121.

complementario —y necesario— en cada concreta cuestión. Con todo, el recurso a normas materiales no debe ser descartado, sobre todo si atendemos al objetivo de la integración.

### **3.3. La solución material: recurso a normas materiales en atención al objetivo de la integración.**

Conviene recordar que el Derecho de extranjería tiene una dimensión predominantemente interna, permaneciendo como cuestión discutible la consideración de este sector como parte del contenido del Derecho internacional privado. Más allá de esta clásica polémica<sup>110</sup>, lo cierto es que el Derecho de extranjería es hoy en día un conjunto normativo complejo y la condición jurídica de los extranjeros exige la aplicación de normas cada día más numerosas, de fuente de producción diversa e imbricadas en distintas disciplinas.

Qué duda cabe que la emergente sociedad multicultural enfrenta valores y costumbres diferentes cuya incidencia en las técnicas de reglamentación del Derecho internacional privado es cada día más clara. Pero, sin perder de vista la defensa de los valores del respeto a la identidad cultural y la consideración positiva del intercambio de contenidos entre culturas y civilizaciones<sup>111</sup>, el recurso a la técnica de reglamentación material para determinar los miembros de la familia beneficiarios de la reagrupación no es en absoluto ilógico. Es, además, el método seguido por las normas comunitarias relativas a la libre circulación de personas cuyas nociones (cónyuge, hijos, ascendientes, etc.) vienen siendo interpretadas, caso a caso, por el TJCE<sup>112</sup>.

Mediante esta técnica material el legislador podrá resolver las cuestiones previas, determinando, por ejemplo, quiénes son menores de edad (se fija la edad concreta) o prohibiendo la cohabitación *more poligámico* (se limita la reagrupación a un cónyuge). Desde esta óptica, no cabe duda que la reglamentación directa se adapta mucho mejor a

---

<sup>110</sup> E. PÉREZ VERA, en A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, Vol. II..., *op. cit.*, p. 295.

<sup>111</sup> F. RIGAUX, “Le pluralisme en droit international privé”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1419-1436. Más reciente, H. GAUDEMET-TALLON, “Le pluralisme en droit international privé: richesse et faiblesses (le funambule et l’arc-en-ciel). Cours général (2005)”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 312, 2005, pp. 9-488, esp. pp. 391 ss, en relación a las soluciones normativas de los Estados que utilizan la conexión de la religión como aplicable al estatuto personal.

<sup>112</sup> Con todo, se discute si de acuerdo con el derecho comunitario existe una noción autónoma de cónyuge o, por el contrario, el concepto debe llevar en primer lugar al examen de las normas de conflicto del ordenamiento jurídico nacional del Estado miembro concernido; posición sostenida por el Parlamento Europeo que entiende que el cónyuge es aquel que, en el Estado miembro de origen o en el Estado de acogida, disfrute de ese reconocimiento administrativo o jurídico. En opinión de Jessurun D’Oliveira esta afirmación no advierte la trascendencia de las dinámicas y de la estructura de las normas de derecho internacional privado de los Estados miembros. Como pone de relieve este autor, en la determinación de qué es familia, las propuestas legislativas de las instituciones comunitarias (Comisión y Parlamento) son más restrictivas y progresan con mayor lentitud que las legislaciones de algunos de los Estados miembros (Holanda, Reino Unido, Bélgica o España respecto del matrimonio homosexual, por ejemplo). *Vid.*, H.U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “Freedom of Movement of Spouses and Registered Partners in the European Union”, *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr* (Basedow, J. *et al.*, eds.), T.M.C.Asser Press, The Hague, 2000, pp. 527-543, esp. pp. 539-540.

las relaciones de familia que se suscitan en materia de inmigración familiar, como así lo hace el Derecho de extranjería patrio al estatuir sobre los miembros de la familia objeto de reagrupación familiar. En cada uno de los supuestos normativos veremos surgir la cuestión previa —así como otros problemas— y en cada caso se examinará su solución tanto desde la perspectiva de la norma concreta como, en su caso, desde la jurisprudencia y la doctrina.

### III. LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA: DEFINICIÓN Y CARACTERES

Utilizar el término “beneficiario” en materia reagrupación familiar se presta a cierta ambigüedad pues, bien puede referirse al residente en España (solicitante de la autorización de reagrupación) bien a sus familiares (solicitantes del visado por dicha razón). En términos de política migratoria, esta segunda acepción es la retenida con carácter general y la que seguimos en este texto<sup>113</sup>. La familia beneficiaria de la reagrupación (familia nuclear) es la integrada por el cónyuge y los hijos; otros parientes podrán apelar a los vínculos familiares —sólo excepcionalmente— para solicitar una autorización de residencia por reagrupación.

#### 1. El cónyuge del residente.

Cuando el legislador toma en consideración el Derecho de familia para atribuir un título de residencia, evocamos de nuevo el paralelismo entre el Derecho de la nacionalidad y el Derecho de extranjería. En efecto, en el Derecho de la nacionalidad el matrimonio con español o española privilegia su adquisición por el cónyuge extranjero reduciendo el plazo de residencia, siempre que al tiempo de la solicitud “llevare casado un año y no estuviere separado legalmente o de hecho” (art. 22.2 d) C.c.). En el Derecho de extranjería, el cónyuge del residente se beneficia de un título de residencia siempre que “no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley”<sup>114</sup>.

En ambos casos, la sola celebración del matrimonio no basta *per se* para producir el efecto pretendido. Tanto en el Derecho de la nacionalidad como en el de extranjería, el legislador impone condiciones para que los vínculos familiares atribuyan el derecho subjetivo concernido (la nacionalidad o la residencia en España) dejando patente el vigor con que el Estado tiende a configurar las relaciones jurídicas familiares que se relacionan con él, aunque en ellas figuren elementos extranjeros relevantes<sup>115</sup>.

El artículo 17.1 de la Ley de extranjería se refiere al cónyuge en los siguientes términos:

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

---

<sup>113</sup> X. VANDENDRIESSCHE, *Le droit des étrangers*, Dalloz, Paris, 2001, p. 85.

<sup>114</sup> Repárese en la condición previa de residencia de un año en España exigida al cónyuge reagrupante para poder ejercer el derecho (art. 18.2 LODLEE).

<sup>115</sup> E. PÉREZ VERA, *Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho internacional privado*, Universidad de Granada (Secretariado de Publicaciones), 1973, p. 125.

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.

Desde la perspectiva de los intereses del Estado, el legislador ha privilegiado la unión matrimonial frente a otras uniones no matrimoniales, condición que excluye la reagrupación familiar de parejas no casadas y, hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005<sup>116</sup> de 1 de julio, de parejas del mismo sexo. La protección de la concepción monogámica de la familia impide la reagrupación de más de un cónyuge, aunque su ley personal admita esta forma matrimonial. Finalmente, el interés del Estado y de la comunidad internacional en la lucha contra los matrimonios de complacencia será sancionada con la denegación del permiso de residencia cuando existan datos y hechos objetivos de los que quepa presumir que la institución matrimonial ha sido utilizada con carácter instrumental y a los solos fines de obtener la entrada en el territorio y la residencia<sup>117</sup>.

Con una redacción poco afortunada, el precepto aborda tres situaciones (cónyuge no separado, cónyuge separado y cónyuge poligámico) estableciendo las condiciones del matrimonio. Con carácter general, deberá tratarse siempre de un matrimonio preexistente, efectivo y no simulado, pero en presencia de matrimonio previamente disuelto —que afecte al reagrupante— se adoptarán cautelas especiales para la protección de la anterior familia. En relación con los matrimonios poligámicos, se admitirá la reagrupación de un solo cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. Esta precisión es correcta, pues no puede ponerse en duda la sumisión de la capacidad matrimonial de las personas a la ley de la nacionalidad, en tanto que ley aplicable al estatuto personal (art. 9.1 C.c.), ni la incidencia del orden público internacional ante el matrimonio poligámico (art. 12.3 C.c.).

Tomando en consideración estos parámetros, resulta que el matrimonio no basta por sí solo para obtener un permiso de residencia por razón de vida familiar<sup>118</sup> y ello aunque el derecho al respeto a la vida en familia, como derecho y libertad fundamental de la persona, amparase su obtención. Por ello, los requisitos y condiciones que limitan el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar —legítimamente impuestos por el Estado— habrán de examinarse siempre desde el vértice constitucional para que, en la práctica, no resulten lesionados los intereses de los particulares, cuya protección también compete al Estado.

### 1.1. Cónyuge no separado.

---

<sup>116</sup> Por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157, de 2.7.2005).

<sup>117</sup> Véase la reciente Instrucción de la DGRN, sobre los matrimonios de complacencia, que toma en cuenta la reagrupación familiar como uno de los objetivos más usuales de estos matrimonios. Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia (BOE núm., 41 de 17.2.2006, ap. II, 3º).

<sup>118</sup> C. ESPLUGUES MOTA y M. DE LORENZO SEGRELLES, *cit.* p. 82.

En el plano de la reagrupación familiar, el matrimonio “existe” para permitir la vida marital y mantener la vida familiar en el territorio de acogida<sup>119</sup>. Si el matrimonio careciere de toda apariencia matrimonial “no existirá”, esto es, no será percibido desde la óptica del Derecho español de extranjería como una relación matrimonial apta para la reagrupación familiar. Ciertamente ambas afirmaciones requieren ser matizadas.

### **1.1.1. Matrimonio preexistente y efectivo.**

La primera frase del artículo 17.1 a) de la Ley de extranjería contempla la reagrupación familiar desde la finalidad material del mantenimiento de la vida en familia en el territorio de acogida. Leído el precepto *a sensu contrario*, la ausencia de convivencia marital supondrá la denegación de la petición del visado de residencia por reagrupación si los cónyuges están separados (de hecho o de derecho). En otros términos, la reagrupación no procede cuando se constate que los cónyuges hayan dejado de hacer vida familiar efectiva en el país de origen. Una interpretación conforme a la Directiva avala esta afirmación.

En efecto, la norma comunitaria permite a los Estados miembros denegar una solicitud de entrada y residencia (y, en su caso, retirar los permisos concedidos o no renovarlos) 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 inciso b)]. A este supuesto es al que parece atender el artículo 17.1 a) de la Ley de extranjería cuando no vincula, en su primera frase, separación con procedimiento jurídico. En relación con la “separación de derecho” habrá de entenderse con el alcance del artículo 83 del Código civil; pero, si en el ordenamiento extranjero de referencia no existiera un procedimiento judicial de separación de cuerpos, el término comprenderá cualquier otra figura que signifique la inexistencia jurídica del matrimonio.

La jurisprudencia española —ante la presunción de falta de convivencia previa— enfoca esta cuestión desde la perspectiva de los elementos que pueden configurar un matrimonio de complacencia; ello es debido a la idea de “matrimonio bajo sospecha” que inspira el precepto. Sin embargo, los tribunales toman en consideración otros valores inspirándose, como no puede ser de otro modo, en el principio fundamental del derecho a vida en familia: “la reagrupación familiar, como derecho subjetivo que es, sólo puede desconocerse sobre la base de sólidas razones pues es un derecho subjetivo de la mayor trascendencia”<sup>120</sup>.

Ciertamente la dificultad estriba en la prueba de la falta de convivencia tratándose de cónyuges que ya viven separados y en países distintos. Por eso, en la búsqueda de elementos que señalen tal ausencia, los tribunales recurren al auxilio de otros criterios, como tendremos ocasión de constatar en el siguiente epígrafe<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Principio que preside el derecho a la reagrupación familiar en la totalidad de las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. En relación con el derecho francés y alemán, si bien anterior a las últimas reformas de sus legislaciones de extranjería, resultan de interés las reflexiones de F. JAULT-SESEKE, *cit.*, pp. 91-99.

<sup>120</sup> STSJ Madrid, de 23 septiembre 2002, FJ 3. Y, en idéntico sentido, STSJ Madrid, de 6 mayo 2003, FJ 3; y STSJ Madrid, de 16 junio 2003, FJ 2.

<sup>121</sup> STSJ Madrid, de 16 junio 2003; STSJ Madrid, de 24 julio, FJ 3 *in fine*; y STSJ Madrid, de 23 septiembre 2002.

### **1.1.2. Problemas de validez y prueba del matrimonio: la lucha contra los matrimonios de complacencia en la reagrupación familiar.**

Desde el momento en que las políticas migratorias de todos los Estados miembros de la Unión Europea restringen la inmigración laboral y apoyan la reagrupación familiar —como refuerzo de la cohesión de la familia inmigrante y como factor de integración en la sociedad de acogida—, concediendo la ventaja a los unidos en matrimonio, la tentación del fraude es inevitable<sup>122</sup>. El profesor Sánchez Lorenzo se ha referido a este resultado como una “lamentable contaminación del derecho matrimonial por el Derecho de extranjería”<sup>123</sup>.

El interés del Estado y de la comunidad internacional en la lucha contra los matrimonios simulados se refleja en la condición impuesta al matrimonio de no haberse concluido con el único fin de obtener una autorización de residencia (art. 17.1 a) de la Ley). En efecto, cuando el matrimonio abre la vía a la atribución de un título de residencia, la sospecha de fraude se dirige hacia esta institución con un sencillo razonamiento: si el matrimonio es de complacencia, desaparece el fundamento esencial de la reagrupación familiar (mantenimiento de la unión conyugal como comunidad de vida). La sanción del fraude, consistente en la denegación de la concesión del visado (art. 43.4 del Reglamento) o la no renovación de las autorizaciones de residencia (art. 44.4 del Reglamento), podrá entenderse proporcionada. No obstante, el estudio de los aspectos jurídicos muestra que prevenir la celebración de matrimonios fraudulentos en materia de reagrupación familiar es mucho más sutil y difícil.

El nudo gordiano consiste en probar, *a posteriori*, que un matrimonio ya celebrado en el extranjero entre extranjeros —que no requiere inscripción en el Registro Civil español— es nulo por simulación del consentimiento matrimonial (elemento esencial para la validez del matrimonio que implica la asunción de los derechos y cargas que la institución conlleva<sup>124</sup>). Una respuesta radical que consistiera en indagar mediante exhaustivas pruebas y diligencias previas la verdadera voluntad de las partes lesionaría de modo intolerable el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE)<sup>125</sup>, sin olvidar que el *ius nubendi* es un derecho fundamental<sup>126</sup> reconocido en

---

<sup>122</sup> F. DEKEUWER-DEFOSSEZ y F. VAUVILLE, “Le droit de la famille face à la fraude à l’insertion familiale”, en *Le droit de la famille à l’épreuve...*, *op. cit.*, pp. 83-101, esp. p. 85: “Il faut éviter de focaliser l’attention sur le 10% de mariages frauduleux, et oublier les 90% de ménages réels. Mais à partir du moment où l’on exclut délibérément la perspective de dissocier famille et insertion dans la société française, il faut essayer de se donner les moyens de lutter contre les fraudes”.

<sup>123</sup> S. SÁNCHEZ LORENZO, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Derecho registral internacional: homenaje a la memoria del prof. Rafael Arroyo Montero*, Iprolex/Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Madrid, 2003, pp. 247-273, esp. pp. 270 ss.

<sup>124</sup> *Cf.*, Artículo 45 C.c. En general, véase P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el derecho internacional privado*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002.

<sup>125</sup> S. ADROHER BIOSCA, “Derecho a contraer matrimonio en la emigración”, *Migraciones*, núm. 0, 1996, pp. 107-131, esp. p. 125; y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Matrimonios simulados: mecanismos de sanción”, *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, Año XXXV, núm. 135, 1995, pp. 41 ss.

<sup>126</sup> Entre otras, Res. DGRN de 23 enero 2002, sobre matrimonio celebrado en el extranjero, que en su FJ 4 establece: “Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido,



nuestra Constitución (art. 32) y en diversos instrumentos internacionales que vinculan a España<sup>127</sup>. Por otro lado, no actuar contra los matrimonios simulados en el contexto del Derecho de extranjería y otorgar efectos a un matrimonio meramente instrumental, burlaría las normas relativas a la entrada y a la residencia establecidas por el Derecho interno y podría generar, posteriormente, graves problemas de Derecho privado familiar. Como ha puesto de relieve la instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006.

La doctrina española<sup>128</sup> ha estudiado con detenimiento los mecanismos preventivos (control del fraude) y de rechazo (sanción del fraude) cuando se trata de matrimonios internacionales de complacencia que acceden al Registro Civil español, señalando minuciosamente y de forma muy crítica su tratamiento por parte de la DGRN<sup>129</sup>. Y es que dichos matrimonios son nulos por simulación del consentimiento matrimonial (elemento esencial de existencia de matrimonio) y la DGRN (órgano no jurisdiccional) acomete la lucha contra estos enlaces impidiendo bien su celebración en España (control registral previo al matrimonio) o negando el acceso al Registro Civil español del ya celebrado (control registral posterior a la celebración del matrimonio)<sup>130</sup>.

Un segmento de control posterior es el realizado en sede judicial mediante una acción tendente a declarar el cumplimiento de los requisitos para contraer matrimonio o a declarar la validez y legalidad del matrimonio ya celebrado. En ambos supuestos, evidentemente, habrá habido una decisión previa de la DGRN denegando la autorización para celebrar o rechazando la inscripción de un matrimonio ya celebrado, en virtud de los controles registrales indicados bien sean previos a la celebración o bien posteriores a la misma. En relación con la acción de nulidad de un matrimonio ya inscrito, si fuera ejercida por el Ministerio Fiscal, tendrá como finalidad impedir que las partes puedan prevalerse de los efectos que la institución matrimonial produce sobre la nacionalidad y la extranjería.

---

ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace. Como expresó en un supuesto similar a la Resolución de 9-2º, de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar (aquí inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el ius conubii, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa». «Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».”

<sup>127</sup> Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1969; artículo 12 del CEDH, de 4 de noviembre de 1948; artículo 5 d) del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 7 de marzo de 1966; artículo 16 del Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979; y artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (que recoge el art. II-69 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de 29 de octubre de 2004).

<sup>128</sup> Entre otros, *vid.* M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y H. GRIEDER MACHADO, “El matrimonio de conveniencia”, *cit.*; I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “La celebración e inscripción de matrimonios mixtos”, en *Las ciudades de soberanía española:..., op. cit.*, pp. 205-235, esp. pp. 223-235; y S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Registro Civil, inmigración y matrimonio”, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración* (Gutiérrez Sánchez, J.V., dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 257-357, esp. p. 278.

<sup>129</sup> Una mirada crítica de las “tácticas” de la DGRN la realizan A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado”, en *El derecho de familia ante el siglo XXI..., op. cit.*, pp. 119-176. Con conclusiones críticas pero de distinto alcance, *vid.*, S. SÁNCHEZ LORENZO, “La inconveniente doctrina...”, *cit.*, pp. 249-252.

<sup>130</sup> Como hemos señalado anteriormente, la Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia, sistematiza los criterios a seguir por los Encargados de los Registros civiles en la determinación del fraude.

Sin perder de vista estas referencias, conviene reparar en que los matrimonios “celebrados en fraude” a los que parece referirse el artículo 17.1 a) de la Ley de extranjería serán ajenos al tráfico registral español, por no afectar a españoles ni haberse constituido en España. En principio puede afirmarse que el matrimonio como tal matrimonio carece de interés y, en este sentido, la doctrina los califica como matrimonios que en sí mismos no son objeto de preocupación, aunque puedan cobrar relevancia como cuestión conexas a otro negocio jurídico<sup>131</sup> (v. gr. contratos, filiación, sucesiones). Cuestión distinta es aquella que se plantearía en un momento posterior si se solicita la inscripción en nuestros registros (p. ej., cuando uno o ambos cónyuges adquieren la nacionalidad española). Este trámite requerirá la calificación registral que habrá de precisar, en su caso, la falta de consentimiento a través de declaraciones complementarias (art. 256 RRC<sup>132</sup>). Un ejemplo ayudará a clarificar los dos supuestos en relación con nuestro tema de estudio.

Imaginemos que un extranjero residente y futuro reagrupante quisiera contraer matrimonio para, posteriormente, reagrupar a su cónyuge. Podrá celebrar el enlace en España aun cuando su futuro cónyuge no resida legalmente en nuestro país. En tal supuesto, la inscripción registral se impone y el matrimonio deberá ser objeto de control en los términos que sucintamente examinaremos. Nada impide, por otro lado, que se inicien los trámites de la reagrupación familiar aun cuando el cónyuge esté en España (incluso si su estancia no es regular)<sup>133</sup>. Pero, el (cónyuge) no residente tendrá que regresar al país de origen para solicitar personalmente el visado por reagrupación familiar pues, el matrimonio no se configura como un supuesto de exención de visado desde la entrada en vigor del nuevo Reglamento de extranjería (7 de febrero de 2005).

También podrá celebrarse el matrimonio en el extranjero. En tal situación, para apreciar su validez, habrá que estar a las normas del sistema español de Derecho internacional privado que, como sabido es, carece de una norma de conflicto que señale la ley aplicable a la forma de celebración de estos matrimonios. La polémica sobre el modo de integrar esta laguna parece cerrarse a favor del sector doctrinal mayoritario que, tomando en consideración el principio *in favor matrimonii*, postula la aplicación analógica del artículo 50 C.c., que lleva a considerar válido el matrimonio celebrado en una forma legalmente prevista bien en la ley del país de celebración (*lex loci celebrationis*) bien en la ley personal de cualquiera de los contrayentes<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996. pp. 118-120, esp. p. 119.

<sup>132</sup> Desde la Res. DGRN de 30 mayo 1995, el Centro Directivo ha reiterado que para la inscripción de matrimonios celebrados en el extranjero en la forma permitida por la *lex loci*, el Encargado podrá calificar la ausencia de consentimiento con base en los artículos 65 C.c., 73 LRC y 256-257 RRC. Vid., A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II..., *op. cit.*, p. 109.

<sup>133</sup> Res. DGRN de 3 diciembre 1993: “...el *ius nubendi* sólo está supeditado a los obstáculos de orden civil establecidos por el C.c., pero no puede quedar coartado por normas administrativas de otro carácter, porque ello supondría una limitación intolerable a un derecho fundamental, la celebración del matrimonio de un extranjero en España a su condición de residente legal en el país” (FJ 2).

<sup>134</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El matrimonio en el derecho civil internacional”, en M. AGUILAR NAVARRO (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II: *Derecho civil internacional*, 4ª ed. reimp., Universidad Complutense (Sección de Publicaciones), Madrid, 1979, pp. 243-345; *Id.*, y A.P. ABARCA JUNCO, “Artículo 107”, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (Lacruz Berdejo, J.L., Coord.), Civitas, 2ª ed., Madrid, 1994, pp. 1329-1358.

Una perspectiva diferente (que en principio conduce al mismo resultado) es la sostenida por el profesor Espinar Vicente. Para este autor, las cuestiones planteables, en el supuesto de que se suscitara la validez de estos matrimonios ante los tribunales españoles, deberán hacer referencia exclusivamente a la forma y su regulación “quedará confiada a lo previsto en el artículo 11 del Código civil en su segunda dimensión funcional: reconocimiento de la validez formal de los actos constituidos en el extranjero, donde el principio del *favor negotii* caracteriza su ordenación”<sup>135</sup>.

El marco normativo referenciado hace necesario abordar el tratamiento del control de la legalidad y validez del matrimonio en uno y otro supuestos (matrimonio inscribible y matrimonio no inscribible) con el fin de distinguir el alcance del control de la simulación como vicio del consentimiento matrimonial. Se trata de comprobar cómo el control del fraude, con el fin de eludir las normas de entrada y residencia por causa de reagrupación familiar, opera con distinta intensidad al agotar su eficacia en el exclusivo ámbito del Derecho de extranjería.

#### **A. Matrimonios inscribibles en el Registro Civil español: control de legalidad.**

En el Derecho español hay un primer sistema de control registral de la concurrencia de los requisitos legales para la validez de los matrimonios que tienen acceso al Registro Civil, bien por haberse celebrado en territorio español (sean ambos contrayentes españoles, español con extranjero o, aunque ambos contrayentes sean extranjeros, se celebre en cualquiera de las formas prescritas para los españoles<sup>136</sup> o cumpliendo con la ley personal de cualquiera de ellos<sup>137</sup>), bien por haberse celebrado en el extranjero, cuando uno de los contrayentes tenga la nacionalidad española, con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración<sup>138</sup>.

Este expediente matrimonial se articula como un mecanismo de control de la capacidad matrimonial de los contrayentes (arts. 45-48 C.c.<sup>139</sup>), del consentimiento matrimonial (art. 45 C.c.) y de la forma de la celebración (arts. 49-50 C.c.). El control registral compete al Juez de primera instancia, con funciones de Encargado del Registro

<sup>135</sup> J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias...*, cit., p.111.

<sup>136</sup> Artículos 49.1 y 2 y 50 C.c. El expediente registral (art. 56 C.c.) se exige tanto para los matrimonios que vayan a celebrarse en forma civil, como en los supuestos de expedición de certificado de capacidad religiosa para contraer matrimonio conforme a los ritos evangélicos (Ley 24/1992, de 10 de noviembre, BOE de 12.11.1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España) o israelita (Ley 25/1992, de 10 de noviembre, BOE de 12.11.1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España). Igualmente se exige el expediente registral previo para la expedición del certificado de capacidad matrimonial previsto en el artículo 252 RRC y Convenio Núm. 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil. Vid., I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “La celebración e inscripción de matrimonios...”, cit., pp. 210-223.

<sup>137</sup> Todos los matrimonios celebrados en España sin expediente registral previo, sea en forma religiosa canónica o islámica (arts. 49.2, 59 y 69 C.c. y art. 256.2 RRC) o en forma consular por dos extranjeros en aplicación de su ley personal (art. 50 C.c. y 256.4 RRC), deben inscribirse en el Registro Civil correspondiente al lugar de su celebración para el pleno reconocimiento de sus efectos civiles. Aun cuando en estos supuestos no se tramita un expediente previo, la inscripción registral de matrimonio ya celebrado exige siempre la previa calificación del Encargado del Registro civil competente (arts. 63 y 65 C.c.).

<sup>138</sup> Artículo 49 *in fine* C.c. en relación con los artículos 15, 16 y 18 LRC.

<sup>139</sup> La ley aplicable a la capacidad matrimonial de los contrayentes se rige por la ley personal de cada uno de ellos (art. 9.1 C.c.).

Civil, competente para autorizar la celebración del matrimonio (control registral previo) o inscribir, en su caso, en el Registro Civil español el matrimonio ya celebrado (control registral posterior).

En segundo lugar, el sistema de control judicial —necesariamente posterior— está a cargo del Juez de primera instancia competente. Este control podrá darse en tres supuestos: (a) cuando se inste una acción judicial declarativa del derecho a contraer matrimonio, denegado en vía registral<sup>140</sup>; (b) cuando se pretenda obtener una declaración sobre la validez y legalidad de un matrimonio ya celebrado, cuya inscripción ha sido previamente denegada en vía registral<sup>141</sup>; y (c) cuando se inste la nulidad de un matrimonio ya inscrito<sup>142</sup>.

Centrándonos en la instrucción del expediente registral previo, es esencial el trámite de audiencia reservada y por separado de ambos contrayentes (art. 246 RRC). La doctrina del Centro Directivo ha insistido en que en el trámite de audiencia reservada no se pueden examinar las intenciones de los contrayentes antes de la celebración, pues ello colisionaría inevitablemente con la presunción general de buena fe y con el derecho fundamental a contraer matrimonio<sup>143</sup>. El Encargado del Registro tampoco puede subordinar la celebración del matrimonio a la regularidad de la situación administrativa del futuro cónyuge.

La Instrucción de 9 de enero de 1995 de la DGRN, sobre los criterios de carácter general y normas relativas al expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero<sup>144</sup>, la Instrucción de 31 de enero de 2006 de la DGRN, sobre los matrimonios de complacencia y la Circular 1/2002 de 19 de febrero de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Ministerio Fiscal en materia de extranjería<sup>145</sup>, se refieren a la comprobación por el Instructor del verdadero propósito de los contrayentes

---

<sup>140</sup> La LEC 1/2000, de 7 de enero no contempla expresamente la materia del estado civil al establecer las reglas que determinan las clases de procedimientos; es decir, no se recoge el estado civil de las personas en la regulación de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (sustanciados por los trámites del juicio verbal, arts. 748 y 753 LEC). La doctrina mayoritaria entiende que las pretensiones relacionadas con el estado civil, no contempladas expresamente en los procesos especiales antes citados, entre las que se encontrarían las relativas al derecho a contraer matrimonio, habrán de sustanciarse por los trámites del juicio ordinario —conforme al artículo 249.2 LEC— como tutela judicial civil de un derecho fundamental.

<sup>141</sup> El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración (civil o religiosa), pero el pleno reconocimiento exige su inscripción en el Registro Civil (art. 61 C.c.). Agotada la vía registral procede la vía judicial ordinaria, única competente para declarar la validez de un matrimonio ya celebrado y acordar, en su caso, la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

<sup>142</sup> Conforme a la reiterada doctrina de la DGRN, “las cuestiones de fondo relativas a la eficacia de los matrimonios civiles a que los asientos registrales se refieren son enteramente jurisdiccionales, de modo que el título acreditativo de la nulidad no puede ser otro que la correspondiente sentencia civil firme” (entre otras, Res. DGRN de 30.9.2003). En relación con este control judicial posterior, hay que tener en cuenta la Recomendación núm. 2 CIEC, de 8 de septiembre de 1976, ap. IV-11, relativa al derecho al matrimonio: 11.- “Un matrimonio debe estimarse como válido en tanto no haya sido declarado nulo por una decisión judicial”.

<sup>143</sup> Y es que, en la hipótesis contraria cualquier intervención que tuviera como finalidad impedir la unión podría constituir una violación a la libertad matrimonial (arts. 12 y 14 CEDH).

<sup>144</sup> BOE núm. 21, de 25 de enero de 1995. Para la concreción de los problemas iniciales de esta Instrucción, véase, entre otros, P. DOMÍNGUEZ LOZANO, “Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero”, *REDI*, vol. XLVII, 1995 (1), p. 317.

<sup>145</sup> *BIMJ* de 15 de febrero de 2003, núm. 1935-Suplemento.

y de la existencia en ambos del real consentimiento matrimonial, así como a la activa participación del Ministerio Fiscal en la tramitación del expediente<sup>146</sup>.

El esquema general de la valoración de los elementos objetivos que indican la falta de un verdadero consentimiento matrimonial atiende, en las resoluciones de la DGRN, a la confluencia de varios elementos. La consideración agrupada o separada de los mismos ha sido bien establecida por la doctrina internacionalprivatista<sup>147</sup> por lo que, a los efectos que a nuestro estudio interesan, bastará con señalar aquellos elementos relevantes que también son tomados en cuenta en la tramitación del visado de residencia (por reagrupación familiar) del cónyuge. Anticipando su resultado, la concurrencia de estos elementos, como determinantes en la configuración de la presunción del fraude, no opera de modo idéntico en una y otra esfera (inscripción del matrimonio o reagrupación familiar, respectivamente).

Con carácter general, la DGRN estima que la existencia de hijos en común, el embarazo o la convivencia previa son circunstancias que prueban suficientemente la existencia de relaciones personales entre los contrayentes<sup>148</sup>.

Desde la perspectiva de la falta del consentimiento, la DGRN toma como elementos relevantes: un desconocimiento total de circunstancias personales y familiares del otro cónyuge o del otro contrayente, en su caso (la constatación se produce al cotejar las discrepancias en las respectivas declaraciones); la superficialidad de la relación, así como no haber convivido ni haberse visto ni comunicado siquiera telefónicamente; la falta de un idioma común para comunicarse en ocasiones implica la existencia de simulación, aunque no con carácter general ya que la normativa española habla de matrimonio contraído con la intervención de un intérprete (art. 258 RRC); y la diferencia de edad, cuando es notable<sup>149</sup>.

Otras presunciones para acreditar la existencia de matrimonio simulado se refieren: a la celebración de otro matrimonio anterior con la misma finalidad fraudulenta; no tener hijos comunes o esperar un hijo de padre distinto al contrayente; no haber acreditado la convivencia tras el matrimonio; haber contraído matrimonio tras la denegación de un visado de turismo o de trabajo o haber intentado entrar en otro país comunitario de forma ilegal; la convivencia en el país de origen con el padre o madre de

---

<sup>146</sup> Para ejercitar la acción de nulidad está legitimado el Ministerio Fiscal (art. 74 C.c.) a quien corresponde con carácter general tomar parte en la defensa de la legalidad y del interés público en los procesos relativos al estado civil. Cf. Ap. II de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.

<sup>147</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y H. GRIEDER MACHADO, “El matrimonio de conveniencia”, *cit.*, pp. 3230 ss.; I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “La celebración del matrimonio en una sociedad...”, *cit.*, pp. 122-123; y S. SÁNCHEZ LORENZO, “La inconveniente doctrina...”, *cit.*, pp. 252-266 y C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “La capacidad y la simulación en el matrimonio: fraude y extranjería en la doctrina de la DGRN”, *Derecho registral internacional:..., op. cit.*, pp. 287-296, esp. pp. 294-295.

<sup>148</sup> Véanse las Resoluciones citadas por I. GARCÍA RODRÍGUEZ, en *idem*, p. 122, nota 86. Más reciente, la Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006 ha hecho públicas las orientaciones prácticas que, en los expedientes matrimoniales, deben seguir los Encargados de los Registros Civiles españoles con el fin de compatibilizar el doble objetivo del pleno respeto al *ius nubendi* y evitar que la falsa apariencia del matrimonio, que resulta en los casos en que el consentimiento matrimonial se simula, pueda acceder al Registro civil, esp. ap. X.

<sup>149</sup> *Ídem*, p. 123, nota 87.

sus hijos; y, especialmente, no declarar el anterior estado civil o mentir acerca de otras circunstancias relevantes relacionadas con la situación migratoria del otro contrayente<sup>150</sup>.

Recientes Resoluciones de la DGRN incluyen la perspectiva de la reagrupación familiar. Así, en un expediente previo a un matrimonio entre español y marroquí, el Encargado del Registro Civil en Nerja hizo constar que de la falta de conocimiento existente entre los contrayentes (ocho o nueve meses), de la falta de un idioma común (francés y árabe ella, español él) y de la diferencia de edad (25 años ella y 56 él), podían deducirse “perspectivas de mejora inherentes al matrimonio como facilitar la obtención de visado de reagrupación familiar, residencia en España, cobertura sanitaria, subsidios de desempleo y obtención, más tarde de la nacionalidad española, no existiendo verdadero consentimiento matrimonial”<sup>151</sup>. Más curioso resulta el caso de un matrimonio celebrado en Cuba entre español y cubana en el que se constató que el padre de los dos hijos de la contrayente (de 14 años y 12 meses respectivamente), fruto de una relación anterior no formalizada, ya residía en España “por reagrupación familiar de su esposa, también una ciudadana cubana y residente legal”<sup>152</sup>, entendiéndose la DGRN que se trataba de un matrimonio de complacencia.

La realidad jurídica de los matrimonios de complacencia no opera en el Derecho de extranjería (ante la reagrupación familiar) de igual modo que en el Derecho registral, como veremos en el apartado siguiente.

### ***B. Matrimonios no inscribibles: acreditación y prueba del matrimonio en la reagrupación familiar.***

La valoración de los matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero que sirven de base para otorgar un visado por reagrupación familiar viene determinada por la conjunción de dos elementos: de un lado, la definición comunitaria de matrimonio de conveniencia contenida en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que habrán de adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos<sup>153</sup> (a); y, de otro lado, la jurisprudencia que toma en consideración “el hecho cultural diferencial” y las costumbres del país de origen en torno a la concertación de los compromisos matrimoniales (b).

(a) En relación con la definición de la Resolución del Consejo de la Unión Europea, su artículo 1º establece

---

<sup>150</sup> S. SALVADOR GUTIÉRREZ, *cit.*, p. 316.

<sup>151</sup> La Dirección General acordó desestimar el recurso sobre los datos de la falta de idioma común y el desconocimiento por parte del contrayente español de las aficiones de ella y de los nombres de los hermanos; en cuanto a la contrayente marroquí, desconocía el nombre de los padres de él (repárese en la edad del contrayente español) y el de su hermano. Res. DGRN de 11 marzo 2003, sobre certificado de capacidad matrimonial.

<sup>152</sup> Res. DGRN de 3 octubre 2003, sobre matrimonio celebrado en el extranjero.

<sup>153</sup> DOCE C 382/1, de 16 de diciembre de 1997. El Considerando Primero toma en cuenta la armonización de las políticas en materia de reagrupación familiar (Conclusiones de Copenhague de 1 de junio de 1993). Sobre esta Res., véase I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos”, *REDI*, vol. L, 1998 (1), pp. 378-383.

Con arreglo a la presente Resolución se entenderá por matrimonio fraudulento, el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia un Estado miembro.

Este concepto comunitario abarca el supuesto que interesa a nuestro estudio: necesariamente habrá de intervenir un nacional de un tercer país (no miembro de la UE) que celebre matrimonio con un nacional de un tercer país en situación regular, con el objetivo exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia y de obtener para el nacional de un tercer país una autorización de residencia en un Estado miembro. La simulación en el consentimiento matrimonial sólo actúa con dicho alcance y agota sus efectos en el ámbito concreto del Derecho de extranjería.

La Resolución del Consejo de la Unión Europea remite a los derechos nacionales, en orden a la determinación de la autoridad o autoridades competentes para declarar que el matrimonio fue de conveniencia. Para el supuesto de reagrupación familiar, como hemos indicado, el Reglamento de extranjería ordena el procedimiento de tramitación de visados en su artículo 43 atribuyendo a la misión diplomática u oficina consular la facultad de requerir la comparencia del solicitante y, cuando lo estime necesario, mantener una entrevista personal para comprobar su identidad, el vínculo familiar alegado, la dependencia legal o económica y la validez de la documentación aportada (ap. 3)<sup>154</sup>. En cuanto a la denegación del visado, podrá acordarse cuando los representantes de la Administración lleguen al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado (art. 43.4 del Reglamento)<sup>155</sup>.

Como es obvio, las autoridades consulares españolas carecen de competencia para controlar el acto jurídico fraudulento en el momento de la celebración del matrimonio, siendo el margen para la prevención (*a priori*) del fraude particularmente estrecho: sólo en un momento posterior (al solicitarse el visado) cabrá apreciar si estos matrimonios son simulados por ausencia de un verdadero consentimiento y, en su caso, denegar motivadamente el visado<sup>156</sup>. El “reconocimiento” o no “reconocimiento” del matrimonio lo será en virtud de las pruebas que aporten los solicitantes de la existencia

---

<sup>154</sup> Medio previsto en el artículo 3 (entrevista por separado de cada uno de los cónyuges) en relación con el último párrafo del artículo 2 de la Resolución del Consejo de la Unión Europea (los factores pueden desprenderse de “declaraciones de los interesados, informaciones que procedan de documentos escritos o de datos obtenidos en una investigación”).

<sup>155</sup> Repárese en que la Directiva permite que los Estados puedan tomar en cuenta, en particular, el hecho de que el matrimonio o la relación en pareja se haya formalizado tras la obtención del permiso de residencia por parte del reagrupante, supuesto que la Ley de extranjería no ha contemplado.

<sup>156</sup> La actuación administrativa estará siempre sometida al control judicial a través de los recursos procedentes en la vía contencioso-administrativa. La LO 19/2003, de 23 de diciembre modificó, entre otras, la LOPJ y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo 8.4 establece que los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán de todas las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado. En relación con el procedimiento, el artículo 78.1 redefine el procedimiento abreviado a tramitar por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y establece que este procedimiento será el adecuado para los asuntos que se susciten sobre “...cuestiones de extranjería y sobre peticiones de asilo político”.

de su relación. Con este alcance, la forma de acreditar el matrimonio no prejuzga su validez a otros efectos<sup>157</sup> sino, únicamente, que ese matrimonio existe a los efectos de la reagrupación familiar. La cuestión reside, entonces, en la valoración de los medios de prueba que acrediten la existencia del matrimonio.

*Medios de prueba.* La valoración de si el matrimonio en cuestión puede formar parte del supuesto de hecho del artículo 17.1 a) de la Ley de extranjería requiere su prueba. A tal efecto, los interesados habrán de presentar los documentos que les sean solicitados por la autoridad consular en los términos establecidos en el Reglamento de extranjería: la solicitud de visado deberá ir acompañada de la documentación original que acredite los vínculos familiares y, en su caso, la edad y dependencia legal o económica (art. 43.2 d) del Reglamento). Los medios de prueba de la relación jurídico-matrimonial serán normalmente las actas extranjeras o los certificados originales de inscripción expedidos por el Registro extranjero correspondiente<sup>158</sup>.

En la práctica sucede que muchos Estados carecen de una organización registral regular; en este caso, nuestro Derecho permite servirse de cualquier otro medio que se emplee en ese Estado (por aplicación de la regla *locus regit actum*) como prueba normal de los hechos del estado civil<sup>159</sup>. Siendo la prueba del matrimonio principalmente de carácter documental, habrán de ser aceptados los documentos constituidos al amparo del ordenamiento extranjero del que sea nacional el solicitante o, en su caso, del país donde se hubiere celebrado el matrimonio. La eficacia probatoria extrínseca de tales documentos (existencia y veracidad) está supeditada a su autenticidad (*regla locus*) e incorporación de la legalización o apostilla, así como su traducción<sup>160</sup>. En cuanto a la fuerza probatoria intrínseca (capacidad para servir de prueba de la existencia del acto jurídico plasmado en el documento), el régimen actual se contiene en el artículo 323 LEC que recoge, en términos generales aunque con menor precisión, las reglas del artículo 600 LEC en su redacción anterior<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> No se dirige a producir un efecto formal del que se deriva una presunción *iuris tantum* de su existencia y validez, sino de que la autoridad consular española se pronuncie sobre dicha existencia y validez a los efectos de determinar el cumplimiento del presupuesto (cónyuge) de otra relación jurídica (existencia y validez del matrimonio celebrado con el reagrupante, según las normas de DIPr.). Vid., J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias...*, cit., p. 163.

<sup>158</sup> Sobre el reconocimiento de las actas o documentos otorgados ante competente autoridad extranjera, la regulación española, contenida básicamente en el RRC, resulta algo confusa como ha puesto de relieve A. RODRÍGUEZ BENOT en "El estatuto personal común", *Primer Encuentro Judicial Hispano Marroquí entre el Consejo General del Poder Judicial y la Corte Suprema, Rabat, 27 a 29 junio de 2001*, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, Rabat, 2001, pp. 43-105, esp. pp. 67-68.

<sup>159</sup> J. PERE RALUY, *Derecho del Registro Civil*, vol. II, Aguilar, Madrid, 1962, p. 922. También, E. GAYÁN RODRÍGUEZ, *Derecho registral civil internacional*, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 55-61.

<sup>160</sup> En relación con la fuerza probatoria de los documentos públicos extranjeros, el artículo 319 LEC señala que hacen prueba del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que en su caso intervengan en ella; la regla de base en nuestro Derecho es el artículo 323 LEC cuyo párrafo 2º dispone que en ausencia de Tratado o Convenio internacional o Ley especial, se considerarán públicos los documentos extranjeros que reúnan ciertos requisitos: legalización o apostilla (en el ámbito del Registro civil español ha de observarse lo dispuesto en los artículos 88 a 91 RRC) por lo que habrán de tenerse en cuenta los Convenios bilaterales o multilaterales que vinculan a España y dispensan de este requisito; traducción si no estuviera redactado en español (art. 144 LEC) o su dispensa si al Encargado del Registro civil le constara el contenido del documento en cuestión.

<sup>161</sup> Básicamente: que el contenido del acto no sea contrario al orden público constitucional español (art. 12.3 C.c.); que los otorgantes tengan capacidad para obligarse (cuestión que pertenece al estatuto personal y se rige por la ley personal); y que en el otorgamiento del documento se hayan observado las



Conviene reparar en que la legalización de un documento público extranjero expedido por Estados no parte del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 corresponde a las autoridades diplomáticas o consulares (art. 90 RRC) que serán: el Consulado español, en el país que extiende el documento, o el Consulado del país que extiende el documento en España. El elevado coste, en general, de las legalizaciones y traducciones puede operar como barrera disuasoria a la hora de solicitar los visados ya que exigirá un desembolso económico nada despreciable y difícilmente reembolsable si se desestima la solicitud.

Una posible superación de estos inconvenientes, además de la vía convencional bilateral, sería el recurso al artículo 89 RRC que, al describir los supuestos que exigen al Encargado de exigir la legalización del documento extranjero, se refiere al supuesto en que la autenticidad del documento le conste “por diligencia bastante”. La expresión es indeterminada, pero si atendemos a la práctica registral y a la Instrucción DGRN de 22 de marzo de 1974, sobre expediente previo al matrimonio<sup>162</sup>, se observa que el testimonio de una autoridad militar extranjera extendido en un documento es diligencia bastante, si el Juez así lo estima.

*Evaluación de la existencia del matrimonio.* La presentación de la prueba documental no empuja la celebración de una entrevista personal con el solicitante, si el Cónsul lo estimara necesario, para “comprobar la identidad, el vínculo familiar alegado, en su caso, la dependencia legal o económica y la validez de la documentación aportada” (art. 43.3 del Reglamento). Desde esta perspectiva, resultan de especial relevancia los factores que, según la Resolución del Consejo de la Unión Europea, pueden permitir la presunción de que un matrimonio es fraudulento<sup>163</sup>.

En el estudio de las Resoluciones de la DGRN existen coincidencias en los elementos que los Encargados de los Registros civiles españoles toman en cuenta en el control del consentimiento para denegar la expedición del certificado de capacidad matrimonial o la inscripción registral de matrimonios consulares o de matrimonios celebrados según la *lex loci*<sup>164</sup> y en los que los Cónsules consideran en la valoración del matrimonio para los efectos de reagrupación familiar. Ahora bien, se da una sustancial diferencia entre ambos expedientes, pues, la normativa registral española exige un control de la ley aplicada<sup>165</sup> al matrimonio celebrado en el extranjero en la forma

---

formalidades de la ley del país (regla locus), aunque habrá que tener presente la norma del artículo 11 del C.c.

<sup>162</sup> S. SALVADOR GUTIÉRREZ, *cit.*, pp. 293.

<sup>163</sup> El no mantenimiento de la vida en común; la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio; el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio; el hecho de que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo), sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos; el hecho de que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos; el hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio (a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote); el hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia.

<sup>164</sup> Un estudio comparativo de la doctrina de la DGRN y la Resolución comunitaria lo realizó I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios”, *Act. Civ.*, núm. 2, 1999, pp. 447-463.

<sup>165</sup> Si la celebración consta por certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración, se requiere que “por medio de la calificación de ese documento y de las declaraciones

permitida por la *lex loci* cuando se trate de matrimonio que accede al Registro; requisito ausente en la valoración de la relación matrimonial que sirve de presupuesto a la reagrupación familiar.

(b) La jurisprudencia española arroja luz sobre este particular y hace una interpretación de los elementos del fraude tomando en consideración el marco en el que opera la reagrupación familiar. Ante todo, nuestros tribunales ponderan el peso del derecho a la vida en familia frente los indicios de simulación que llevan a la autoridad consular a denegar el visado. Así, en general, y para la acreditación del fraude matrimonial, en particular, no basta una simple apreciación del Cónsul<sup>166</sup>, pues “no se escapa a nadie que es de casi imposible prueba la calificación como fraudulento de un matrimonio y a esa consideración sólo cabe llegar por la vía de los indicios serios”<sup>167</sup>, siendo preciso que “los interesados conozcan los fundamentos de la decisión adoptada por la Administración so pena de causarles indefensión”<sup>168</sup>.

En la valoración de la concertación de los compromisos matrimoniales, la apreciación de la existencia o inexistencia del consentimiento matrimonial difiere de la práctica registral referida. En efecto, los tribunales españoles tienen presentes las costumbres del país de origen (hecho cultural diferencial), dato que no es tomado en cuenta en el expediente registral, como hemos visto anteriormente. En este sentido —y constando el matrimonio— no hay fraude cuando en la cultura del país de origen la mediación familiar o de amigos en la concertación del compromiso es habitual<sup>169</sup>; ni el desconocimiento mutuo, precisamente por tratarse de personas que viven en países distintos y que pueden haber contraído matrimonio recientemente, ni la diferencia de edad<sup>170</sup>, ni el hecho de que las segundas nupcias hubieran sido inmediatas al precedente divorcio<sup>171</sup>.

---

complementarias oportunas se llegue a la convicción de que no hay dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española” (art. 256 RRC). Cuestión distinta es si en el expediente se suscitara una “cuestión previa” en torno a la forma del matrimonio o a la capacidad, por ejemplo, cuya solución conllevará la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto correspondiente.

<sup>166</sup> Entre otras, muchas, *cf.*, STSJ Madrid, de 1 julio 2004, FJ 3: “...no basta con constatar los hechos, debe determinar el proceso deductivo que le ha llevado a la conclusión indicada. Tal falta en la resolución no lleva a una traslación de la carga de la prueba a la recurrente...”

<sup>167</sup> STSJ Madrid, de 22 julio 2003, FJ. 3.

<sup>168</sup> STSJ Madrid, de 16 junio 2003, FJ. 2: “La exigencia de motivación impone a la Administración el deber de manifestar las razones que sirven de fundamento a su decisión, o, lo que es lo mismo, que se exprese suficientemente el proceso lógico y jurídico de la decisión administrativa, con el fin de que los destinatarios puedan conocer las razones en que la misma se ha apoyado [...] por lo que la motivación constituye un medio para conocer si la actuación merece calificarse de objetiva y ajustada a Derecho así como una garantía inherente al derecho de defensa, tanto en vía administrativa como en la jurisdiccional”. No obstante, debe repararse que puede no apreciarse falta de motivación si el Cónsul motivó la denegación del visado *in aliunde*; *vid.*, STSJ Madrid, de 22 julio 2004, FJ. 4, con cita de sentencias del Tribunal Supremo.

<sup>169</sup> STSJ Madrid, de 22 julio 2003, FJ 3. Procedente del Consulado de España en Casablanca: denegatoria del visado al considerar que se trataba de un matrimonio de conveniencia en cuanto los contrayentes no se conocieron hasta el día de la boda, según el Consulado. El tribunal desestimó el recurso con otros argumentos también de índole cultural pues “lo que no tiene justificación es que no conste la residencia habitual de la esposa, si es en casa de sus padres (no normal), o en casa independiente (tampoco), o con los padres del marido (lo bien visto); y de otro lado, que no haya la menor referencia a remesas dinerarias periódicas, cruce de cartas, etc., lo mínimo exigible en un matrimonio a distancia por muchas y profundas que san las diferencias culturales, y viendo que la unión ya duraba un año al menos”.

<sup>170</sup> STSJ Madrid, de 23 septiembre 2002, FJ 2. Procedente del Consulado español en Casablanca: el consulado denegó el visado pues constaba que el matrimonio se concertó por intermediario, que la

Una sentencia aislada sitúa el problema desde la perspectiva de la prueba del derecho extranjero invocado. El caso, procedente del Consulado de España en la República Popular de China, trataba la reagrupación de un cónyuge varón. La reagrupante había conocido al marido por “pacto familiar” y tras la boda no habían tenido contacto ulterior alguno. En el recurso, la recurrente invocó las tradiciones imperantes en China, argumento que es rechazado por el tribunal por no aportar prueba alguna “que merecerían la consiguiente acreditación al igual que lo requiere el derecho extranjero”. La Abogacía situó el supuesto en el ámbito de los matrimonios de conveniencia. El tribunal no estimó este argumento y desplazó, en su fundamento final, la carga de la prueba a la recurrente pues “la cuestión de fondo versa sobre la acreditación de los requisitos exigidos por la normativa de aplicación”, desestimando el recurso<sup>172</sup>, por falta de acreditación del derecho extranjero.

En cambio, son relevantes a título de presunción como medio para justificar la denegación del visado y siempre que obren en autos, los elementos que pongan de relieve contradicciones entre la prueba documental aportada y las declaraciones de los interesados<sup>173</sup>. Por ejemplo, el desconocimiento de la fecha de la boda, el tiempo que llevan casados, el lugar de trabajo de la esposa o de sus hermanos<sup>174</sup>, o el casamiento concertado entre primos hermanos<sup>175</sup>; y, muy especialmente, la falta de cumplimiento de las responsabilidades derivadas del matrimonio, en concreto y dada la ausencia de convivencia, el envío de cantidades periódicas para levantar las cargas del matrimonio<sup>176</sup>.

A modo de conclusión provisional, y en relación con los problemas tratados en este apartado, puede decirse que la importancia del fenómeno social de los matrimonios de

---

esposa vio al marido por primera vez en el momento de la ceremonia y que el varón es 22 años mayor que la esposa. El tribunal estimó el recurso porque la mediación tuvo lugar por parte de la cuñada del reagrupante, quien remite periódicamente dinero a su esposa que además vive con los padres del marido.

<sup>171</sup> STSJ Madrid, de 21 octubre 2002, FFJJ 3 y 4. Procedente del Consulado de España en la RP de China: la esposa había estado casada con un ciudadano chino durante 17 años; la demanda de divorcio fue instada por el padre y al mes siguiente, la solicitante se casó con el reagrupante. La reagrupación familiar se solicitaba respecto de la esposa y de los dos hijos del primer matrimonio que, según la sentencia de divorcio, quedaron bajo la custodia de la madre. El Consulado puso en duda la seriedad del matrimonio y negó la reagrupación. El tribunal no consideró acreditado el fraude, ni apreció la llamada “trama a tres bandas” (que consiste en: disolver el primer matrimonio; celebrar un segundo con carácter inmediato —normalmente concertado según las costumbres locales—; y, previo envío de cantidades sustanciales de dinero —en el caso en cuestión más de 12.000 dólares en un año—, solicitar la reagrupación familiar). En el caso, se daba la circunstancia de que a la fecha de la solicitud de la reagrupación el primer marido ya estaba residiendo legalmente en España.

<sup>172</sup> STSJ Madrid, de 25 junio 2003, FJ 2.

<sup>173</sup> STSJ Madrid, de 31 marzo 2003, FJ 3. Procedente del Consulado de España en Accra (Ghana), en ausencia de certificado matrimonial se tomó declaración de la solicitante que afirmó haber estado casada pero que el matrimonio fue “cancelado de oficio” teniendo además tres hijos uno de los cuales no es hijo reagrupable “por no pertenecer al que se dice su esposo”.

<sup>174</sup> STSJ Madrid, de 25 noviembre 2002, FJ 5. Procedente del Consulado de España en Casablanca, la solicitante declaró que el matrimonio no había sido consumado, que nunca había vivido con el esposo y que el resto de la dote se recibiría “si se obtenía el visado”. STSJ Madrid, de 5 junio 2003, FJ 1. Procedente del Consulado de España en Casablanca: la reagrupante era la esposa y el marido declaró ante el Cónsul espontáneamente que “sólo quería un visado para ir a visitar de vez en cuando a su esposa, por tener negocios propios en Marruecos”.

<sup>175</sup> STSJ Madrid, de 8 mayo 2004.

<sup>176</sup> De las antecitadas, especialmente *cf.* la STSJ Madrid, de 25 noviembre 2002, (FJ 5).

complacencia en la reagrupación familiar y los problemas que plantea su tratamiento jurídico, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, son similares a los supuestos en que debe investigarse la verdadera intención matrimonial en los casos de los expedientes matrimoniales previos a la autorización del matrimonio o cuando proceda su inscripción en el Registro civil español. Sin embargo, el control de la legalidad del hecho con arreglo a la ley española que ha de realizar el Encargado del Registro civil es distinto del que lleva a cabo el Cónsul en el expediente de autorización del visado por reagrupación. La prueba de la simulación en este expediente consular sólo es posible por la vía de las presunciones que constituyen, en defecto de pruebas directas, el mecanismo legal que permitirá deducir si el enlace en cuestión se celebró no con la finalidad de fundar y formar una familia sino en claro fraude de ley para beneficiarse indebidamente de un permiso de residencia.

### ***1.1.3. Matrimonio civil entre personas del mismo sexo y reagrupación familiar.***

La modificación del artículo 44 del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio y la declaración de que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de distinto sexo, llevada a cabo por la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ha dado paso a la extensión de la noción de cónyuge a los matrimonios homosexuales. No será, pues, necesaria una modificación de la Ley de extranjería en materia de reagrupación familiar, ya que el concepto “cónyuge” ha quedado ampliado de modo automático al cónyuge de matrimonio homosexual.

En efecto, como resultado de la Disposición Adicional Primera de la Ley 13/2005, de 1 de julio todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro derecho han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo. Esta extensión es conforme a la Directiva, pues el concepto de cónyuge en la reagrupación familiar a efectos de la citada norma no está determinado por la diferencia de sexos sino sobre la base de la prueba registral. Por otra parte, la entrada en vigor de la Ley 13/2005, ha motivado la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005<sup>177</sup> de la Dirección General de los Registros y del Notariado que consigna las directrices a seguir en los casos de tráfico jurídico externo<sup>178</sup>.

En primer lugar, y a modo de antecedente, resulta pertinente una sucinta referencia a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En un principio, la relación homosexual duradera entre adultos había sido excluida del ámbito de la vida familiar protegido por el artículo 8 del Convenio. Posteriormente, el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido que estas relaciones pertenecen al ámbito de la vida privada de la persona (Sentencia de 17 octubre 1986, asunto Rees). El Tribunal entiende que en la pareja homosexual se dan los elementos constitutivos de una vida en familia, pero no declara que dicha relación sea constitutiva de matrimonio desde la perspectiva del Convenio.

---

<sup>177</sup> BOE núm. 188, de 8 de agosto de 2005.

<sup>178</sup> P. DOMÍNGUEZ LOZANO, “Nuevas tendencias en Derecho de familia: el caso de las uniones de personas del mismo sexo”, *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II: *Derecho internacional privado, derecho constitucional y varia*, Universidad Autónoma de Madrid/Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1395-1422.

Pero la jurisprudencia evoluciona y también el TEDH ha ido variando poco a poco su inicial posición respecto de las parejas homosexuales, bien es cierto que por una vía indirecta, al dar impulso a la eliminación de discriminaciones por razón de la orientación sexual de la persona (principio de igualdad). Ya en su Sentencia de 22 de octubre de 1981 (asunto Dudgeon c. Reino Unido) el Tribunal consideró que “la lucha contra la homosexualidad no se justifica por la protección de la moral o de los derechos de los demás”. Posteriormente, ha apreciado la vulneración del Convenio en casos de penalización o prohibición de relaciones homosexuales en la Sentencia de 22 de abril de 1993 (asunto Modinos c. Chipre).

Nuevos ámbitos de protección han sido abiertos por el TEDH ante la aceptación social de la homosexualidad como legítima opción del individuo y la interdicción de discriminación por razón de la orientación sexual. Así, se ha apreciado violación del Convenio en relación con diferencias en la edad requerida en el consentimiento para mantener relaciones sexuales (Sentencia de 9 enero 2003, asunto L. y V. c. Austria); o discriminación en la subrogación de arrendamientos urbanos (Sentencia de 24 julio 2003, asunto Karner c. Austria). En las relaciones paterno filiales, el Tribunal ha entendido vulnerado el Convenio en un caso en que se denegó la atribución de la patria potestad a un padre sobre la base de su homosexualidad (Sentencia de 21 diciembre 1999, asunto Salguero da Silva Mouta c. Portugal). Sin embargo, el hecho de que Francia rechazara una solicitud de adopción por parte de un homosexual no se ha entendido como vulneración del artículo 8 Convenio (Sentencia de 26 de febrero de 2002, asunto Fretté c. Francia<sup>179</sup>).

Por lo que hace a la jurisprudencia española, en materia de exención de visado, los beneficios de la reagrupación familiar se habían extendido a un extranjero, pareja estable del mismo sexo “debidamente constituida”, unido a ciudadano español. En todos los casos planteados ha resultado improcedente la excepción de orden público internacional español “dada la amplia admisión en nuestro Derecho de la figura de las uniones estables de pareja entre homosexuales”. Y, así,

...las referencias que contienen nuestras Leyes y reglamentos de extranjería al ‘cónyuge’ podrían interpretarse, a lo más, como un claro exponente de la voluntad tácita de excluir de su significado formas de vida en pareja carentes de garantías como las que procura la institución matrimonial frente a terceros y frente a la sociedad en su conjunto; pero, resultaría difícil llegar a la misma conclusión respecto de las uniones estables de pareja homosexual reguladas mediante Ley, constituidas formalmente con un claro designio matrimonial y sometidas a un régimen susceptible de satisfacer los imperativos del principio de seguridad jurídica. (FJ 5)<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> “Como el derecho al respeto a la vida familiar presupone la existencia de una familia, el artículo 8 no puede proteger el simple deseo de fundar una familia”. En cuanto a la cuestión de fondo –si es legítimo que un homosexual adopte un niño–, los jueces no invocan razones de principio. El fallo defiende que “se debe dejar un amplio margen de apreciación a las autoridades de cada Estado, que están en contacto directo con las fuerzas vitales de sus países y, por tanto, en mejor situación que una jurisdicción internacional para valorar las sensibilidades locales”.

<sup>180</sup> STSJ Cataluña, de 13 mayo 2004. Con cita de las sentencias dictadas por el TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 diciembre 2000; TSJ del País Vasco, de 23 noviembre 2001; y TSJ de Baleares, de 4 octubre 2000.

A partir de la Ley 13/2005, de 1 de julio, el ordenamiento jurídico español permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo sexo<sup>181</sup>, con plenitud de igualdad, superando con ello la concepción tradicional de la diferencia de sexos como uno de los fundamentos del reconocimiento de la institución matrimonial por nuestro Derecho<sup>182</sup>.

Pero la norma guarda silencio respecto de los supuestos de tráfico externo. La cuestión se centra en la validez de un matrimonio mixto entre español/a y extranjero/a cuando la ley personal del contrayente extranjero impida o no reconozca este tipo de matrimonio<sup>183</sup>. Básicamente, el problema se enfoca como una cuestión de falta de capacidad matrimonial del extranjero que se ha de regir, conforme al Derecho internacional privado español, por la ley personal, esto es, la determinada por su nacionalidad (art. 9.1 C.c.). En opinión de algunos Jueces Encargados del Registro civil, si el contenido de esta ley mantiene como requisito esencial del matrimonio la diversidad de sexos, el matrimonio que se celebre será nulo. En otros términos, la validez del matrimonio quedará condicionada a que ambos contrayentes respeten su respectivo estatuto personal; esto es, cumplir los requisitos de capacidad impuestos por sus correspondientes leyes nacionales.

Desde la perspectiva de la reagrupación familiar, la respuesta que se dé incidirá en la posibilidad o no de celebrar el matrimonio (en España) y posteriormente reagrupar al cónyuge del mismo sexo. Ello constituye un ejemplo de cómo las cuestiones principales motivadas por las normas materiales de extranjería pueden estar condicionadas —en lo que afecta a su solución— por los problemas de Derecho internacional privado que operan a título de cuestiones preliminares o previas.

El problema puede observarse en torno tres cuestiones. La primera, el acceso a la celebración del matrimonio entre personas extranjeras del mismo sexo y la exigencia de vinculación de los contrayentes con el foro. La segunda, la competencia de las autoridades españolas para la autorización del matrimonio cuando ninguna de las partes sea residente en España. Y, la tercera, la determinación de la capacidad de los contrayentes en atención al ordenamiento jurídico correspondiente a su nacionalidad.

Desde una perspectiva de derecho comparado, según ha analizado la profesora C. González Beilfuss<sup>184</sup>, los ordenamientos que autorizan la celebración de un matrimonio entre personas del mismo sexo (Canadá, Bélgica, Holanda y algunos Estados de la Unión Americana) remiten, como es natural, a las normas materiales y conflictuales en materia de matrimonio. En general, los sistemas nacionales suelen exigir cierta vinculación de los contrayentes con el foro (bien sea la nacionalidad, la residencia

---

<sup>181</sup> El nuevo párrafo segundo que se añade al artículo 44 del C.c., establece que “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

<sup>182</sup> Sobre el concepto constitucional de matrimonio y la nota de heterosexualidad hay una fuerte división doctrinal. En relación con el artículo 32 CE, la dificultad gira en torno a la interpretación de la referencia al “hombre y a la mujer”; esto es, si la nota de heterosexualidad es esencial del concepto de matrimonio que emplea la Constitución o no. Sobre las distintas posiciones, véase, J.V. GAVIDIA SÁNCHEZ, “Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio”, *REDC*, Año 21, 2001 (61), pp. 11-58.

<sup>183</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo”, *RJC*, Any CIV, 2005 (4), pp. 1172-1187.

<sup>184</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 93 ss y 139 ss.

habitual y/o el domicilio de los contrayentes)<sup>185</sup>. Si se trata de extranjeros, la incidencia de las normas de extranjería es notable en algunas legislaciones y más atenuada en otras. Por ejemplo, en Holanda se exige que ambos miembros tengan un permiso válido de residencia<sup>186</sup>. La legislación belga exige una residencia de al menos tres meses inmediatamente anterior a la celebración del matrimonio<sup>187</sup>.

Respecto de los países que no admiten el matrimonio, pero sí regulan modelos de constitución de parejas del mismo sexo, la opción por modelos formales de regulación (exigencia de un acto inicial generador de efectos jurídicos) guarda cierta analogía, desde el punto de vista de sus efectos, con la celebración del matrimonio. Por este motivo, las soluciones conflictuales resultan ilustrativas desde el derecho comparado.

Como ha puesto de relieve C. González Beilfuss, prácticamente todos los ordenamientos jurídicos adoptan una óptica unilateral y se ocupan de las parejas “registradas o inscritas” en el foro, tanto para la determinación del ámbito espacial de aplicación de las normas como para regular las condiciones de constitución y validez. En las soluciones conflictuales, la referencia al ordenamiento de la constitución o registro es la más usual. Así, los países nórdicos (Dinamarca, Suecia y Finlandia) exigen para estas uniones una mayor vinculación con el foro y permiten el registro, previa residencia de ambos de al menos dos años<sup>188</sup>. En Alemania la posibilidad de constituir una unión no se vincula al requisito de la residencia ni de la nacionalidad. Tampoco se prevé un procedimiento especial para controlar la capacidad de los extranjeros, puesto que se ha entendido que “los países que desconocen la institución difícilmente estarán dispuestos a librar un certificado de capacidad análogo al de capacidad nupcial”<sup>189</sup>. Francia exige que los contratantes extranjeros tengan una residencia común en Francia<sup>190</sup>.

En España, la Ley 13/2005 ha seguido el modelo de extensión a la institución matrimonial, por lo que bastará con que uno de los contrayentes extranjeros tenga su domicilio en territorio español para poder instar la incoación del expediente matrimonial ante la competente autoridad y, en su caso, celebrar el enlace<sup>191</sup>. A pesar de que esta regla constituye un primer filtro del *forum shopping*, no resuelve todos los problemas relacionados con el fuero de conveniencia, ya que se permite la celebración del enlace

<sup>185</sup> Sobre la pluralidad de modelos de familia y la apertura de la institución matrimonial a parejas del mismo sexo, *vid.* P. DOMÍNGUEZ LOZANO, “Nuevas tendencias en Derecho de familia...”, *cit.*, esp. pp. 1398-1406.

<sup>186</sup> La constitución de una pareja registrada produce, en el Derecho holandés, los mismos efectos que el matrimonio, por la remisión en bloque que realiza la Ley de 5 de julio de 1997 a la regulación matrimonial del C.c. *Vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *cit.*, pp. 36-38 y p. 103.

<sup>187</sup> Ley de 16 de julio de 2004 (*Moniteur Belge* de 27.7.2004) y Circular de 23 de septiembre de 2004 relativa a los aspectos de la Ley de 16 de julio de 2004 referidos al estatuto personal (*Moniteur Belge* de 28.09.2004).

<sup>188</sup> El modelo escandinavo ha sido descrito por P.A. TALAVERA FERNÁNDEZ, “La institucionalización jurídica de las uniones homosexuales en España”, *La Ley*, núm. 4, 2001, pp. 1519-1532.

<sup>189</sup> Ley alemana sobre parejas registradas promulgada el 16 de febrero de 2001. Sobre los aspectos materiales de esta Ley y sus vicisitudes ante el Tribunal Constitucional alemán, *vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *cit.*, pp. 32-36; en relación con los requisitos de la constitución, esp. p. 106.

<sup>190</sup> Ley sobre el *Pacto civil de solidaridad* (o PACS) promulgada el 15 de noviembre de 1999, *vid. ídem*, pp. 41-44.

<sup>191</sup> Res.-Circ. DGRN de 29 julio 2005, ap. VII. Sobre la misma, véase A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español”, *Diario La Ley*, núm. 6391, de 2 de enero de 2006, pp. 1-5.

en España aun cuando el futuro cónyuge (de cuya reagrupación familiar se trate) no resida legalmente en nuestro país (principio del *favor matrimonii* y el *ius connubii* como derecho fundamental). En todo caso, el matrimonio deberá ser objeto de control en los términos que ya hemos examinado y la inscripción se impondrá siempre que, tras la audiencia reservada de ambos contrayentes, no se observen indicios de fraude<sup>192</sup>.

En relación con las autoridades competentes, en el Derecho español las autoridades civiles que pueden llevar a cabo la instrucción del expediente matrimonial previo varían según que el matrimonio se celebre en España (puede ser el juez Encargado del Registro Civil, el Alcalde o Concejal del municipio donde se celebre el matrimonio u otro funcionario designado reglamentariamente) o se celebre en el extranjero ante funcionario diplomático o consular español acreditado en el país. Esta última opción sólo es posible si al menos uno de los contrayente tiene nacionalidad española (art. 49 C.c.), al menos uno de ellos está domiciliado en la demarcación consular correspondiente (arts. 51.3 y 57 C.c.) y el Estado receptor del Cónsul no se oponga a que éste celebre matrimonios en su territorio (art. 5 f) del Convenio de Viena de 24 de abril de 1963, sobre relaciones consulares<sup>193</sup>).

Ello trae como consecuencia que el residente extranjero que pretenda reagrupar en España a su futuro cónyuge del mismo sexo (también extranjero), sólo podrá celebrar el matrimonio ante las autoridades civiles españolas en España, en el bien entendido de que en su país de origen no esté permitida esta forma matrimonial, ya que éstas son las únicas autorizadas para la instrucción del citado expediente matrimonial.

Repárese que, a diferencia de lo que sucede en la reagrupación familiar del cónyuge de diverso sexo, el matrimonio normalmente se habrá celebrado en el extranjero o podrá celebrarse en el extranjero. Pero esto no puede suceder en la mayoría de los casos de matrimonios del mismo sexo entre extranjeros, a no ser que se trate de ciudadanos canadienses, belgas u holandeses y, en estos dos últimos supuestos, las normas sobre reagrupación familiar objeto de este estudio no les son de aplicación. La legislación de extranjería de Bélgica permite extender una autorización especial de entrada en el territorio para celebrar matrimonio con un extranjero residente y salva así la exigencia de la vinculación al foro exigida para ambos contrayentes<sup>194</sup>. En el sistema español de

---

<sup>192</sup> Según lo dispuesto en el artículo 57 del C.c., la competencia para autorizar el matrimonio civil en España incumbe al Juez, Alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes. Como es sabido, y hemos expuesto anteriormente, la instrucción de un expediente matrimonial previo es un requisito formal cuando dos personas, españolas o extranjeras, desean celebrar matrimonio entre sí en forma civil, hebrea o evangélica. En dicho expediente se acreditarán, entre otros extremos, los requisitos de capacidad nupcial legalmente exigidos que básicamente son: la edad, la ausencia de impedimentos matrimoniales y el sexo, así como la no concurrencia de otro obstáculo legal para la celebración del matrimonio (art. 256 RRC) que, en la práctica, permite explorar anticipadamente la autenticidad del consentimiento a fin de evitar los matrimonios de complacencia. Cf., Res. DGRN de 26 enero 2005 y Res.-Circ. DGRN de 29 julio 2005, ap. VII.

<sup>193</sup> Tratándose de matrimonio mixto (español/a y extranjero/a) y para salvar los inconvenientes de las limitaciones competenciales de los Cónsules españoles en el extranjero derivados del Convenio de Viena de 1963, en la práctica se lleva a cabo la delegación que permite el artículo 57.2 C.c. en relación con el artículo 250 RRC. Cf., Res. DGRN de 15 septiembre 1995 y de 10 julio 2002 e Instrucción núm. 304 de 28 agosto 1990 de la Dirección General de Asuntos Consulares (expresamente citadas por la Res.-Circ. DGRN de 29.7.2005).

<sup>194</sup> Circulaire du 11/07/2001 relative aux documents devant être produits afin d'obtenir un visa en vue de conclure un mariage en Belgique ou afin d'obtenir un visa de regroupement familial sur la base d'un mariage conclu à l'étranger (*Moniteur Belge* de 28.7.2001).



visados no está previsto el supuesto aunque, en un esfuerzo por salvar la imposibilidad de practicar la audiencia reservada, podría reconducirse hacia los visados de estancia de corta duración (art. 26 a) del Reglamento) o bien tratarse como un supuesto excepcional debidamente acreditado “o por encomienda del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación” (art. 27.3 del Reglamento), pudiendo expedirse en frontera el visado de estancia por los responsables de los servicios policiales del Ministerio del Interior.

Por lo que hace a la capacidad de los contrayentes, algunas legislaciones nacionales, prescinden del ordenamiento jurídico correspondiente a la nacionalidad o al domicilio del contrayente extranjero y aplican la ley del lugar de celebración, incluyéndose en su ámbito de aplicación las cuestiones que afectan tanto a la forma como a los requisitos de capacidad. Esta es la solución adoptada en los Países Bajos<sup>195</sup>. En otros casos, se mantiene la solución general sobre el ordenamiento jurídico rector de la capacidad y se incluyen cláusulas subsidiarias a favor del derecho del foro (ley del registro o de la constitución). Esta es la solución contenida en la nuevo Código belga de Derecho internacional privado<sup>196</sup>.

La Res.-Circ. de la DGRN de 29 de julio de 2005 centra las dudas de validez en torno a tres extremos: la compatibilidad o no con el orden público internacional derivada de la aplicación de tales leyes que acarrearía, en su caso, la consecuencia de nulidad de tales matrimonios; la posible inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 9.1 del Código civil como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 13/2005; y, si la identidad de sexos, desde el punto de vista de la calificación, a los efectos de determinar la norma de conflicto aplicable, es un impedimento que afecta a la capacidad para contraer matrimonio o, por el contrario, deber ser considerado como un requisito objetivo de la institución matrimonial en aquellos países que mantienen la heterosexualidad como condición necesaria, y no subjetivo de la persona de los contrayentes<sup>197</sup>.

En materia de orden público, la tesis del Centro Directivo, recordando su propia doctrina oficial en supuestos en los que se ha rechazado la aplicación de la ley extranjera alegando la excepción de orden público<sup>198</sup>, considera que el estatuto personal

<sup>195</sup> Esta es la fórmula también es seguida en los países nórdicos respecto de la constitución de uniones del mismo sexo. En Francia se considera que no es posible contratar un PACS con una persona cuya ley personal impida el establecimiento de la unión, aunque la solución se flexibiliza si el derecho extranjero desconoce la institución, o no la prohíbe de modo expreso, permitiendo en tal caso la constitución en Francia.

<sup>196</sup> Las condiciones de validez del matrimonio son regidas, para cada uno de los contrayentes, por el derecho del Estado de su nacionalidad en el momento de la celebración. Ahora bien, este principio sufre una importante excepción pues la aplicación del derecho designado por la anterior norma se descartará si esta disposición prohíbe el matrimonio de personas del mismo sexo, cuando una de ellas tenga la nacionalidad de un Estado o tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado cuyo derecho permite tal matrimonio. Artículos 44 a 46 del nuevo Código de derecho internacional privado. Sobre estos aspectos, *vid.* M. FALLON, “La matérialisation du nouveau droit international privé projeté en Belgique”, en *Pacis Artes...*, *op. cit.*, pp. 1493-1512.

<sup>197</sup> Res.-Circ. DGRN de 29 julio 2005, ap. IV. Véase A.P. ABARCA JUNCO y M. GÓMEZ JENE, “Nota a la Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005”, *REDI*, (en prensa), cortesía de los autores.

<sup>198</sup> Que opera cuando la aplicación de la ley extranjera produzca una vulneración de los principios esenciales básicos e irrenunciables del ordenamiento jurídico español (art. 12.3 C.c.). La regulación del *ius conubii* tal y como es realizada por Ley 13/2005 “pone de manifiesto una situación en la que resulta patente el paralelismo y similitud” (analogía) con los supuestos en que la DGRN ha invocado la excepción de orden público para excluir la aplicación de leyes extranjeras que impiden el

del extranjero no debe aplicarse y, en su lugar, se aplicará la ley española (*lex fori*). Ante la objeción de que el ordenamiento jurídico extranjero no reconozca efectos al matrimonio celebrado por nacionales de su país en España, la DGRN sostiene que al Juez Encargado del Registro Civil español no le compete, en vista de las funciones que tiene atribuidas, erigirse en “guardián” del sistema legal extranjero, por lo que el riesgo de crear una situación claudicante no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo. Tesis que se puede reforzar con el principio del desarrollo de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

En relación con la posible inconstitucionalidad sobrevenida y parcial del artículo 9.1 del Código civil, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, el Centro Directivo lo rechaza tajantemente con fundamento en la consolidada jurisprudencia constitucional en materia de derechos de los extranjeros (art. 13 CE en relación con el art. 14 CE). Así, descarta que la utilización del criterio de conexión estatuto personal, con la eventual consecuencia de privar de acceso al derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo a los extranjeros cuyo estatuto personal no se lo permita, “sea una tesis que pueda sostener un atentado contra el principio de igualdad, aunque pueda determinar un trato distinto para los españoles y los extranjeros”.

Finalmente, y por lo que hace a la calificación de la diversidad/identidad de sexo respecto de la institución matrimonial, la mencionada Res.-Circ. declara que ha de acudirse a la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero “no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, y ello tanto si la celebración ha tenido lugar en España como en el extranjero, sin perjuicio en este último caso del obligado cumplimiento de los requisitos de forma y competencia”<sup>199</sup>.

#### ***1.1.4. El caso particular de la poligamia.***

La reagrupación de familias poligámicas no puede dejarnos indiferentes, tanto si se observa desde el principio fundamental de la igualdad de sexos como si se atiende a la política de integración del Estado de recepción. La efectividad de la poligamia ha sido y es un Talón de Aquiles en la reagrupación familiar y ello aun cuando algunos países de

---

matrimonio entre personas de distinta religión (*disparitas cultus*) o de aquellas otras en las que, por no reconocer un cambio legal de sexo judicialmente declarado, impiden el matrimonio de un transexual extranjero con persona de su mismo sexo”. Res.-Circ. DGRN de 29 julio 2005, ap. V.

<sup>199</sup> Res.-Circ. DGRN de 29 julio 2005, ap. VII *in fine*. El Centro Directivo parte de la existencia de una laguna legal en nuestro ordenamiento que integra calificando el requisito del sexo (idéntico o diverso) como elemento estructural, constituyente de la propia institución, y no como requisito subjetivo de capacidad de sus miembros, aplicando como argumentos a su favor: la analogía con la figura de las parejas de hecho homosexuales reconocidas y reguladas por las legislaciones autonómicas; la proximidad *forum-ius*; el principio general de nuestro Derecho civil del *favor matrimonii*; la consideración del *ius nubendii* como derecho fundamental de nuestro ordenamiento constitucional (art. 32 CE) puesto en conexión con la extensión de la prohibición de toda discriminación “a las ejercidas por razón de orientación sexual”, acogida por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; la necesidad de interpretar las leyes con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de aplicarse (art. 3 C.c.); la vinculación del ejercicio efectivo del derecho al matrimonio con el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE); y, finalmente la jurisprudencia del TS durante la Ley de divorcio de 1932 que acogió esta solución para permitir el matrimonio de españoles casados con extranjeros nacionales de países que no reconocían en la época esta institución.

tradición coránica hayan establecido limitaciones a su práctica<sup>200</sup>. En efecto, el mantenimiento de la institución como un privilegio marital del varón es profundamente discriminatorio para la mujer y una amenaza para el bienestar de los hijos. Sin ningún tipo de excusas, lo deseable es su abolición, pero las tradiciones culturales y religiosas son en ocasiones más tenaces que los derechos y el principio de igualdad entre el hombre y la mujer quien apenas ha podido conquistar algunas parcelas del Derecho de familia en los países musulmanes<sup>201</sup>

Ante la familia poligámica, las normas relativas a la entrada y residencia de los Estados miembros limitan la reagrupación sólo a un cónyuge; limitación que es conforme con el Derecho comunitario en cuanto que la Directiva permite a los Estados miembros imponer medidas restrictivas a las solicitudes de reagrupación familiar de las familias poligámicas (Considerando 11).

En relación con la elección del cónyuge, países como Francia han determinado que necesariamente el cónyuge reagrupado deberá ser la primera esposa<sup>202</sup>. En Alemania, la jurisprudencia ha establecido que el beneficio de la reagrupación no alcanza a la segunda esposa, pues sólo puede aplicarse al cónyuge legítimo según el Derecho alemán, pero no a la segunda esposa aunque sea legítima según la conexión religiosa del Derecho islámico<sup>203</sup>. El Reino Unido admite la reagrupación familiar sólo de la primera de las esposas, si el matrimonio poligámico se concertó una vez que el marido hubiera adquirido el estatuto de residente en el territorio (Inglaterra, Gales y Escocia)<sup>204</sup>.

En el Derecho español, la segunda frase del artículo 17.1 a) de la Ley de Extranjería dispone que “en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial”. Al no señalar la Ley cuál de las esposas puede ser reagrupada, cabría preguntarse, como cuestión de orden público, si la autorización al marido (reagrupante) a realizar la elección vulnera el principio de la igualdad de sexos en el matrimonio. Y es que, en principio, difícilmente

<sup>200</sup> Marruecos es el ejemplo más próximo y reciente. Se permite excluir el matrimonio poligámico haciéndolo constar en el acta de matrimonio y no sólo en un contrato privado, como ocurría hasta ahora. Se otorga una mayor intervención al juez en la autorización de la poligamia. Y así, en ausencia de previsión en el contrato matrimonial, un segundo matrimonio del marido podrá ser invocado como causa de divorcio debiendo el tribunal fijar el importe que corresponda a la esposa e hijos a su cargo. En cuanto a la admisión del matrimonio poligámico, la nueva ley marroquí exige un procedimiento específico con audiencia de la primera esposa que deberá autorizar o no consentir el segundo matrimonio. Si no consiente, se produce la disolución del vínculo por divorcio y el marido deberá depositar las cantidades correspondientes a los derechos de la esposa e hijos a cargo en el término de siete días, so pena de entender que desiste de la petición de autorización de la poligamia. *Vid.*, M.P. DIAGO DIAGO, “Repercusiones de la nueva *Mudawwana...*”, *cit.*, p. 148; H. ZEKRI, *cit.*, pp. 306-307; y A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La réception du nouveau code de la famille marroccain (*Moudawana*, 2004) en Europe”, *RDIPP*, vol. 40, 2004 (3), pp. 877-900, esp. pp. 881 ss.

<sup>201</sup> A. MOTILLA DE LA CALLE y P. LORENZO VÁZQUEZ, *cit.*, *passim*. Túnez es la excepción entre los Estados de tradición islámica en materia matrimonial: prohibición de la poligamia, exigencia de divorcio obligatoriamente judicial, igualdad de los cónyuges. Más apegada a la *Sharia* es la regulación en materia de filiación aunque no desconoce la filiación por adopción en igualdad con la filiación por naturaleza. En cuanto al derecho sucesorio, mantiene la regla del derecho islámico según la cual en igual grado de parentesco la mujer hereda la mitad que el hombre.

<sup>202</sup> Decreto 2005-253, de 17 marzo 2005, en relación con los artículos L.411-1 a L. 411-3 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Loi n° 2003-1119 de 26.11.2003 que modifica el art. 29 de la Ordonnance 45-2658 de 2.11.1945)*.

<sup>203</sup> F. JAULT-SESEKE, *cit.*, pp. 104-106.

<sup>204</sup> *Immigration Rules, Part 8: Family members, sect. 1.*

podrá la mujer oponerse a la elección hecha por el reagrupante, siendo lo más probable que en la toma de la decisión influya decisivamente la familia del esposo<sup>205</sup>.

La extinta Comisión Europea de los Derechos Humanos declaró que el Estado no puede estar obligado por el Convenio a reconocer plenamente los matrimonios poligámicos, contrarios a su propio ordenamiento jurídico. El Estado puede, por tanto, limitarse a aceptar en su territorio al marido acompañado solamente de una de sus mujeres y los hijos comunes<sup>206</sup>. Ciertamente el modelo europeo de familia se impone frente al matrimonio poligámico, pero ello no impedirá la inmigración irregular de cualquier otro cónyuge, ni la aplicación de las normas del sistema de Derecho internacional privado a los segundos matrimonios poligámicos para reconocer su validez a otros efectos, distintos de los que operan en el ámbito del Derecho de extranjería<sup>207</sup>.

Cabría pensar, entonces, si, al igual que sucede en materia de nacionalidad, el no abandono de la poligamia puede entenderse como un elemento indicador de la ausencia de voluntad de integración en materia de reagrupación familiar. La Ley de extranjería no lo ha entendido así al permitir la reagrupación del segundo cónyuge, aunque este matrimonio haya sido celebrado por el reagrupante con posterioridad a su instalación en el territorio español. Bastará, en principio, la prueba de la existencia del matrimonio mediante las actas del registro o, en su defecto, por cualquier otro medio probatorio admitido en Derecho español y, en todo caso, superar el control consular en el expediente previo que, como se ha indicado, examina o busca si se trata de un matrimonio de complacencia. Previamente, el reagrupante habrá debido aportar la declaración jurada de que no convive con él en España otro cónyuge (art. 42.2 f) del Reglamento).

Una solución superadora podría establecerse siguiendo el criterio según el cual, si el reagrupante hubiera celebrado las segundas nupcias después de adquirir la residencia en España, un segundo matrimonio no debería surtir efectos en el plano de la reagrupación familiar, lo que significaría imponer una solución más acorde con la concepción monogámica del matrimonio. De forma indirecta esta orientación ha sido seguida por algunas decisiones judiciales en supuestos en que se analizaba la reagrupación familiar de los hijos de la primera esposa que residían en el país de origen con su madre, en tanto que el padre residía en España con otro cónyuge. Es el caso, por ejemplo, de una denegación de visado procedente del Consulado de España en Casablanca. En el expediente consular, el Cónsul hizo constar que “los menores se encontraban escolarizados en Marruecos bajo el control y tutela de su madre, por lo que consideraba

---

<sup>205</sup> Algunas decisiones consulares han contemplado esta posibilidad en los expedientes de autorización del visado, analizando la cuestión desde la óptica de los matrimonios de conveniencia. Así, la concertación de matrimonios por hermanas, cuñadas o tías de la familia del marido, aunque sea el segundo matrimonio, no ha impedido la reagrupación del segundo cónyuge, “por ser un modo habitual en la cultura del país de origen”. Cf., STSJ Madrid, de 23 septiembre 2002, FJ 2.

<sup>206</sup> Vid., los comentarios a las decisiones sobre admisibilidad que refiere I. ARRIAGA IRABURU, *cit.*, pp. 95-96.

<sup>207</sup> La doctrina ha llamado la atención sobre el problema que podría plantearse respecto de la validez de un segundo matrimonio en el caso de que el cónyuge reagrupado fuera el segundo y qué efectos puede tener en nuestro ordenamiento. Vid., A.P. ABARCA JUNCO, “La regulación de la sociedad multicultural”, en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, *op. cit.*, pp. 163-179, esp. p. 172. Entre los diversos estudios doctrinales, véase para este concreto aspecto el general de A. RODRÍGUEZ BENOT, “Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español”, en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, *op. cit.*, pp. 15-88, esp. 27.

contrario a sus intereses viajar a un país del que desconocían su cultura y su lengua, sustituyendo además a su madre biológica por la segunda esposa del demandante”. El tribunal no basó la denegación del visado en el criterio del Cónsul, sino en la falta de prueba de los requisitos exigidos al reagrupante (residencia, alojamiento y medios de vida)<sup>208</sup>.

### **1.1.5. La problemática de las parejas de hecho y la reagrupación familiar.**

Partiendo de la Directiva comunitaria pueden individualizarse dos consideraciones que, con carácter previo, permiten acotar el ámbito de la reagrupación familiar a las parejas no casadas, con independencia de que sean personas del mismo o de distinto sexo. La primera, la refleja la posición de la Unión Europea frente a las nuevas realidades familiares cuando recomienda a las legislaciones nacionales poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo<sup>209</sup>. Y, la segunda, se circunscribe a insatisfactoria respuesta comunitaria al no asumir, en la reagrupación familiar, la aplicación general en los restantes Estados miembros de la extensión de los efectos de una situación válidamente constituida en otro Estados.

En efecto, en primer lugar se permite a los Estados miembros “autorizar la entrada y la residencia, de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5” (art. 4.3). Ahora bien, el hecho de que la legislación nacional de un Estado miembro autorice la reagrupación familiar de las parejas de hecho (registradas o no) no implica para el resto de los Estados (cuyas legislaciones no reconozcan la existencia de vínculos familiares en dicho supuesto) la obligación de su toma en consideración como miembros de la familia a los efectos del derecho de residencia<sup>210</sup>.

En esta dirección, recordemos que las legislaciones de extranjería de los Países Bajos, Bélgica, Dinamarca y Reino Unido permiten la reagrupación familiar de parejas registradas sin distinción de sexo y, en los dos primeros países, a título de cónyuges; en Francia, sólo si pueden calificarse como parejas registradas en los términos del Derecho francés. En este contexto, y dada la disparidad de figuras, instituciones y contenidos de regulación en los diferentes ordenamientos jurídicos, la Directiva opta por una noción neutra al referirse a una relación estable “debidamente probada” o a una “pareja registrada”. Mediante la calificación autónoma de la institución, que no distingue la pareja por razón de sexo sino sobre la base de un estatuto registral, separa en dos categorías los modelos de regulación, el conviviente y la pareja inscrita y permite, únicamente respecto de este último, que los Estados miembros apliquen el principio de igualdad de trato con los cónyuges a los efectos de la reagrupación familiar.

---

<sup>208</sup> STSJ Madrid, de 10 junio 2004, FJ 3.

<sup>209</sup> P. DOMÍNGUEZ LOZANO, “Nuevas tendencias en Derecho de familia...”, *cit.*, pp. 1410-1412. A. WEYEMBERGH, “Les nouvelles formes de vie commune et leur impact sur le regroupement familial”, *RDE*, núm. 107, 2000, pp. 6-18.

<sup>210</sup> Se trata de una cláusula “de excepción” característica del método de cooperación intergubernamental que permite una flexibilidad negociadora en aspectos o materias en las que difícilmente se alcanzaría la unanimidad requerida por el artículo 67 TCE.

Así pues, la Directiva ha optado por el modelo de *pareja registrada* como institución jurídica más cercana al matrimonio que, como éste, precisa de una declaración de voluntad de los contrayentes. Por otra parte, no impide a los Estados miembros la reagrupación familiar de personas no casadas siempre que la pareja esté inscrita, ni de uniones de personas del mismo sexo si las legislaciones de los Estados miembros reconocen la institución.

En España, la Ley de extranjería no extiende el beneficio de la reagrupación familiar a las parejas de hecho. A pesar de ello, y por más que el Código civil no regule las uniones de hecho, la institución de parejas no casadas no es desconocida en España.

Por una parte, la mayoría de las legislaciones autonómicas (Cataluña<sup>211</sup>, Aragón<sup>212</sup>, Navarra<sup>213</sup>, Valencia<sup>214</sup>, Baleares<sup>215</sup>, Madrid<sup>216</sup>, Asturias<sup>217</sup>, Andalucía<sup>218</sup>, Canarias<sup>219</sup>, Extremadura<sup>220</sup> y País Vasco<sup>221</sup>) han regulado el estatuto de las parejas de hecho en el ámbito de sus competencias normativas<sup>222</sup>. Por otra parte, la jurisprudencia había forjado una doctrina que reconocía esta situación como una realidad social con relevancia jurídica (STS de 5 julio 2001), abriendo la reagrupación a las uniones de hecho en los supuestos de exención de visado, con los mismos efectos que si de un matrimonio se tratara<sup>223</sup>.

En efecto, sobre la base del artículo 39.1 CE, el Tribunal Supremo ha configurado una noción amplia de familia, sentando una doctrina según la cual

...ha de otorgarse singular trascendencia a la convivencia de hecho, lazos afectivos y cumplimiento de deberes jurídicos, así como a las circunstancias personales y socio culturales de los interesados, que evidencien las características de la familia, la cual puede ser más extensa que la meramente paterno filial<sup>224</sup>.

---

<sup>211</sup> Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. (BOE núm. 198, de 19.8.1998).

<sup>212</sup> Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas. (BOE núm. 95, de 21.4.1999).

<sup>213</sup> Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. (BOE núm. 214, de 6.9.2000).

<sup>214</sup> Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho. (BOE núm. 112, de 5.5.2001).

<sup>215</sup> Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables. (BOE núm. 14, de 16.1.2002).

<sup>216</sup> Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid. (BOE núm. 55, de 5.3.2002).

<sup>217</sup> Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables. (BOE núm. 157, de 2.7.2002).

<sup>218</sup> Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho. (BOE núm. 11, de 13.1.2003).

<sup>219</sup> Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias. (BOE núm. 89, de 14.4.2003).

<sup>220</sup> Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura. (BOE núm. 111, de 9.5.2003).

<sup>221</sup> Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. (Boletín Oficial del País Vasco núm. 100, de 23.5.2003).

<sup>222</sup> Sobre el estudio de las cuestiones de Derecho internacional privado que suscitan tanto la institución de parejas registradas, como los matrimonios del mismo sexo, véanse C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *cit.*, esp. pp. 107-113; e I. LÁZARO GONZÁLEZ, *Las uniones de hecho en el derecho internacional privado español*, Tecnos, Madrid, 1999. Sobre los problemas de derecho interregional, véase A.P. ABARCA JUNCO, "La legislación sobre parejas de hecho en el ordenamiento español. Problemas de derecho interregional", en *Soberanía del Estado y derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo* (Salinas de Frías, A. y Vargas Gómez-Urrutia, M., coords.), Universidades de Córdoba, de Sevilla y de Málaga, Sevilla, 2005, pp. 37-54.

<sup>223</sup> C. ESPLUGUES MOTA y M. DE LORENZO SEGRELLES, *cit.*, p. 135.

<sup>224</sup> STS de 28 diciembre 1998, FJ 2.

En este sentido, la convivencia con ciudadano español<sup>225</sup> motivaba la existencia de arraigo familiar —definido entonces como un vínculo con el territorio español por razones familiares (SSTS de 14 abril, de 10 noviembre y de 21 diciembre de 1998 y de 24 abril 1999)— y llevaba a declarar su relevancia para obtener la dispensa o exención del visado de residencia por causa de reagrupación familiar, “de manera que no se conculque el principio constitucional de protección a la familia, contenido en el artículo 39.1 de la Constitución”<sup>226</sup>.

Respecto del conviviente de hecho de un residente extranjero, el Tribunal Supremo había extrapolado los mismos argumentos utilizados en el ámbito de la reagrupación *in situ* del familiar de un español, reconociendo “en la duradera afectividad de una pareja estable la circunstancia excepcional capaz de motivar la exención de visado, sin que ello suponga equiparar sus efectos al matrimonio” (SSTS de 11 octubre 1999 y de 15 noviembre 1999 —definitivamente consolidadas por SSTS de 6 mayo y de 6 junio de 2000—<sup>227</sup>) y siempre con la condición de que el objeto real de la reagrupación fuera la convivencia (STS de 9 marzo 2000).

Es sorprendente que la Ley de extranjería no haya tomado en cuenta esta jurisprudencia y consolide, en materia de reagrupación familiar, un trato distinto entre las parejas casadas y los convivientes *more uxorio*. También la doctrina ha criticado el silencio del legislador<sup>228</sup> señalando, además, la exigencia de equiparación cuando existan hijos comunes y/o si consta la unión registrada, sin que ello signifique que el régimen jurídico de estas uniones haya de ser sustancialmente idéntico al del matrimonio<sup>229</sup>.

En relación con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, no es indispensable el vínculo jurídico para admitir que la relación de hecho entre un hombre y una mujer es constitutiva de “vida familiar”. Para el TEDH, la estabilidad y la relación duradera deben alcanzar una intensidad suficiente y la cohabitación de la pareja prueba dicha intensidad. También el nacimiento de hijos demuestra la existencia de una vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio. Ahora bien, la equiparación entre la uniones de hecho y las surgidas de un matrimonio legal no ficticio no es completa y,

<sup>225</sup> STS de 8 noviembre 1993 y siguiendo la doctrina jurisprudencial consolidada en las SSTS de 22 junio 1982, de 13 julio 1984 y de 9 diciembre 1986.

<sup>226</sup> STS de 2 octubre 2001.

<sup>227</sup> SSTS con cita de la STC 222/1992, de 11 diciembre: “...de la no equivalencia entre matrimonio y convivencia de hecho no se [deduce] necesariamente que ‘toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su art. 14. A tenor de este principio, cabe la equiparación entre el matrimonio y la unión de hecho estable cuando se trata de aplicar normas que contemplan exclusiva o preponderantemente la situación de convivencia y de afectividad”.

<sup>228</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y H. GRIEDER MACHADO, “La reagrupación familiar de los extranjeros...”, *cit.*, p. 116; I. LÁZARO GONZÁLEZ, “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Migraciones*, núm. 12, 2002, pp. 43-79; y M. MOYA ESCUDERO, “Derecho a la reagrupación familiar”, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería* (Moya Escudero, M., coord.), Granada, 2001, pp. 673-707, p. 687, entre otros.

<sup>229</sup> En la doctrina civilista, véase J.V. GAVIDIA SÁNCHEZ, “¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?”, *RJN*, núm. 32, 1999, pp. 199-356.

según la jurisprudencia del TEDH, no es contrario al CEDH que las legislaciones nacionales apoyen y fomenten la familia tradicional basada en el matrimonio<sup>230</sup>.

En el marco constitucional español, la obligación de regular legalmente el matrimonio no se extiende a la regulación de las parejas de hecho (STC 184/1990, de 15 noviembre, FJ 3), afirmación cuyo alcance relativiza el propio TC al insistir en su necesidad de protección:

...nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra, sino también, junto a ello, por el mismo sentido tuitivo con el que la norma fundamental considera siempre a la familia [...], protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresan. (FJ 5 de la STS 222/1992, de 11 diciembre).

Por otro lado, debido a la separación que realiza la Constitución española entre la protección constitucional de la familia (art. 39.1 CE) y el derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE), no hay inconveniente, como así ha reconocido el TC en la sentencia anteriormente citada, en reconocer que no existe en España un único modelo familiar ni se puede considerar que el matrimonio sea el fundamento único y natural de la familia, argumento que se ampara en el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 CE, ni tampoco en admitir a determinadas uniones libres su integración en el concepto constitucional de familia, a efectos del goce de la protección genérica del artículo 39.1 CE.

Ahora bien, como ha señalado la profesora E. Pérez Vera, si se aborda la tarea de regular legalmente las uniones de hecho —dada la protección constitucional específica del matrimonio— “tal regulación no puede colocar a las parejas de hecho en una posición más favorable que a las matrimoniales, ni en el extremo opuesto, en términos tan desfavorables que puedan comportar directa o indirectamente una coerción a la celebración del matrimonio”, pues el derecho a contraer matrimonio no puede convertirse en un deber que chocaría frontalmente con el derecho garantizado en el artículo 10.1 CE<sup>231</sup>.

## 1.2. Cónyuge separado (de hecho o de derecho).

Un problema diferente se plantea cuando el cónyuge reagrupante se encuentra divorciado y casado en segundas nupcias y pretende la reagrupación de su cónyuge. De acuerdo con la Ley de extranjería, la reagrupación requerirá mayores cautelas centradas en torno a las condiciones materiales y a los límites del reconocimiento de la decisión extranjera, según se examinará a continuación.

Si el reagrupante se encuentra separado de hecho o de derecho y casado en segundas nupcias, la Ley de extranjería establece requisitos referidos bien al procedimiento de

---

<sup>230</sup> I. ARRIAGA IRABURU, *cit.*, p. 93; M.L. LABACA ZABALA, “El reagrupamiento familiar en el derecho español”, *NJ*, núm. 294, mayo 2005, 35 pp., esp. p. 13; y R.M. MOLINER NAVARRO, *cit.*, p. 487, entre otros.

<sup>231</sup> E. PÉREZ VERA, “Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho internacional privado español”, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia, op. cit.*, pp. 131-138, esp. p. 133.



separación del anterior matrimonio, bien a la situación en que haya quedado el primer cónyuge y los hijos comunes en relación con las pensiones, alimentos y disponibilidad de vivienda. En efecto, artículo 17.1 a) *in fine* establece que

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.

### **1.2.1. Significado de los términos “separación” y “procedimiento jurídico”.**

La interpretación de este párrafo ha suscitado severas críticas doctrinales ante la imprecisión de los términos *separación* y *procedimiento jurídico*.

En primer lugar, el alcance del término “separado”. Según el artículo 83 del Código civil, la separación no supone la disolución del vínculo matrimonial —tan sólo la suspensión de la vida en común de los casados— lo que impide la celebración de un nuevo matrimonio. Para que el precepto cobre sentido, la interpretación del término separación habrá de serlo de modo amplio para incluir aquellas instituciones jurídicas del derecho extranjero que impliquen la disolución del vínculo matrimonial.

Por otro lado, conviene no confundir la separación a que se refiere esta parte del precepto con el alcance que el término *separado* tiene en la primera frase: en aquella (“El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho...”), la separación es sinónimo de ausencia de matrimonio preexistente y efectivo; en ésta (“El extranjero que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas nupcias...”), por el contrario, equivale a un procedimiento jurídico por el cual se ha disuelto el vínculo de un anterior matrimonio. De acuerdo con este enfoque, en la primera frase, la cuestión se centra en la validez del vínculo matrimonial, en tanto que, en la segunda, el análisis corresponde a la validez del procedimiento jurídico por el que un primer matrimonio fue disuelto.

El precepto es conforme a la Directiva. En efecto, la norma comunitaria permite a los Estados miembros denegar una solicitud de entrada y residencia (y, en su caso, retirar los permisos concedidos o no renovarlos) 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 inciso b)] y cuando se constate que el reagrupante (o la pareja no casada) ha contraído matrimonio o mantiene una relación estable con otra persona [art. 16.1 inciso c)].

El profesor Esplugues Mota, al estudiar el alcance de la norma, avanza dos hipótesis<sup>232</sup>. En principio, señala, podría pensarse que la norma hace referencia a una situación tipo, la del extranjero que en su día contrajo matrimonio desplazándose después a España. El primer proceso de reagrupación se realiza con normalidad. Posteriormente, se produce la separación y un nuevo casamiento. En este escenario, la exigencia de un procedimiento jurídico, que fije la situación del cónyuge anterior y sus

---

<sup>232</sup> C. ESPLUGUES MOTA, *cit.*, esp. p. 116.

familiares (en cuanto a vivienda común, pensión del cónyuge y alimentos para los menores), intenta garantizar un mínimo de seguridad al cónyuge (previsiblemente la mujer) y a los hijos de primer matrimonio.

El segundo supuesto sitúa el precepto por referencia a los matrimonios poligámicos. Señala el autor, que el legislador puede referirse al “inmigrante casado varias veces en su país de origen, de acuerdo a lo dispuesto en su ley nacional, que deja de cohabitar efectivamente con una de sus esposas —originariamente reagrupada— y pasa a hacerlo con otra que se quedó en el país de origen”. Esta aproximación, como el propio autor señala, choca con la vinculación que el precepto realiza entre separación y segundas o posteriores nupcias; claro indicio de que la norma no contempla uniones coetáneas (por referencia al matrimonio poligámico), sino ulteriores nupcias tras un procedimiento de divorcio.

Según se desprende de las discusiones en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, el legislador pretendía asegurar la situación económica de la familia anterior, pensando en la ruptura de una unión previa en el país de origen<sup>233</sup>. La coincidencia de posturas de los señores Castellanos Cardalliaguet y Sanjuán de La Rocha, en el sentido de que hubiera bastado con exigir la separación en virtud de procedimiento jurídico, sin requerir condiciones materiales, hace pensar que el legislador no se planteó el supuesto de un divorcio realizado en España en el que, evidentemente, la situación del cónyuge y de los hijos va a quedar plenamente garantizada en la sentencia española.

En segundo lugar, el término “procedimiento jurídico”. La exigencia de un procedimiento jurídico responde a las diferentes concepciones del Derecho de familia, lo que implica asumir, en nuestra materia, que la disolución de un matrimonio anterior realizada en el extranjero puede formalizarse a través de procedimientos no estrictamente jurisdiccionales. En consecuencia, la norma material se flexibiliza. Correlativamente, será necesario concretar su eficacia en España, toda vez que, en estas circunstancias, los derechos de defensa del cónyuge demandado pueden verse afectados (piénsese en los repudios privados del derecho marroquí) y alterado el bienestar de los menores y del cónyuge por la ruptura del vínculo. En consecuencia, exigir un procedimiento jurídico agrega un *plus* de seguridad.

La norma parece requerir que, en el mismo procedimiento, se contemplen o fijen determinadas condiciones respecto de la vivienda, la pensión compensatoria del cónyuge y los alimentos de los menores. En cierta medida, esta previsión actuaría como freno (o al menos sería disuasoria) de divorcios “a vapor” con el fin de reagrupar al segundo cónyuge. El planteamiento se corresponde con nuestra concepción de los efectos de la separación y el divorcio.

Para el Derecho internacional privado, el precepto plantea la cuestión de la eficacia del procedimiento jurídico en nuestro ordenamiento, ya que no todos los procedimientos de disolución del vínculo matrimonial son reconocidos por nuestro derecho y, aunque

---

<sup>233</sup> Las posturas enfrentadas en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados entre el Sr. Castellanos Cardalliaguet y el Sr. Sanjuán de la Rocha cuestionaban si se puede requerir el establecimiento de estas condiciones cuando ello no es impuesto a los nacionales. La existencia de ordenamientos jurídicos que no responden a un planteamiento equivalente al nuestro hizo que el precepto fuera aceptado en estos términos.

nos movamos en el estricto ámbito del Derecho de extranjería, cabría cuestionarse la validez del mismo.

### **1.2.2. Validez y prueba del procedimiento jurídico de disolución del vínculo.**

¿Debe exigirse el *exequátur* de la decisión extranjera que contenga la prueba de la disolución del vínculo del anterior matrimonio del reagrupante separado y casado en segundas nupcias? La doctrina coincide en que no se trata de ejecutar una resolución extranjera, sino de probar la disolución de un previo vínculo matrimonial; de donde se deduce la no aplicación del procedimiento de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras de divorcio.

Repárese en que estas sentencias o decisiones extranjeras, fruto de crisis matrimoniales anteriores al proceso de la inmigración familiar, no pretenden su reconocimiento en España ni ser invocadas ante un registro español para su inscripción: sus efectos se agotan en el estricto ámbito del Derecho de extranjería. Consecuentemente, la regularidad de la decisión no debe ser objeto de control<sup>234</sup>, bastando con medir el valor probatorio del documento que se aporta en los términos establecidos en el artículo 323 LEC así como la legalización o Apostilla (regularidad extrínseca) y la traducción (art. 144 LEC), además de los requisitos materiales anteriormente mencionados.

La jurisprudencia corrobora lo anterior. Y así, en la STSJ de Madrid de 1 de julio de 2004, se debatía la reagrupación familiar de un segundo cónyuge siendo que el primer matrimonio había sido disuelto por divorcio consensuado. El Tribunal valoró las diversas pruebas presentadas y observó que

consta que el extranjero que vive en nuestro país [...] tiene concedido el divorcio consensual retribuido de su anterior esposa, tras un procedimiento judicial seguido en el Reino de Marruecos [...], que en dicho matrimonio no hubo descendencia y que, expresamente, la anterior esposa renunció a cuantos derechos legales pudieran corresponderle.

La consecuencia de esa prueba —señala el Tribunal— es la acreditación de los requisitos establecidos en la Ley de extranjería: que el extranjero —que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias— demuestra 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”<sup>235</sup>.

---

<sup>234</sup> Cuestión distinta es si posteriormente pretende invocarse la resolución ante un órgano jurisdiccional español como cuestión incidental para hacer valer sus efectos procesales (básicamente cosa juzgada) o ante el Encargado del Registro Civil español si el matrimonio anterior hubiera tenido que inscribirse en el Registro Civil español. *Vid.*, A.P. ABARCA JUNCO y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Capítulo II. Reagrupación...”, *cit.*, pp. 459-462.

<sup>235</sup> En el mismo sentido, la STS de 25 enero 2006, en la que se resuelve la validez de un repudio *Kohl* a efectos de entender acreditada la separación respecto del matrimonio anterior exigida por el artículo 17.1.a) de la Ley de extranjería. El Tribunal señaló que: “La eficacia, pues, extraterritorial del documento extranjero que certifica que —al amparo de una determinada normativa extranjera— se ha constituido la situación que se pretende hacer valer (aquí, a la sazón, el repudio o divorcio del

Comprobados estos extremos, el documento sólo surtirá efectos en la reagrupación familiar si su contenido acredita los derechos y obligaciones que incumben al cónyuge reagrupante respecto de su anterior familia en los términos establecidos en la norma de extranjería: en primer lugar, que la modificación del estado civil de quien estuvo casado en un primer matrimonio y pretende reagrupar a un segundo cónyuge fue realizado “jurídicamente”; y, en segundo lugar, si acredita la definición de los deberes alimenticios que le incumben al cónyuge reagrupante separado respecto de la anterior familia, lo que refleja un concreto interés del Estado en su política migratoria ante la reagrupación familiar.

Algunos autores, como la profesora Moya Escudero, consideran que la exigencia es en extremo rígida y no se justifica, pues “aunque la finalidad sea justa y loable, nuestros criterios no tienen por qué ser compartidos por otras culturas”<sup>236</sup>. Para el profesor Esplugues Mota, el supuesto parece estar pensando en los matrimonios poligámicos y en concreto en aquellos sistemas jurídicos que autorizan el repudio unilateral a instancia del marido y limitan los derechos de la mujer.

En esta misma línea, la profesora Abarca Junco ha recordado que uno de los derechos que se afirman con fuerza en el ámbito del tráfico jurídico externo es el de alimentos en el caso de disolución del matrimonio, cuestión que habrá de observarse igualmente en materia de reagrupación familiar<sup>237</sup>. En este sentido, señala que, cuando ha de aplicarse el sistema de Derecho internacional privado del foro, y con el fin de evitar el abandono económico en el que pueden quedar sumidas algunas mujeres residentes en el país de acogida, se va abriendo paso el llamado *orden público económico o presupuestario*, que valora dos aspectos: los resultados económicos de la ley extranjera aplicada al divorcio (p. ej., la esposa se queda sin recursos) y los efectos que esta solución produciría en el país de residencia (básicamente, depender de la asistencia social)<sup>238</sup>.

Sin dejar de valorar las anteriores consideraciones, no cabe duda que la norma está pensada para garantizar la subsistencia de la primera familia que reside en el país de origen; por ello, hubiera sido deseable que la norma de extranjería, además de atender al orden público alimentista, insistiera en la salvaguarda de los derechos de defensa del

---

recurrente) dependerá de la valoración que habrá de efectuarse de conformidad con lo establecido en el sistema convencional existente entre los dos países (España y Marruecos, en este caso), y, en su defecto, conforme a lo dispuesto en nuestro Ordenamiento jurídico.

En el presente caso —tratándose de una resolución de repudio o divorcio— habrá de tenerse en cuenta en el mencionado ámbito convencional el Convenio —que se cita como infringido en el motivo que examinamos— de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa suscrito entre el Reino de España y el Reino de Marruecos el 30 de mayo de 1997 (publicado en el BOE de 25 de junio de 1997); y, por lo que al Derecho español concierne, habría de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 323 de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.” (FJ 5 *in fine*). Publicada en *La Ley D*, núm. 6497, de 5 de junio de 2006.

<sup>236</sup> M. MOYA ESCUDERO, “Derecho a la reagrupación familiar”, *cit.*, p. 689.

<sup>237</sup> A.P. ABARCA JUNCO, “La regulación de la sociedad...”, *cit.*, p. 172.

<sup>238</sup> En un caso planteado en Alemania, entre esposos iraníes, la ley iraní es descartada por los vínculos “notables” de las partes con Alemania, país de su residencia. De la aplicación del derecho iraní resultaba que la esposa no tenía derecho a alimentos y, al carecer de otros recursos, pasaría, por aplicación del derecho alemán, a depender de la asistencia social alemana (Decisión *OLG Oldenburg*, de 16 de septiembre de 1980), *apud* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Derecho e inmigración”, *op. cit.*, p. 53, nota 109.

cónyuge vencido (citación legal y oportunidad de defensa). Esta es la postura adoptada en Francia respecto de las actas de repudio que, para hacer prueba de la disolución del vínculo anterior a los fines de la reagrupación familiar, habrán de incluir la constancia expresa de la citación regular de la esposa y de su presencia o legal representación en el procedimiento<sup>239</sup>.

## 2. Los hijos.

En relación con los hijos beneficiarios de la reagrupación familiar se plantean numerosas cuestiones. Tomando el esquema de la Ley de extranjería dividiremos su examen en tres epígrafes: (A) los hijos del residente y de su cónyuge; (B) los hijos de uno solo de los cónyuges; y (C) los menores de 18 años o incapaces cuando el reagrupante sea su representante legal.

### 2.1. Hijos del residente y de su cónyuge.

La primera frase del inciso b) del artículo 17 se refiere a los hijos en los siguientes términos:

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.

Tres aspectos del párrafo merecen destacarse: la edad de los hijos y la ausencia de matrimonio (1); el vínculo de filiación (2); y la incapacitación de conformidad con la ley española o la ley personal (3).

#### 2.1.1. Edad de los hijos y ausencia de matrimonio.

— *Exclusión de los hijos mayores de edad.* El legislador español ha adoptado, al igual que el resto de los Estados miembros de la Unión Europea, una norma que excluye de la reagrupación familiar a los hijos mayores de edad. Quienes sean menores a los fines de la reagrupación debe establecerse según el derecho interno del Estado de acogida, sin que dicha edad pueda superar la mayoría de edad legal del Estado en cuestión (art. 4.1 penúltimo párrafo de la Directiva). La Directiva no impide a las legislaciones nacionales rebajar considerablemente la edad de los menores en atención a criterios de integración, legalmente previstos en su legislación interna antes de la fecha de aplicación de la Directiva.

En relación con el requisito de la ausencia de matrimonio, se trata de una cuestión estrechamente relacionada con la mayoría de edad pues en el Derecho español uno de los supuestos que producen la emancipación es el matrimonio (art. 316 C.c.). En tal caso, nada impide que el menor de edad casado ejerza la reagrupación de su cónyuge.

---

<sup>239</sup> *Circulaire DPM/DM2-3/2000/114 relative au regroupement familial des étrangers*, de 28 de febrero de 2000 (Ministerio del Interior y Ministerio de empleo y solidaridad), p. 16, derogada por el Decreto 2005-253, de 17 marzo 2005 (*Journal Officiel de la République Française*, de 19.3.2005), que mantiene la misma instrucción.

La Directiva permite que los Estados miembros establezcan una condición de edad mínima, que en ningún caso podrá superar los veintiún años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante (art. 4.5). La previsión no está recogida en la Ley de extranjería por lo que en principio, y cumplidos los requisitos materiales exigidos, nada obstaría tal reagrupación a no ser que se demostrara en el expediente consular que se trata de un matrimonio forzado<sup>240</sup>.

En el Derecho español de extranjería los hijos menores de edad a efectos de reagrupación familiar son aquellos que no hubieren alcanzado los 18 años, norma que coincide con el artículo 315 del Código civil relativa al momento de la mayoría de edad de los españoles. A diferencia de otras legislaciones nacionales, que establecen el momento en que ha de ser apreciada dicha edad —en concreto, el momento en que se solicita la reagrupación<sup>241</sup>—, la legislación española no lo indica. La jurisprudencia ha aclarado que será el momento en que se presenta la solicitud administrativa, no importando si el menor ya hubiese alcanzado la mayoría de edad cuando el expediente se resuelva<sup>242</sup>.

Centrándonos en la limitación propiamente dicha, la norma parece presumir que los hijos mayores de 18 años son independientes, que su formación secundaria ha terminado y que pueden afrontar, sin necesidad de la ayuda de la comunidad familiar, su propia subsistencia. Cabe preguntarse si esta presunción admite prueba en contrario. Los tribunales españoles consideran que “el límite temporal de la mayoría de edad constituye un requisito objetivo y de rango legal que únicamente podrá excepcionarse de concurrir alguno de los restantes supuestos que prevé la propia Ley Orgánica”<sup>243</sup>. Teniendo en cuenta que las circunstancias excepcionales han sido excluidas de la reagrupación familiar, un hijo mayor de 18 años no incapacitado no podrá obtener un visado de residencia por reagrupación familiar<sup>244</sup>.

Desde otra perspectiva, podría pensarse que el establecimiento de una edad puede incitar al fraude, “rejuveneciendo” a los hijos que hayan llegado a la edad máxima fijada por la norma de extranjería. Ello podría darse respecto de ciudadanos de países en los que sea relativamente fácil rectificar las actas del estado civil en los registros de sus países de origen. Un caso extremo fue constatado en Alemania respecto de menores turcos reagrupados quienes —en un porcentaje cercano al 80%—habían rebajado su edad en dos o tres años. El problema de la rectificación de las actas extranjeras del estado civil respecto de la reagrupación familiar no se ha planteado ante nuestros tribunales en tales términos, pero se sospecha que existe fraude si el registro del nacimiento de los hijos de cuya reagrupación se trata fue realizado pocos días después de iniciar la solicitud de reagrupación familiar<sup>245</sup>.

---

<sup>240</sup> A.P. ABARCA JUNCO y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Capítulo II. Reagrupación...”, *cit.*, pp. 469-470.

<sup>241</sup> Por ejemplo, la legislación francesa en el artículo 3 del Decreto núm. 2005-253, de 17 marzo 2005.

<sup>242</sup> STSJ Madrid, de 22 julio 2003, FJ 3 y STSJ Madrid, de 4 junio 2003. Esta última por aplicación de la normativa anterior a la LO 4/2000, en concreto el artículo 54.2 de la LO 7/1985 que establecía: “B) los hijos que en el momento de la solicitud, fuesen menores de 18 años...”

<sup>243</sup> STSJ Madrid, de 18 noviembre 2004.

<sup>244</sup> STSJ Madrid, de 22 septiembre 2004; STSJ Madrid de 22 julio 2003; y STSJ Madrid, de 4 de junio 2003.

<sup>245</sup> STSJ Madrid, de 22 septiembre 2004. Procedente de la Embajada de España en Kinshasa. Se pretendía la reagrupación familiar de dos jóvenes gemelas supuestamente hijas del reagrupante. El Consulado denegó la solicitud, entre otras razones, porque la inscripción de los nacimientos se hizo en

— *La discusión en torno a la edad de los hijos.* La fijación de la edad máxima fue objeto de numerosos debates en la elaboración de la Directiva. El texto final estableció, como hemos dicho, una edad que no superara la de la mayoría legal del Estado miembro y no estar casados<sup>246</sup>. En el ámbito del derecho comparado, el único país que establece una edad inferior a los 18 años es Alemania<sup>247</sup> (16 años). El resto de los Estados miembros, o bien fijan la edad de 18 años en la propia norma o bien, de modo genérico, hacen referencia a los hijos menores dependientes (Italia<sup>248</sup> y Portugal<sup>249</sup>). En todo caso, las legislaciones nacionales agregan requisitos adicionales permitidos por la Directiva; por ejemplo, en los Países Bajos, si los hijos tienen más de 12 años, pueden ser sometidos a un test de integración<sup>250</sup>; en Austria, la solicitud ha de presentarse antes de que los hijos cumplan los 15 años<sup>251</sup>; en Finlandia, deben tomar parte de un programa especial de integración y de conocimiento de la lengua del que se hace depender la autorización de residencia<sup>252</sup>.

La fórmula adoptada por el legislador español —consistente en la fijación de una edad concreta— fue introducida por una Enmienda del GP Popular y fijada en 18 años, a pesar de que otros Grupos sugerían su concreción bien por remisión a la ley española (GP Socialista), bien por remisión a su ley personal (GP Convergencia i Unió). Tanto el GP de Izquierda Unida como el GP Mixto en sus respectivas Enmiendas extendían el beneficio a los menores de 25 años “que dependan económicamente de los padres”.

Esta idea de dependencia económica de los hijos adultos resulta acorde con la jurisprudencia de Estrasburgo que ha recordado que la relación entre adultos no atrae

---

virtud de una autorización judicial recientemente obtenida y posterior a la fecha de la solicitud del visado “lo que claramente demuestra que lo pretendido era preparar una documentación a fin de intentar conseguir aquello a lo que no se tenía derecho” (FJ 1). Cabe señalar que del expediente se deduce que el Cónsul ya había enjuiciado la edad de las menores desde una apreciación subjetiva pues la apariencia de las solicitantes hacía presumir que eran mayores de la edad que decían tener (consta en los antecedentes de la sentencia).

<sup>246</sup> En sintonía con el Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador emigrante, de 24 de noviembre de 1977 (art. 12.1). Sin embargo, la Carta Social Europea indica que el término familia a los efectos de aplicación del artículo 19.6 “se interpretará en el sentido de que se refiere a la esposa del trabajador y a sus hijos menores de 21 años que vivan a su cargo” (parte II del Anexo a la Carta Social).

<sup>247</sup> *Cfr.*, *Act to Control and Restrict Immigration and to Regulate the Residence and Integration of EU Citizens and Foreigners (Immigration Act) of 30 July 2004*, *cit. supra* nota 57. Los hijos menores tienen el derecho a la reagrupación hasta los 16 años si ambos padres, o el que tenga la tutela única, posee un permiso de residencia básico (*Aufenthaltsurlaubnis*) o un permiso de establecimiento (*Niederlassungserlaubnis*). Los hijos menores, de más de 16 años, tienen también derecho a reagrupación si dominan el idioma alemán o cuando parezca seguro que se van a poder integrar a la sociedad alemana. Lo mismo ocurre cuando los hijos hayan trasladado el centro de su vida hacia Alemania, junto con ambos padres o con el que tenga la tutela única, y cuando ambos padres, o el que tenga la tutela única, posea un permiso de residencia básico o un permiso de establecimiento.

<sup>248</sup> *Cfr.*, artículo 29.1. b) del *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, reformado por Ley 189/2002, *cit. supra* nota 64.

<sup>249</sup> *Cfr.*, artículo 57.1 b) del *Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto (condições de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território português)*, *com as alterações introduzidas pela Lei n.º 97/99, de 26 de Julho, pelo Decreto-Lei n.º 4/2001, de 10 de Janeiro e pelo Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de Fevereiro*, *cit. supra* nota 66.

<sup>250</sup> *Cfr.*, artículo 15 *Aliens Act (Vreemdelingenwet Vw, 2000)*, modificada por Ley de 1 de noviembre de 2004, *cit. supra* nota 54.

<sup>251</sup> *Cfr.*, *Aliens Act 2002*, artículo 21.3, *cit. supra* nota 60.

<sup>252</sup> Par. 18 *new Aliens Act, 2002*, *cit. supra* nota 61.

necesariamente la protección del artículo 8, a no ser que se demuestre la existencia de otros “elementos de dependencia” que incluyan algo más que los lazos emocionales<sup>253</sup>. Abundando en la misma idea, ha sido criticada la edad de 18 años en vez de 21 años — que es la establecida en el régimen comunitario— pues se produce un trato diferenciado frente a los hijos de nacionales de un Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que pueden traer consigo a sus hijos hasta la mencionada edad de 21 años<sup>254</sup>.

En realidad, el debate en la Unión Europea se ha polarizado entre la idea de integración laboral y la cultural de estas nuevas generaciones en la sociedad de acogida. Se entiende que la integración se logrará mejor cuanto más jóvenes sean. Tanto en la sociedad francesa como alemana, la integración se observa tradicionalmente como un problema de acceso al mercado de trabajo y se sostiene que un adolescente inmigrado —sin formación escolar equivalente a la alemana o a la francesa— difícilmente podrá conseguir un empleo, aunque exista la mejor voluntad de integración. En esta línea, se llegó a sugerir la exclusión del beneficio de la reagrupación familiar a los hijos mayores de seis años, posición rechazada por su evidente contrariedad con los derechos del niño tal y como son reconocidos en la Convención de Nueva York de 20 de noviembre de 1989.

En el trámite de negociación de la Directiva, algunos Estados miembros insistieron en el elemento del conocimiento del idioma como criterio de integración cultural, de modo que su desconocimiento podría permitir a las autoridades nacionales la no admisión de los menores. Solución que las legislaciones de Austria, Alemania, Finlandia y Holanda (test de integración) acogen; pero que, en todo caso, habrá de interpretarse de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4.1 *in fine* de la Directiva: sólo si se trata de menores, que lleguen independientemente del resto de la familia y tengan más de doce años, el Estado miembro puede verificar si dicho niño cumple algún criterio de integración previsto por su legislación existente a la fecha de aplicación de la Directiva. Por otro lado, como ya hemos dicho, si los hijos tienen más de quince años, la Directiva permite a los Estados miembros no admitir a trámite la solicitud si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la Directiva, pero en todo caso deberán autorizar la residencia de estos menores de edad.

A nuestro modo de ver, si se toma la idea de integración como presidiendo la finalidad de la reagrupación familiar, es necesario concluir la importancia del conocimiento del idioma y la adecuada formación en pro de la más fácil integración en el territorio de acogida. Sin embargo, el resultado del test de integración no debería conllevar en todo caso el rechazo de la reagrupación familiar pues, como indica la norma comunitaria y el propio TEDH, en la ponderación de los intereses del Estado de controlar la inmigración y el respeto a la vida en familia, debe tenerse en cuenta el interés prioritario del particular de llevar a cabo esa vida familiar en el país de acogida.

---

<sup>253</sup> Referencias a las decisiones sobre la admisibilidad de cuestiones en las que se ha planteado la posible existencia de “vida familiar” entre hijos adultos y sus padres, pueden verse en I. ARRIAGA IRABURU, *cit.*, pp. 99-100.

<sup>254</sup> En el ámbito comunitario de la libre circulación de personas, la edad se establece en veintiún años y, consecuentemente, nuestro Derecho interno así lo recoge en el RD 178/2003, de 14 de febrero, siendo criticable que la Directiva sobre reagrupación familiar no haya seguido el mismo criterio.



Ello no significa minusvalorar los problemas de integración de los hijos, tanto en la estructura escolar como en la más compleja calificación profesional, pero creemos que esta cuestión ha de ser tratada en el marco de las medidas de integración social y en el más amplio del derecho a la educación y al acceso a la orientación, a la formación, al perfeccionamiento y reciclaje profesionales, tal y como establece el artículo 14.1 incisos a) y b) de la Directiva<sup>255</sup>.

### **2.1.2. El vínculo de filiación.**

La fijación de una edad máxima no basta para determinar que el hijo pueda ser beneficiario de la reagrupación. En efecto, el vínculo de parentesco de los hijos que da lugar al beneficio de la reagrupación familiar habrá de acreditarse por el solicitante mediante la presentación de la documentación acreditativa.

En nuestro Derecho la igualdad de la filiación es una cuestión de orden público constitucional, y ello aunque la legislación del país de origen del menor de cuya reagrupación se trate no proclame esta igualdad: recordemos que el Derecho musulmán clásico sólo reconoce la filiación legítima, ignorando la legitimación, la adopción y el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio<sup>256</sup>. En estas circunstancias, si consideramos que la posición de los hijos ha de ser igual respecto de la reagrupación familiar, ¿qué tratamiento habremos de dar a leyes extranjeras que sólo reconocen la filiación legítima?

Como hemos insistido a lo largo de este apartado, en materia de reagrupación familiar los vínculos de parentesco se prueban mediante las actas del registro o documentos extranjeros que los acrediten. En principio, pues, no se recurre a la norma de conflicto para el establecimiento de la filiación. Ello no significa que, en un momento posterior, pueda cuestionarse dicha filiación a otros efectos (*ad ex.*, alimentos o sucesión) siendo necesario establecer, entonces, la ley que permita determinar dicho vínculo.

El ámbito de aplicación de las normas sobre reagrupación familiar incluye a los hijos por naturaleza y a los hijos adoptivos. ¿Cuáles son los rasgos definitorios de nuestro sistema?

#### **A. Igualdad de la filiación.**

Los parámetros básicos para la interpretación de la posición jurídica de los menores en el Derecho español reposan sobre los precepto constitucionales que consagran la igualdad (art. 14 CE), el derecho a contraer nupcias (art. 32 CE) y el mandato relativo a

---

<sup>255</sup> Sobre estas medidas y su plasmación en la legislación española desde un planteamiento que tome en cuenta las orientaciones y las medidas concretas destinadas a poner en práctica los *Principios Básicos Comunes* (PBC) para las políticas de integración, véase A.P. ABARCA JUNCO y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Un proyecto para encauzar la acción legislativa en la «Agenda para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea»”, *Proyecto de Investigación dentro del programa propio de fomento a la investigación del Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, Madrid, 2006, (en prensa).

<sup>256</sup> M.A. ASÍN CABRERA, *cit.*, pp. 155 ss.

la protección integral de los hijos, la igualdad de los mismos ante la Ley y la investigación de la paternidad (art. 39.1 CE). Estos rasgos pueden reconducirse a un principio según el cual allí donde exista un hijo existe una relación jurídica familiar. En consecuencia, una limitación que excluyera de la reagrupación familiar a los hijos no matrimoniales vulneraría el principio de igualdad de los hijos ante la ley, cuestión de orden público constitucional<sup>257</sup>.

En el plano de los instrumentos convencionales que se ocupan de los distintos aspectos relacionados con la filiación, destaca la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, cuyos derechos han sido incorporados por remisión al ordenamiento jurídico interno en virtud del artículo 3 de la LO 1/1996 de protección jurídica del menor: "...los menores gozarán de los derechos que les reconocen los Tratados internacionales de los que España sea parte, especialmente, la Convención de los derechos del niño de las Naciones Unidas"<sup>258</sup>.

Por lo que hace a la posición de los hijos en el CEDH —y para establecer en un caso concreto si se está en presencia de una vida familiar— los órganos de Estrasburgo no sólo examinan la existencia de vínculos de parentesco, sino también si puede constatar de hecho un vínculo de dependencia/cohabitación creador de vida familiar. Así, la adopción de una interpretación amplia de la noción "vida familiar" permite declarar que la existencia de vida familiar de los padres con sus hijos no depende del matrimonio ni deja de existir en caso de divorcio. Vida familiar que igualmente existe aun cuando los miembros de la familia no vivan bajo el mismo techo (Asunto Moustaquim c. Bélgica de 18 febrero 1991). De modo explícito el Tribunal ha entendido que la familia aludida en el artículo 8.1 incluye tanto a la familia legítima<sup>259</sup> como a la familia natural<sup>260</sup> y a la adoptiva, no siendo relevante a estos efectos la situación irregular del progenitor<sup>261</sup>.

Podría así deducirse que, en el plano de la reagrupación familiar, la filiación natural, la legítima y la adoptiva producen los mismos efectos. En relación con esta terminología, importa subrayar que desde la reforma del Código civil, por Ley 11/1981, de 13 de mayo, sólo cabe hablar en nuestro derecho de "filiación por naturaleza y por adopción". La primera, a su vez puede ser matrimonial y no matrimonial, cuyos efectos son idénticos según dispone el artículo 108 C.c.

Pues bien, en el plano de la reagrupación familiar, la situación de los hijos de una pareja de hecho puede ser menos clara que la de los hijos matrimoniales, toda vez que la

---

<sup>257</sup> J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias...*, cit., p. 26.

<sup>258</sup> Ello indica que la citada Convención es directamente invocable ante los tribunales españoles en todas las relaciones entre particulares, incluidas las que afectan al derecho internacional privado. Vid., P.-P. MIRALLES SANGRO, "La nueva ley española de extranjería en relación con la normativa del Consejo de Europa y las Naciones Unidas", en *La protección de los derechos humanos en los flujos migratorios. Actas del Coloquio Naciones Unidas-UNED celebrado en Segovia, 16-17 de febrero de 2001* (Gómez del Prado, J.L., coord.), UNED, Madrid, 2002, pp. 157-180.

<sup>259</sup> Asunto Berrehab c. Países Bajos, de 21 junio 1998.

<sup>260</sup> Asunto Johnston c. Irlanda, de 18 diciembre 1988.

<sup>261</sup> En la reciente sentencia del caso Rodrigues da Silva, el TEDH reconoció la existencia de vida familiar entre una madre brasileña en situación irregular en el territorio y con orden de expulsión y su hija, respecto de la cual no ostentaba la custodia que, tras un largo proceso ante los tribunales, había sido otorgada a los abuelos paternos (holandeses). Si bien, en el acuerdo, se había establecido un régimen de visitas que permitía a la madre tener consigo a la menor (de tres años), todas las semanas de jueves a domingo.

reagrupación de la pareja no casada no está permitida. Esta situación lleva en la práctica a exigir que ambos padres se encuentren en el territorio de acogida o, en su caso, demostrar que al progenitor que reside en el país de origen le ha sido retirada la patria potestad.

### **B. Hijos adoptados.**

En relación a los hijos adoptados, el artículo 108 del Código civil equipara los hijos adoptivos con los biológicos, por lo que no es posible justificar un tratamiento distinto de aquéllos en relación con la reagrupación familiar. La Directiva exige que la resolución en que se acuerde la adopción haya sido “adoptada por la Autoridad competente del Estado miembro de que se trate o de una resolución ejecutiva en virtud de obligaciones internacionales de dicho Estado miembro o que debe reconocerse de conformidad con las obligaciones internacionales” [art. 4.1 b)]<sup>262</sup>.

En cuanto al Derecho interno, el artículo 17.1 b) *in fine* de la Ley de extranjería establece la exigencia de acreditar que la resolución en la que se hubiere acordado la adopción “reúne los elementos necesarios para producir efecto en España”, cuestión que ha de resolverse por remisión a lo dispuesto en el artículo 9.5 párrafo quinto del Código civil<sup>263</sup> y en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional<sup>264</sup>, debiendo recordar que la constitución de la adopción es un acto de jurisdicción voluntaria y, por consiguiente, su eficacia extraterritorial no exige el procedimiento de exequátur.

Según el tenor literal del párrafo quinto del artículo 9.5 C.c., “no será reconocida en España como adopción constituida en el extranjero por el adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española”. En consecuencia, además de la regularidad formal del documento extranjero en el que conste la adopción (art. 323 LEC), para que se dé la equivalencia de efectos con los previstos en la legislación española (arts. 178 y 180 C.c.), la institución adoptiva extranjera deberá establecer la relación de filiación entre adoptante y adoptado, extinguir los vínculos del menor y sus padres biológicos y, por último, ser irrevocable. No obstante, en relación con este último requisito, debe tenerse en cuenta que el

<sup>262</sup> Está haciendo referencia al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, cuyo artículo 23.1 establece que “una adopción certificada conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes...”

<sup>263</sup> Artículo 9.5.- “...En la adopción constituida por la competente autoridad extranjera, la Ley del adoptando regirá en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios. Los consentimientos exigidos por tal Ley podrán prestarse ante una autoridad del país en que se inició la constitución o, posteriormente, ante cualquier otra autoridad competente...”. Sobre la institución de la adopción internacional existen numerosos trabajos en la doctrina española. Por su relación con los problemas de la inmigración, véase S. GARCÍA CANO, “Posición y “protección” del menor inmigrante en la actual legislación de extranjería”, en *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, *op. cit.*, pp. 153-177; J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Las medidas de protección de menores procedentes de países musulmanes en territorio español”, en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, *op. cit.* pp. 363-410, esp. pp. 405-410; y A. RODRÍGUEZ BENOT, “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural: (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la *kafala*)”, *RGD*, Núm. 667, 2000, pp. 4419-4448. Y, desde la perspectiva de la adopción pendiente de reconocimiento, *vid.* M.A. CALZADILLA MEDINA, “Vicisitudes de la situación jurídica del menor extranjero en España y la institución adoptiva”, *Act. Civ.*, núm. 2, 2005, pp. 133-150.

<sup>264</sup> BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

antecitado precepto (art. 9.5 párrafo quinto C.c.) establece que “la atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparencia ante el encargado del Registro Civil”<sup>265</sup>.

Tomando en consideración los anteriores elementos, la eficacia en España de la adopción extranjera se mantendrá en todos los avatares de la vida del hijo adoptivo reagrupado al existir identidad entre los requisitos requeridos en sede de extranjería y los señalados para su eficacia en España, cuando la misma sea constituida por competente autoridad extranjera.

### **2.1.3. Hijos incapacitados.**

La Directiva en su artículo 4.2 b) autoriza a los Estados miembros a establecer, por vía legislativa o reglamentaria, la entrada a los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, así como los hijos de parejas de hecho en estas mismas circunstancias “cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud”.

El legislador español utiliza la expresión “o estén incapacitados, de conformidad con la ley española o su ley personal” dando lugar a algunos problemas de interpretación. Como primera precisión, la incapacitación en nuestro Derecho es un estado civil que se origina cuando la autoridad judicial declara incapaz en sentencia a una persona por concurrir en ella las causas establecidas por la ley (arts. 199 y 200 C.c.). En cambio, la incapacidad de obrar del menor de edad no requiere declaración judicial alguna, al venir determinada por la ley. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que, en Derecho español, es la sentencia la que modifica el estado civil y, a partir de la misma, quedará constatada *erga omnes* la incapacidad. Ahora bien, ello no quiere decir, por ejemplo, que si no existe tal sentencia, el que realmente esté loco, sea una persona capaz. Lo que ocurre, como señala L. Diez Picazo, “es que ha de probarlo quien lo alegue para la obtención de unos concretos fines”.

Desde esta perspectiva, a la luz del tenor del precepto, las causas de la incapacitación y la prueba de la misma son los dos aspectos que pueden suscitarse como problemáticos en la reagrupación familiar.

En cuanto a la concreción de las causas de incapacitación, recordemos que el artículo 9.1 C.c. prevé como ley rectora del estado y capacidad de las personas la ley personal y el artículo 9.6 C.c. señala como ley competente en materia de incapacitaciones, la ley nacional de la persona afectada. El profesor Esplugues Mota considera que el precepto consagra una excepción a lo previsto en las normas de Derecho internacional privado, cobrando la referencia cumulativa a ambos

---

<sup>265</sup> La DGRN había matizado este requisito (superada su dificultad tras la entrada en vigor de la Ley 18/1999 que añadió ese párrafo final al art. 9.5 inciso 5), teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor; y así, la revocabilidad de la adopción extranjera no impide su reconocimiento en España cuando las causas de revocación, por corresponder a otras concepciones culturales, sean escasamente operativas en la realidad de la sociedad española.

ordenamientos un “significado flexibilizador” pues “permitirá cotejar la incapacitación respecto de dos leyes, y no sólo de una, como hace el art. 9.1 C.c.”<sup>266</sup>.

No obstante, parece difícil que la incapacitación lo sea conforme a la ley española ya que siendo extranjero el interesado y residiendo fuera de España difícilmente se daría la conexión necesaria con nuestro país para atribuir la competencia judicial al tribunal español y, por tanto, para que le fuera de aplicación la ley española. A no ser que la persona incapacitada, residiendo en España en razón de título diferente, hubiera sido declarada incapaz por un tribunal español y tiempo después —pensamos en el supuesto de que hubiera regresado a su país de origen— se interesara amparar su situación de residencia mediante un visado por reagrupación.

En segundo lugar, la prueba de la incapacitación. En este aspecto caben dos interpretaciones, según se haya seguido o no un procedimiento judicial para declarar la incapacidad, imprescindible según nuestro sistema<sup>267</sup>, pero que puede no ser encomendado a la autoridad judicial en otros ordenamientos jurídicos. En el primer supuesto (existencia de declaración judicial), basta con cumplir los requisitos que para su prueba exige el artículo 43.2 d) del Reglamento. Cabría pensar si del precepto puede deducirse que, además de referirse a la existencia de una resolución judicial (que pudiera ser reconocida en España), también se extiende a la comprobación de la ley que ésta aplicó. No parece ser este el alcance del precepto.

No es difícil imaginar que la decisión extranjera que declaró la incapacitación del reagrupado, aun siendo suficiente para la reagrupación familiar, no lo sería en España para otros efectos que pudieran plantearse en la vida del reagrupado residente. Por otro lado, una alteración o desaparición de las causas tomadas en consideración en la declaración extranjera, anterior a la reagrupación, exigirían la mediación de nueva declaración judicial, que tendría por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida. Esta modificación, en el caso de cambiar el régimen a que está sometido el incapacitado (pensamos en la llamada “reintegración” de la capacidad), incidiría en su autorización de residencia que pasará a ser independiente del permiso del reagrupante.

En el segundo supuesto (ausencia de declaración judicial), podría pensarse que en nuestro sistema no sería admisible —por contrariedad con el orden público— la reagrupación familiar del incapacitado no declarado judicialmente. Desde este punto de vista, la interpretación del precepto sólo beneficiaría a los hijos mayores de 18 años e incapacitados judicialmente y el problema se centraría en la existencia de la resolución judicial como prueba de la falta de capacidad en el momento de la reagrupación. Pero esto no es lo que dice la norma. Entonces, ¿cabría oponer el orden público frente la

---

<sup>266</sup> C. ESPLUGUES MOTA y M. DE LORENZO SEGRELLES, *cit.*, p. 93.

<sup>267</sup> Tras la reforma operada en el C.c. por la Ley de 24 de octubre de 1983 en materia de tutela, la limitación de la capacidad sólo es posible tras un procedimiento judicial toda vez que el asunto trasciende el ámbito específico de la familia del incapacitado y, por afectar a los intereses generales, se encuadra en la órbita de la autoridad judicial con el protagonismo que la posterior reforma de 11 de noviembre de 1987 otorga al Ministerio Fiscal que deberá promoverla si las personas legitimadas para ello no existen o no lo hubieran solicitado (art. 203.1 C.c. en relación con el art. 220 del mismo cuerpo legal). En relación con la competencia judicial internacional, según el artículo 22.3, inciso segundo de la LOPJ, los tribunales españoles son competentes para declarar la incapacitación de los residentes en territorio español, y para acordar las correspondientes medidas de protección de su persona y bienes.

reagrupación familiar del hijo incapacitado que sí lo estaría conforme a su ley personal o a la ley española sin que exista sentencia judicial que lo declare?

Creemos que sería difícil sostener tal contrariedad sin violar el principio constitucional de protección a la familia (art. 39.1 CE). Además, es la propia norma de extranjería la que flexibiliza, como hemos indicado anteriormente, la concreción de las causas de incapacitación al permitir su valoración de acuerdo con dos ordenamientos jurídicos. Consecuentemente, si la persona tiene una incapacidad natural o legal según su ley personal (o según la ley española) habrá de entenderse que, a efectos de reagrupación familiar, “está incapacitada” (no es capaz). De aceptar esta interpretación amplia del hijo incapacitado a efectos de reagrupación familiar y, en ausencia de declaración judicial, lo que habrá que probar es la existencia de la concreta incapacidad legal que se alegue mediante certificados médicos o cualquier otro documentos que lo acredite<sup>268</sup>, exhibiendo además, en su caso, los preceptos legales correspondientes. Todo ello se llevará a cabo en el expediente consular (art. 43.3 del Reglamento).

## 2.2. Hijos de uno solo de los cónyuges.

La segunda parte del inciso b) del artículo 17.1 de la Ley de extranjería se refiere a los hijos de uno solo de los cónyuges, en cuyo caso “se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo”. Es evidente que el precepto está pensado para el supuesto de hijos de padres separados o divorciados.

La fórmula, cuyo origen se encuentra en las Enmiendas presentadas por el GP Socialista<sup>269</sup>, también se contempla en la Directiva que puntualiza y distingue dos supuestos: de un lado, los hijos menores del reagrupante (incluidos los adoptivos), cuando tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo [(art. 4.1 c)]; y, de otro lado, los hijos menores del cónyuge (incluidos los adoptivos), cuando tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo [(art. 4.1 d)]. Por otro lado, la Directiva contempla en ambos supuestos (reagrupante y cónyuge del reagrupante) la posibilidad de autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia sea compartida, “siempre que el otro titular de la misma haya dado su consentimiento”.

A la luz de la norma de extranjería, el supuesto está pensado para permitir la reagrupación de los hijos no comunes del matrimonio (del reagrupante o de su cónyuge) pero, también, tanto para el caso en que sólo uno los cónyuges resida en España y pretenda reagrupar a los hijos propios, como cuando se trate de los hijos de su cónyuge, supuesto en el que se requerirá el ejercicio en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia. En ambos supuestos se exige acreditar la dependencia, pues han de estar a cargo del reagrupante.

---

<sup>268</sup> Un interesante estudio sobre las situaciones de discapacidad y las personas a quienes ésta afecta, distinguiendo las variadas expresiones terminológicas utilizadas en la normativa española, puede verse en B. ALONSO-OLEA GARCÍA, M. LUCAS DURÁN e I. MARTÍN DÉGANO, *La protección de las personas con discapacidad en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, Aranzadi, Navarra, 2006, esp. pp. 39-90.

<sup>269</sup> Enmiendas números 58 y 59 a la Proposición de LO del GP Federal de Izquierda Unida; Enmiendas números 113 y 141 a la Proposición de LO presentada por el GP de Convergencia i Unió; y Enmiendas números 5 y 6 a la Proposición de LO presentada por el GP Mixto.

### 2.2.1. Ejercicio en solitario de la patria potestad y concesión de la custodia.

La patria potestad<sup>270</sup> y la custodia<sup>271</sup> son conceptos jurídicos que han de ser interpretados conforme a nuestro Derecho; sin embargo, deberán incluirse en estas categorías otros supuestos que, con la misma o parecida finalidad, existan en otros ordenamientos jurídicos. Tras haber descrito en apartados anteriores la concepción islámica de la familia, cabría preguntarse la posible oponibilidad del orden público, dado el carácter patriarcal de las relaciones familiares, que hace gravitar en torno a la figura del padre la responsabilidad parental y relega a la madre a un plano meramente doméstico. El supuesto puede plantearse con frecuencia respecto de la mujer de estatuto musulmán que —tras un procedimiento de divorcio que atribuyera la custodia de los hijos al padre— emigra y pretende posteriormente la reagrupación familiar de los menores.

En relación a los matrimonios poligámicos, la Directiva (art. 4.4) permite a los Estados miembros negar la reagrupación a los hijos del reagrupante y del otro cónyuge (es decir, el que no está reagrupado). La Ley de extranjería no recoge el supuesto. Sin embargo, la jurisprudencia se enfrenta a menudo con estos casos. Así, se ha desestimado la reagrupación de tres menores hijos del reagrupante y de otro cónyuge distinto del que previamente se había reagrupado. El Tribunal acogió el informe desfavorable del Cónsul en el que se hacía constar que los hijos del solicitante eran menores y se encontraban escolarizados en Marruecos bajo el control y tutela de su madre, por lo que “se estimaba contrario a sus intereses viajar a un país del que desconocían su cultura y su lengua, sustituyendo además a su madre biológica por la segunda esposa del demandante”<sup>272</sup>.

Por otra parte, el supuesto de la reagrupación de los hijos del cónyuge reagrupado ha planteado en la práctica la cuestión de si una madre no biológica puede reagrupar a los hijos de su cónyuge, a su vez reagrupado, bastando con la aquiescencia de la madre natural. Dado el interés del supuesto, transcribimos los fundamentos jurídicos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de octubre de 2002, en un caso procedente del Consulado español en Nador (Marruecos):

TERCERO.- Para la resolución del presente supuesto hay que tener en cuenta algunos datos de interés, como son: a) la solicitud de reagrupación la hizo la aquí recurrente D<sup>a</sup>. Amelia y la presentó tanto en beneficio de su esposo, el otro recurrente, como de Inocencio, a quien menciona como hijo; b) la solicitante no es la madre del menor; c) el

---

<sup>270</sup> Esta potestad se ejerce siempre en función del interés y beneficio del hijo y se lleva a cabo, según el artículo 156 del C.c., conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro (art. 156 C.c.). En los casos de separación de los padres (sea de hecho o de derecho), el artículo 156, párrafo tercero del C.c. ordena que la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva, aunque el juez puede a solicitud del progenitor autorizar el ejercicio conjunto de la patria potestad y distribuir las funciones inherentes al mismo entre ambos progenitores.

<sup>271</sup> Tras la Ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 9.7.2005), el artículo 92.5 C.c. establece: “Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”.

<sup>272</sup> STSJ Madrid, de 10 junio 2004, FJ 2.

interesado es hijo sólo del padre, el ya reagrupado, quien no pudo pedir por ello la reagrupación de su hijo porque a la fecha no era residente legal; d) el padre figura en sus dos matrimonios como “soltero”, en lugar de figurar en el segundo como divorciado; e) no consta el acta de divorcio anterior.

CUARTO.- El art. 17-b de la LO. 4/00 de 11 de enero se admite la reagrupación del hijo de uno sólo de los cónyuges, pero condicionado a que ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y esté efectivamente a su cargo. De ahí que haya de ser el padre natural quien pida la reagrupación, lo que no ha ocurrido y en cuanto a la patria potestad o custodia, no consta que autoridad alguna se la haya otorgado, tan sólo un acta de aquiescencia de la madre natural sin más valor que su simple manifestación.

No cabe duda que el fallo de la sentencia es correcto, toda vez que no basta para acreditar la custodia una mera declaración del cónyuge; pero más allá de esta cuestión, conviene realizar alguna consideración crítica en torno al razonamiento del Tribunal por lo que se refiere a la titularidad del derecho a reagrupar. El tenor literal del artículo 17.1 b) a la sazón vigente (idéntico al actual) establecía que

El extranjero residente tiende derecho reagrupar con él en España a los siguientes familiares: ...b) Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que no 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.

Tal como se desprende de lo anterior, la titularidad del derecho está plasmada en el apartado 1 del artículo 17 y corresponde al extranjero residente, destinándose los incisos [del a) al d)] a señalar a los beneficiarios de la reagrupación. En consecuencia, quien no es progenitor natural, pero es residente puede reagrupar a los hijos de su cónyuge, siempre que se cumplan las restantes condiciones establecidas, tal como indica el inciso b). Por otro lado, la Directiva es más clara en este sentido, al establecer los mismos supuestos en dos apartados distintos: por una parte la reagrupación de los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, esto es los comunes; y, de otra parte, los hijos menores del cónyuge... que los Estados miembros podrán autorizar cuando éste tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. En este sentido, la norma es también respetuosa con el derecho a la vida en familia de los hijos que estén a cargo de un cónyuge reagrupado que no pueda reagrupar directamente, en tanto no obtenga una autorización independiente.

### ***2.2.2. Concreción reglamentaria de la dependencia.***

En cuanto al último de los requisitos, se trata de una cuestión de hecho que ha de ser probada; extremo al que ya hemos hecho referencia en el Capítulo II en relación con las condiciones materiales exigidas al reagrupante en el procedimiento de reagrupación familiar.

El Reglamento de extranjería de 2004 define el término “a su cargo” en el artículo 39 e) a cuyo tenor “se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido



fondos o soportado gastos de su familia en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva”<sup>273</sup>.

Recordemos, finalmente, que la reagrupación solamente se da cuando la familia está fuera de España, aunque la Directiva no impide, siempre con carácter excepcional, la reagrupación “in situ” (art. 5.3 segundo párrafo). Si se trata del hijo, nacido en España, de residente que se encuentre residiendo legalmente, es evidente que no se trata de un supuesto de reagrupación familiar pues el menor, según establece el Reglamento de extranjería en su artículo 94.1, obtendrá de modo automático la autorización de residencia<sup>274</sup>.

### 2.3. Otros menores: la representación legal en la reagrupación familiar.

El artículo 17.1 c) de la Ley de extranjería establece:

El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares: ...c) Los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal.

La Directiva no contempla este supuesto toda vez su artículo 4.2 b), como hemos señalado, sólo comprende a quienes sean hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. La Ley de extranjería se refiere a dicho supuesto en el inciso b) del artículo 17.1, y amplía el derecho de entrada y residencia a favor de otras personas dependientes, no hijos, cuyo representante legal sea el extranjero residente.

El núcleo familiar a que se refiere la Directiva está bien establecido en el artículo 4 y no incluye a las personas con las que no exista un vínculo de parentesco, sin que los Estados miembros puedan ir más allá de lo previsto en la norma. Por ello, cabría pensar que el Derecho español es contrario a la normativa comunitaria. Ahora bien, el artículo 3.5 permite a los Estados miembros adoptar o conservar disposiciones más favorables, norma que, interpretada en un sentido amplio salvaría la tacha de contrariedad, pero el artículo 4 no permite, ni siquiera excepcionalmente, que se incluya como miembro de la familia a quienes no lo sean en los términos de la Directiva, lo que en nuestra opinión impide la obtención de un permiso de residencia por reagrupación familiar a estas personas.

Esto no significa, enténdase, propugnar la no admisión de estas personas que, sin duda, merecen una protección especial y deberían estar contempladas como un supuesto

---

<sup>273</sup> Mediante Orden del Ministerio de la Presidencia se determinará la cuantía o el porcentaje de ingresos considerados suficientes a estos efectos, así como el modo de acreditarlos (art. 39 e) *in fine* del Reglamento).

<sup>274</sup> Artículo 94.1 “Los hijos nacidos en España de extranjero que se encuentre residiendo legalmente en España adquirirán automáticamente la misma autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores. A estos efectos, el padre o la madre deberán solicitar personalmente la autorización de residencia para el hijo desde que tuviera lugar el nacimiento o desde que alguno de sus progenitores acceda a la situación de residencia legal, acompañando original y copia de la partida de nacimiento, así como copia de la autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores. Si el hijo nacido en España es de padre o madre reconocidos como refugiados, éstos podrán optar entre solicitar para él la extensión familiar del derecho de asilo o una autorización de residencia, en función del interés superior del menor”.

excepcional, pues el representante faltaría a su deber de velar por la persona del representado si no procurara su integración en un hogar familiar, lo que le impone, cuando menos, la cercanía con su tutelado.

Sucede, sin embargo, que el Gobierno al desarrollar la Ley de extranjería reglamentariamente ha vinculado las circunstancias excepcionales al hecho de que el extranjero se halle en España, por lo que no sería posible incluir el supuesto en el artículo 45.2. En este sentido, sería deseable que el legislador previera un supuesto especial de visado de residencia temporal por circunstancias excepcionales para incluir este supuesto y salvar así la posible tacha de falta de conformidad con el Derecho comunitario.

Volviendo al precepto *in commento*, la edad del menor beneficiario de la reagrupación ha de ser inferior a 18 años —concreción que evita los problemas derivados de la aplicación del mandato del artículo 9.1 del C.c.— y debe además estar sometido a la potestad tuitiva supletoria (arts. 215 y 304 del C.c.)<sup>275</sup> del residente legal quien, evidentemente, no es un progenitor.

Ahora bien, el precepto contempla también a los incapaces y no a los incapacitados, lo que puede presentar dificultades de interpretación, pues está pensada para los supuestos en que una persona (no menor de edad) está sujeta a la potestad tuitiva del reagrupante, sorprendiendo, pues, la referencia del precepto al “incapaz” en lugar de incapacitados, como sí se indica en el inciso anterior (art. 17.1 b) de la Ley).

En relación con el concepto representante legal, cabe la duda de su reconocimiento en el caso de que el alcance de sus obligaciones, en principio establecidas por la norma extranjera que le ha atribuido tal representación, sea diferente al previsto en nuestro ordenamiento jurídico. En opinión de la profesora M. Moya Escudero, dentro del concepto de representación legal deben estimarse incluidas las instituciones protectoras de los menores e incapacitados existentes en diversos ordenamientos jurídicos que otorguen al reagrupante extranjero ambas funciones o una de ellas. En este sentido, señala la autora, debe presuponerse que es a la luz del ordenamiento extranjero, y en su caso, con la prueba del certificado expedido por la autoridad extranjera, como deberá acreditarse tal vinculación<sup>276</sup>.

Finalmente, la prueba de la representación legal (art. 42.2 a) del Reglamento). Dadas las características de esta figura, será preciso acompañar el documento formal en donde conste el nombramiento del representante que surtiría efectos en el expediente

---

<sup>275</sup> Es decir, la potestad tuitiva del tutor, curador y defensor judicial y la guarda ejercida por determinación unilateral del guardador sin nombramiento judicial ni delación legal. Una posición distinta parece sostener C. Esplugues cuando estudia el precepto desde los supuestos de menores desamparados cuya tutela corresponde por ministerio de ley a las entidades públicas (art. 172.1 C.c.). Cfr., C. ESPLUGUES MOTA, “Inmigración y derecho de extranjería...”, *cit.*, p. 134.

<sup>276</sup> M. MOYA ESCUDERO, “Derecho a la reagrupación familiar”, *cit.*, p. 694. Respecto de la *kafala*, el Derecho francés entiende que el documento que autentifica la transferencia o la responsabilidad compartida de la autoridad parental a favor de terceras personas en los países magrebíes, en general tíos o hermanos, no puede activar la aplicación de las normas sobre reagrupación familiar; y ello a pesar de que el acuerdo franco-argelino relativo a la entrada y trabajo de dichos nacionales en Francia, sí permite solicitar la reagrupación familiar para los menores de dicha nacionalidad acogidos por *kafala*. Véase la respuesta del Ministro del Interior a la consulta formulada el 10 de noviembre de 2003, en *RCDIP*, t. 93 (2), 2004, p. 544.

administrativo, como documento público que es. Puede tratarse de un testamento o de un documento público notarial, también la decisión judicial determinando la delación de la tutela o, en su caso, de la curatela; y, caso de constar inscrito, el acta del Registro público. Por lo que respecta a la documentación que ha de presentar el solicitante (menor de 18 años o incapacitado) para la expedición del visado, habrá de probarse, igual que en los restantes casos, la edad y la dependencia legal o económica respecto del reagrupante representante legal (art. 43.2 d) del Reglamento).

Los Tribunales han estudiado el alcance de la representación legal en un supuesto en el que se trataba la solicitud de exención de visado al amparo del antiguo artículo 49.2 c) del RD 865/2001, precepto que admitía excepcionalmente dicha exención “al extranjero menor sujeto legalmente a la tutela de un ciudadano extranjero residente legal en España”<sup>277</sup>.

En el caso concreto, el menor de nacionalidad marroquí vivía con su hermano en España después de que su padre, residente en Marruecos, lo había dejado a su cargo, constando tal circunstancia en un “Acta notarial de manutención”, cuyo alcance, en lo que aquí interesa, no puede producir efectos en orden a acreditar la tutela, según se desprende del FJ 2 de la sentencia:

Conforme a lo previsto en el artículo 49.2.c. del Real Decreto 865/01, excepcionalmente, puede concederse exención de visado, en cuanto aquí puede importar, al extranjero menor sujeto legalmente a la tutela de un ciudadano extranjero residente legal en España, de forma que reúna los elementos necesarios para producir efectos en el territorio español.

Pues bien, ocurre en el caso que consta que el padre del recurrente manifestaría en Acta Notarial -Sección Notarial de Tánger, 22 de noviembre de 2001, folio 7 del expediente- que dejó a José María en España con su hermano Rogelio, y antes -20 de septiembre de 2001, folio 8 del expediente- que José María vive a expensas de Rogelio, quien se hace cargo de sus necesidades, así como también consta -folio 11 del expediente- que Rogelio se hace cargo de su propia esposa, Margarita, -Acta Notarial de 14 de junio de 2001-, pero, en definitiva, de todo lo anterior no cabe deducir sino que José María mantiene el vínculo con sus padres, esto es, queda sujeto a la patria potestad de sus padres.

Además, el acogimiento familiar de José María por su hermano Rogelio tampoco había sido interesado, sin que pueda ser trascendente aquí que después de la resolución de 26 de agosto de 2002 sí se solicitase.

Puestas así las cosas, como quiera que no procedía la exención del visado, tampoco cabía que se otorgase el permiso de residencia inicial...

...El interés superior del niño, que es a lo que la Convención [de los Derechos del Niño] llama a todos los poderes públicos en las medidas que adopten -artículo 3-, se satisface, por regla general, atendiendo al vínculo que le rige, que en caso no es otro que la patria potestad de sus padres, quienes residen en Marruecos.

Interpretada en sentido amplio, podría pensarse que el acogimiento familiar solicitado en España o, en su caso, la institución similar extranjera que produzca los mismos efectos que los reconocidos en la legislación española, acreditarían la

---

<sup>277</sup> STSJ Baleares, de 21 septiembre 2004.

representación legal del menor, en los términos establecidos en el artículo 17.1 c) de la Ley de extranjería.

### 3. Los ascendientes.

El artículo 17.1 inciso d) de la Ley de extranjería permite la reagrupación de “los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España”. La Ley de extranjería únicamente toma en cuenta la línea recta o directa ascendente; es decir, la que liga a una persona con aquellos de quienes desciende (art. 917 C.c.). Queda excluida, pues, la línea colateral formada por las personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común (art. 916 III C.c.).

#### 3.1. Noción de ascendiente.

El precepto se refiere a los ascendientes sin distinguir el grado de proximidad del parentesco con el reagrupante (o su cónyuge); es decir, las generaciones que de conformidad con nuestro Código civil forman un grado (art. 915 C.c.). Así, la norma incluye tanto a los ascendientes de un grado (padres) como los de segundo (abuelos) y tercer grados (bisabuelos). La Directiva, sin embargo, delimita el grado al primero y permite a los Estados miembros autorizar la entrada y residencia de los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge [(art. 4.2 a)]. Consecuentemente, una interpretación conforme a la Directiva de la noción de ascendientes no alcanzaría a los abuelos del reagrupante, ni siquiera cuando los padres faltaran.

En el ámbito del derecho comparado, la reagrupación familiar de los ascendientes se admite excepcionalmente y, en su caso, sometida a condiciones muy específicas. Las legislaciones de Bélgica, Francia, Grecia, Irlanda, Austria y Finlandia no la contemplan. En Alemania sólo puede darse en un caso especialmente extremo, bien porque una de las dos partes tenga una grave enfermedad o bien, porque por razón de la edad, los padres dependan del cuidado de la familia residente en Alemania<sup>278</sup>. En Italia<sup>279</sup> y Holanda<sup>280</sup>, sólo si están a cargo del reagrupante y no tienen otros hijos en el país de origen que puedan hacerse cargo o si tienen más de sesenta y cinco años. En Luxemburgo habrán de estar ya jubilados. Portugal<sup>281</sup> y España tienen similar regulación.

#### 3.2. Concreción de la dependencia.

---

<sup>278</sup> Cfr., section 36, *Act to Control and Restrict Immigration and to Regulate the Residence and Integration of EU Citizens and Foreigners (Immigration Act) of 30 July 2004*, cit. supra nota 58.

<sup>279</sup> Cfr., artículo 29.1. c) del *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, reformado por Ley 189/2002, cit. supra nota 64.

<sup>280</sup> Cfr., *Aliens Act (Vreemdelingenwet Vw, 2000)*, modificada por Ley de 1 de noviembre de 2004, cit. supra nota 54.

<sup>281</sup> Cfr., artículo 57.1 d) del *Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto (condições de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território português), com as alterações introduzidas pela Lei n.º 97/99, de 26 de Julho, pelo Decreto-Lei n.º 4/2001, de 10 de Janeiro e pelo Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de Fevereiro*, cit. supra nota 66.

En cuanto a las condiciones, la norma española exige la dependencia económica y la existencia de razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia en España (en idéntico sentido, el art. 39 d) del Reglamento). Con esta redacción, la Ley de extranjería permite una interpretación más flexible de la que cabría deducir de la norma comunitaria en lo que respecta a la dependencia económica, pues ésta, además de exigir que estén a cargo del reagrupante, requiere que se carezca de apoyo adecuado en el país de origen. Por otra parte, la Ley de extranjería no exige la carencia de apoyo familiar en el país de origen, por lo que podría cuestionarse su adecuación conforme a la Directiva. Si entendiéramos que “razones que justifiquen la necesidad” incluye en un sentido amplio “carecer de apoyo familiar adecuado en el país de origen” cabría la interpretación conforme.

En nuestra opinión, la norma interna es conforme a la Directiva en aplicación de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 3 (la Directiva “no afectará a la facultad de los Estados miembros de adoptar o conservar disposiciones más favorables”).

La jurisprudencia ha venido interpretado las razones que justifican la necesidad esencialmente como una cuestión de carácter económico, aunque también atiende a la edad, el padecimiento de enfermedades o al mantenimiento de las relaciones afectivas<sup>282</sup>. Básicamente los tribunales se refieren a la ayuda física y afectiva de la familia<sup>283</sup>, entendiéndolo que son circunstancias relevantes para la concesión del visado: la edad (si los padres son mayores de 65 años), la viudedad, las enfermedades graves, la dependencia económica, acreditada con el envío de remesas<sup>284</sup>, así como tener otros hijos residiendo en España<sup>285</sup>.

En cambio, los tribunales han considerado no justificada la necesidad de la reagrupación en los casos en que el ascendiente tiene otros hijos viviendo en el país de origen o en otro Estado miembro de la Unión Europea<sup>286</sup>. Asimismo, si en el país de origen viven otros hijos dependientes del ascendiente, por su edad o por circunstancias especiales, también se ha denegado la reagrupación<sup>287</sup>. En el caso de que las transferencias de remesas sean intermitentes, se ha estimado no justificada la dependencia económica<sup>288</sup>. E igualmente, con carácter general, la petición de reagrupación decae si el reagrupante solicita la justicia gratuita en la sustanciación del procedimiento por carecer de medios económicos<sup>289</sup>.

Por último, en una sentencia dictada por el TSJ de Navarra se planteó la reagrupación familiar de una madre, de nacionalidad marroquí, por parte de su hija residente en España. La interesada sostenía que, según las costumbres del país, son las

---

<sup>282</sup> La reagrupación familiar de los ascendientes ha sido tratada con mayor detenimiento por A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales: de la flexibilidad de la jurisprudencia del TJCE y del TS a la rigidez de la normativa vigente y futura”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 9, 2005, pp. 9-43, para este punto esp. pp. 35 ss.

<sup>283</sup> STSJ Madrid, de 19 julio 2004, FJ 5 punto 4.

<sup>284</sup> STSJ Madrid, de 19 julio 2004 y STSJ Navarra, de 7 marzo 2003, FJ 3.

<sup>285</sup> *Ídem*, FJ 6 y STSJ Madrid, de 5 junio 2003, FJ 2.

<sup>286</sup> STSJ Madrid, de 15 octubre 2002, FJ 3 y STSJ Madrid, núm. 585/2003, de 16 mayo 2003, FJ 3.

<sup>287</sup> STSJ Madrid, de 20 enero 2003, FJ 3.

<sup>288</sup> SSTSJ Madrid núms. 585/2003, 586/2003 y 587/2003, de 16 mayo 2003.

<sup>289</sup> Se trataba de una reagrupación de ambos padres y una hermana. En el caso, la dependencia económica era a la inversa; *cf.*, STSJ Madrid, de 30 enero 2003, FJ 3.

hijas (no los hijos) quienes tienen el deber de atender los padres. El tribunal entendió que estas razones no pueden venir dadas por las peculiaridades del país de origen del reagrupante, sino por las razones legales de la necesidad de la reagrupación:

no encontrándose en ver cuál sea la razón por la que en España [...] debemos plegarnos a las peculiaridades y a la idiosincrasia de otro país como Marruecos [y sin que quepa] extrapolar una tradición local del país de origen de la reagrupante, pues la solicitud se hace a la Autoridad administrativa española y ésta ha de aplicar la ley española, es decir, la Ley de extranjería y el Reglamento que la desarrolla y conforme a esta normativa no se ha de hacer distinción entre los hijos varones y las hijas<sup>290</sup>.

A modo de conclusión parcial, y sobre la base de la interacción de ordenamientos jurídicos, cabe realizar las siguientes puntualizaciones:

1. Los Estados europeos establecen una noción de familia en materia de reagrupación familiar que expresa el mínimo simbólico de nuestra pertenencia al grupo cultural occidental (padres e hijos según la tradición matrimonial y monogámica de la familia europea). Consiguientemente, los modelos no conformes no tendrán cabida en nuestra sociedad por la vía de la reagrupación: deberán replegarse, jurídicamente hablando, al modelo familiar preconfigurado por las normas materiales de extranjería.

2. La operatividad que la norma de extranjería facilita a la norma de conflicto en relación a la familia *objeto de reagrupación* se produce mediante los elementos normativos que definen a los beneficiarios de la reagrupación familiar (cónyuge, cónyuge separado, hijos, hijos adoptados, etc.). Elementos que son las condiciones de aplicación de la norma material y que, a su vez, pueden plantear cuestiones previas en materia de extranjería.

3. La interacción entre el Derecho de extranjería y el Derecho internacional privado se produce en el momento de la definición de los miembros de la familia, pues las normas de conflicto serán llamadas a regir las situaciones del estatuto personal, suscitadas a título de cuestiones previas, a no ser que la norma material de extranjería no lo permita dando una solución directa en la misma norma.

4. La interacción entre el Derecho convencional del Consejo de Europa y el Derecho de la Unión Europea se refleja, en materia de reagrupación familiar de los extranjeros, en el compromiso de la Unión de respetar los derechos fundamentales. Los Estados miembros y sus jurisdicciones deberán observar lo prescrito en el CEDH, lo que significa un diálogo permanente entre ordenamientos jurídicos.

5. El margen amplio de libertad permitido por la Directiva a los Estados miembros en la determinación de los miembros de la familia beneficiarios de la reagrupación, así como en el establecimiento de las condiciones y requisitos materiales, tanto en la entrada como en la renovación de los permisos de residencia por causa familiar, resulta equilibrado por la incidencia del artículo 8 CEDH. En este sentido, será en el nivel interno nacional donde las medidas en materia de reagrupación familiar y el derecho al respeto a la vida privada y familiar habrán de ser sometidas a prueba, evaluadas y contrastadas. Si estas medidas, cumulativamente aplicadas, resultaren

---

<sup>290</sup> STSJ Navarra, de 17 febrero 2005. Comentada por A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Derecho a residir en España...”, *cit.*, p. 42.

desproporcionadas, habrá de entenderse que atentan a la vida familiar de los extranjeros en un sentido que, en términos de la Directiva, se traducirá en su contrariedad con los objetivos de una buena integración en el Estado de acogida.





## **La familia reagrupada *objeto de integración***

### **INTRODUCCIÓN**

Reagrupada la familia se inicia un proceso de integración —social y jurídico— en el territorio de acogida. Jurídicamente se produce una confluencia de normas, de muy distinta inspiración, cuyos efectos se proyectan sobre las relaciones jurídicas de la familia; efectos que eventualmente pueden incidir en el estatuto de residencia familiar individualmente considerado. Los tres sectores normativos que interesan al tema de nuestro estudio son la extranjería, la nacionalidad y las normas de derecho aplicable, toda vez que en cada uno de ellos es posible apreciar y distinguir el elemento (común) de la integración. Desde este enfoque, la integración deviene un interés en presencia, un interés del propio ordenamiento jurídico, que el legislador proyecta en cada sector normativo aunque, como es evidente, el modo de proceder sea distinto según se trate de normas materiales o de normas de conflicto.

Mientras que en las normas materiales de extranjería la integración de los extranjeros en general es concebida como un objetivo a alcanzar, en las normas de adquisición de la nacionalidad por residencia la integración habrá de demostrarse. Pero, no sucede igual en las normas de conflicto del estatuto personal en las que, sólo mediante una determinada selección y articulación de las conexiones, puede orientarse materialmente la norma hacia el objetivo de la integración como se observa, por ejemplo, en el artículo 107 del Código civil.

El problema reviste cierta complejidad cuando el análisis de los problemas se lleva a cabo desde la perspectiva de la interacción o de la incidencia de las normas de los distintos sectores concernidos, a su vez incididos y cambiantes debido a la pluralidad de fuentes de producción.

En ocasiones, las respuesta pueden ser coincidentes, lo que significaría que el interés del Estado (entendido aquí, el objetivo de la integración) habría sido traducido en las normas de forma idéntica. Puede suceder, en cambio, que la percepción normativa de la integración sea diferente, bien porque en los intereses de la política estatal sobre entrada de los extranjeros prime, por ejemplo, la seguridad sobre la integración (típica fricción de las normas de extranjería) bien porque, en atención al resultado pretendido (p. ej. acceso a la nacionalidad o acceso a la residencia), la intensidad de la integración sea valorada de modo diferente.

Desde otra perspectiva, puede suceder que el principio *favor integrationis* no sea un objetivo o un valor que guíe u oriente materialmente las conexiones del estatuto

personal, bien porque los intereses de política legislativa frente a la norma de atribución no atiendan (o no tomen en cuenta) los que, en el ámbito de las normas materiales de extranjería y nacionalidad, parecen ser fundamentales o bien porque las dificultades de coordinación entre sistemas —en el actual nivel de desarrollo de las normas relativas al derecho aplicable al estatuto familiar— no permiten elegir “cómodamente” entre la nacionalidad y el domicilio cuando las culturas en presencia se revelan muy diferentes, como lo atestigua la actual política de inmigración familiar.

En este Capítulo vamos a examinar a la familia reagrupada objeto de integración en el territorio de acogida. Partiendo de la pluralidad de normas que inciden en las relaciones jurídicas de la familia extranjera reagrupada, en concreto las de extranjería, las de nacionalidad y las de ley aplicable, sus respuestas serán estudiadas a la luz de su recíproca interacción, si la hubiere, y atendiendo al objetivo de integración entendido como un valor del ordenamiento jurídico del foro.

Para la construcción y tratamiento de los aspectos que acabamos de indicar, el Capítulo se dividirá en dos bloques. El primero, correspondiente a los sectores de la extranjería y la nacionalidad; y, el segundo, relativo a las normas de ley aplicable.

En cuanto a las normas de extranjería, el punto de arranque habrá de ser la identificación del criterio de integración en las normas relativas a la adquisición y conservación del estatuto administrativo de los miembros de la familia reagrupada. En relación con las normas de nacionalidad, el nacimiento en España es un dato relevante para el juego del criterio de integración que favorecerá, por una parte, la adquisición de la nacionalidad por residencia, disminuyendo los plazos y, por otra, también incidirá en las normas de extranjería, favoreciendo, siempre que se cumplan cumulativamente otros requisitos, la obtención de un permiso de residencia permanente independiente.

La identificación del criterio *favor integrationis* en las normas de conflicto, se estudia en un apartado separado dada la diferente estructura de estas normas y los problemas de aplicación que el derecho extranjero reclamado puede plantear en cada supuesto concreto. A los fines de la familia reagrupada, hemos elegido los casos de la poligamia y el repudio como tema de análisis, toda vez que estas instituciones son las que provocan en la práctica la intervención de la excepción de orden público. Desde esta última perspectiva no resulta ilógico, pues, preguntarse acerca de la compatibilidad del objetivo de la integración con el mantenimiento de la conexión de la ley nacional como rectora del estatuto familiar.

## **I. LAS NORMAS REGULADORAS DE EXTRANJERÍA Y DE NACIONALIDAD EN LA FAMILIA REAGRUPADA.**

### **1. Las normas reguladoras de extranjería como normas función para la integración de la familia.**

El Derecho español de extranjería pone el acento en la incorporación al mercado de trabajo y en la duración de la residencia como elementos básicos de la integración. De ellos va a depender la continuidad de la residencia y, en su caso, la obtención de un permiso independiente. Ahora bien, más allá del acceso al mercado laboral existen otros

parámetros indicadores de la integración que, en principio, no son tomados en consideración por nuestra legislación de extranjería respecto de las renovaciones de residencia de los miembros de la familia reagrupada. Ello puede dar lugar a algunas situaciones poco satisfactorias desde el punto de vista de la coherencia del sistema.

### 1.1. Bases comunes para una noción de integración.

La Unión Europea ha establecido unos principios comunes sobre los que asentar la política de integración de los nacionales de terceros países que residen en el territorio comunitario<sup>1</sup>. De un modo pragmático, los elementos que posibilitan la inclusión en el país de acogida han sido definidos en torno a cinco áreas de política migratoria: empleo<sup>2</sup>, reagrupación familiar, residencia de larga duración, naturalización<sup>3</sup> y no discriminación<sup>4</sup>. En opinión de la Comisión, desde el momento en que el inmigrante accede al mercado laboral, la obtención de derechos irá en progresión hasta la plena ciudadanía, pero es necesario crear políticas que promuevan las condiciones necesarias que conformarán esa “ciudadanía cívica”<sup>5</sup>.

De las cinco áreas indicadas, la reagrupación familiar y la residencia de larga duración son las más relevantes desde la óptica de nuestro estudio. La primera, porque es un derecho entendido por la Comisión como crucial para la vida diaria del inmigrante y su planificación de futuro. Por otra parte, es el respeto a la vida en familia el fundamento de su consideración como un derecho esencial de integración; por ello, y en el plano de política legislativa, una inmigración que contemple la entrada a través de vínculos familiares puede contribuir a la estabilidad familiar, al logro de una sociedad más cohesionada y a resolver, en parte, los desequilibrios demográficos de la población europea. La segunda, porque acelera el proceso de integración en la sociedad de acogida. En este sentido, la Comisión entiende que una residencia de larga duración deberá otorgar a los nacionales de terceros países residentes legales en la UE un estatus

---

<sup>1</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Programa Común para la Integración...*, cit.

<sup>2</sup> Las dificultades de acceso al empleo se han identificado en la mayoría de Estados como la barrera más importante para la integración y, por lo mismo, la prioridad política más apremiante en las estrategias nacionales de integración. Un acceso restringido al empleo fomenta la exclusión, dificulta la movilidad y ocasiona una pérdida de talento y habilidades profesionales para la economía. Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Primer informe anual sobre migración e integración*, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, junio 2004, COM(2004) 508 final. Disponible en Internet: [http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/com/2004/com2004\\_0508es01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/com/2004/com2004_0508es01.pdf).

<sup>3</sup> La obtención de la nacionalidad sitúa a los inmigrantes al mismo nivel que los ciudadanos de la UE en relación a sus derechos y obligaciones. En este sentido, la Comisión considera que se debe fomentar la naturalización de inmigrantes mediante políticas que faciliten dicho proceso, distinguiendo idealmente entre la primera y las subsiguientes generaciones de inmigrantes. Así, los inmigrantes y sus familiares deberían poder adquirir la nacionalidad tras un número limitado de años de residencia, mientras la segunda y demás generaciones deberían poder obtener la nacionalidad automáticamente al nacer. *Ídem*.

<sup>4</sup> Se considera que una política activa de no discriminación contribuye a eliminar los obstáculos a la participación activa de todos los ciudadanos en al vida económica, social y cultural. Además, tanto la legislación como las políticas de no discriminación deben contemplar la discriminación que se produce por motivos raciales, étnicos de religión y creencia, así como también de nacionalidad y origen. En este sentido deberían ofrecer protección al menos en los ámbitos laboral, de provisión de servicios públicos y privados y los ámbitos de la educación y la formación. *Ídem*.

<sup>5</sup> Véase, CONSEJO EUROPEO, “Programa de La Haya: consolidación de la Libertad, la Seguridad y la Justicia en la Unión Europea”, DO C núm. 53, de 3 de marzo de 2005.

con garantías de permanencia y participación, que les permitirá contribuir a la sociedad en la que viven —a la vez que mantener los vínculos con su país de origen— y les abrirá las puertas a la libre circulación en el territorio de la UE.

## **1.2. Reflejo de la idea de integración en la posibilidad de residencia independiente de los familiares reagrupados.**

El derecho a la residencia es la consecuencia del acceso al territorio por causa de reagrupación familiar. Ahora bien, el estatuto migratorio adquirido depende de la situación de residencia del familiar reagrupante, circunstancia que conduce a preguntarse si los miembros de la familia reagrupada pueden adquirir un estatuto independiente de aquel de la persona con la que se reunieron. En otras palabras, ¿existe a su favor un derecho propio a la residencia independiente? El artículo 19 de la Ley de extranjería determina el tipo de autorización de residencia que obtienen los miembros de la familia reagrupada cuando se produzcan circunstancias excepcionales. Estas circunstancias ponen el énfasis en la incorporación al mercado laboral como elemento de integración básico para la obtención de un permiso independiente.

Bajo el epígrafe *Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias excepcionales*, el artículo 19 de la Ley de extranjería establece:

1. El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando obtenga una autorización para trabajar. En caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia doméstica, podrá obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma.
2. Los hijos reagrupados obtendrán una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar.
3. 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 artículo 17.3.

A la luz del precepto cabe hacer algunas matizaciones de carácter previo<sup>6</sup>. En primer lugar, sólo el párrafo segundo del artículo 19.1 —violencia doméstica— podría ser considerado de carácter excepcional, aunque tal circunstancia no baste *per se* para la obtención del permiso independiente si no va precedida de la orden judicial de alejamiento dictada a favor de la víctima (art. 41.2 b) del Reglamento). En segundo lugar, la duración de la autorización de residencia independiente participa de las características generales del régimen de autorizaciones de residencia en España, salvo que en su obtención no es preciso probar el cumplimiento de los requisitos materiales a los que se supeditan el resto de las primeras autorizaciones de residencia.

De esta primera diferenciación pueden derivarse dos problemas. En primer lugar, y llegados a la primera renovación, que el interesado no pueda acreditar el cumplimiento de todos los requisitos materiales (piénsese, por ejemplo, en la especial vulnerabilidad del cónyuge víctima de violencia doméstica que accedió a la residencia por la vía de la

---

<sup>6</sup> Para este punto, véase A.P. ABARCA JUNCO y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Capítulo II. Reagrupación...”, *cit.*, pp. 509-510.

reagrupación familiar). En segundo lugar, la continuidad de la residencia, que permite acceder al estatuto de residente permanente en España (art. 71 del Reglamento), no garantiza su inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración<sup>7</sup>; y es que dicho estatuto requiere ciertas condiciones para su obtención; entre otras, contar con un seguro de enfermedad, acreditar recursos económicos suficientes y, potestativamente para las legislaciones nacionales, superar las medidas de integración en la sociedad de acogida (art. 5).

La normativa española de extranjería no ha establecido medidas o criterios de integración específicos a la hora de renovar los permisos de residencia por causa familiar, sino que ha vinculado tal integración en torno a la duración de la residencia y a la inserción en el mercado laboral. Ambos parámetros están en consonancia con el Considerando 15 de la Directiva comunitaria<sup>8</sup> y se recogen en la Exposición de Motivos de la Ley de extranjería<sup>9</sup>.

En efecto, el artículo 15 de la Directiva referido a la entrada y a la residencia de los miembros de la familia, establece 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.

En consecuencia, la normativa comunitaria atiende a dos supuestos distintos pero tendentes al mismo fin, pues se trata de no exigir a las personas reagrupadas una duración mínima de residencia para obtener un permiso de residencia independiente, tanto en las situaciones de desamparo —que son las definidas en el apartado 3—, en las que la facultad es discrecional para los Estados, como excepcionalmente, cuando concurren circunstancias especialmente difíciles (ap. 4), en que los Estados deberán garantizar la expedición de un permiso autónomo.

En relación con la normativa interna, dos supuestos amparan la posibilidad de obtener una autorización independiente en el contexto de inserción de la familia reagrupada. Por una parte, el artículo 16.3 de la Ley (primer supuesto de la Directiva) que consagra el derecho del cónyuge a la residencia autónoma y amplía esta posibilidad a favor de los familiares agrupados con él. Y, por otra parte, el artículo 19.1 de la Ley (segundo supuesto de la Directiva) que garantiza la obtención de un permiso independiente cuando (el cónyuge) fuera víctima de violencia doméstica, “desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma”.

---

<sup>7</sup> DO L 16, de 23 de enero de 2004.

<sup>8</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.

<sup>9</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 [...]”.

Partiendo de este esbozo preliminar, la residencia de la familia reagrupada puede ser diferenciada en dos grandes grupos: por una parte, la residencia dependiente del permiso del reagrupante; y, por otra parte, la residencia independiente o “autónoma” según la Directiva (art. 15.1). Dentro de este último grupo cabe distinguir, a su vez, entre las autorizaciones temporales independientes (art. 41.1 del Reglamento) y las autorizaciones permanentes (que el mismo precepto llama “independientes”).

### **1.2.1. Residencia independiente del cónyuge reagrupado.**

El apartado primero del artículo 19 de la Ley de extranjería establece:

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

Según este apartado, el cónyuge reagrupado tiene derecho a la residencia independiente condicionado a la obtención de una autorización para trabajar. También puede solicitar una autorización de residencia de carácter independiente en el supuesto excepcional de violencia doméstica, una vez sea dictada la orden de protección<sup>10</sup>. En todo caso, la duración del permiso dependerá del tiempo de residencia previa en España. Así, la autorización será de carácter permanente si llevara residiendo legalmente en España cinco años (art. 41.1 *in fine* del Reglamento y art. 15.1 de la Directiva de residentes de larga duración<sup>11</sup>). En caso contrario, la duración de la autorización será temporal. Este supuesto de residencia es diferente al establecido en el artículo 16.3 de la Ley, que se refiere a la no pérdida de la residencia, adquirida en virtud de una previa reagrupación familiar, en el caso de ruptura del vínculo conyugal.

Trataremos en primer lugar la conservación de la residencia del cónyuge reagrupado en el caso de ruptura del vínculo (art. 16.3) y, en segundo lugar, los supuestos de residencia independiente del cónyuge a los que se refiere el artículo 19 de la Ley.

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

El apartado tercero del artículo 16 de la Ley de extranjería establece:

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.

---

<sup>10</sup> 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 núm. 183, de 1.8.2003, corr. err. BOE núm. 126, de 25.5.2004).

<sup>11</sup> La Directiva sobre reagrupación otorga el derecho, previa solicitud, a obtener un permiso de residencia autónomo independiente, tanto a los hijos mayores de edad como a los cónyuges o parejas no casadas, a más tardar a los cinco años de residencia; son estos mismos años los que se indican en la Directiva 2003/109/CE de 25 de noviembre de 2003 para tener acceso al estatuto de residente de larga duración.

La finalidad básica de la norma es preservar la residencia del cónyuge y sus familiares adquirida a título de reagrupación familiar, aunque se rompa el vínculo familiar que dio lugar a la adquisición<sup>12</sup>. Así se deduce del tenor literal de la Ley al decir que el cónyuge y sus familiares con él agrupados conservarán la residencia. Este precepto pretende evitar posibles casos de violencia doméstica y, ante la amenaza de perder el derecho a residir en España, la presión que podría producirse sobre uno de los cónyuges<sup>13</sup>. 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 por 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 divorcio, exigiendo la acreditación de la convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos dos años.

De la lectura conjunta de ambos preceptos cabe deducir que, más allá de ser un supuesto de conservación de la residencia (que lo es), se trata de un derecho genérico a la residencia a pesar de que la unidad familiar preexistente —la tomada en consideración en la previa reagrupación— ya no exista, debido a la posterior ruptura del vínculo matrimonial. Esta consecuencia es coherente con la idea de inserción en la sociedad de acogida que inspira la normativa de extranjería en esta concreta materia.

Con todo, la redacción puede dar lugar a equívocos. En primer lugar, como acabamos de afirmar no se trata tanto de un derecho a conservar la residencia 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. Y, en segundo lugar, no queda clara la significación de la frase “y sus familiares *con él* agrupados”. En este punto, la duda estriba en saber de quién es predicado “él”, pues una interpretación sistemática del precepto no admite que sea el reagrupante (la residencia del reagrupante no está en peligro por la quiebra de la unidad familiar), por lo tanto habrá de ser el cónyuge reagrupado.

El artículo 41.3 del Reglamento ha aclarado la duda inicial al establecer que únicamente el cónyuge reagrupado adquiere (en este supuesto y en los demás comprendidos en el art. 41.2 del Reglamento) 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. En consecuencia, la función de la norma es la inserción pues, con fundamento en el derecho a la vida en familia, se garantiza el mantenimiento del estatuto migratorio adquirido, aunque el vínculo matrimonial que dio lugar a su adquisición ya no exista.

La segunda parte del precepto señala que reglamentariamente se establecerán las condiciones para el otorgamiento de este permiso independiente y, en concreto, el tiempo previo de residencia exigible. El Reglamento de 2001 había fijado un periodo de

---

<sup>12</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y H. GRIEDER MACHADO, “La reagrupación familiar de los extranjeros...”, *cit.*, p. 112.

<sup>13</sup> A.P. ABARCA JUNCO y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Capítulo II. Reagrupación...”, *cit.*, pp. 511-517.

dos años de convivencia en España<sup>14</sup>; plazo que el actual Reglamento no ha modificado (art. 41.2 a) “siempre y cuando acredite la convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos dos años”). Esta exigencia —criticada por el Consejo General de la Abogacía, por el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, por varias organizaciones no gubernamentales y por un sector de la doctrina<sup>15</sup>— podría entenderse incluida en el apartado 4 del artículo 15 de la Directiva, que deja a las legislaciones nacionales el establecimiento de las condiciones relativas a la concesión y duración de los permisos de residencia autónomos.

Al parecer, el precepto se inspira en la solución del RD 155/1996 a la sazón vigente, posteriormente recogido en el RD 178/2003, de 14 de febrero, a propósito de la obtención de una autorización de residencia independiente por el cónyuge reagrupado de un nacional comunitario o de un español. No obstante, ha de tenerse en cuenta que la STS de 10 de junio de 2004 anuló el párrafo primero del artículo 2 del RD 178/2003 (“y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos”) así como el inciso “y se acredite la convivencia en España al menos durante un año”, del apartado 4º del artículo 11.3.c) de dicho Real Decreto<sup>16</sup>.

En otro orden de consideraciones, la Directiva permite a los Estados miembros 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)]. Esta previsión tiende, como ha puesto de relieve X. Vandendriessche, a evitar la obtención fraudulenta de un título de residencia<sup>17</sup> y por lo tanto, en materia de reagrupación familiar se vincula en especial a los casos de matrimonios de complacencia. Esta sanción no está prevista por la normativa española,

---

<sup>14</sup> Cuestión que había sido objeto de discusión durante el trámite parlamentario de la LO 8/2000. Véanse Enmiendas núms. 27, 127 y 336 (Sres. Puigcercós, Labordeta y Sra. Lasagabaster, respectivamente, del GP Mixto); Enmienda núm. 98 (CP Coalición Canaria); Enmienda núm. 74 (GP Mixto en el Senado, Sr. Quintana) y Enmienda 139 (GP Entesa Catalana de Progrès, en el Senado). *Vid.*, *Diario de sesiones*. Año 2000 VII Legislatura. Núm. 94 del Congreso de los Diputados, Sesión núm. 5 de la Comisión constitucional, celebrada el 6 de noviembre de 2000 y núm. 71, del Senado, Comisión constitucional, celebrada el 7 de diciembre de 2000.

<sup>15</sup> Por considerar que pone en duda la buena fe de las partes en la celebración del matrimonio; no tiene en cuenta el periodo de convivencia previo en el país de origen; podría provocar una convivencia forzada; y, en fin, se alude a lo difícil que resulta probar o apreciar si existe o no un tiempo de convivencia efectiva. *Vid.*, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y H. GRIEDER MACHADO, “La reagrupación familiar de los extranjeros...”, *cit.*, p. 113.

<sup>16</sup> El RD 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 (BOE núm. 46, 22.2.2003) ha sido afectado por las siguientes decisiones del Tribunal Supremo:

— ATS de la Sala Tercera de 2 diciembre 2003 (RCL 2004\712): suspende la vigencia y aplicación del artículo 11 ap. 3 c) 4º “en España”.

— STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 10 junio 2004 (RJ 2004\3885): (1) declara nulo el artículo 2, párrafo 1º “y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos”; y (2) declara nulo el artículo 11 ap. 3 c) 4º “y se acredite la convivencia en España al menos durante un año”.

— STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 9 febrero 2005 (RJ 2005\1400): anula el artículo 18, ap. 2 “o de denegación de tarjetas”.

<sup>17</sup> X. VANDENDRIESSCHE, “Le droit public face...”, *cit.*, p. 80.



así como tampoco el resto de los controles a los que hace referencia el artículo 16, apartados 2 y 4 de la Directiva<sup>18</sup>.

En relación con el tipo o clase de residencia que puede obtener el cónyuge reagrupado, la lectura conjunta de la Ley y el Reglamento ofrece pautas para una distinción, en el plano teórico, entre residencia vinculada a la autorización para trabajar y residencia sin autorización para trabajar, según se examina a continuación.

### ***B. Residencia vinculada a la autorización para trabajar.***

La Directiva comunitaria, en su artículo 14.1 b) establece que “Los miembros de la familia del reagrupante, tendrán derecho, de la misma manera que el reagrupante al: acceso a un empleo por cuenta ajena o por cuenta propia...”. Los Estados miembros podrán decidir las condiciones que dichas personas deberán cumplir para ejercer una actividad laboral, aunque la Directiva no permita que los Estados miembros prolonguen por un periodo superior a doce meses la inserción laboral del cónyuge y de los hijos; dilación que sólo se autoriza para “estudiar la situación de sus mercados laborales”. En relación con los ascendientes e hijos mayores solteros, el acceso al mercado laboral podrá limitarse mediante otras condiciones, según se verá más adelante.

El Derecho español ha seguido en este punto la Comunicación de la Comisión relativa a la inmigración, la integración y el empleo<sup>19</sup> y no impide que el cónyuge reagrupado pueda modificar su situación migratoria “dependiente” y obtener una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena. En este supuesto, no se exige la residencia legal de un año, que es el plazo general establecido para la modificación del estatuto migratorio (art. 96.1 y 3 del Reglamento). Se trata, pues, de una norma integradora contemplada tanto en la Ley de extranjería como en la Directiva comunitaria.

Desde una perspectiva distinta, la posibilidad de obtener la residencia independiente mediante una autorización para trabajar plantea varias interrogantes todas dirigidas a despejar las ventajas (e inconvenientes) de desvincularse de la residencia dependiente

---

<sup>18</sup> ...2. Los Estados miembros también podrán denegar una solicitud de entrada y de residencia con fines de reagrupación familiar, retirar o denegar la renovación del permiso de residencia de los miembros de la familia, si se demuestra que:

- a) se utilizó información falsa o engañosa, documentos falsos o falsificados, o se cometió otro tipo de fraude o se utilizaron otros medios ilícitos;
- b) el matrimonio, la relación en pareja o la adopción se formalizaron únicamente para que la persona interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro.

Al llevar a cabo una evaluación sobre este punto, los Estados miembros podrán tener en cuenta, en particular, el hecho de que el matrimonio, la relación en pareja o la adopción se haya formalizado después de que el reagrupante haya obtenido el permiso de residencia.

...4. Los Estados miembros podrán proceder a controles e inspecciones específicos cuando existan sospechas fundadas de fraude o de matrimonio, relación en pareja o adopción de conveniencia tal como se definen en el apartado 2. También podrán realizarse controles específicos con ocasión de la renovación del permiso de residencia de miembros de la familia.

<sup>19</sup> Con el reconocimiento del derecho al empleo el reagrupante podrá sostener de modo más adecuado las cargas económicas familiares y se evitará en lo posible el riesgo de pobreza y exclusión social de las familias inmigrantes. Véase documento COM (2003) 336 FINAL de 3 de junio de 2003, inciso 3.5.2 (p. 19).

(del reagrupante) que, eventualmente, pudiera tener mayor duración que la que se obtendría con la autorización independiente.

Por ejemplo, pensemos en el caso de que el cónyuge reagrupado obtuviera un permiso de residencia independiente pero no pudiera acreditar la continuidad de la relación laboral en el momento de la renovación, ¿podría volver a solicitar una autorización de residencia por causa de reagrupación familiar? La respuesta ha de ser necesariamente negativa. En realidad, se trataría de un supuesto de modificación de la situación de residencia sobre el que, tanto la Ley de extranjería como el Reglamento, guardan silencio; recordemos que desde la entrada en vigor del Reglamento de 2004 no existen reagrupaciones *in situ* vía exención de visado. Baste con pensar en el dilema que se le plantearía al cónyuge reagrupado si no pudiera renovar la residencia en el futuro, aunque su situación laboral le permitiera (en el presente) una autorización independiente.

También es posible imaginar el supuesto de un reagrupante que, al vencimiento de su autorización de residencia, se viera imposibilitado a renovar por no cumplir los requisitos y su cónyuge (reagrupado), en cambio, poseyera una autorización independiente en vigor, ¿podría el reagrupado convertirse en reagrupante? ¿Sería contrario a la Directiva invertir la situación de dependencia?<sup>20</sup> La Directiva no impide a los Estados miembros aceptar en determinados casos (y de modo excepcional) que “la solicitud se presente cuando los miembros de la familia ya estén en su territorio” (art. 5.3 apartado 2), pero nuestro ordenamiento ha bloqueado esta posibilidad de reagrupación *in situ*. Bien es cierto que podría intentarse una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, aunque la rigidez de los supuestos tasados en el artículo 45 del Reglamento hace presumir su denegación.

Ambos planteamientos ejemplifican las consecuencias negativas a las que lleva la supresión de la exención de visado y la estrechez de miras con que, a efectos de la residencia temporal por circunstancias excepcionales (art. 45.2 b) del Reglamento), han sido tratados los vínculos familiares en el Reglamento de extranjería.

Finalmente, puede pensarse en otra situación. Imaginemos que el cónyuge reagrupado hubiera obtenido una autorización independiente y, tras haberla renovado, perdiera el empleo. El artículo 54 del Reglamento señala que, cuando proceda, la renovación se hará por un periodo de dos años, salvo que corresponda una autorización permanente. La cuestión que planteamos debe examinarse, pues, desde esta perspectiva; a saber, si llegado el término de vencimiento de la segunda tarjeta, el cónyuge reagrupado estaría en condiciones de acceder a la residencia permanente, si hubiese residido con tarjeta dependiente durante dos años, previo a obtener el primer permiso. Con carácter general, bastaría con decir que habría de acreditar residencia legal y de forma continuada en el territorio durante cinco años (art. 72.1 del Reglamento), ¿se incluye en este cómputo el tiempo de residencia como cónyuge reagrupado? No cabe duda que la respuesta ha de ser afirmativa.

---

<sup>20</sup> Aunque sea un supuesto distinto, repárese que el artículo 16, ap. 3 de la Directiva permite a los Estados miembros “retirar o denegar la renovación del permiso de residencia de un miembro de la familia cuando la residencia del reagrupante llega a su fin y el miembro de la familia aún no tenga el derecho al permiso de residencia autónomo con arreglo al artículo 15”.

Este supuesto concreto pone de manifiesto la precariedad de la residencia del cónyuge reagrupado. Repárese que si dicho cónyuge no quisiera desvincularse del permiso del reagrupante, dados los riesgos a que ello puede conllevar según hemos examinado, se verá abocado a aceptar contratos de trabajo que no comporten la obtención de una autorización de residencia independiente (de acuerdo con el artículo 41.6 del Reglamento, los que no den lugar a una retribución superior al salario mínimo interprofesional a tiempo completo en cómputo anual). Desde esta perspectiva, el cónyuge reagrupado que haya conseguido un empleo a tiempo completo que le exija contar con una autorización para trabajar, debería poder decidir entre desvincularse o no del permiso del reagrupante.

### ***C. Residencia sin autorización para trabajar.***

La vinculación al mercado laboral no se exige en el resto de los supuestos en que, de conformidad con la Ley y el Reglamento, el cónyuge reagrupado tiene derecho a una autorización de residencia independiente. Repárese que el apartado 1 del artículo 41 del Reglamento señala que, en todo caso, el cónyuge reagrupado que no se encuentre separado, podrá solicitar una autorización de residencia independiente cuando haya residido en España durante cinco años. Esta limitación sería conforme a la Directiva, cuyo artículo 15 permite limitar la concesión del permiso de residencia “autónomo” respecto del cónyuge, en los casos de ruptura del vínculo, pero cabe preguntarse si es posible establecerla a la luz de la Ley de extranjería tomando en cuenta que el Reglamento no declara que traspone la Directiva de reagrupación familiar.

En primer término, la noción de residencia independiente no existe como tal, pues las situaciones de residencia a que hace referencia el artículo 30 bis) de la Ley de extranjería son dos: temporal y permanente. Por eso habremos de entender que esta residencia independiente, transcurridos dichos años, es la residencia permanente a que tiene derecho todo extranjero que haya residido legalmente en España cinco años. Por otra parte, y por lo que hace a la exigencia de que el cónyuge no esté separado, cabe recordar que la Ley de extranjería en su artículo 32 no establece limitación alguna a la obtención de la residencia permanente del extranjero que haya tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada.

Por lo demás, el apartado 2 del mencionado artículo 41 establece los supuestos en que el cónyuge reagrupado puede obtener la residencia independiente cuando el vínculo se rompa, bien por separación de derecho o divorcio, bien por violencia de género, bien por causa de muerte del reagrupante.

Como primera observación cabe señalar que, en los tres casos, la situación migratoria del cónyuge reagrupado (autorización de residencia independiente) queda sujeta al régimen general en orden a sus renovaciones. Desde esta perspectiva, se presenta el inconveniente de una posible denegación de la renovación por no poder acreditar los requisitos del artículo 37 del Reglamento. Los problemas que se pueden presentar en la práctica llevan a pensar que la norma debería haber previsto la concesión automática de la autorización para trabajar. Repárese, además, que el artículo 68 del Reglamento no hace extensiva a nuestro supuesto la posibilidad de quedar exceptuado de la obligación de obtener una autorización de trabajo.

En efecto, si no se cuenta con medios económicos y no se obtiene un contrato de trabajo y, por consiguiente, una autorización para trabajar, no podrá obtenerse la renovación de la residencia. La irregularidad administrativa que sobreviene exige plantearse la correcta interpretación del artículo 41.3 del Reglamento cuando señala que, en los supuestos de ruptura del vínculo, de violencia doméstica o muerte del reagrupante, los familiares reagrupados “dependerán, a efectos de la renovación regulada en el artículo 44, del miembro de la familia con el que convivan”.

Dadas las exigencias de disposición de empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia del artículo 44 (Renovación de las autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar), no parece de sentido común determinar, por un lado, que los otros miembros reagrupados (hijos o, en su caso, ascendientes) dependerán a efectos de renovación “del miembro de la familia con el que convivan”; y, de otro lado, no prever que la autorización residencia independiente concedida lleve aparejada una autorización de trabajo en España durante la vigencia de aquella. En otros términos, impedir el acceso automático al mercado laboral al cónyuge reagrupado que sufre una crisis matrimonial, padece violencia doméstica o viuda se compadece mal con el principio de integración que debe presidir el desarrollo reglamentario de la Ley. Y es que, como se expone a continuación, la situación puede ser extremadamente complicada.

En primer lugar, tomemos en cuenta el caso de violencia doméstica<sup>21</sup>. Será en principio la mujer (víctima) quien deberá obtener la obligatoria orden de protección, exigida en el artículo 19.1 y, obtenida que sea, solicitar la autorización de residencia independiente; y, sólo cuando obtenga un contrato de trabajo, habrá de tramitar la correspondiente autorización para trabajar. Si hubiere hijos también reagrupados, que debido a la situación de violencia familiar convivan ahora con la madre, la renovación de su residencia dependerá de la de la persona con la que convivan.

Repárese en las dificultades administrativas por las que habrá de pasar esta persona por el simple hecho de que el estatuto migratorio, al que accede por la vía del art. 41.2 del Reglamento, no le va a permitir acceder al mercado laboral de modo automático. El problema puede ser más agudo en el momento de la renovación de la residencia, pues la imposibilidad de acreditar los requisitos del artículo 44 hará decaer la renovación de los familiares reagrupados que ahora conviven con ella (los hijos o eventualmente los ascendientes), aunque ella pudiera renovar para sí, si cumplierse los requisitos del artículo 37.

La única vía legal que queda es la de los supuestos excepcionales del artículo 31.3 de la Ley —mas no por arraigo laboral (casi imposible de acreditar en los términos previstos en los incisos a) y b) del artículo 45.2 del Reglamento)— sino por razones

---

<sup>21</sup> En los últimos años se han producido en el derecho español avances legislativos en materia de lucha contra la violencia doméstica y de género. Además de las leyes aprobadas por diversas Comunidades Autónomas, dentro de su ámbito competencial, cabe señalar la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros (BOE núm. 234, de 30.9.2003); la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 283, de 26.11.2003, corr. err. BOE núm. 65, de 16.3.2004 y BOE núm. 80, de 2.4.2004); la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; y la LO 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE núm. 313, de 29.12.2004, corr. err. BOE núm. 87, de 12.4.2005).

humanitarias (detalladas en el ap. 4 del art. 45 del Reglamento) que, para el supuesto de violencia ejercida en el entorno familiar y en los términos de la Ley 27/2003, de 31 de julio, exige, además, que haya recaído sentencia por tales delitos. Lo dramático de esta situación es que, por mucho que este cónyuge reagrupado, víctima de violencia doméstica, pudiera obtener (repetimos, llegada la renovación y siendo imposible acreditar los requisitos de empleo o medios económicos) tal autorización temporal por circunstancias excepcionales, tampoco dicha autorización permitirá trabajar inmediatamente. Y es que, sólo las obtenidas por arraigo laboral llevan aparejada la autorización para trabajar (ap. 7 del art. 45 del Reglamento); las restantes habrán de ser solicitadas *ex novo*, aunque el Reglamento no impide que dicha solicitud se tramite de modo simultáneo a la autorización de residencia.

En segundo lugar, el supuesto de separación y divorcio. La situación puede variar respecto de la anterior toda vez que, tras un procedimiento judicial, se habrán fijado pensiones y alimentos, aunque ello no significa que el estatuto administrativo del cónyuge reagrupado, cuyo matrimonio haya sido disuelto, difiera sustancialmente del estatuto de cónyuge reagrupado víctima de violencia doméstica y con orden de protección. Las dificultades administrativas derivadas del hecho de que la concesión de residencia independiente no lleve aparejada una autorización para trabajar, son las mismas en ambos casos.

En estos dos supuestos, no se cumple el objetivo de la Ley de favorecer la integración del cónyuge reagrupado ni tampoco, en su totalidad, la de evitar que el riesgo de pérdida de la autorización de residencia obligue a las mujeres a permanecer forzosamente en el hogar. Lo único que se consigue, en principio, es un año de residencia “independiente” en España. Al ser difícil la renovación, según lo examinado, es posible que la mujer prefiera no optar por esta vía en tanto no consiga un contrato de trabajo.

El tercero de los supuestos (muerte del reagrupante), no figura en la Ley de extranjería, si bien podría interpretarse como incluido en el artículo 16.3 de la misma (entiéndase referido al supuesto del cónyuge reagrupado), ya que la muerte supone la disolución del vínculo matrimonial. Su inclusión en el Reglamento refuerza la posición del cónyuge viudo.

La legislación española reconoce, pues, un derecho subjetivo a conservar la residencia y, llegado el caso, a obtener una residencia independiente en los supuestos previamente descritos, incluyendo además las situaciones de violencia de género, que no son contempladas expresamente por la Directiva, aunque cabrían dentro de las “situaciones especialmente difíciles” (art. 15.3 último párrafo). Por otro lado, el artículo 96.3 del Reglamento no exige al cónyuge reagrupado, que accede a la situación de residencia temporal independiente por la vía del artículo 41.2, cumplir el plazo de residencia legal de un año para la solicitud de la autorización de trabajo, lo que significa un paso positivo en la situación migratoria de estas personas. Pero no lo es menos que habrán de acreditar, en todo caso, los requisitos laborales exigidos en artículo 50 del Reglamento, excepto los párrafos a) —situación nacional de empleo— y f) —antecedentes penales de su país de origen—.

Las luces y sombras de esta prolija normativa llevan en ocasiones a situaciones absurdas, pues carece de sentido exigir al cónyuge reagrupado (que ha sufrido una crisis

matrimonial o es víctima de violencia doméstica o ha enviudado) mayores cautelas y controles, máxime si el propio Reglamento en su artículo 96.3 no exige para el cambio de situación migratoria ni la toma en consideración de la situación nacional de empleo ni la acreditación de un año en situación de residencia legal ni, en fin, la certificación de ausencia de antecedentes penales expedida en el país de origen.

### **1.2.2. Residencia independiente de los hijos reagrupados.**

El apartado segundo del artículo 19 de la Ley de extranjería establece:

Los hijos reagrupados obtendrán una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar.

En virtud de este precepto, a partir de la mayoría de edad, los hijos reagrupados tendrán derecho a una residencia independiente condicionada a la obtención de una autorización para trabajar. El Reglamento, en el artículo 41.4, repite el tenor literal de la Ley de extranjería, pero lo amplía en dos aspectos que inciden en el ámbito de aplicación personal y en las condiciones.

#### **A. Ámbito de aplicación.**

Además de a los hijos, el Reglamento se refiere “a los menores sobre los que el reagrupante ostente la representación legal”. Se hace eco del artículo 17.1 c) de la Ley, que los declara beneficiarios de la reagrupación cuando sean menores de 18 años. Sin embargo, excluye de su ámbito de aplicación a los incapacitados, pues parece claro que su residencia habrá de ser siempre dependiente (dada su propia situación) de la autorización del reagrupante. Por otro lado, el precepto reglamentario no deja claro si se refiere únicamente a los hijos del reagrupante excluyendo a los de su cónyuge. Una interpretación del Reglamento conforme a la Ley no puede entenderse distinta al conjunto de “hijos reagrupados”: éstos han de ser los mismos del artículo 17.1 b).

#### **B. Requisitos.**

*Primer requisito.* El artículo 19.2 de la Ley otorga un derecho independiente a la residencia, cuando los hijos o menores lleguen a la mayoría de edad (18 años) y obtengan una autorización para trabajar. Se trata, pues, de una modificación de la situación de residencia dependiente a la de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena prevista en el artículo 96.3 del Reglamento que, al igual que sucede en el supuesto del cónyuge reagrupado, no queda sometida al requisito de un año de residencia legal ni tampoco a los requisitos laborales establecidos en los apartados a) y f) del artículo 50.

*Segundo requisito.* El Reglamento agrega en su artículo 41.4, de modo inentendible dados los términos de su artículo 72, un derecho a la “residencia temporal independiente”, cuando alcancen la mayoría de edad y lleven residiendo en España cinco años. Esta autorización se corresponde con el artículo 15.1 de la Directiva, que impone a los Estados miembros conceder a los beneficiarios de la reagrupación familiar (cónyuge o pareja no casada e hijos) un permiso de residencia autónomo, independiente del permiso del reagrupante, a más tardar a los cinco años de residencia. Ahora bien,

ello no significa que dicha residencia autónoma confiera de forma automática, el estatuto de residente de larga duración<sup>22</sup>. En efecto, el artículo 5 de la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003 exige una serie de condiciones para su obtención, entre ellas, contar con un seguro de enfermedad, acreditar recursos económicos suficientes y, potestativamente para los Estados miembros, superar las medidas de integración establecidas en sus legislaciones internas.

Volviendo a lo establecido en el artículo 41.4, cabe recordar los términos del artículo 72.1 del Reglamento que no ofrecen lugar a dudas respecto de cuándo se tiene derecho a obtener una residencia permanente, pues los extranjeros que acrediten haber residido legalmente y de forma continuada en España durante cinco años obtendrán dicha autorización sin otras condiciones. Consecuentemente, o se entiende que la residencia temporal independiente contemplada en el artículo 41.4 del Reglamento equivale a la residencia permanente o, de lo contrario, el Reglamento estaría “inventando” una nueva residencia para los hijos reagrupados que la Ley no contempla. Por otro lado, si efectivamente el Reglamento ha querido que la residencia sea temporal, aunque independiente, estaría obligando a reiniciar el cómputo de residencia en España, interpretación por lo demás absurda.

### **1.2.3. Residencia independiente de los ascendientes reagrupados.**

El apartado tercero del artículo 19 de la Ley de extranjería establece:

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 artículo 17.3.

Este precepto se desarrolla en el artículo 41.5 del Reglamento que repite el tenor literal del 19.3 de la Ley, aunque hace explícito que la referencia al artículo 17.3 afecta al ejercicio al derecho de la reagrupación familiar, limitado en los términos ya examinados en el Capítulo II<sup>23</sup>.

#### **A. Residencia vinculada a la autorización para trabajar.**

De nuevo, al igual que en los dos casos anteriores, la autorización de residencia temporal independiente del ascendiente reagrupado se supedita a su inserción en el mercado laboral; es decir, a la concesión de una autorización para trabajar. España no ha

---

<sup>22</sup> El estatuto de “residente de larga duración-CE” otorga una residencia de carácter permanente materializada en un permiso de residencia de validez mínima de cinco años cuya renovación será automática a su vencimiento previa solicitud (art. 8 de la Directiva). En cuanto a los derechos que concede el estatuto el más importante es el de la adquisición del derecho a residir por un periodo superior a tres meses en otro Estado miembro, en determinados supuestos y siempre que cumplan unas determinadas condiciones previstas en la misma Directiva. *Vid.*, A. QUIRÓS FONS, “Refundición de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Propuesta de Directiva de 2003”, *AS*, núm. 20, 2004, pp. 69-80. Un análisis completo de la Directiva lo realiza A. OLESTI RAYO, “Unión Europea”, en *La regulación de la inmigración en Europa* (Aja, E. y Díez, L., coords.), *cit.*, pp. 277-313, esp. pp. 279-298.

<sup>23</sup> Sobre este aspecto, véase M.L. TRINIDAD GARCÍA y J. MARTÍN MARTÍN, *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España. Estudio de la LO 14/2003 y su Reglamento de desarrollo*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 51 ss.

hecho uso de las limitaciones previstas en el artículo 14.3 de la Directiva que permite establecer condiciones al acceso a una actividad por cuenta propia o ajena a estas personas.

El régimen de modificación del estatuto migratorio de los ascendientes reagrupados queda supeditado a lo dispuesto en el artículo 96.3 del Reglamento, en los mismos términos previstos respecto del cónyuge y los hijos. Es decir, podrán acceder a la autorización de residencia y trabajo (independiente) sin necesidad de que se cumpla el plazo de residencia legal de un año (el general del inciso 1 del art. 96), cuando sean contratados, el empleador presente la solicitud de autorización para trabajar y residir y se cumplan los requisitos laborales del artículo 50, excepto los párrafos a) y f) (situación nacional de empleo y certificado de antecedentes penales expedido por el país de origen).

### **B. Residencia permanente.**

La norma europea es más restrictiva que la legislación española en relación con el reconocimiento de un derecho a la residencia autónoma de los ascendientes reagrupados. En efecto, a diferencia del cónyuge, de la pareja no casada y de los hijos que hubieren alcanzado la mayoría de edad, que tienen el derecho a un permiso autónomo tras cinco años de residencia (art. 15.1), la Directiva contempla como una facultad discrecional de los Estados miembros (art. 15.2) la concesión de un permiso autónomo a los ascendientes reagrupados del artículo 4.2 a) (ascendientes en línea directa y en primer grado cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen).

Por el contrario, la normativa española no limita el derecho a la residencia permanente por razón de la calidad migratoria de los interesados. Ello permite afirmar que, en nuestro Derecho de extranjería, la residencia permanente a la que se tiene derecho tras cinco años de residencia legal y continuada, que da derecho a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles (art. 32 de la Ley), alcanza efectivamente — y sin restricciones— a los ascendientes reagrupados. Pero también podrán tener tal residencia si acreditan estar en alguno de los supuestos de apartado 3 del artículo 72 del Reglamento<sup>24</sup>, en este caso, sin condición de la duración temporal de la residencia.

## **2. La función de la integración en las normas reguladoras de la nacionalidad española y su acción sobre el estatuto de residente.**

La primera Conferencia Europea sobre Nacionalidad, celebrada en Estrasburgo los días 18 y 19 de octubre de 1999 en el marco del Consejo de Europa, puso de relieve que la adquisición de la nacionalidad forma parte del proceso de integración de los extranjeros-inmigrantes como cuestión esencial para mantener la paz, la estabilidad y la cohesión social<sup>25</sup>. Dos años más tarde, en la segunda Conferencia celebrada en 2001, se

---

<sup>24</sup> Por ejemplo, ser beneficiario de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva; beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez.

<sup>25</sup> CONSEJO DE EUROPA, *Tendances et développement en droit interne et international sur la nationalité*, Actes 1<sup>er</sup> Conférence européenne sur la nationalité, Strasbourg, février 2000, CONF/NAT (99) PRO 1, esp. pp. 13-16. Disponible en Internet: [www.coe.int/nationality](http://www.coe.int/nationality).



abordó específicamente el tratamiento de la integración en el marco de las disposiciones normativas estatales en materia de nacionalidad<sup>26</sup>.

En nuestro país, la idea de que la nacionalidad es una forma eficaz de conseguir la integración de los inmigrantes parece ser compartida por los diferentes grupos políticos, según quedó puesto de relieve en las discusiones parlamentarias a la última reforma del Código civil en la materia<sup>27</sup>. En este sentido, la Comisión de Política Social y Empleo afirmó, en el trámite de reforma de la materia, que “la integración comienza con la concesión de permisos de residencia de más larga duración y culmina con la adquisición de la nacionalidad del Estado de acogida, pues esta es la forma más eficaz de conseguir la plena equiparación de derechos y obligaciones de los inmigrantes que lo soliciten”. El informe de la citada Comisión, constatando el carácter cambiante de los flujos migratorios y la constante necesidad de adaptación de las normas de los países de acogida, subrayó que “la integración en la sociedad española de los grupos de inmigrantes se plasma en la voluntad de permanencia y en la reagrupación familiar; cuestiones ambas que deben tener reflejo en las normas sobre adquisición de la nacionalidad española por residencia”<sup>28</sup>.

Desde esta perspectiva, ya en el trámite de reforma al Código civil resurgió la polémica en torno a la elaboración de una ley específica que abordara su tratamiento de manera global y que favoreciera la correcta integración de los inmigrantes en la sociedad. Concibiendo la nacionalidad como un mecanismo integrador, este enfoque tenía como objetivo corregir situaciones de marginalidad y desigualdad a que pueden verse abocados algunos extranjeros en nuestro país, situaciones que, por otro lado, pueden propiciar el desarrollo de actitudes racistas y xenófobas<sup>29</sup>. Parece claro que en la configuración de un derecho de la nacionalidad funcionalmente integrador tiene mucho que ver la coexistencia de distintos niveles de disfrute de derechos y de libertades públicas por causa de la diferente nacionalidad en los Estados de Derecho<sup>30</sup>.

En este sentido, se viene reclamando la apertura de los cauces de atribución y adquisición de la nacionalidad en favor de los inmigrantes residentes en España. Por

<sup>26</sup> CONSEJO DE EUROPA, *Défis au droit national et international sur la nationalité à l'aube du nouveau millénaire*, Actes 2<sup>ème</sup> Conférence européenne sur la nationalité, Strasbourg, Décembre 2001, CONF/NAT (2001) PRO. Disponible en Internet: [www.coe.int/nationality](http://www.coe.int/nationality). Véanse, especialmente, los trabajos de F. MEDVED, “Interaction entre nationalité et intégration”, pp. 21-41; y de R.M. WHITE, “En quoi la nationalité constitue-t-elle un facteur d'intégration?”, pp. 203-206.

<sup>27</sup> La Ley 36/2002, de 8 de octubre de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad fue el resultado de tres proposiciones de ley presentadas por el GP Federal de Izquierda Unida (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, 7 de diciembre de 1998, núm. 261-1, a la que siguió la Proposición de Ley de modificación del Código civil en materia de adquisición y recuperación de la nacionalidad (BOCG, Serie B, de 26 de octubre de 2002, núm. 168-1); el Grupo Socialista del Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, 22 de febrero de 1999, núm. 278-1, a la que siguió la Proposición de Ley de modificación del Código civil en materia de nacionalidad, BOCG, Serie B, de 9 de marzo de 2001, núm. 115-1); y por el GP Popular (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, 10 de mayo de 1999, núm. 303-1, a la que siguió la Proposición de Ley de modificación del Código civil en materia de nacionalidad BOCG, Serie B, de 16 de marzo de 2001, núm. 122-1).

<sup>28</sup> Informe de la Comisión de Política Social y Empleo. BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie D, 27 de febrero de 1998, núm. 248.

<sup>29</sup> *Ídem*.

<sup>30</sup> Destacando la interacción de la política de inmigración de la UE en la nacionalidad, *vid.* M.I. GARCÍA CATALÁN, “La adquisición de la nacionalidad a la luz de la política de inmigración europea”, *RGLJ*, Año 148, 2001 (3), pp. 549-566.

ejemplo, la atribución *iure soli* de la nacionalidad o la extensión de la opción del artículo 20.1 b) del Código civil a favor de los extranjeros nietos de españoles de origen. Incluso se ha planteado la pertinencia de reducir el plazo de residencia (de dos años a un año a favor de los “sefardíes, moriscos (!) y saharauis”<sup>31</sup>).

Con todo, pese al innegable valor de una legislación de nacionalidad orientada a la integración de los inmigrantes residentes, resulta inevitable cuestionarse su viabilidad. Como ha señalado P. Juárez, lo relevante es el posible freno que implicaría a la concesión de los derechos políticos el hecho de que sus titulares fueran también nacionales de terceros países<sup>32</sup>. Por otra parte, el binomio nacionalidad-derechos políticos plenos no es una fórmula inapelable que garantice la integración social de los extranjeros si no va acompañada de medidas específicas que eliminen los espacios de exclusión, prevengan la fractura social y ciudadana y eviten el aumento de las desigualdades e injusticias de nuestras sociedades.

Volviendo a la relación de las normas reguladoras de la nacionalidad y las normas reguladoras de la familia reagrupada, la cuestión de la integración se plantea nuevamente cuando se solicite la nacionalidad española por residencia por el reagrupante o por alguno de los miembros reagrupados. La diferente concepción de la integración que tienen las normas reguladoras de la reagrupación familiar y las normas reguladoras de la nacionalidad, así como los controles que, en uno y otro caso, se realizan por las autoridades intervinientes, podrán llevar a denegar la adquisición de la nacionalidad española por falta de adaptación a las costumbres y forma de vida de la sociedad española; y ello a pesar de que las normas reguladoras de extranjería permitirán la renovación de la residencia pues, como acabamos de ver, el grado de integración en la sociedad de acogida no es un criterio evaluable a la hora de prorrogar los permisos ni, en su caso, conceder la residencia independiente, a salvo, naturalmente, la acreditación de las condiciones de empleo, seguro y vivienda a que se refiere la Ley de extranjería.

## 2.1. Noción de integración en la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

La Ley 36/2002 de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad<sup>33</sup> ha mantenido los apartados 3 y 4 del artículo 22 del Código civil en su redacción dada por la Ley 18/1990<sup>34</sup>. A los efectos de la adquisición de la nacionalidad española por residencia, ésta habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a

---

<sup>31</sup> Sobre esta propuesta, véanse los estudios de A. LARA AGUADO, “Nacionalidad e integración social. (A propósito de la Ley 36/2002, de 8 de octubre)”, *La Ley*, núm. 1, 2003, pp. 1444-1460. Sobre la reforma, y con carácter general, E. CANO BAZAGA, “La Ley 36/2002, de modificación del Código civil en materia de nacionalidad”, *Nacionalidad, extranjería y ciudadanía de la Unión Europea* (Adam Muñoz, M.D. y Blázquez Rodríguez, I., coords.), Colex, 2005, pp. 11-24, esp. p. 14. Un análisis de esta modificación centrado en los nietos de los emigrantes españoles la realiza J.A. PÉREZ BEVÍA, “La protección de los emigrantes y sus descendientes en la nueva legislación española sobre la nacionalidad”, en *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, *op. cit.*, 2005, pp. 87-103.

<sup>32</sup> P. JUÁREZ PÉREZ, *cit.*, p. 348.

<sup>33</sup> BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2002.

<sup>34</sup> Ley 18/1990, de 17 de diciembre (BOE núm. 302, de 18.12.1990); su alcance e interpretación en el ap. V de la Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 1990 (BOE núm. 73, de 26.3.1991); y su justificación en J.M. ESPINAR VICENTE, *La nacionalidad y la extranjería...*, *cit.*, p. 128.

la petición; además, el interesado deberá justificar buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española.

En relación con el concepto de residencia legal, la Exposición de Motivos de la Ley 36/2002 establece que la reforma pretende disipar las dudas acerca de cómo debe interpretarse la legalidad de la residencia y si la presencia física del extranjero en España forma parte o no del contenido del término. La citada Exposición alude a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1988 (refiriéndose a la STS de 19 de septiembre de 1988), según la cual

De los dos requisitos que la residencia en España ha de reunir (ser legal y continuada) [...] el primero de ellos entraña [...] que no basta, al objeto indicado, cualquier estancia o permanencia en territorio español, aunque sea legal, [...] sino que ha de tratarse de «residencia legal», entendiéndose por tal únicamente la que se encuentra amparada por el correspondiente permiso de permanencia o autorización de residencia [...] y el segundo de los citados requisitos (residencia continuada) presupone la presencia real o física del interesado en territorio español y, además, que la misma sea continuada o, lo que es igual, ininterrumpida, durante el tiempo legalmente exigido [...] como prueba del ánimo del interesado de integrarse en la comunidad española. (FFJJ 1 y 4)<sup>35</sup>

Posteriormente, la STS de 23 de mayo de 2001 mantuvo una postura más abierta a favor de un concepto amplio de residencia, en el marco del Derecho de la nacionalidad, en la que cabría incluir la residencia de los estudiantes. La sentencia consideró que la situación del estudiante extranjero es una residencia legal a los efectos de adquisición de la nacionalidad española por residencia pues

...el art. 22 del Código Civil exige, para la concesión de la nacionalidad peticionada en el expediente del que trae causa el proceso administrativo, una residencia continuada amparada por la correspondiente autorización administrativa, con arreglo a lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 1 de julio, de Extranjería. (FJ 3)

concluyendo que, desde el momento en que se disponga de tal autorización administrativa —bien sea un permiso de residencia bien una autorización de estancia— habrá residencia legal a los efectos de integrar el presupuesto del artículo 22 del Código civil<sup>36</sup>.

Parte de la doctrina española —y en ocasiones la DGRN— sostienen una postura similar, aunque se afirma que el concepto de residencia legal del Código civil es independiente del concepto de residencia de la legislación de extranjería, “pues cada norma tiene su finalidad y no han de extrapolarse las categorías administrativas empleadas por leyes no civiles”<sup>37</sup>. Para otro sector doctrinal, el concepto de residencia

---

<sup>35</sup> Nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *REDI*, vol. XLI, 1989 (1), pp. 273-275.

<sup>36</sup> Un comentario a esta sentencia lo realiza S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, en “La concesión de la nacionalidad española por residencia a los estudiantes extranjeros”, en *Derecho registral internacional...*, *op. cit.*, pp. 363-374, pp. 372-373.

<sup>37</sup> En el mismo sentido, Ress. DGRN de 27 noviembre 2001; de 25 octubre 1991; y de 4 febrero 1992. En la doctrina, véase, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *ídem*, pp. 373-374. En relación con los preceptos del C.c., *vid.* J. DIEZ DEL CORRAL RIVAS, “Artículo 22”, en *Comentario del Código Civil* (Paz-Ares Rodríguez, C. *et al.*, dir.), t. I, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones), 2ª ed. act., Madrid, 1993, pp. 196-203; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, “Artículos 21 y 22”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 3: *Artículos 17 a 41 del Código Civil* (Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S., Dirs.), Edersa, 2ª ed., Madrid, 1993, pp. 297-402; y J. PÉREZ DE

legal utilizado en el artículo 22 del Código civil se refiere al empleado en la legislación de extranjería, pero una vez acreditada la residencia amparada por un permiso de residencia se puede computar todo el tiempo transcurrido en España de manera regular, no importando el tipo de residencia (estancia, estudiante, temporal, etc.)<sup>38</sup>; postura, en nuestra opinión, más adecuada (y coincidente con la sostenida en la STS de 23 de mayo de 2001 precitada) dada la incidencia de las normas de extranjería en la materia de la nacionalidad.

Por lo que hace a la justificación del grado de integración, a que se refiere el apartado 4 del artículo 22 del Código civil, el artículo 221 del Reglamento del Registro Civil precisa que

El Encargado, en el expediente de concesión de nacionalidad por residencia, oír personalmente al peticionario, especialmente para comprobar el grado de adaptación a la cultura y al estilo de vida españoles, y procurará oír también al cónyuge por separado y reservadamente sobre el cambio de nacionalidad y circunstancias que en ello concurren.

En esta comprobación, el tiempo de alta en la Seguridad Social, la ausencia de antecedentes penales, la comprensión correcta (hablada y escrita) del idioma español<sup>39</sup> y del funcionamiento de nuestras instituciones políticas son los elementos valorativos tomados en cuenta por el instructor para determinar el grado de integración en la sociedad española “sin perjuicio del mantenimiento de las costumbres propias de la religión que el interesado profesa”<sup>40</sup>.

Del estudio de la jurisprudencia patria destaca como dato relevante el gran número de solicitudes rechazadas, suscritas por nacionales marroquíes (mujeres) residentes en España, debido al desconocimiento o insuficiente comprensión del idioma<sup>41</sup>. Resulta llamativo que estas mujeres, que llevan residiendo un número considerable de años en España y pueden comprobar arraigo familiar (generalmente el marido y los hijos ya son españoles), no entiendan ni hablan mínimamente el español, lo que puede hacernos pensar lo difícil que ha de resultarles (acaso imposible) romper la estructura patriarcal de su sociedad de origen —mantenida en el seno de estas familias inmigrantes— y no poder superar la exclusión a la que, al mismo tiempo, les aboca la sociedad en la que viven<sup>42</sup>.

---

VARGAS MUÑOZ, “Nacionalidad y extranjería: algunos aspectos civiles”, *BIMJ*, Año LV, núm. 1907, 2001, pp. 4053-4081.

<sup>38</sup> Véase J.J. PRETEL SERRANO, “La adquisición de la nacionalidad española en la Ley 18/1990, de 17 de diciembre”, en *Jornadas sobre nacionalidad y extranjería*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Centro de Estudios Registrales), 1994, pp. 153-244.

<sup>39</sup> El conocimiento del idioma es un factor relevante para valorar el grado de integración. Véase la STS de 29 octubre 2004 y comentario de M. GUZMÁN PECES, “La integración en la adquisición de la nacionalidad española por residencia. Comentario a la Sentencia de 29 de octubre de 2004 del Tribunal Supremo”, en *Nacionalidad, extranjería y ciudadanía...*, *op. cit.*, pp. 41-50.

<sup>40</sup> STS de 4 octubre 2005 (FJ 3).

<sup>41</sup> Entre otras, SSAN de 23 diciembre 2003; de 28 octubre 2003; de 24 febrero 2003; de 15 enero 2002; y de 31 octubre 2000.

<sup>42</sup> Este problema ha merecido numerosos estudios bajo enfoques interdisciplinares. Entre nosotros, destacan los distintos trabajos de M.D. ADAM MUÑOZ, en particular, “La importancia de la normativa de extranjería en el acceso de las mujeres migrantes extranjeras al mercado laboral español”, en *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, *op. cit.*, pp. 105-152, esp. pp. 127-134 y las referencias ahí indicadas. Asimismo, el de E. PÉREZ VERA, “Doble discriminación de las mujeres inmigrantes desde la perspectiva de los derechos humanos”. Ponencia. *Jornadas de Extranjería*,

Desde el prisma de los matrimonios poligámicos, el problema que se plantea radica, básicamente, en determinar en qué medida el mantenimiento de las costumbres de su cultura de origen es indicativo de falta de integración. La cuestión se ha planteado en Francia en estos términos: ¿es el mantenimiento del estatuto poligámico (potencialmente apto para contraer un segundo matrimonio) elemento bastante para justificar la falta de asimilación a las costumbres francesas? Con carácter general, los tribunales franceses se oponen a la concesión de la nacionalidad, aunque el *Conseil d'Etat*, en un asunto de 1994, sostuvo que el mantenimiento del estatuto poligámico — por ser el común en el país de origen— no bastaba para justificar la falta de asimilación a las costumbres francesas, aunque en el contrato matrimonial no se hubiere optado por el régimen monogámico<sup>43</sup>.

En España, el Tribunal Supremo ha adoptado una orientación según la cual la poligamia es indicativa de la falta de asimilación a la cultura y costumbres de la sociedad española, hecho que justifica el no otorgamiento de la nacionalidad. En la sentencia de 26 de julio de 2004, el TS denegó la nacionalidad española a un súbdito marroquí, residente en España desde 1979, casado simultáneamente con dos esposas (aunque se hubiera probado que la primera ya había fallecido cuando el actor solicitó la nacionalidad España). En la sentencia se razonó que

...por más que esto [la poligamia] sea conforme con la legislación y la religión islámica, no lo es conforme a la legislación española. Por lo que no puede aceptarse la pretendida integración a los usos y costumbres de eso que se llama “sociedad española”, porque el significativo sociedad se emplea en el artículo 22.4 CC con el significado político-sociológico de “convivencia de una comunidad humana bajo usos comunes”. (FJ 4 A)

También afirmó la mencionada sentencia que con esta decisión no se trata de discriminar por razón de religión y tampoco de prohibir que una familia islámica viva conforme a los usos y costumbres de la comunidad a la que pertenece pues “esto sólo podríamos hacerlo si una norma jurídica válida conforme al ordenamiento jurídico español —ya sea el interno o el supraestatal comunitario— así lo estableciera”. Pero, tratándose de la obtención de la nacionalidad española, la sentencia hace una distinción respecto de las situaciones de concesión del permiso de residencia. La nacionalidad, se razona en la Sentencia, otorga derechos que la residencia no confiere, dado que

...tiene una acusadísima cualificación que lo singulariza frente a los demás, ya que, ni siquiera una Ley o un tratado, puede hacer lo que mediante ese acto, previa la cuidadosa y prudente apreciación de la concurrencia de los requisitos que la Ley establece, puede hacerse... (FJ 4 C)

De cuanto se ha expuesto puede señalarse, a modo de conclusión provisional, que en la apreciación del suficiente grado de integración, el conocimiento del idioma español a los efectos de la adquisición de la nacionalidad española por residencia se configura como un elemento relevante y en ocasiones excluyente; es decir, puede hacer decaer otros factores también indicativos de la integración (estabilidad social, laboral y familiar con nacionales o con residentes de larga duración). En cambio, las normas reguladoras

---

*Inmigración y Derechos Humanos*, Fundación Al-Andalus, Granada, 8-10 febrero 2002, (cortesía de la autora).

<sup>43</sup> Conseil d'Etat, 11 febrero 1994, *RCDIP*, t. 83, 1994 (2), pp. 317-322.

de la reagrupación familiar en el Derecho español no han incluido este criterio a los efectos del permiso de residencia, ni tampoco en su renovación, que sí contempla como posibilidad el artículo 7.2 de la Directiva.

## **2.2. Dos ejemplos de la incidencia de las normas de nacionalidad en el estatuto de residente del progenitor extracomunitario.**

### **2.2.1. Observaciones preliminares.**

El estudio del estatuto jurídico del hijo de extranjero nacido en España permite observar la incidencia del nacimiento tanto en la adquisición de la nacionalidad española, por la acción de las normas reguladoras del derecho a la nacionalidad, como el tratamiento más favorable que en materia de residencia, trabajo y expulsión dispensan las normas del Derecho de extranjería<sup>44</sup>.

Respecto de la adquisición de la nacionalidad española, el hecho del nacimiento en España permite la adquisición automática de la nacionalidad española de origen si el interesado se encuentra en una de las circunstancias excepcionales a que se refieren los apartados c) y d) del artículo 17 C.c.; y, en todo caso, el extranjero nacido en España puede adquirir la nacionalidad española por residencia legal y continuada de un año (art. 22.2 a) C.c.); reducción temporal que reporta una indudable ventaja si tomamos en cuenta que el plazo de residencia exigido con carácter general es de diez años.

Por lo que hace a la normativa de extranjería, toma en consideración el nacimiento en España en determinados preceptos dirigidos, respectivamente, a la protección del extranjero en el momento del nacimiento en España<sup>45</sup> —protección extensible a la madre<sup>46</sup> (art. 12.4 de la Ley de extranjería)— y al tratamiento más favorable en orden a los permisos de residencia y trabajo, así como a la no expulsión; estos últimos unidos, siempre, al requisito de la residencia legal. En concreto son los referidos a la obtención automática del mismo permiso de residencia del que sea titular cualquiera de sus progenitores (art. 94 del Reglamento); a la concesión de este mismo permiso permanente cuando lleguen a la mayoría de edad y acrediten llevar residiendo en España, de forma legal y continuada, al menos tres años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud (art. 72.3 del Reglamento) condición de residencia que, por otro lado, le exime de la necesidad de obtener autorización de trabajo (art. 41.3 de la Ley); a la obtención de la autorización de trabajo (caso de que su residencia no fuera

---

<sup>44</sup> M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “El status jurídico del hijo de extranjeros nacido en España. Nacionalidad y normativa de extranjería”, *ADUM*, núm. 22, 2004, pp. 223-237.

<sup>45</sup> Esta protección se efectúa de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, cuyo eje central es el interés superior del menor que ha de respetarse en todas las medidas concernientes a menores tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos (art. 3).

<sup>46</sup> Los artículos 57.6 y 58.3 de la Ley establecen respectivamente que no pueden ser expulsadas ni devueltas a su país las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. En este caso, la orden de devolución no podrá llevarse a cabo (quedará en suspenso su ejecución). En relación con la protección otorgada a la madre en casos en que su entrada fuere irregular, se ciñe a la atención médica hasta el momento del nacimiento —ello con independencia de que el hijo tenga una posición privilegiada proyectada a futuro, tanto para la adquisición de la nacionalidad española como en relación con los permisos de residencia y trabajo—.

permanente) sin necesidad de tomar en cuenta la situación nacional de empleo (art. 40 h) de la Ley y art. 50.II del Reglamento); a la prohibición de ser expulsados (como sanción) si habiendo nacido en España llevaran residiendo legalmente en el país los últimos cinco años (art. 57.5 a) de la Ley), con las excepciones del artículo 54.1 a), cuando suponga una reincidencia en el término de un año en la comisión de una infracción de la misma naturaleza de las que son sancionable con la expulsión<sup>47</sup>.

Estas disposiciones, que unen nacimiento en España y residencia legal, muestran que la pretensión del legislador no es, en general, favorecer al extranjero nacido en territorio español, sino promover la integración del extranjero que, teniendo su residencia legal en España, además, hubiere nacido en España. En todo caso, deberá prestarse especial atención a la jurisprudencia del TEDH —en relación con los supuestos de expulsión de extranjeros<sup>48</sup>— cuando ha declarado que puede constituir una injerencia injustificada en el derecho al respecto de la vida privada el hecho de expulsar a una persona de un Estado en el que residen sus familiares más próximos<sup>49</sup>.

### **2.2.2. La acción del artículo 17.1 c) del Código civil en la residencia irregular del progenitor extranjero: la STS de 26 de enero de 2005.**

La Ley de extranjería dispone en su artículo 34.1 el reconocimiento de la condición de apátrida por el Ministerio del Interior a los extranjeros que manifestando que carecen de nacionalidad reúnen los requisitos previstos en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. Por su parte, el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida, aprobado por Real Decreto 865/2001, de 20 de julio<sup>50</sup>, señala que se reconocerá el estatuto de apátrida, con arreglo a lo dispuesto en la Convención sobre el Estatuto de los

<sup>47</sup> La infracción muy grave del artículo 54.1 a) de la Ley se refiere a la participación en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicadas en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (BOE núm. 46, de 22.2.1992, modificada por LO 4/1997, de 4 de agosto [BOE núm. 186, de 5.8.1997] y por Ley 10/1999, de 21 de abril [BOE núm. 96, de 22.4.1999]).

<sup>48</sup> Véase la STEDH de 24 febrero 1998, Dalia c. Francia (§ 62).

<sup>49</sup> Véanse las SSTEDH de 16 diciembre 2004, Radovanovic c. Austria (§ 30); de 2 agosto 2001, Boultif c. Suiza (§ 39); y de 18 febrero 1991, Moustaquim c. Bélgica, (§ 36). La jurisprudencia patria toma el arraigo (vínculos con el lugar en que sea reside, ya sean de tipo económico, social o familiar) como circunstancia relevante para suspender la expulsión o para adoptar cualquier otra medida cautelar. Así, la existencia de arraigo familiar prima frente al interés general en que se lleve a cabo la expulsión de quien carezca de permiso o autorización para residir (entre otras, SSTS de 28 diciembre 1998; de 23 de enero y de 28 de noviembre 1999; lo mismo, en supuestos de convivencia de hecho y otros lazos afectivos, equiparando el matrimonio a las uniones de hecho estables y continuadas (entre otras, SSTS de 3 marzo, de 11 octubre y de 15 noviembre 1999 y de 17 noviembre 2004). En cambio, la promesa de contraer matrimonio no es equiparable a la convivencia matrimonial estable en orden a suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o de la obligación de salir del territorio (STS de 13 noviembre 2000). La realización de estudios en España, con beca o ayuda económica familiar, es también forma de arraigo para estimar como prevalente el interés del particular frente al interés público a efectos de suspensión cautelar de la orden de expulsión (STS de 20 enero 2000). Pero cuando no se acredita el arraigo, existe un continuo actuar delictivo del sancionado y no se acredita parentesco alguno con quien alega ser madre y hermanas residentes legales ni con el hijo nacido en España procede la expulsión al no constar constituida una familia (STSJ de Castilla y León de 21 octubre 2005, con análisis de la STS de 26 enero 2005).

<sup>50</sup> BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001 (corr. err. BOE núm. 276, de 17.11.2001).

Apátridas de 1954<sup>51</sup>, a “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación, y manifieste carecer de nacionalidad”.

La apatridia puede ser de origen o de nacimiento, cuando la persona nunca tuvo una nacionalidad (*ad ex.* por ser hijo de apátridas) y sobrevenida o derivada, por pérdida de la nacionalidad que se poseía, sin adquirir otra nueva en su lugar. En relación con su prevención, esto es, la acción destinada a eliminar los casos de apatridia, puede llevarse a cabo por la propia comunidad internacional, mediante la actuación concertada de los Estados a través de la conclusión de convenios internacionales<sup>52</sup>, o por la actuación unilateral, aislada, de los Estados, separada o singularmente considerados.

Respecto de la apatridia de origen, es decir aquella que se produce cuando jamás se ha tenido una nacionalidad, puede eliminarse mediante la adopción generalizada de ciertas reglas, como la consistente en la atribución de su nacionalidad por el Estado del lugar de nacimiento o del lugar donde ha sido hallado a quien no posea otra (como hace el art. 17.1 aps. c) y d) C.c.). En relación con la segunda, es decir, la que se produce cuando se pierde la nacionalidad anteriormente poseída, sin adquirir otra nueva, podría evitarse subordinando dicha pérdida a la adquisición de otra nacionalidad, no siendo posible someter a esa condición la pérdida de nacionalidad a título de sanción (como contempla el art. 24.3 C.c.)<sup>53</sup>.

Pues bien, la situación de los ascendientes no comunitarios progenitores de menores nacidos en España que devienen españoles por la intervención del artículo 17.1 c) del Código civil —bien porque el ordenamiento jurídico de los progenitores no les reconoce la nacionalidad bien porque sus progenitores, carecen de nacionalidad— ha sido abordada recientemente por el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de enero de 2005<sup>54</sup>. Esta decisión sirve de ejemplo para observar la acción de las normas reguladoras de la nacionalidad sobre la situación de residencia del progenitor extracomunitario.

El caso se refería a la anulación de una orden de expulsión de una nacional brasileña madre de un menor nacido en España. Los hechos, en síntesis, eran los siguientes. Mediante resolución de 1 de marzo de 1999, dictada por el Subdelegado del Gobierno en Burgos, se decretó la expulsión del territorio nacional de la recurrente, de nacionalidad brasileña y madre de un menor nacido en España. Interpuesto recurso jurisdiccional, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León, con sede en Burgos, desestimó la pretensión y confirmó el acto impugnado en atención a la nacionalidad brasileña de la madre, la falta de prueba de la nacionalidad española del

---

<sup>51</sup> Convención sobre el estatuto de los apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954. Entrada en vigor: 6.6.1960, de conformidad con el artículo 39.1. Instrumento de adhesión: BOE núm. 159, de 4 de julio de 1997. Vigencia para España: 10.8.1997.

<sup>52</sup> Los más relevantes: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 15); la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 34); el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 24.3); la Convención sobre los derechos del niño, (art. 7.1); y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, (art. 9.1).

<sup>53</sup> En virtud de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad, ha desaparecido el supuesto de pérdida de la nacionalidad como pena del anterior artículo 25, al ya no contemplarse la misma en el Código Penal.

<sup>54</sup> Comentario de S. SOLDEVILA FRAGOSO en “La madre de un español menor de edad no puede ser tratada como extranjera. (Comentario a la STS (Sala 3ª) de 26 de enero de 2005”, *Act. Adm.*, núm. 14, 2005, 1694-1697.



menor<sup>55</sup> y la concurrencia de la circunstancia prevista en el artículo 26.1 a) de la LO 7/1985, de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (encontrarse ilegalmente en España, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles). La orden de expulsión decretaba la prohibición de entrada en el territorio nacional por un periodo de tres años. La recurrente interpuso recurso de casación ante el TS que fue estimado.

El interés de esta sentencia se centra en dos aspectos que inciden en el concepto de ascendiente a cargo en las normas sobre reagrupación familiar y en las relativas a la integración de la familia en el territorio. En primer lugar, la intensidad de la protección del menor español cuyo interés superior puede depurar las posibles irregularidades administrativas en relación con la residencia de la madre<sup>56</sup>. Y así, el TS afirma que “ni las normas de extranjería ni el solo sentido común pueden admitir que la madre de un español sea una pura extranjera y se la trate como tal”. En segundo lugar, la nacionalidad española del hijo es fundamental para la valoración final del Tribunal Supremo que, de modo correcto, entendió, como prueba suficiente, la inscripción con valor de simple presunción de la nacionalidad española de origen del menor inscrito, al amparo del artículo 17.1 c) del Código civil<sup>57</sup>.

De las premisas expuestas, sostiene el Tribunal Supremo que el primer derecho del hijo menor de edad es “estar, crecer, criarse y educarse con su madre. Se trata de un derecho derivado de la propia naturaleza y, por lo tanto, más fuerte y primario que cualquier otro derecho de configuración legal”<sup>58</sup>. En este sentido,

---

<sup>55</sup> La STSJ de Castilla y León de 19 enero 2001 afirmaba: “Circunstancia de convivencia a expensas del español que no se da en el presente caso, ya que estamos hablando de un hijo menor de edad de la recurrente siendo la mera circunstancia del nacimiento en España de aquel hijo no atribuye al nacido la nacionalidad española de no concurrir las circunstancias exigidas por el artículo 17 del Código Civil, carga de la prueba que corresponde a la ahora demandante, de acuerdo al artículo 1124 de dicho Código Civil, y que no ha verificado, por lo que procede la desestimación íntegra del presente recurso”.

<sup>56</sup> La protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos y madres constituye un principio rector de la política social establecido por la Constitución española (art. 39.1 y 2 CE). Por otro lado, la supremacía del interés del menor, su mantenimiento en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, y la integración familiar y social son principios informadores de la actuación de los Poderes públicos en este campo (art. 11 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. BOE núm. 15, de 17.1.1996).

<sup>57</sup> “Son españoles de origen: [...] c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad”. Sobre este precepto, véase M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La prevención de la apatridia como criterio de atribución de la nacionalidad española de origen”, en *Soberanía del Estado...*, op. cit., pp. 75-90.

<sup>58</sup> Este derecho tiene su reflejo en concretos preceptos del ordenamiento jurídico; v.gr., entre otros, el artículo 110 C.c. que obliga al padre y a la madre, aunque no ostenten la patria potestad, a velar por sus hijos y prestarles alimentos; el artículo 143.2 C.c. que obliga recíprocamente a los ascendientes y descendientes a darse alimentos; y el artículo 154 C.c. que impone a los padres el deber –y les reconoce el derecho– de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (FJ 4, número 1 tercer párrafo). Con base en este fundamento legal, la SJCA Bilbao núm. 412/05, de 30 septiembre 2005, ha declarado el derecho de la recurrente, de nacionalidad argentina y madre de una menor española (fruto de una relación con ciudadano español) a obtener un permiso de residencia por circunstancias excepcionales (art. 31.3 de la Ley de extranjería y art. 45 del Reglamento) pues “la menor, como hija no emancipada, se encuentra por disposición legal bajo la patria potestad de la actora en aplicación de lo dispuesto en el art. 154 del Código Civil, estando la actora obligada a velar por dicho menor, tenerla en su compañía, alimentarla, educarla y procurarle una formación integral”. (FJ 4).

el ordenamiento jurídico español no permite la expulsión del territorio nacional de ciudadanos españoles, que la orden de expulsión de la madre, o bien es también un orden implícita de expulsión de su hijo menor que es español (lo que infringe el citado principio de no expulsión) o bien es una orden de desmembración cierta de la familia, pues la expulsión decretada provoca ineludiblemente la separación del hijo de la madre, lo que viola los preceptos citados de protección a la familia y a los menores. (FJ 4)

En relación con la inscripción de la nacionalidad española con valor de simple presunción, la doctrina de la DGRN puso de relieve por vez primera, en la Resolución de 28 de abril de 2000, que el hijo de brasileños nacido fuera de Brasil “no adquiere automáticamente la nacionalidad brasileña, porque es requisito imprescindible que uno de los padres solicite la inscripción en el Registro Civil brasileño correspondiente durante la minoría de edad del hijo...”. La DGRN ha señalado en estos casos, es decir, cuando la atribución de la nacionalidad de los progenitores depende del cumplimiento de algún requisito, declaración de voluntad o formalidad por parte de éstos, que, salvo contadas excepciones, el recién nacido adquiere la nacionalidad española de origen *iure soli* y no ha de importar que el nacido pueda adquirir más tarde la nacionalidad de sus padres, pues

aunque todavía pueda el hijo adquirir *iure sanguinis* la nacionalidad [...] esta adquisición no ha de producir el efecto de que desaparezca la nacionalidad española de origen del interesado, pues ello supondría crear una forma de pérdida no prevista por el legislador español, que pretende por el contrario que, quienes de otro modo fueran apartidas, sean españoles *iure soli* y desde su nacimiento, por aplicación del principio del *favor nationalitatis*<sup>59</sup>.

De acuerdo con esta doctrina, y tras el estudio del contenido de las legislaciones extranjeras respectivas<sup>60</sup>, la DGRN ha considerado que se produce una situación de apatridia originaria —al seguir el sistema del *iure soli*— respecto de los nacidos en España de padres nacionales de Argentina<sup>61</sup>, Brasil<sup>62</sup>, Colombia<sup>63</sup>, Cuba<sup>64</sup>, Ecuador<sup>65</sup>,

---

<sup>59</sup> Sobre estos expedientes y la praxis de la DGRN, *vid.* J.M. FERRER DE LA PUENTE, “Adquisición de la nacionalidad española por el inmigrante”, en *Registro Civil: incidencia...*, *op. cit.*, pp. 133-154, esp. pp. 148-150; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Práctica de la DGRN sobre las declaraciones de la nacionalidad del art. 17.1.c) del Código civil”, en *Derecho registral internacional:...*, *op. cit.*, pp. 437-462, esp. pp. 447-462; J. LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, “Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil”, en *Registro Civil: incidencia...*, *op. cit.*, pp. 83-132, esp. pp. 106-109; M. MARTÍN MORATO, “Prueba de la nacionalidad española. Certificado de nacionalidad. DNI. Pasaporte”, en *idem*, pp. 169-198, esp. pp. 176-188; y J.A. PARÍS ALONSO, “Prueba de la nacionalidad española”, en *idem*, pp. 155-168, esp. p. 158.

<sup>60</sup> El contenido de la legislación extranjera se acredita bien el por conocimiento adquirido por la DGRN (art. 12.6 C.c.) bien por la certificación consular acompañada al expediente. Como ha explicado el profesor Aguilar Benítez de Lugo, el conocimiento adquirido por el Centro Directivo permite integrar la certificación incompleta del Consulado. A su vez, el certificado consular puede confirmar el conocimiento adquirido por el Centro Directivo respecto de la legislación extranjera. *Vid.*, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Intervención consular en Derecho internacional privado*, Universidad de Sevilla (Secretariado de Publicaciones), 2005, esp. pp. 38-39.

<sup>61</sup> Es español *iure soli* el nacido en España, hijo de argentinos nacidos en Argentina. Entre otras, Res. de 26 marzo 2003. *Cf.*, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La prevención de la apatridia...”, *cit.*, p. 85.

<sup>62</sup> Res. de 28 abril 2000.

<sup>63</sup> Los hijos de colombianos nacidos en el extranjero no adquieren automáticamente por el solo hecho del nacimiento la nacionalidad colombiana, sino que ésta sólo puede adquirirse por acto posterior. Se da pues la situación de apatridia originaria en la cual la atribución de la nacionalidad española *iure soli* se impone. Entre otras, Res. de 7 noviembre 2002.

Marruecos, si se trata de hijo no matrimonial o de padres casados en España al margen de su ley personal<sup>66</sup>, Palestina<sup>67</sup>, Perú<sup>68</sup>, Sahara<sup>69</sup>, Santo Tomé, Cabo Verde<sup>70</sup> y Uruguay<sup>71</sup>. En consecuencia, la DGRN, en aplicación del artículo 17.1 c) del Código civil y de acuerdo con la obligación derivada del artículo 7 del Convenio sobre los Derechos del Niño, establece la posibilidad de obtener mediante expediente registral una declaración con valor de simple presunción sobre dicha situación del estado civil (arts. 96.2 LRC y arts. 335, 338 y 340 RRC). Esta declaración acredita, con una presunción *iuris tantum*, el hecho que constata (la nacionalidad española de origen)

<sup>64</sup> Es español *iure soli* el hijo nacido en España de padres cubanos nacidos en Cuba ya que no adquiere automáticamente la nacionalidad de los padres, provocándose una situación de apatridia. Entre otras, Res. de 26 marzo 2003.

<sup>65</sup> Es española *iure soli* la hija nacida en España de padres ecuatorianos nacidos en Ecuador, Res. de 20 noviembre 2001. Pero no lo es el nacido en España de padres ecuatorianos si está inscrito en el Consulado ecuatoriano como ecuatoriano, Res. de 3 mayo 2001. La explicación dada por el Centro Directivo partiendo del estudio de la legislación ecuatoriana es la siguiente: “sólo adquieren automáticamente la nacionalidad ecuatoriana los nacidos en el extranjero si el padre o la madre está al servicio de El Ecuador o de un organismo internacional o transitoriamente ausentes del país por cualquier causa. En cualquier otro caso, la nacionalidad ecuatoriana de los nacidos en el extranjero de padre o madre ecuatoriano por nacimiento sólo se adquiere por virtud de un acto posterior, como es, bien el hecho de domiciliarse en El Ecuador o bien una manifestación de voluntad de ser ecuatorianos formulada a partir de los 18 años por los residentes en el extranjero”, Res. de 21 enero 2002 y Res. de 14 febrero 2002, entre otras. Los datos de los que se deduce la residencia habitual en España de los interesados son el certificado del padrón municipal y el domicilio designado en la propia inscripción de nacimiento del nacido, Res. de 28 enero 2002.

<sup>66</sup> Respecto de Marruecos son varios supuestos: 1) Es español *iure soli* el nacido en España, hijo no matrimonial de marroquíes cuando el reconocimiento de la paternidad no matrimonial no es válido para la ley marroquí. “Aunque la legislación marroquí sigue un criterio *iure sanguinis* en orden a la atribución de la nacionalidad marroquí a los nacidos fuera de Marruecos de padre marroquí, esta conclusión debe entenderse matizada [...] en el sentido de que es necesario para esa atribución de la nacionalidad marroquí por filiación paterna no matrimonial que esta determinación de la filiación no matrimonial sea válida para el ordenamiento marroquí, lo que no ocurre en ese caso, pues, no rigiendo en esta legislación el principio *locus regit actum*, la determinación de la filiación paterna de acuerdo con las leyes españolas carece de eficacia en Marruecos, de modo que en este caso el hijo no adquirió al nacer la nacionalidad marroquí del padre”, Res. de 16 enero 2002, entre otras. 2) Es española *iure soli* la nacida en España hija de marroquíes casados por lo civil en España, “pues el matrimonio civil no es válido para el Derecho marroquí y no queda atribuida a la hija la nacionalidad de los padres”, Res. de 16 septiembre 2002.

<sup>67</sup> Res. DGRN de 9 septiembre 1993 y de 12 septiembre 2000.

<sup>68</sup> El hijo de padres peruanos nacido en España no es peruano en tanto no se inscriba en su Registro Civil. “Pero este requisitos formal de la inscripción [...] no debe impedir que el niño menor de edad sea español de origen en virtud del artículo 17.1.c) del Código civil y el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño que proclama: «el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad [...]. Los Estados Parte velarán por la aplicación de estos derechos, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida», Res. de 10 diciembre 1996, entre otras. El Centro Directivo manifiesta en otra resolución que “todas las cuestiones sobre la filiación del nacido han de resolverse a la vista de lo que dispone la ley nacional española del hijo (art. 9.4 C.c.)”, Res. de 13 diciembre 2001, *BIMJ* núm. 1911 (2001). También es española *iure soli* la hija de peruano y marroquí nacida en España, ya que “hay que concluir que el nacido fuera de Marruecos de madre marroquí sólo adquiere la nacionalidad de la madre cuando el padre es desconocido”, Res. de 27 diciembre 2001.

<sup>69</sup> El hijo nacido en España de padres saharauis es español *iure soli* por carecer aquél de nacionalidad internacionalmente reconocida, Res. de 12 marzo 2001.

<sup>70</sup> Es español *iure soli* el hijo nacido en España de padre de Santo Tomé y madre de Cabo Verde pues “por el conocimiento adquirido de la legislación de Santo Tomé y Caboverdiana, no posee ninguna nacionalidad el hijo, dándose pues una situación de apatridia originaria que obliga a considerar español al nacido por aplicación del artículo 17 del C. civil [...]”, Res. de 4 marzo 2003.

<sup>71</sup> *Ídem*.

dispensando a los favorecidos por ella de toda otra prueba, mientras no se desvirtúe por prueba en contrario<sup>72</sup>.

Siguiendo esta doctrina, y sus consecuencias respecto de la situación migratoria de los ascendientes del menor declarado español con valor de simple presunción (en concreto la situación de la madre), la decisión del Tribunal Supremo introduce un importante cambio en la interpretación del alcance de la noción “ascendiente a cargo”. Esta afirmación requiere de inmediato precisar que la nacionalidad española del menor sitúa a su progenitor en el ámbito del régimen comunitario previsto en el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, cuyo artículo 11.3 apartado c) permite la obtención de una tarjeta de residente comunitario y prevé la exención del visado, siempre que no exista mala fe, respecto de “los extranjeros ascendientes de ciudadano español o de residente legal que sea nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que viva a expensas de éste y reúna los requisitos necesarios para beneficiarse de la reagrupación familiar”<sup>73</sup>.

Ahora bien, la situación de los progenitores no comunitarios de un menor español es inversa pues el estado de dependencia no se predica del ascendiente sino del menor, de modo que puede plantearse si el extranjero puede invocar en su beneficio las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación de personas y, por otro lado, si puede ponerse en duda la buena fe del mismo<sup>74</sup>. Para este planteamiento resulta decisiva la STJCE de 19 de octubre de 2004 (Asunto C-200/02).

### **2.2.3. La extensión del régimen comunitario al progenitor extracomunitario: la STJCE de 19 de octubre de 2004 (Asunto Chen).**

En la interpretación del alcance de la noción vivir a expensas o “ascendiente a cargo”, han de tenerse en cuenta las pautas marcadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencia dictada por el Pleno el 19 de octubre de 2004 (Asunto C-200/02, Kunquian Catherine Zhu y Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department<sup>75</sup>).

---

<sup>72</sup> La DGRN tiene declarado que no son españoles de origen por nacer en España los hijos de: padres nacionales de Angola, Argelia, Bulgaria, China, Ecuador cuando la estancia es transitoria o cuando el nacido está inscrito en su Consulado; ni de madre de los Estados Unidos, Nigeria, Santo Domingo, Sierra Leona, Siria y Zaire. Sobre el particular véanse las referencias en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, en *Legislación sobre nacionalidad y extranjería (comentada y con jurisprudencia)*, Colex, Madrid, 2002, pp. 13-15; y J. LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, *cit.*, pp. 107-108.

<sup>73</sup> Era cuestión discutida si la supresión con carácter general de la exención de visado operada por la LO 14/2003, de 20 de noviembre alcanza al artículo 11.3 c) del RD 178/2003. Esta discusión no tiene objeto tras la STJCE de 14 abril 2005 que condena a España por incumplimiento del derecho comunitario al no haber adaptado correctamente las Directivas 68/360, 73/148 y 90/365 y, en particular, al “imponer a los nacionales de un país tercero, que sean miembros de la familia de un nacional comunitario que ha ejercido su derecho de libre circulación, la obligación de obtener el visado de residencia para la expedición del permiso de residencia”. Véase el comentario a esta sentencia realizado por R. ARENAS GARCÍA, “La incompatibilidad del derecho...”, *cit.*

<sup>74</sup> M.D. ADAM MUÑOZ, *La protección de los derechos de las mujeres en una sociedad multicultural*, Instituto Andaluz de la Mujer/Universidad de Córdoba (Servicio de Publicaciones), 2001, p. 32.

<sup>75</sup> El procedimiento tuvo su origen en una petición prejudicial al objeto de interpretar la Directiva 73/148/CEE, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia dentro de la Comunidad de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestaciones de servicios, de la Directiva 90/364/CEE de 28 de junio de 1990,

En el caso se discutía la autorización de residencia de una niña (C. Zhu), ciudadana irlandesa por nacimiento en Belfast, y de su madre (M. Chen), de nacionalidad china, dentro del régimen de libre circulación de nacionales, con exclusión de la aplicación del régimen general de extranjería previsto en el Reino Unido. Las autoridades administrativas británicas consideraron que la petición de residencia de la niña y de su madre debía encuadrarse en el régimen general de extranjería. Recurrida la decisión, el Tribunal competente observó que la menor era ciudadana de la Unión y como tal podía ser titular del derecho de residencia atribuido directamente por las normas del Derecho comunitario. En cuanto a la madre, ¿podría beneficiarse de un derecho derivado del derecho de su hija en la medida en que era la principal responsable de velar por ella y de educarla?

En la apreciación de los hechos y de la legislación vigente en el Reino Unido y en Irlanda, el Tribunal de Justicia declaró, respecto del derecho de residencia de una persona en la situación de la Sra. Chen que, del apartado 2 letra b) del artículo 1 de la Directiva 90/364, que garantiza a los ascendientes del titular del derecho de residencia que estén a su cargo, sea cual sea su nacionalidad, el derecho a instalarse con dicho titular “no puede conferir un derecho de residencia a un nacional de un Estado tercero que se encuentre en la situación de la Sra. Chen porque existan vínculos afectivos entre la madre y su hija o porque el derecho de entrada y de residencia en el Reino Unido de la madre dependa del derecho de residencia de la hija”<sup>76</sup>.

En cambio, en el caso se presentaba precisamente la situación inversa, ya que el titular del derecho de residencia está a cargo del nacional del Estado tercero que se ocupa de su cuidado efectivo y que desea acompañarlo. En este contexto, la sentencia realiza dos consideraciones de diferente alcance. Por un lado, considera que el progenitor no puede invocar la condición de ascendiente a cargo de la menor en el sentido de la Directiva 90/364, con el fin de disfrutar de un derecho de residencia en el Reino Unido. Pero, por otro lado, la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un niño (al que el artículo 18 CE y la Directiva 90/364/CEE reconocen un derecho de residencia), resida con el niño en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de este último.

Desde este segundo ángulo, es evidente que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste. Sobre este hecho, el TJCE sienta el principio según el cual

cuando, como sucede en el asunto principal, el artículo 18 CE y la Directiva 90/364 confieran un derecho de residencia por tiempo indefinido en el Estado miembro de

---

relativa al derecho de residencia y del artículo 18 TCE, en el marco de un litigio relativo a la denegación por parte de la *Secretary of State for the Home Department* de la solicitud de la Sra. Chen dirigida a obtener un permiso de larga duración en el Reino Unido para sí y su hija. Ponente: Sr. Cunha Rodrigues. Abogado General: Sr. Tizzano.

<sup>76</sup> *Vid.*, ap. 42. En efecto, la condición de miembro de la familia “a cargo” resulta de una situación de hecho que se caracteriza porque el titular del derecho de residencia garantiza los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia (véase, en este sentido, en relación con el artículo 10 del Reglamento 1612/68, la S. de 18 junio 1987, Asunto Lebon, C-316/85, aps. 20 a 22).

acogida a un menor de edad nacional de otro Estado miembro, estas mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho ciudadano resida con él en el Estado miembro de acogida. (Ap. 46)

De acuerdo con lo anterior, pueden avanzarse algunas conclusiones provisionales respecto de la incidencia del hecho del nacimiento en España sobre las normas de nacionalidad y extranjería. Salvo supuestos excepcionales, el nacimiento en España no incide en la atribución de la nacionalidad (adquisición automática) y el hijo de extranjeros, con independencia de que éstos tengan o no autorización de residencia en España, es también extranjero. Sin embargo, en casos como los analizados, el principio del *favor nationalitatis* y la necesidad de evitar situaciones de apatridia sí inciden en la obtención de la nacionalidad española. Por un lado, la atribución excepcional de la nacionalidad *iure soli* para nacidos en España en evitación de la apatridia depura la posible residencia irregular de sus progenitores. En tal supuesto, el régimen comunitario de extranjería será el que rijan en lo sucesivo la situación administrativa del progenitor extracomunitario (aunque no haya ejercido el derecho a la libre circulación). Por otro lado, el nacido en España (no español) tendrá una posición ventajosa tanto a efectos de la adquisición de la nacionalidad por residencia (reducción del tiempo) cuanto en el tratamiento favorable en materia de permisos de residencia y trabajo y prohibición de la expulsión como sanción, en los términos anteriormente examinados.

## II. LA INCIDENCIA DEL CONFLICTO DE LEYES EN LAS NORMAS REGULADORAS DE LA FAMILIA REAGRUPADA.

El tratamiento conflictual de las relaciones jurídico familiares de la familia reagrupada, entendidas aquí como una categoría amplia que incluye todos los aspectos jurídicos surgidos en el ámbito familiar, resulta especialmente afectado por las características actuales del fenómeno migratorio. En efecto, la inmigración familiar empieza a reflejarse en nuestra jurisprudencia. Los litigios en materia civil (arrendamientos urbanos y derecho de familia) son los más numerosos, aunque sean conflictos derivados de las crisis matrimoniales los que suscitan mayor interés en nuestro tema, pues permitirán poner a prueba las soluciones conflictuales del sistema español de Derecho internacional privado y su incidencia en el estatuto de residente reagrupado.

Desde el ángulo elegido para estudiar nuestro tema, conviene recordar que la alternativa entre la conexión ley nacional-ley domiciliar y su formulación en las materias del estatuto personal no es una opción ajena a los intereses de política legislativa<sup>77</sup>. Sabido es que la discusión entre asimilación de los extranjeros o mantenimiento de la identidad cultural de las personas es una opción del legislador que puede reflejar, también en materia conflictual, los intereses del Estado frente a una determinada idea de integración de los extranjeros<sup>78</sup>.

Para la construcción del estudio fijaremos dos cuestiones: la primera, referida a la elección del criterio de conexión y a la posibilidad de orientar materialmente la norma *in favor integrationis*; y, la segunda, de índole práctica, relativa a la posible incidencia

---

<sup>77</sup> E. PÉREZ VERA, *Intereses del tráfico jurídico...*, op. cit., pp. 67-69.

<sup>78</sup> A.P. ABARCA JUNCO, *Proyecto docente e investigador*, 1995 (cortesía de la autora), p. 193.

de la aplicación de la norma de conflicto en el estatuto de residente del cónyuge reagrupado (únicamente los relacionados con los supuestos de poligamia y repudio).

## 1. La elección de la conexión del estatuto personal y la idea de integración.

En el marco de las materias propias del estatuto personal, la dualidad de los principios ley nacional-ley domiciliar sigue siendo un problema importante del Derecho internacional privado. Es evidente que la identificación de los factores de localización es una preocupación esencial para la doctrina y que la asociación de una categoría jurídica a una conexión determinada ha exigido siempre reflexión y justificación<sup>79</sup>.

En el ámbito de nuestro tema, cabe preguntarse si es posible percibir una determinada idea de integración en las normas de conflicto. El profesor A. Bucher ha señalado que hoy en día la dualidad de los principios de nacionalidad y domicilio, aunque opuestos, tienen en común la tendencia a “identificar la integración de la persona en una comunidad social estatal”<sup>80</sup>. Si convenimos en que la consecuencia de la reagrupación familiar es la integración de la familia reagrupada en el país de acogida, no resulta ilógico preguntarse acerca de la compatibilidad de esta finalidad con el mantenimiento de la conexión de la ley personal como rectora del estatuto familiar y, dando un paso más, de qué modo puede incidir la respuesta conflictual en el estatuto de residente de la familia reagrupada. Punto éste que merece especial atención debido a la penetración de altos porcentajes de población musulmana merced a la autorización de residencia por causa de reagrupación familiar.

### 1.1. Marco justificatorio de la permanencia de la noción estatuto personal.

“En los conflictos de leyes [...] domina la idea de que existe una ley que sigue al individuo a través de sus desplazamientos y que se le aplica permanentemente aunque cambie de lugar de actividad”<sup>81</sup>. El profesor Batiffol evocaba, con esta afirmación, la noción genérica de “estatuto personal”; noción de la que es tributaria el Derecho internacional privado español<sup>82</sup>.

#### 1.1.1. Derecho de la persona y estatuto personal.

---

<sup>79</sup> B. AUDIT, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la “crise” des conflits de lois)”, *R. des C.*, t. 186, 1984 (III), pp. 219-398, esp. pp. 274-275.

<sup>80</sup> “Les deux principes, de la nationalité et du domicile, que l’on dit diamétralement opposés, ont en réalité un objectif commun. Il consiste à identifier l’intégration de l’individu dans une communauté sociale étatique”. *Vid.*, A. BUCHER, “La famille en droit international...”, *cit.*, p. 36.

<sup>81</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé* (Lequette, Y., rev.), Dalloz, Paris, 2002, esp. p. 282.

<sup>82</sup> Sobre la noción, contenido y materias del estatuto personal en la doctrina española, entre otros, véanse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia internacional*, Colex, 2ª ed., Madrid, 2004, pp. 13-14; J.M. ESPINAR VICENTE, *Teoría general del derecho internacional privado*, Universidad de Alcalá (Servicio de Publicaciones), Alcalá de Henares, 2000; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 371-376; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS *et al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, 6ª ed., Madrid, 1995, p. 42; y E. PÉREZ VERA, en A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II..., *cit.*, pp. 27-28.

El sentido y contenido de la noción “estatuto personal” se construye hoy en día en atención a las materias reguladas (y no con referencia al contenido intrínseco de las leyes calificadas de “personales”). La toma en consideración de modo primordial de los intereses individuales<sup>83</sup> y su articulación de modo diferente en cada relación jurídica, provocan una dislocación o fraccionamiento jurídico del concepto “estatuto personal”. Con todo, un destacado sector de la doctrina sostiene la necesidad de mantener una ley aplicable a la persona como tal, aunque limitado sea su ámbito a un campo de materias concretas (estado y condición de la persona y problemas de capacidad y régimen de incapacidades)<sup>84</sup>.

Sólo así, tendría sentido la permanencia de la noción “estatuto personal” y la relevancia que ocupa la ley personal<sup>85</sup>, con independencia de que se la vincule a la ley nacional o a la ley del domicilio. Y es que, como apunta E. Pérez Vera, en el marco del estatuto personal, la polémica entre ambas conexiones no puede considerarse cerrada, pues existe siempre en cada ordenamiento jurídico “un campo acotado e irreducible sometido respectivamente a la ley nacional o domiciliar según los casos, con todos los problemas no resueltos que plantea esta escisión”<sup>86</sup>.

### **1.1.2. La controversia: ley nacional — ley domiciliar.**

Históricamente, y de forma muy destacada durante la Edad Media, la permanencia y estabilidad de la ley que rige la condición de la persona se buscó a través de la conexión domicilio; solución que se mantiene hoy en día como un valor general en el círculo jurídico anglosajón y en un número considerable de países de América Latina, Asia y África. En el siglo XIX, bajo la influencia del liberalismo nacional, se consideró que el mismo objetivo se lograba de modo más adecuado mediante la conexión nacionalidad, introducida en el artículo 3 párrafo 3 del Código civil francés de 1804 y consolidada en el proceso codificador nacional de los países de su entorno jurídico de influencia<sup>87</sup>. En la codificación internacional, en su etapa inicial, la fuerza de la ley nacional se consolidó en los primeros Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado bajo la impronta de la concepción personalista de las leyes y el éxito de la tesis de F. Mancini en su defensa de la ley nacional (“La ley nacional sigue a la persona como la sombra al cuerpo”).

La solución basada en la ley nacional no logró imponerse en todos los sistemas jurídicos y dio lugar a una de las clásicas polémicas del Derecho internacional privado entre los defensores de dicha conexión y los partidarios de la conexión domiciliar. En

---

<sup>83</sup> Lo que plantea el problema de su concreción y la interrogante de cuáles son los intereses legítimamente protegibles. *Vid.*, E. PÉREZ VERA, *Intereses del tráfico jurídico...*, *cit.*, p. 34.

<sup>84</sup> Entre nosotros, el profesor Aguilar Navarro ya expresaba que en Derecho internacional privado “para las partes lo primario es conseguir que su condición jurídica personal tenga un reconocimiento permanente y universal. Este reconocimiento de su condición de sujeto constituye el mismo supuesto de la vida privada internacional, y es también la justificación más sólida del estatuto personal”. *Cf.*, M. AGUILAR NAVARRO (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II: *Derecho civil internacional*, 4ª ed. reimp., Universidad Complutense (Sección de Publicaciones), Madrid, 1979, esp. pp. 35 ss.

<sup>85</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS *et al.*, *Derecho internacional privado...*, *cit.*, p. 40.

<sup>86</sup> E. PÉREZ VERA en A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II..., *cit.*, pp. 28-29.

<sup>87</sup> Sobre la explicación histórica del domicilio y de la nacionalidad como punto de conexión, *vid.* A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, t II: *Parte especial*, Atlas, 9ª ed. rev., Madrid, 1982, pp. 244-252.



un intento de superación de la rígida dicotomía ley nacional-ley domiciliar se ha ido abriendo paso la conexión de la residencia habitual<sup>88</sup>. Una tercera vía que intenta situar a la persona en su medio social real. El ánimo integrador de la residencia habitual ha sido explicado por J.M. Espinar Vicente del siguiente modo:

nació con la finalidad principal de expresar, en términos desprovistos de toda carga de ficción normativa, el arraigo real entre una persona y un concreto medio socio-jurídico. Se trataba de encontrar una vinculación distinta capaz de traducir en términos de la realidad actual, los niveles de integración sociológica de una persona en un ámbito regido por un determinado orden jurídico. De esta forma, la residencia habitual pretende ser el índice de la auténtica relación de enraizamiento del individuo en un medio dado, en atención a elementos objetivos comprobables.

Con todo, el mantenimiento de la conexión ley nacional es la tendencia de las legislaciones nacionales de los países de nuestro entorno sociocultural que han reformado sus normas de Derecho internacional privado, según han señalado los profesores J.D. González Campos y A. Borrás Rodríguez<sup>89</sup>. Aspecto que, en opinión de los mencionados autores, puede resultar sorprendente si se repasan las fuertes críticas doctrinales a la conexión nacionalidad, si se observa la preferencia por la conexión de la residencia habitual de la persona física en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y en las más recientes codificaciones sobre la materia<sup>90</sup> y, en fin, si se analizan las propuestas alternativas a favor de una *professio iuris* condicionada; solución ésta apoyada por un destacado sector doctrinal que valora, desde un prisma jurídico, su mejor aptitud para resolver los problemas que afectan al estatuto familiar de las personas que conviven en nuestras sociedades, culturalmente diversas y sociológicamente complejas<sup>91</sup>.

Partiendo de estas consideraciones iniciales, pueden ser individualizados tres elementos que, con carácter previo a cualquier otro intento de sistematización, permiten ordenar los criterios y las justificaciones que han presidido tradicionalmente una y otra conexión. En primer lugar, la estabilidad y previsibilidad de la conexión que en la ley

<sup>88</sup> J.M. ESPINAR VICENTE, *La nacionalidad y la extranjería...*, cit., p. 346.

<sup>89</sup> J.D. GONZALEZ CAMPOS y A. BORRAS RODRIGUEZ, “La loi nationale à l’heure de la réforme du droit international privé espagnol”, en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 137-153, esp. p. 140.

<sup>90</sup> Por ejemplo, el Código belga de DIPr., sin desplazar totalmente la nacionalidad, impone la ley de la residencia habitual como factor de conexión preponderante en las materias del estatuto personal. Y así, se estima que “el principio de proximidad” exige vincular los efectos o la disolución de una relación familiar, preferentemente, al derecho del Estado de integración preponderante de las partes. *Vid.*, Exposición de motivos, punto 7 de la nueva Ley de 27.7.2004 y comentario de J.-Y. CARLIER, “Le Code belge de droit international privé”, *RCDIP*, t. 94, 2005 (1), pp. 11-45.

<sup>91</sup> El más representativo es J.-Y. CARLIER, “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, op. cit., pp. 25-38. Su apoyo, igualmente, en C. LABRUSSE, “La compétence et la application des lois nationales face au phénomène de l’immigration étrangère”, en *Travaux du Comité Français de Droit International Privé. Années 1975-1976*, Dalloz, Paris, 1977, pp. 111-143; P. GANNAGÉ, “Les sociétés multicommunautaires face à l’évolution du droit international privé de la famille”, en *Travaux du Comité Français de Droit International Privé. Années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Éditions A. Pédone, Paris, 1999, pp. 297-306; *Id.*, “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *RCDIP*, t. 81, 1992 (3), pp. 425-454; y, A.E. VON OVERBECK, “L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé”, en *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l’Université Catholique de Louvain (XXII), Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 619-636.

nacional presenta un carácter más duradero y asegura la permanencia del vínculo, en tanto que, en la ley domiciliar, su determinación no es siempre fácil. En segundo lugar, la salvaguarda de la identidad nacional de la persona y el objetivo de preservar los vínculos del Estado respecto de sus propios nacionales, se posibilita mediante la conexión de la ley nacional y permite no sólo soluciones unitarias a todos los miembros de la familia, sino también, y de modo especial, la convergencia de soluciones entre los distintos sistemas de Derecho internacional privado de los países concernidos. En tercer lugar, la vinculación social y económica de la persona con el medio en el que desarrolla su vida familiar y de relación y el interés del Estado de respetar el principio de no-discriminación en el interior de una misma comunidad, operan como criterio básico a favor de la adopción de la conexión domiciliar —o la de la residencia habitual en una formulación más actual— lo que permitiría, además, la coincidencia *forum-ius*, aunque la alternativa no resulte siempre suficiente para tratar de modo adecuado todas las cuestiones del estatuto personal<sup>92</sup>.

### ***1.1.3. Incidencia de los movimientos migratorios en la preferencia de una u otra conexión y la perspectiva de la integración.***

La incidencia de los movimientos migratorios es, como ya hemos avanzado, un argumento histórico en apoyo de uno u otro criterio de conexión<sup>93</sup>. Y así, los Estados que conocieron una fuerte emigración durante el siglo XIX y en la primera mitad del XX tenderían a preferir la aplicación de la ley nacional, en tanto que los Estados receptores de inmigración darían prioridad a la aplicación de la ley del domicilio<sup>94</sup>. Ahora bien, para explicar hoy en día la preferencia por una u otra conexión quizá no sea apropiado retener únicamente las coordenadas de antaño (tras el fin de las guerras europeas, el desplazamiento de refugiados o demandantes de asilo y una cierta homogeneidad de los problemas que los mismos plantean), ni siquiera los rasgos que caracterizaron las migraciones laborales de los años sesenta, aunque estén siempre latentes (básicamente, demanda de mano de obra extranjera por parte de países desarrollados y, sólo de forma tardía, esfuerzos hacia una integración social y política de los extranjeros facilitando su naturalización). Lleva razón el profesor A. Bucher al decir que los países europeos de recepción de inmigrantes conservan la conexión de la ley nacional por el peso de la tradición, aunque no por las mismas razones que motivaron su adopción<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Véase la síntesis de E. PÉREZ VERA en A.P. ABARCA JUNCO, *Derecho internacional privado*, vol. II..., *op. cit.*, pp. 28-29. Asimismo, sobre los matices y problemas de una u otra conexión en un contexto de inmigración extranjera, *vid.* I. GARCÍA VELASCO, *cit.*, pp. 50-53.

<sup>93</sup> Desde la perspectiva de un “conflicto de civilizaciones” entre Europa occidental y el Islam, entre otros, J. DÉPREZ, “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)”, *R. des C.*, t. 211, 1988 (IV), pp. 9-372, esp. pp. 22-41.

<sup>94</sup> C. LABRUSSE, *cit.*, pp. 111-143. Es evidente que la emigración ha favorecido la aplicación de la ley nacional en los Estados europeos bajo la influencia del Código de Napoleón. A la inversa, los países de inmigración favorecen la aplicación de la ley domiciliar o de la residencia habitual bien de modo directo bien de manera indirecta en los países del *common law* por la aplicación de la *lex fori* cuando la norma de competencia judicial otorgue ésta a los tribunales de la residencia. Los estudios son numerosísimos; por el interés de sus diferentes aproximaciones y sobre todo desde la perspectiva de la integración familiar, véanse los trabajos de diversos autores en *Le droit de la famille à l’épreuve des migrations transnationales. Colloque du Laboratoire d’études et de recherches appliquées au droit privé, Université de Lille II*, (avant-propos de Dekeuwer-Défossez, F.), L.G.D.J., Paris, 1993.

<sup>95</sup> A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *cit.*, p. 31.

### A. Integración y ley nacional.

Para un destacado sector doctrinal, mantener el estatuto personal vinculado a la conexión de la ley nacional es un obstáculo a la integración. Se aboga así por la ley domiciliar en su fórmula de “ley de lugar de acogida” como conexión que respondería mejor a los intereses generales (estatales) de “una política de inmigración que ponga el acento en la integración y para evitar la frecuencia con que el correctivo clásico del orden público puede operar en el sector de la ley aplicable”<sup>96</sup>.

Por su parte, los defensores de la conexión ley nacional impugnan el argumento anterior en torno a dos elementos básicos<sup>97</sup>: en primer lugar, la ley nacional en nada impide la integración en la sociedad de acogida ya que se trata de un factor de hecho independiente del estatuto personal; y, en segundo lugar, no existe una verdadera oposición entre integración de hecho en la sociedad de acogida y vinculación con el país de origen, pues una de las características del contexto post-migratorio de las actuales sociedades occidentales es el desarrollo de las relaciones personal y familiares en la pluralidad cultural y ello permite una integración simultánea en varias comunidades sociales<sup>98</sup>.

Sin embargo, la revalorización de la conexión ley nacional gana intensidad cuando se evoca atendiendo a la idea de la identidad nacional y cultural originarias de la persona<sup>99</sup>. Múltiples estudios doctrinales, al enfocar el papel de la conexión ley nacional a los diversos problemas de las relaciones jurídicas de la familia en un contexto multicultural, coinciden en que la ley nacional es más respetuosa con la identidad cultural de la persona, en la medida en que refleja la ley de origen del individuo, aquella con la que tiene un vínculo personal más estrecho. Ello se traduce en que la conexión ley nacional presentaría una vocación de reconocimiento de la especificidad del extranjero y de su pertenencia a una comunidad nacional diferente de la del país de acogida<sup>100</sup>.

Ahora bien, esta visión identitaria, que hace coincidir ley personal con ley nacional, ha sido impugnada desde una doble perspectiva. La primera, pone el acento en el riesgo de incurrir en un enfoque “determinista” de la identidad cultural de la persona y el vínculo entre ésta y su patria, pues “el derecho a la diferencia no es la obligación a la diferencia”. Por ejemplo, cuando el ordenamiento jurídico extranjero reclamado por la conexión ley nacional es de base islámica, el estatuto personal de un musulmán será siempre el Derecho musulmán y ello con independencia de cuál sea su ley nacional. Tal

---

<sup>96</sup> Los beneficios e inconvenientes de la ley nacional como “ley del lugar de acogida” han sido examinadas en la doctrina francesa, *in extenso*, por M. FARGE, *Le statut familial des étrangers en France: de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, L’Harmattan, Paris, 2003, esp. pp. 83-97. En nuestro país, entre otros, véase A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Les ordres plurilégislatifs...”, *op. cit.*, pp. 336-340.

<sup>97</sup> D. GUTMANN, *cit.*, pp. 381-386.

<sup>98</sup> Esta consideración ya había sido señalada por C. LABRUSSE, *cit.*, p. 117.

<sup>99</sup> Con carácter general, véase el curso de E. JAYME, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé”, *R. des C.*, t. 251, 1995, pp. 9-268, esp. pp. 262-264.

<sup>100</sup> La vocación cognitiva de la norma de conflicto y la ley nacional como conexión cultural y laica ha sido tratada por D. GUTMANN, *cit.*, pp. 375-380.

será el caso del ordenamiento marroquí que establece una pluralidad de soluciones internas en función de las confesiones religiosas presentes en el país<sup>101</sup>.

Al hilo de esta cuestión, un sector doctrinal ha señalado que el carácter confesional de un ordenamiento jurídico debería ser un argumento en contra de su aplicación en un sistema laico de Derecho internacional privado, pues podría suponer un obstáculo precisamente en atención a la libertad de creencias de los nacionales agnósticos o ateos. Esta constatación conduciría a valorar en la norma de conflicto, como indica A. Quiñones Escámez, la voluntad de los inmigrantes de rehusar la aplicación de su ley nacional<sup>102</sup>.

La segunda perspectiva observa que, dentro del mismo grupo identitario, un conflicto de intereses puede subyacer o formar parte de la estrategia procesal de los interesados. Pensemos en una situación de crisis matrimonial de unos cónyuges de estatuto musulmán residentes en España. La posibilidad de una acción de divorcio por parte de la mujer ante los tribunales españoles (competentes por razón de la residencia), podría impulsar al marido a adelantarse y realizar un rápido viaje al país de origen para pronunciar el repudio judicial y, posteriormente, invocar la excepción de cosa juzgada para evitar el pronunciamiento español que presumiblemente no reconocería este modo de disolución del matrimonio y aplicaría la *lex fori*<sup>103</sup>. Ahora bien, ¿podría este repudio surtir efectos en relación con el derecho de la esposa a conservar la residencia (art. 16.3 de la Ley de extranjería) o a obtener una autorización independiente (art. 19.1)?

En principio, podría pensarse que la solución ha de ser idéntica a la que se plantea en el momento de la reagrupación familiar, respecto de las actas de repudio homologadas por la autoridad extranjera y en las que se acredita que la homologación no es un mero refrendo de la voluntad del marido sin intervención de la esposa. Sin embargo, aunque el acta de repudio en estas condiciones favorables a la homologación sirviera como medio de prueba de la disolución del vínculo a los fines de obtención del permiso de residencia independiente de la esposa, esta misma situación (disolución del vínculo) discutida ante los tribunales españoles podría ser distinta.

En un intento superador de esta consideración identitaria de la cultura, se ha sostenido una postura que supone no sobrevalorar la ley nacional como portadora de una cultura o de una religión concreta a conservar, sino sopesar los vínculos con el país de origen, que indudablemente permite la conexión nacional, atendiendo también al ordenamiento jurídico del país de acogida en el que se vive y las legítimas expectativas de las personas<sup>104</sup>. En este sentido, el mantenimiento de la conexión ley nacional en un

---

<sup>101</sup> Sobre el ámbito de aplicación de la ley personal en Marruecos, véanse M.P. DIAGO DIAGO, “Respeto a la identidad cultural, derecho a la vida privada y familiar: una aproximación de derecho internacional privado”, en *Inmigración y Derechos. Segundas Jornadas Internacionales sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (Fernández Sola, N. y Calvo García, M., Coords.), Mira, Zaragoza, 2001, pp. 195-213; y A. RODRÍGUEZ BENOT, “El estatuto personal común”, *cit.*, esp. pp. 45-48.

<sup>102</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “El estatuto personal de los inmigrantes...”, *cit.*, p. 185; y A. RODRÍGUEZ BENOT, “Tráfico externo, derecho de familia...”, *cit.*, p. 79.

<sup>103</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *idem*, p. 185. Las legítimas expectativas de la esposa repudiada deberán estar por encima de toda concepción *apriorística* del orden público. Esta opinión véase en F. JAULT-SESEKE, *cit.*, § 696.

<sup>104</sup> Una síntesis de las diversas soluciones de la doctrina en A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, en *El Islam jurídico y Europa...*, *cit.*, pp. 163-198, esp. pp. 189-196.

Derecho internacional privado que quiera favorecer la protección cultural o identitaria de la persona debería tender a asegurar, sin traumas, la continuidad de las relaciones jurídicas personales y evitar situaciones claudicantes; pero, en ningún caso, otorgar a la cultura de origen un valor superior al de las legítimas expectativas de los interesados<sup>105</sup>.

### **B. Integración y ley domiciliar.**

En el debate de la conexión domiciliar algunos autores abogan por su reformulación en pro de una noción de mayor carga sociológica que propugna la “ley del lugar de acogida” como vínculo que expresa mejor el proceso de incorporación social a que hace referencia la noción de la integración<sup>106</sup>. Parece que esta reformulación de la conexión domiciliar pretende la vinculación de la persona al medio en el cual se desenvuelve y facilita, desde una consideración pragmática, una administración de justicia más eficaz y menos costosa para el extranjero inmigrante, en nuestro caso para la familia reagrupada (conocimiento de la ley del foro por el juez y evitación de la prueba del derecho extranjero)<sup>107</sup>. Este planteamiento conduce a preguntarse por el interés real al que obedecería el cambio.

Por una parte, se ha sostenido que la sustitución de la ley nacional por la conexión ley del lugar de acogida se corresponde con el modelo de integración diseñado por la política estatal y sería un instrumento más de esta política de integración, globalmente considerada. La idea ha sido objeto de críticas doctrinales que observan en el trasfondo del argumento *in favor integrationis* no un interés general del Estado sino ‘el interés’ del Estado de imponer, de modo unilateral, su propio ordenamiento como portador de valores superiores<sup>108</sup>. Objetivo que, al ser concebido como un imperativo frente a la voluntad del particular, daría como resultado una “integración forzada” del extranjero. Puede pensarse, también, que si la idea de fondo es imponer la ley del foro (en nuestro caso a la familia reagrupada) en razón del contenido de determinados ordenamientos jurídicos extranjeros, no es la norma de conflicto la sede adecuada. Y es que, pensar en un cambio de la norma de conflicto exige una propuesta para su aplicación general y no en función de consideraciones coyunturales.

---

<sup>105</sup> Sobre esta adecuación normativa, *vid.* E. JAYME, “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, (conférence prononcée le 24 juillet 2000), *R. des C.*, t. 282, 2000, pp. 9-40, esp. p. 32.

<sup>106</sup> Sobre la evolución de la ley nacional a la ley de la residencia habitual en Francia, *vid.* M. FARGE, *cit.*, p. 33.

<sup>107</sup> B. AUDIT, “Le droit international privé en quête d’universalité. Cours général (2001)”, *R. des C.*, t. 305, 2003, pp. 9-488, esp. pp. 306-307.

<sup>108</sup> Con especial referencia a la reagrupación familiar, *vid.* M. FARGE, *cit.*, pp. 39-46. Sobre las dinámicas que vinculan el fenómeno migratorio al crimen, la pobreza, el terrorismo y el fanatismo, *vid.* D. BIGO, “Sécurité et immigration: vers une gouvernementalité par l’inquiétude?”, *C&C*, núm. 31-32: *Sécurité et immigration*, Fall/Winter 1998, pp. 13-28. Respecto de la aplicación de políticas más restrictivas y la modificación de las legislaciones nacionales, *vid.* RESEAU UE D’EXPERTS INDEPENDANTS SUR LES DROITS FONDAMENTAUX (CFR-CDF), *L’équilibre entre liberté et sécurité dans les réponses de l’Union européenne et de ses États membres a la menace terroriste*, (première Observation thématique à la demande de la Commission européenne, Unité A5, “Citoyenneté, Charte des droits fondamentaux, Racisme et Xénophobie, Programme Daphné”, de la DG Justice et affaires intérieures), 31 mars 2003, pp. 38-43. Disponible en Internet: [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/cfr\\_cdf/doc/obs\\_thematique\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/doc/obs_thematique_fr.pdf).

Una segunda objeción a esta propuesta es la no determinación de un tiempo de residencia para su aplicación, de donde resultaría que a un extranjero no establecido de forma permanente en el territorio también se le aplicaría la ley domiciliar, con el consiguiente problema de no respetar el principio de continuidad del estatuto personal y el inconveniente de provocar situaciones claudicantes respecto de aquellos Estados que mantienen la aplicación de la ley nacional al estatuto personal.

Estas impugnaciones han conducido a presentar la conexión de la ley del lugar de acogida desde una óptica diferente que conjuga dos factores: de una parte, la efectiva instalación del extranjero en el país de acogida y, de otra, pero coordinadamente, el deseo de los extranjeros inmigrados a integrarse. La toma en consideración de ambos elementos justificaría de plano el cambio de la ley nacional por el de la ley de la residencia habitual y, desde esta perspectiva, la reagrupación familiar sería un factor decisivo, pues en ella se conjuga (a la luz de una concreta política migratoria) la instalación duradera y el deseo de integración<sup>109</sup>. Esta postura traduciría la sedentarización familiar (o instalación duradera por reagrupación familiar) en términos de integración social, lo que presupondría el interés de la familia reagrupada a ser regida, en las cuestiones de su estatuto familiar, por la ley del lugar de su residencia habitual.

Tampoco esta postura está exenta de críticas doctrinales que toman como puntos de comparación el conflicto de valores, la incompatibilidad con el sentimiento de pertenencia a la comunidad de origen y la asimilación cultural. Y así, en primer lugar, se afirma que la integración por la vía de la sedentarización es una esperanza vana porque, como opina D. Gutmann, el conflicto de valores no puede ser negado y no es necesario exacerbarlos pretendiendo resolverlos *a priori*<sup>110</sup>. En segundo lugar, como destaca A. Bucher, apelar a la residencia habitual aisladamente no resuelve los problemas controvertidos sobre esta noción de hecho<sup>111</sup>. Por referencia a la familia reagrupada, se corre “el riesgo de encerrarla en un derecho que no se corresponde con su pertenencia cultural”<sup>112</sup>. Y, en tercer lugar, la conexión de la residencia habitual implicaría una auténtica asimilación cultural de los extranjeros cuya voluntad no es tenida en cuenta<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Es la propuesta final de F. JAULT-SESEKE, *cit.*, § 758- y 773.

<sup>110</sup> D. GUTMANN, *cit.*, pp. 388-389. El autor critica las posturas inflexibles a favor de una u otra conexión desde un plano que enfoca la misión del Derecho internacional privado “no como un arte del conflicto, sino como un arte del diálogo”: “imposer d’emblée au statut personnel des étrangers établis en France le droit du domicile revient à refuser le dialogue, à décourager la redéfinition de l’appartenance que permettrait l’application d’un droit étranger nuancé pour les besoins de l’adaptation à la société d’accueil. La franchise de la loi du domicile ne pourrait qu’être interprétée comme un refus *a priori* de reconnaissance, ce qui enfermerait les étrangers dans la voie monologique et conflictuelle de la redéfinition de leur appartenance”.

<sup>111</sup> A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *cit.*, p. 41.

<sup>112</sup> M. FARGE, *cit.*, p. 50.

<sup>113</sup> Entre otros, y por referencia al divorcio, *vid.* G. PALAO MORENO, “La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural”, *Act. Civ.*, núm. 2, 2001, pp. 529-576. Con carácter general, P. DE MIGUEL ASENSIO, “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *RDP*, Año LXXXII, 1998 (7-8), pp. 541-558; y S. SÁNCHEZ LORENZO, “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XLVI, 1994 (2), pp. 557-585. Y, en materia de relaciones familiares, I. HEREDIA SOBRINO, “Relaciones de familia y multiculturalidad en el Derecho internacional privado español”, *Anais sobre cultura oriental e América Latina. Debate sobre Influências do Pensamento Oriental na Formação do Direito*, Uninove, São Paulo, 2005, pp. 33-48; y P. MAESTRE CASAS, “Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de Derecho Internacional Privado”, en *Mundialización y familia*, *op. cit.*, pp. 195-212.

El repaso de estos argumentos enfrentados hace pensar en un choque tan frontal como imposible de superar<sup>114</sup> pues, consideradas de modo aislado las tesis son opuestas y vistos sus argumentos en conjunto ninguna es suficiente. Esto se traduce en que no parece posible pretender que una u otra conexión respondan plenamente al objetivo de una “ley personal” que busque el respeto al sentimiento de pertenencia de una persona a un país concreto y la integración en la comunidad de otro país determinado. En la búsqueda de nuevas soluciones, un autorizado sector doctrinal ha señalado que se puede partir de las diversas modalidades de “normas de conflicto de carácter material”<sup>115</sup> así como permitir la expansión de la autonomía de la voluntad (condicionada) respecto de materias no patrimoniales del Derecho internacional privado de la familia.

### C. Integración y autonomía de la voluntad.

Para el profesor J.-Y. Carlier, la extensión de la autonomía de la voluntad permitiría a extranjeros inmigrados “reapropiarse de una parte de su vida privada al no imponerles una ley nacional de la cual desearían alejarse o una ley del domicilio que negaría su propia cultura”<sup>116</sup>. Se trata, en opinión del autor, de una aplicación moderada de la autonomía de la voluntad a las relaciones privadas familiares que permite al inmigrante elegir entre su propia ley nacional y la ley de su residencia habitual. Esta opción de ley permitiría una adaptación flexible, en el tiempo y en el espacio, en función del grado de integración de cada individuo<sup>117</sup>. En cuanto a la formulación de la conexión, él mismo la matiza proponiendo, como norma de conflicto principal, la ley del domicilio en defecto de opción por la ley nacional; ley que, en consecuencia, deviene en una conexión subsidiaria que permite, a quienes lo deseen, conservar una puerta abierta a su cultura de origen.

El argumento es seductor y ha recibido apoyos por parte de un sector doctrinal que observa *a priori* las siguientes ventajas<sup>118</sup>. En primer lugar, la persona elegirá la ley del país con el que se sienta psicológica y jurídicamente más vinculado. En segundo lugar, permitirá resolver de forma no traumática el conflicto latente tras la conexión “nacionalidad” o “domicilio” sin forzar al inmigrante a integrarse en el medio socio-jurídico del país de acogida. En tercer lugar, se logra mantener una sociedad multicultural desde el prisma jurídico al permitir a la población extranjera mantener,

---

<sup>114</sup> En realidad, la confrontación es menor de lo que parece. Ninguna de las tesis niega la integración, ninguna resta valor al sentimiento de pertenencia del extranjero a su cultura. Son dos modos de ver la diversidad (cultural): mientras que en la ley nacional prima la identidad cultural y el reconocimiento del origen diferente del extranjero, en la ley domiciliar la referencia a la inserción (el presente) lleva a primar la integración (el futuro) en la sociedad de acogida.

<sup>115</sup> En palabras del profesor González Campos, la materialización de la localización por la búsqueda de un resultado, en J.D. GÓNZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation ...”, *cit.*, pp. 355 ss; y, P. PICONE, “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général”, *R. des C.*, t. 276, 1999, pp. 9-296, esp. pp. 86 ss.

<sup>116</sup> J.-Y. CARLIER, “Estatuto personal y sociedad multicultural...”, *cit.*, p. 35.

<sup>117</sup> P. GANNAGE, “La pénétration de l’autonomie de la volonté...”, pp. 425 ss.

<sup>118</sup> A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia internacional*, *cit.*, p. 24. Sostienen los autores que “esta aplicación sólo está justificada si la persona se halla occidentalizada y adaptada al modo socio jurídico español; pero si el sujeto piensa volver a su país, conserva su fe musulmana y los hábitos jurídicos propios de su país de origen, la aplicación de la ley del domicilio o de la residencia habitual resulta negativa pues se le fuerza a una integración en un cuadro de valores ajenos” (p. 25).

voluntariamente, sus lazos sociales y jurídicos con su país de origen, lo que también encaja con principio de libre desarrollo de su personalidad.

El sistema de opción tal y como se ha formulado anteriormente ha recibido críticas doctrinales que, si bien reconocen su aptitud para evitar la aplicación de derechos extranjeros que reconozcan, por ejemplo, la poligamia u otras disposiciones chocantes con el ordenamiento jurídico del foro, impugnan sus consecuencias en orden a varias consideraciones. En primer lugar, y en el contexto de crisis matrimoniales, la elección dejada a los esposos extranjeros de estatuto musulmán no soluciona el problema, dada la clara subordinación jurídica de la mujer. En segundo lugar, y en caso de desacuerdo entre los cónyuges, no permite una salida al conflicto planteado en cuanto a la elección de ley. En tercer lugar, un argumento de índole práctico relativo al desconocimiento de los contrayentes de la posibilidad de estos pactos de ley aplicable. Finalmente, la opción de legislación no elimina la dificultad de establecer límites a la autonomía de la voluntad, pues ésta siempre ha de ceder ante los valores superiores del ordenamiento del foro.

En opinión del profesor Sánchez Lorenzo, la adopción de un sistema de opción debe observarse desde la perspectiva del principio de libertad individual<sup>119</sup>. En este sentido, se afirma que la fuerza expansiva de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado patrimonial es un hecho en las legislaciones internas y en el Derecho convencional, observándose también una evolución favorable en instituciones del Derecho no patrimonial con un contenido no obstante económico (régimen matrimonial, sucesiones) e incluso se empieza a aceptar en materias estrictamente personales como los efectos del matrimonio, el divorcio<sup>120</sup>, el nombre y apellidos. La justificación de su extensión se encuentra, como ha indicado la profesora Zabalo Escudero, en la postulación de los intereses estrictamente individuales derivados de un principio de libertad. Libertad personal que, en el Derecho de familia, se combina con la libertad religiosa y de conciencia y el libre desarrollo de la personalidad para configurar un sector del ordenamiento menos intervenido, aunque sean necesarias ciertas cautelas en orden a garantizar que la elección sea libre y que no haya discriminaciones o imposiciones de género contrarias al principio de igualdad de sexos<sup>121</sup>.

Y así, en presencia de poblaciones de extranjeros residentes, se sostiene que la aplicación de la libertad de optar permitiría adecuar la política de integración de los Estados de acogida y el respeto a la libertad individual y cultural de los inmigrantes, lo que justificaría ampliar la elección de ley aplicable a las relaciones entre los cónyuges cuando medie nacionalidad común. Ahora bien, a la hora de su formulación, algunos autores propugnan por mantener la nacionalidad como conexión principal y reducir la elección mediante conexiones objetivas que presenten un grado de vinculación personal

---

<sup>119</sup> S. SÁNCHEZ LORENZO, "Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia", *AHLADI*, núm. 17, 2005, pp. 87-130, esp. p. 108.

<sup>120</sup> La reciente Ley belga de Derecho internacional privado de 16 de julio de 2004 admite la opción en materia de divorcio y separación, condicionada la elección a la ley de la nacionalidad común al tiempo de presentación de la demanda o al derecho belga y siempre que esta elección se haga en el momento de la primera comparecencia (art. 55.2).

<sup>121</sup> E. ZABALO ESCUDERO, "Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al Islam", en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, op. cit., pp. 221-258.



y social del individuo o del grupo, particularmente la residencia habitual, en línea con la Resolución del IDI en su sesión de El Cairo de 19 de septiembre de 1987<sup>122</sup>.

No obstante, la perspectiva conflictual no es suficiente para dar una respuesta completa y eficiente a las situaciones familiares internacionales en que pueden colisionar diversas concepciones culturales, de ahí que existan otros análisis y propuestas de adaptación de la propia normativa interna. A ellas nos referiremos más adelante en relación con los matrimonios poligámicos y el repudio, siempre desde la óptica de la interacción de las normas reguladoras sobre el estatuto de residente de la familia reagrupada.

## 1.2. Marco normativo español.

### 1.2.1. La recepción de la ley nacional como rectora del estatuto personal en el sistema español de Derecho internacional privado.

El sistema español de Derecho internacional privado plasma una concepción amplia del estatuto personal y se inscribe entre los sistemas que adoptan la conexión ley nacional como punto de conexión. Su recepción se encuentra en el artículo 9.1 del Código Civil (“la ley nacional rige la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”) precepto que, bilateralizado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo de reforma del Título Preliminar del Código Civil<sup>123</sup>, sujeta tanto a los españoles como a los extranjeros<sup>124</sup>.

La apertura hacia la conexión ley domiciliar<sup>125</sup>, o ley de la residencia habitual que acompaña a la ley nacional, se observa en el propio Decreto de 1974 cuando señala, en relación con los principios inspiradores de la reforma, que la consagración de la ley nacional se hace “sin perjuicio de algunas puntualizaciones sobre la concurrencia y preferencia de leyes distintas, como ocurre en el matrimonio, en la adopción y en

<sup>122</sup> “En matière d’effets personnels du mariage, de divorce et de séparation de corps, il est recommandé aux Etats d’offrir aux époux une option entre la loi nationale et la loi du domicile, lorsqu’ils ont une nationalité commune et un domicile commun, dans les cas où l’Etat national est différent de l’Etat où est situé le domicile”. M.Y. LOUSSOUARN (Rapporteur), “La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé”, Session du Caire, 15ème Commission, Institut de Droit International, septembre 1987.

<sup>123</sup> BOE núm. 163, de 9 de julio de 1974.

<sup>124</sup> Con carácter general, *vid.* M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “La reforma del artículo 9 del Código Civil español”, *RFDUC*, núm. 47, 1973, pp. 315-354. Sobre las conexiones en el sistema español de normas de conflicto y la fuerza de la ley nacional, véase J.A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado...*, *cit.*, pp. 163-167 y las referencias bibliográficas ahí citadas en relación con los trabajos preparatorios de la revisión del Título Preliminar y los comentarios y estudios publicados con ocasión de la reforma. Los precedentes de la recepción histórica de la ley nacional como rectora del estatuto personal en el derecho internacional privado español en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS *et. al.*, *Derecho internacional privado...*, *cit.*, pp. 43-44; y los comentarios al artículo 9.1 de M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Artículo 9, apartado 1”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2...., *cit.*, pp. 163-180; de M. AMORES CONRADI, “Artículo 9.1”, en *Comentario del Código Civil* (Paz-Ares Rodríguez, C. *et al.*, dir.), *cit.*, pp. 76-81; y de A. MARÍN LÓPEZ, “Artículo 9.1”, *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. 1, Tecnos, 1977, Madrid, pp. 427-433.

<sup>125</sup> El artículo 40 del C.c. define el domicilio de las personas naturales como el lugar de su residencia habitual.

materia de alimentos”. Apertura que se confirma en las reformas al Código civil operadas por Ley 21/1981, de 11 de noviembre<sup>126</sup>, Ley 11/1990, de 15 de octubre<sup>127</sup>, LO 1/1996, de 15 de enero<sup>128</sup> y LO 11/2003, de 29 de septiembre<sup>129</sup>, pero siempre con carácter subsidiario; esto es, en ausencia de nacionalidad común, la residencia habitual opera respecto de los efectos del matrimonio (art. 9.2 I C.c.), en el régimen económico del matrimonio (art. 9.3 C.c.), en la separación y el divorcio (art. 107 I C.c.) y en el carácter y contenido de la filiación y de las relaciones paterno-filiales (art. 9.4 C.c.). Por lo que hace al régimen de la deuda alimenticia, el desplazamiento hacia la conexión de la residencia habitual *in favor creditoris* procede de las soluciones convencionales adoptadas en el ámbito la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado que vinculan a España. Finalmente, el artículo 9.10 C.c. cierra el sistema consagrando la ley del lugar de la residencia habitual como conexión general subsidiaria respecto de quienes no pueden probar su nacionalidad o existen dudas sobre el hecho de si la han perdido o no.

En este contexto de reformas puede observarse el reflejo de una regulación cada vez más especializada de las materias relativas a la persona (efectos del matrimonio, régimen económico matrimonial, adopción, medidas provisionales y urgentes de protección del incapaz, nulidad, separación y divorcio). En cuanto a la sujeción a puntos de conexión diferentes (nacionalidad, domicilio, autonomía de la voluntad, residencia habitual), su articulación de modo flexible (jerarquizado o alternativo) se hace eco de la tendencia actual a una norma de conflicto atenta a la defensa de valores materiales y a la consecución de resultados concretos y justos (*favor filii, favor protectionis, favor divortii* y, en fin, *favor integrationis*)<sup>130</sup>.

En efecto, el formalismo clásico de las normas de Derecho internacional privado ha evolucionado en pro de normas de localización que, orientadas materialmente, atiendan las necesidades de la realidad social. La doctrina ha explicado que se trata de propugnar, por una parte, una localización no basada en la sede de la relación, como en el planteamiento tradicional, sino más atenta a los concretos hechos del litigio relevantes en determinada materia y al ordenamiento a aplicar; y, por otra parte, al señalar que el Derecho internacional privado debe cumplir un objetivo de justicia material, es decir, debe atender al resultado material que se obtenga de manera que el derecho finalmente aplicado por el Juez deberá ser el que mejor responda a los objetivos propios del derecho material del foro. La consecución de esta orientación puede llevarse a cabo bien por el legislador en el momento de reglamentación de los supuestos, bien por el juez en el proceso de aplicación e interpretación de las normas de conflicto<sup>131</sup>.

Desde esta perspectiva, es posible pensar que a través de la formulación de normas de Derecho internacional privado que incorporan o expresan determinados valores del modelo social del ordenamiento jurídico del foro se puede incorporar en las normas de

---

<sup>126</sup> BOE núm. 165, de 11 de julio de 1981.

<sup>127</sup> BOE núm. 250, de 18 de octubre de 1990.

<sup>128</sup> BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

<sup>129</sup> BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

<sup>130</sup> Respecto de las causas de la tendencia a la especialización material de las normas de conflicto en el sector del derecho de familia y los problemas de la fragmentación en la dimensión de la ley aplicable, *vid. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation...”, cit.*, pp. 160-173. Con carácter más general, véanse las reflexiones de I. GARCÍA VELASCO, *cit.*, pp. 192-197.

<sup>131</sup> A.P. ABARCA JUNCO, “Un ejemplo de materialización en el Derecho internacional privado español. La reforma del art. 107 del Código civil”, en *Pacis Artes...*, pp. 1095-1115.

ley aplicable el valor de la integración (*favor integrationis*) respecto de los inmigrantes que residen de modo estable en el ordenamiento del foro.

### ***1.2.2. El valor jurídico de la integración y los elementos de justicia material en las conexiones: el ejemplo del artículo 107 del Código civil y su incidencia en el estatuto de residente del cónyuge reagrupado.***

“La adecuación de las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país” es la rúbrica que suscribe la reciente reforma del artículo 107 del Código civil llevada a cabo por el artículo 3 de la LO 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Esta reforma puede ser vista como un reflejo de la imbricación, en el ámbito de las normas de conflicto, del criterio de integración social de los extranjeros inmigrantes establecidos en nuestro país. En efecto, ya en la Exposición de Motivos se ponía de relieve que el objetivo de la reforma era la protección de la mujer frente a nuevas realidades sociales que aparecen con el fenómeno de la inmigración; en concreto, los problemas de las mujeres inmigrantes originarias de países musulmanes cuando solicitaran la separación o el divorcio en España<sup>132</sup>. Como ha señalado la profesora Abarca Junco, el legislador español ha procedido a una orientación de la norma de conflicto en materia de divorcio con el fin de facilitar la integración de los extranjeros procedentes de otras culturas<sup>133</sup>.

El supuesto que motivó la reforma es bien conocido. Sucintamente expuesto, su origen se sitúa en una recomendación del Defensor del Pueblo tras la queja de una ciudadana marroquí que, debido a las continuas desavenencias y malos tratos de su marido, de la misma nacionalidad, abandonó el domicilio conyugal siendo acogida por el Servicio de Mujeres Maltratadas del Ayuntamiento de Murcia en donde se le facilitó oportuna asesoría legal. En materia de ley aplicable a la separación y al divorcio, el contenido del artículo 107 del Código Civil a la sazón vigente llevaba a la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges (el Derecho marroquí)<sup>134</sup>. Para este ordenamiento, por una parte, no era posible la separación al ser ésta una institución desconocida; y, por otra parte, la disolución unilateral del vínculo es un privilegio exclusivo del varón, de modo que, siendo la mujer la que interesara el divorcio, éste sólo podría declararse en un procedimiento contencioso, en el que, siendo la causa de divorcio los malos tratos, habría de demostrarse dicha causa acompañando a la solicitud certificados médicos y el testimonio de 12 personas<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> R. ARENAS GARCÍA, “La nueva redacción del artículo 107 del Código Civil”, *REDI*, vol. LVI, 2004 (1), pp. 205-224.

<sup>133</sup> A.P. ABARCA JUNCO, “Un ejemplo de materialización...”, *cit.*, p. 1100.

<sup>134</sup> Artículo 107 C.c.- “La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio, y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes”. Los problemas de los efectos de los movimientos migratorios sobre la solución conflictual a las crisis matrimoniales, con anterioridad a la reforma del artículo 107 C.c., fueron puestos de relieve, entre otros autores, por G. PALAO MORENO, “La separación y el divorcio de los extranjeros...”, *cit.*; y por J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “Ante la anunciada reforma del artículo 107 del Código Civil”, *Act. Civ.*, núm. 1, 2003, pp. 75-97.

<sup>135</sup> Repárese que el nuevo Código de familia marroquí mantiene la sevicia como causa de divorcio redefiniendo el perjuicio como “todo comportamiento del marido que sea contrario a los buenos modales y que perjudique a la esposa material o moralmente de forma que imposibilite la

La difícil, y en ocasiones insatisfactoria, solución a que llevaba la aplicación del antiguo artículo 107 del Código civil a supuestos en que debía ser aplicado el Derecho marroquí, fue puesta de relieve por el Defensor del Pueblo en su Recomendación núm. 43/2002<sup>136</sup> con apoyo en numerosas sentencias de los tribunales españoles desestimatorias de demandas de separación matrimonial (por ser la separación una institución desconocida en el derecho extranjero aplicable, sin intervención del orden público<sup>137</sup>) o de divorcio (por la falta de prueba del derecho extranjero, sin intervención del orden público<sup>138</sup>), con la consiguiente imposibilidad, para los cónyuges residentes en España, de lograr la tutela judicial de sus legítimas pretensiones.

Bien es cierto que, en los supuestos de divorcio, alguna sentencia había inaplicado el derecho marroquí por vulneración del principio de igualdad y, subsidiariamente, había aplicado el derecho material español, por ser España el lugar de la residencia habitual de los cónyuges; es decir, no intervención del orden público y enjuiciamiento del fondo aplicando la segunda conexión del precepto<sup>139</sup>. Finalmente, en otras sentencias, se ha hecho intervenir la excepción de orden público y la consiguiente aplicación del derecho español<sup>140</sup>, pero sólo en supuestos de divorcio discriminatorios pues, como ya se ha dicho, en situaciones de separación matrimonial su inadmisión o desconocimiento (por el ordenamiento extranjero) no hacía intervenir el orden público internacional español<sup>141</sup>.

La reforma del artículo 107 del Código civil atiende pues a esta realidad social y orienta materialmente las soluciones para adecuar las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país y solventar los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán que solicitan la separación o el divorcio, según indica la Exposición de Motivos de la reforma. El *favor divortii* como expresión de la autonomía personal y la residencia en España como expresión del

---

continuación de sus relaciones conyugales” (art. 99). Limita, también, los plazos de tratamiento de los expedientes de divorcio a seis meses (antes se permitía una dilación de hasta cinco años), salvo circunstancias excepcionales (art. 113). Pero lo más destacable de la reforma es la ampliación de los supuestos de divorcio permitiendo el divorcio por disensión (abarca los casos en que los cónyuges, o uno de ellos, solicitan al tribunal la resolución de un problema conyugal que pone en riesgo la unión) y el divorcio por mutuo acuerdo (aquí el legislador abre la vía del divorcio para los cónyuges que hayan decidido de mutuo acuerdo poner fin al matrimonio). *Vid.*, H. ZEKRI, *cit.*.

<sup>136</sup> Recomendación 43/2002, de 30 de mayo, para que se modifique el artículo 107 del Código Civil, con objeto de que los ciudadanos extranjeros residentes legales en nuestro país puedan elegir entre el derecho español o su derecho nacional a la hora de separarse o divorciarse. Véase, DEFENSOR DEL PUEBLO ESPAÑOL, *Informe anual 2002 y debates en las Cortes Generales*, vol. I: *Informe*, Publicaciones del Congreso de los Diputados (Secretaría General-Dirección de Estudios), Serie Informes, Madrid, 2003, pp. 652-653.

<sup>137</sup> SAP Barcelona, de 6 abril 2000. G. PALAO MORENO, Nota a la SAP de Madrid de 28 de septiembre de 2000, *REDI*, vol. LIII, 2001 (1), pp. 529-536.

<sup>138</sup> SAP Barcelona, de 15 septiembre 1998.

<sup>139</sup> SAP Madrid, de 28 septiembre 2000.

<sup>140</sup> SAP Murcia, de 12 mayo 2003.

<sup>141</sup> Una solución de *lege ferenda*, distinta de la adoptada por el legislador, la propone J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *cit.*: Si resultase aplicable la ley sustantiva nacional común de los cónyuges, y ésta no hubiere sido alegada y probada por ninguna de las partes el juez desestimaría la demanda. No obstante, si la ley extranjera declarada aplicable no admitiese ninguna de ambas instituciones o sólo una de ellas, según el caso, o las sometiese a condiciones de extrema dureza, el demandante podrá acogerse a la ley española, aun cuando el demandado alegue y pruebe el contenido de la ley extranjera, bastando con que cualquiera de los cónyuges resida habitualmente en España.

valor de la integración (*favor integrationis*) —ambos, valores del foro— son pues los criterios que en el artículo 107 orientan la solución final siempre que concurran las circunstancias que la propia norma establece. Un ejemplo de materialización que, en opinión de la doctrina, supone “una prioridad de la justicia material sobre la formal, una prioridad de los valores del foro que necesariamente conlleva una especial forma de regulación”<sup>142</sup>.

Desde la perspectiva de nuestro tema de estudio, interesa examinar si el resultado de las conexiones del artículo 107 del C.c., tras la reforma, logra incorporar el valor de la integración en términos que favorezcan la residencia independiente del cónyuge reagrupado (y divorciado), de acuerdo con los requisitos del artículo 19 de la Ley de extranjería.

La conexión de la residencia habitual se articula en el nuevo artículo 107 C.c. de tres maneras distintas que corresponden, respectivamente, a situaciones especiales. Primero, como conexión subsidiaria a la conexión principal, a falta de nacionalidad común de los cónyuges, será aplicable la ley de la residencia habitual común del matrimonio en el momento de la presentación de la demanda, precepto que se mantiene igual que en la anterior redacción. Segundo, como conexión subsidiaria a la conexión secundaria, a falta de residencia habitual común en dicho momento, será aplicable la ley de la última residencia del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en el Estado en el que se encontraba dicha residencia. Tercero, en el apartado II mediante tres conexiones se ordena la aplicación, en todo caso, del derecho español bajo determinadas condiciones y siempre y cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España. La norma se especializa ahora, pero no en función de la materia regulada, sino en función de la proximidad del supuesto con el foro.

Ahora bien, para que este desplazamiento a favor de la aplicación del derecho español pueda producirse es preciso que se dé alguno de estos supuestos: (1) Que no resulte aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas (ausencia de nacionalidad común, ausencia de residencia habitual común al tiempo de presentación de la demanda y ausencia de residencia de uno cónyuges en el lugar que fuera su última residencia habitual común); (2) Que la demanda sea presentada ante tribunal español<sup>143</sup>

<sup>142</sup> A.P. ABARCA JUNCO, “Un ejemplo de materialización...”, *cit.*, p. 1100. En contra del resultado de la reforma se manifiestan A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil (I y II)”, *La Ley*, núm. 3, 2004, pp. 1745-1766. En opinión de estos autores “La solución es “profundamente *legeforista*, pues favorece, la aplicación de la Ley española a la separación y al divorcio en casos internacionales; no es una norma de conflicto materialmente orientada en favor del divorcio pues no desarrolla el principio *favor divortii*, ya que no permite aplicar una Ley estatal que admita, *in casu*, el divorcio o la separación judicial de los cónyuges; cuestión que hubiera sido posible de admitir la “elección de Ley” aplicable al divorcio y añadiendo un sistema de conexiones materialmente orientado *pro divorcio*, de forma que fuera aplicable una Ley determinada, pero si dicha Ley no permitiera el divorcio, se pudiera pasar a la aplicación de otra Ley estatal que sí lo permitiera, y así sucesivamente; y finalmente, es un precepto muy poco sensible a la situación real de los inmigrantes extranjeros en España, al no permitir la “elección de Ley” reguladora de la crisis matrimonial, con lo cual impide una “respuesta multicultural” a las crisis matrimoniales internacionales”.

<sup>143</sup> Los foros del artículo 3 del Reglamento 2201/2003 atribuirán competencia a los tribunales españoles si éstos tienen en España su residencia habitual en el momento de la presentación de la demanda, incluso si ya no viven en el mismo domicilio; si la última residencia habitual del demandado estuvo en España cuando uno de ellos (demandante o demandado, es indiferente) todavía resida allí en el momento de la presentación de la demanda; si España es el lugar de residencia habitual del demandado; si España es el lugar de la residencia habitual de uno de los cónyuges en caso de demanda

y el divorcio se pida por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro; y (3) Cuando la ley aplicable no reconociera el instituto de la separación o el divorcio o reconociéndolo, lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público.

En los tres casos de aplicación imperativa del derecho español se exige un vínculo del supuesto de hecho con nuestro ordenamiento, que el precepto concreta en la nacionalidad española o en la residencia habitual en España de al menos uno de los cónyuges. Si el vínculo se diere en estos términos se aplicará el derecho español pero el juez habrá de concretar la situación en función de la especialización que la misma norma establece; especialización que puede resultar un tanto compleja de aplicar.

En efecto, en el inciso a) se produce una laguna legal pues, como ha señalado la profesora Abarca Junco, en el supuesto en que no resulte aplicable ninguna de las leyes mencionadas en el apartado I del artículo 107 y ninguna de las partes sea nacional español o residente en España, ¿qué ley habría de aplicar el juez? En principio habrá de buscar el ordenamiento más estrechamente vinculado con el caso a partir de los elementos presentes en el mismo (lectura *a sensu contrario* del inciso a) del artículo 107 II). Este supuesto no entraría en juego en el caso de la familia reagrupada pues, por principio, residen en España.

En segundo lugar, si la solicitud no se presenta de mutuo acuerdo o por un cónyuge con el consentimiento del otro (lectura *a sensu contrario* del inciso b), el juez habrá de retornar al apartado I del artículo 107 y concretar la ley que corresponda. En este caso concreto, aunque el supuesto parece responder al deseo de facilitar la consecución de la separación o del divorcio (a un matrimonio que presenta vínculos significativos con España) aplicando el derecho español, no existe en puridad una elección de la ley española de modo directo, como solicitaba el Defensor del Pueblo en su Recomendación<sup>144</sup>, sino una *materialización* de la misma basada en el interés de las partes<sup>145</sup>. Un sector de la doctrina ha criticado este efecto por entender que la *lex fori* debería operar tanto en los supuestos de planteamiento contencioso como no contencioso en los que el divorcio o la separación se soliciten de mutuo acuerdo y exista una vinculación del supuesto con el ordenamiento español<sup>146</sup>.

---

conjunta, incluso si el otro cónyuge no reside en un país de la UE; si España es el lugar de la residencia habitual del demandante y éste reside en nuestro país desde al menos un año inmediatamente anterior a la presentación de la demanda. En relación con efectos positivos y negativos de los foros de competencia del Reglamento comunitario en materia matrimonial, véase R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales*, Universidade de Santiago de Compostela (Servizo Publicacións e Intercambio Científico), 2004, esp. pp. 141-148 y 165-172.

<sup>144</sup> La Enmienda presentada por el Grupo Socialista en el Congreso proponía una redacción distinta del artículo 107. II b) a cuyo tenor el Derecho español sería aplicable a la separación y al divorcio “si lo solicita el demandante que haya residido en España al menos durante seis meses con anterioridad a la presentación de la demanda”.

<sup>145</sup> Si éstas quieren que se les aplique el derecho español basta con estar de acuerdo en solicitar el divorcio ante un tribunal español, solucionando así los problemas derivados del contenido y la aplicación del derecho extranjero. *A sensu contrario*, esto significa, por una parte, que sólo un planteamiento no contencioso de la demanda impondrá la aplicación del derecho español; y, por otra parte, que si los cónyuges pretenden la aplicación de su ley nacional común o la de la residencia habitual común o la de la última residencia del matrimonio si uno de ellos reside aún en el Estado en el que se encuentra dicha residencia, no podrán presentar la demanda de mutuo acuerdo o consentir en ella; es decir, habrán de acudir al planteamiento de una artificiosa demanda contenciosa que les permita eludir la aplicación imperativa del derecho español.

<sup>146</sup> Véase el comentario de R. ARENAS GARCÍA, “La nueva redacción del artículo 107...”, *cit.*, p. 216. Más críticos, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El divorcio

Este supuesto interesaría a nuestro tema de estudio pues si el divorcio o la separación son contenciosos no podrá aplicarse la ley española, única que garantizaría sin lugar a dudas la efectividad del divorcio en España y, por ende, la obtención del permiso independiente del cónyuge reagrupado. El valor de la integración, en nuestra opinión, ha quedado diluido al primar en la materialización una doble vinculación (residencia habitual y el interés de las partes en demandar el divorcio en España) sobre una posibilidad de elección directa del derecho material español por parte de un demandante (reagrupante o reagrupado) que demuestra una vinculación suficiente acreditada por la residencia familiar.

No obstante, el inciso c) del precepto puede ayudar a lograr que la sentencia aplique el Derecho español aunque mediante un procedimiento de más difícil concreción práctica. Este inciso incorpora el *favor divortii*, el orden público de proximidad (ya que la aplicación de la ley española está condicionada a la residencia o la nacionalidad) y la no discriminación. En efecto, la introducción en el inciso c) de tres cláusulas especiales de orden público va a permitir la misma consecuencia jurídica (aplicación de la ley española) cuando la ley aplicable no reconozca el divorcio o la separación, cuando lo reconozca pero de forma discriminatoria y cuando lo haga pero de forma contraria al orden público; valores situados en el mismo nivel de protección especial acaso porque el legislador considere que individualmente considerados no sean lo suficientemente fuertes como para activar la cláusula general de orden público; cuestión en todo caso discutible como ha puesto de relieve la doctrina<sup>147</sup>.

En todo caso, posibilitar la aplicación del derecho español al divorcio o a la separación de inmigrantes residentes en España que demanden de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro o, en su caso, por la acción de las cláusulas especiales de orden público, es una solución integradora en la medida en que, tras el procedimiento judicial, se habrán fijado, con garantías, las pensiones, alimentos, derechos de custodia, etc., situación que, respecto de las mujeres inmigrantes procedentes de países musulmanes (no olvidemos que éste es el origen del problema), facilitará extraordinariamente la obtención de un permiso independiente de residencia para sí y los hijos que queden bajo su custodia.

## **2. La posible incidencia de la aplicación de la norma de conflicto en el estatuto de residencia del cónyuge reagrupado: los casos del matrimonio poligámico y del repudio.**

En las materias del estatuto personal concernientes al Derecho de familia la aplicación del derecho extranjero designado por la norma de conflicto puede ser descartada por la acción del orden público. Por lo general, el ordenamiento del foro tiende a rechazar determinadas instituciones del Derecho de familia consideradas

---

internacional...”, *cit., pasim*. Para P. Diago Diago, la justificación de la mutua conformidad referida únicamente a la presentación de la demanda, no es un argumento fuerte para basar la imposición de la ley española, *vid.* P. DIAGO DIAGO, “Nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”, en *El derecho de familia ante el siglo XXI...*, *op. cit.*, pp. 271-294, esp. p. 291.

<sup>147</sup> A.P. ABARCA JUNCO, “Un ejemplo de materialización...”, *cit.*, pp. 1115 ss.

incompatibles con el modo de vida europeo, aunque a esas mismas instituciones le puedan ser reconocidos determinados efectos.

La práctica judicial y administrativa de los países de acogida muestra que la poligamia y el repudio son las instituciones del Derecho musulmán cuya eficacia en el ordenamiento del foro suscita mayores dudas en torno a la intervención o no del orden público<sup>148</sup>. La doctrina científica busca respuestas que puedan contribuir a la adaptación del sistema de Derecho internacional privado al problema de la creciente “multiculturalidad” en las sociedades de acogida y la jurisprudencia no es unánime en el *modus operandi* cuando, por ejemplo, se ha planteado como cuestión previa la validez de un matrimonio poligámico o en los casos de concesión o denegación de decisiones extranjeras de repudio<sup>149</sup>.

En opinión de J. Déprez, se trata de un problema más cultural que propiamente jurídico en la medida en que el Derecho musulmán es el que más se aleja de los valores y concepciones jurídico sociales imperantes en los países laicos<sup>150</sup>. Otros autores hacen hincapié en el trasfondo religioso de la ley islámica, cuya influencia en el Derecho de familia “constituye la base del modo de entender la vida radicalmente opuestos a los de las sociedades occidentales”<sup>151</sup>. En todo caso, como demuestra la jurisprudencia comparada y la de los tribunales patrios, los términos en que se expresa el rechazo no son tan categóricos<sup>152</sup>.

La perspectiva de nuestro estudio aconseja partir de ejemplos particulares que permitan constatar el modo en que son aceptadas (o rechazadas) en el ordenamiento jurídico del foro aquellas instituciones que, como queda dicho, por regla general se consideran incompatibles con el modelo de vida europeo<sup>153</sup>.

## 2.1. Matrimonios poligámicos.

---

<sup>148</sup> M. VERWILGHEN, “Les problèmes juridiques soulevés par l’immigration musulmane”, en *Le statut personnel des musulmans...*, *op. cit.*, pp. 21-33.

<sup>149</sup> Véase la síntesis de las propuestas doctrinales, en A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Les ordres plurilégislatifs...”, *cit.*, pp. 355-361.

<sup>150</sup> Sobre este problema, véanse, entre otros, J.-Y. CARLIER, “Le droit confronté à la présence de familles musulmanes en Europe: quelles perspectives”, en *Familles — Islam — Europe. Le droit confronté au changement* (Foblets, M.C., dir.), L’Harmattan, Paris, 1996, pp. 19-32; y J. DÉPREZ, “Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé”, en la misma obra, pp. 57-124, en esp. p. 58.

<sup>151</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “*Ius nubendi* y orden público matrimonial”, *BIMJ*, Año LIV, núm. 1862, 2000, pp. 425-447.

<sup>152</sup> Un análisis de la jurisprudencia francesa y española lo realiza F. CADET, en *L’ordre public en droit international de la famille. Étude comparée France/Espagne*, L’Harmattan, Paris, 2003, pp. 284-286.

<sup>153</sup> Una perspectiva conflictual respecto de la práctica judicial europea y la aplicación del derecho musulmán, la ofrece M.-C. FOBLETS, “‘Locating’ Families in a Time of Unprecedented Mobility: Recent Developments in the Field of International Private Law in Europe”. Paper. International Commission on Couple & Family Relations (ICCFR), *Distance, Diversity, Dislocation — Families Facing Globalisation*, Sydney, June 17-20, 2002. Disponible en Internet: [www.relationships.com.au/professional/MFoblets.pdf](http://www.relationships.com.au/professional/MFoblets.pdf).



Como punto de partida ha de afirmarse que el orden público español mantiene su oposición a los matrimonios poligámicos<sup>154</sup>. En relación con la reagrupación familiar (y la familia reagrupada), la acción de las normas reguladoras de extranjería manifiestan su rechazo de modo diferente a como lo expresa la norma de conflicto. En efecto, las primeras, como hemos visto, permiten la reagrupación de un solo cónyuge, ya sea la primera o la segunda (u otra posterior) de las esposas. Aquí el vínculo matrimonial se ha de acreditar documentalmente, según ha sido examinado en el Capítulo III. Las normas de conflicto, en cambio, comprobarán si se trata de un matrimonio válido según la ley personal para reconocer, por ejemplo, un determinado derecho en el ordenamiento del foro, cuyo presupuesto sea la existencia de un vínculo matrimonial vigente y previo. Tratándose de un matrimonio poligámico, ¿podrá estimarse el derecho pretendido sin hacer intervenir el orden público español?

Desde esta perspectiva, habrá de atenderse a los efectos de la poligamia en el ordenamiento jurídico del foro a cuyo fin distinguiremos dos situaciones, relativas, respectivamente, a la creación de la relación en el país de acogida y al reconocimiento del matrimonio poligámico regularmente celebrado en el extranjero. Aunque las reglas generales sobre la función, caracteres y efectos del orden público respecto de los matrimonios poligámicos sean sobradamente conocidas<sup>155</sup>, su examen adquiere un renovado interés si se enfoca teniendo presente que el reagrupante (potencial o realmente polígamo) reside habitualmente en España, que estamos ante una migración familiar estable con vocación de permanencia y voluntad de integración en nuestro país y que la solución conflictual puede, eventualmente, incidir en la renovación o no renovación de las autorizaciones de residencia de la familia reagrupada.

### **2.1.1. Creación de la situación en España.**

Hemos de determinar si un extranjero de estatuto poligámico residente en España puede, según su ley personal, celebrar un matrimonio poligámico en nuestro país o pretender la inscripción en el Registro civil español del ya celebrado. En la apreciación de las condiciones de validez de estos matrimonios se presentan dos tipos de problemas relativos, respectivamente, a la ley aplicable al consentimiento y a la capacidad (cuestión de fondo tradicionalmente sujeta a la ley personal) y a la forma de la celebración (cuya validez se apreciará siempre que el matrimonio hubiere sido contraído de conformidad con la ley del lugar de celebración o de acuerdo con la ley personal de cualquiera de los cónyuges). Pues bien, en materia de capacidad, el orden público español se opondrá a su autorización tanto para celebrarlo en España (existiendo un matrimonio musulmán previo no disuelto y válido según su ley nacional) como para inscribirlo (cuando exista un vínculo anterior no disuelto o se sospeche de la celebración de un matrimonio musulmán previo no disuelto)<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> F.J. ZAMORA CABOT, “El Derecho internacional privado ante el matrimonio poligámico: Experiencias francesa y británica y su eventual repercusión en España”, *RDP*, Año XLVI, 1982 (1), pp. 111-124.

<sup>155</sup> Sobre la práctica de la DGRN véase, entre otros, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “*Ius nubendi* y orden público...”, p. 425. Desde el punto de vista de las sucesiones, el mismo autor con H. GRIEDER MACHADO, “Orden público y sucesiones (I y II)”, *BIMJ*, Año LIX, núms. 1984 y 1985, 2005, pp. 853-882 y 1123-1147, respectivamente, esp. pp. 1142-1143.

<sup>156</sup> Una sistematización de los distintos supuestos planteados ante la DGRN, según se trate de autorización para la celebración o para la inscripción de matrimonios coránicos, la ofrecen I.

La DGRN ha considerado de modo reiterado que

aunque este segundo enlace sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio haya que aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (art. 12.3 C.c.) que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la concepción española del matrimonio<sup>157</sup>.

### **2.1.2. Reconocimiento de la situación válidamente creada en el extranjero.**

Prosigue la DGRN señalando que “no es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que ese segundo matrimonio puede producir para el ordenamiento español”. En este sentido, como ha señalado nuestra mejor doctrina, implícitamente se está admitiendo una posible atenuación del orden público en cuanto al reconocimiento de ciertos efectos del matrimonio poligámico<sup>158</sup>, aunque la DGRN puntualice que “lo que es evidente es que no puede admitirse que en una inscripción del matrimonio en el Registro español conste que uno de los contrayentes estaba ya casado cuando se celebró el enlace” y recuerde que “el estado civil de cada contrayente es un dato obligado en la inscripción del matrimonio”<sup>159</sup>.

Situados en el plano de la reagrupación familiar, aunque la norma material de extranjería reaccione frente al matrimonio poligámico limitando el beneficio de “conyugalidad” a un solo cónyuge, acreditado mediante prueba documental, nada impide que el cónyuge reagrupado sea la segunda esposa con lo que, implícitamente, se están admitiendo, en la esfera de extranjería, “efectos extraterritoriales” a las uniones poligámicas. Esto significa, respecto de la familia reagrupada, que el segundo cónyuge, caso de ser el reagrupado, será el único “cónyuge” a los efectos de un permiso de residencia en España por causa familiar, aunque para otros efectos, interviniendo la norma de conflicto, pudiera no serlo (por ejemplo, su inscripción en el Registro civil español no sería posible por la acción del orden público).

#### **A. Planteamiento del problema.**

Observada esta situación desde la perspectiva de la integración de la familia reagrupada resulta el siguiente escenario.

---

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ y M.D. ADAM MUÑOZ, *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005, pp. 155-158.

<sup>157</sup> Ress. DGRN de 8 abril 1999 y de 30 septiembre 1999.

<sup>158</sup> Entre otros, véanse, A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II..., *cit.*, pp. 100-102; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “*Ius nubendi* y orden público...”, *cit.*, esp. p. 433; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, 6ª ed., Granada, 2005, pp. 44-46; J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias...*, *cit.*, p. 110; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 435; I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 276-284; y J.D. GONZÁLEZ CAMPOS *et al.*, *Derecho Internacional Privado...*, *cit.*, p. 419.

<sup>159</sup> Véase, Instrucción de la DGRN de 10 de febrero de 1993 (BOE núm. 47, de 24.2.1993).

En primer lugar, en el sector del Derecho de extranjería la situación de poligamia (potencial o real) del extranjero residente-reagrupante no supone un obstáculo a la adaptación a la cultura y estilo de vida españoles ni en la entrada ni en la renovación de los permisos, bastando con la prohibición de reagrupar a más de un cónyuge.

En segundo lugar, en el sector de la nacionalidad, previsiblemente será rechazada su adquisición dado el énfasis otorgado al dato sociológico de la asimilación a la cultura y a las costumbre del lugar de acogida que toma en cuenta, según hemos visto anteriormente, el no abandono de la poligamia como un dato indicador de la ausencia de voluntad de integración.

En tercer lugar, respecto a la validez en España de dicho matrimonio poligámico — como cuestión a resolver por la normas de conflicto— el orden público español actuará afirmativamente impidiendo la inscripción en el Registro civil español de ese segundo matrimonio si persiste la situación de poligamia (aunque el matrimonio previo sea válido según su ley nacional), pero planteada (la validez) ante los tribunales españoles como cuestión previa para el reconocimiento de un determinado derecho (por ejemplo, alimentos o determinación de los beneficiarios de una pensión de viudedad respecto de la segunda esposa), presumiblemente se le reconocerá efectos no obstante la objeción del orden público.

### ***B. Respuestas de la jurisprudencia a cuestiones similares.***

La eficacia extraterritorial de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero ha sido admitida por la jurisprudencia en diversos ámbitos, básicamente en materia de alimentos y en la determinación de los beneficiarios de una pensión de viudedad.

#### ***a. Jurisprudencia extranjera.***

Los primeros casos en que los tribunales hubieron de arbitrar soluciones específicas para los conflictos “multiculturales” derivaron de la situación post-colonial. En Francia, por ejemplo, se ha aplicado la teoría del efecto atenuado del orden público<sup>160</sup> para reconocer a la segunda mujer de un matrimonio poligámico celebrado en el extranjero el derecho a la pensión de alimentos, el derecho a la herencia o el derecho a una indemnización por daños, contra el autor de un accidente que provocó la muerte de su marido<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> La teoría del efecto atenuado del orden público tuvo su origen en Francia en el Asunto Rivière, S. de la Cour de Cassation de 17 abril 1953; véase en *Grands arrêts* (B. Ancel / Y. Lequette, coords.), 3ª ed., numeral 26, pp. 204-214. Sobre el desplazamiento del fundamento de soberanía al de proximidad en este Asunto, véase P. LAGARDE “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé”, *R. des C.*, t. 196, 1986 (I), pp. 9-238, esp. pp. 66-71 y 88-96.

<sup>161</sup> P. LAGARDE, “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L’expérience française”, en *Nouveaux itinéraires en droit...*, cit., pp. 263-282, esp. pp. 276 ss.; *Id.* Nota a las SS. de la Cour de cassation (1<sup>o</sup> Ch. civ.)- 20 juin 1978 et 18 décembre 1979, *RCDIP*, t. 70, 1981, pp. 88-89; e *Id.*, Nota a la S. del Conseil d’État (Sec. cont.)- 11 février 1994, *RCDIP*, t. 83, 1994 (2), pp. 317-322.

Tratándose de la materia sucesoria, como han explicado los profesores M. Aguilar Benítez de Lugo y H. Grieder Machado, en un principio los tribunales franceses denegaron, en nombre del orden público, un derecho sucesorio, según la ley francesa, a la segunda esposa de un argelino musulmán, habiendo sido el matrimonio válidamente contraído en el extranjero<sup>162</sup>. Más tarde la jurisprudencia cambió de signo, admitiendo a la sucesión, por ejemplo en el caso dame Bendeddouche c. dame Boumaza<sup>163</sup>, a la segunda mujer de un argelino, válidamente casado según su ley personal, en concurso con la primera esposa respecto de los bienes inmuebles dejados en Francia por el difunto.

La defensa de la teoría del efecto atenuado del orden público (sobre la sucesión), realizada en este caso por el tribunal francés, puede resumirse en torno a dos ideas: primera, que si bien el orden público francés no permitiría que una unión poligámica celebrada en Francia produjera en ella efectos jurídicos, no se opone a que un matrimonio poligámico válidamente contraído en el extranjero, según la ley local, produzca en Francia efectos de orden sucesorio en beneficio de una segunda esposa y de sus hijos legítimos; y, segundo, que la concepción francesa del orden público no es la misma según sea un obstáculo a la adquisición de un derecho en Francia o se trate de dejar que se produzcan en Francia los efectos de un derecho adquirido en el extranjero, sin fraude, de conformidad con la ley competente en virtud del Derecho internacional privado francés (en este caso, el principio del efecto atenuado del orden público debe recibir aplicación).

En un asunto posterior (caso Baaziz<sup>164</sup>), se trató el mismo problema de la atribución de una pensión de viudedad a dos esposas de un ciudadano argelino, musulmán y originariamente francés pero que con posterioridad al primer matrimonio, contraído con una francesa en Francia, perdió la nacionalidad francesa. Un primer contencioso se planteó en relación con el acta de defunción, declarándose en sentencia firme que “aun siendo válido el segundo matrimonio según la ley personal sólo debía de figurar en el acta de defunción el primer matrimonio”. Pero, cuando se discutió en el segundo contencioso la atribución de la pensión de viudedad, el mismo tribunal declaró que la pensión debía dividirse entre las dos esposas por igual, en virtud del Convenio general sobre Seguridad Social celebrado entre Francia y Argelia en 1965 que establecía dicho sistema de reparto en presencia de dos cónyuges.

Recurrida la sentencia, la *Cour de Cassation* declaró que la concepción del orden público francés “se opone a que el matrimonio poligámico, contraído en el extranjero por el que continúa siendo el marido de una francesa, produzca sus efectos en contra de ésta”, no admitiéndose, en consecuencia, el reparto de la pensión con la segunda esposa,

---

<sup>162</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y H. GRIEDER MACHADO, “Orden público y sucesiones”, *cit.*, p. 1143.

<sup>163</sup> S. de la Cour de Cassation de 3 enero 1980, *Grands arrêts*, *cit.*, numeral 61, pp. 487-495.

<sup>164</sup> El asunto *Baaziz* produjo dos sentencias de la Cour de Cassation: la primera, de 17 de febrero de 1982, *RCDIP*, t. 72, 1983 (2), pp. 275-281; y, la segunda, de 6 de julio de 1988, *RCDIP*, t. 78, 1989 (1), pp. 71-81, (ambas con nota de Y. LEQUETTE). Citado, entre otros autores, por G. DROZ, *cit.*, p. 151. Entre las sentencias anteriores que abrieron el camino en materia de alimentos reconociendo la validez de una unión poligámica válidamente creada en el extranjero puede citarse el caso *Chemouni v. Chemouni*, SS. de la Cour de Cassation de 28 de enero de 1958 y 19 de febrero de 1963, véase en *Grands arrêts*, *op. cit.*, numerales 30-31, pp. 235-247.

de nacionalidad argelina (*Inlandsbeziehung*)<sup>165</sup>. Más controvertida fue la sentencia de la Cour d'appel de Paris de 8 de noviembre de 1983, en el asunto Kaci c. Mahmoudi, que declaró que el orden público no se opone a la eficacia, en una sucesión sometida a la ley francesa, de un matrimonio poligámico celebrado en Argelia entre argelinos, estando el marido ya casado con una francesa<sup>166</sup>.

En Bélgica, se ha cuestionado si el sistema de reparto de la pensión de viudedad entre dos cónyuges de un ciudadano marroquí, establecido en el artículo 24.2 de la *Convention générale sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc*, firmada en Rabat el 28 de junio de 1968 y aprobada por Ley de 20 de julio de 1970<sup>167</sup>, produce como efecto una doble discriminación por razón de sexo. Planteada la cuestión a título prejudicial por la *Cour du travail* de Bruselas ante la *Cour d'arbitrage*, ésta ha considerado que,

B.4.2. La Convention générale sur la sécurité sociale précitée du 24 juin 1968, approuvée par la loi du 20 juillet 1970, a pour objet de garantir le bénéfice des législations sur la sécurité sociale en vigueur au Maroc et en Belgique aux personnes auxquelles s'appliquent ces législations. Il résulte de cette Convention qu'on applique en Belgique la législation belge relative à la pension de survie des travailleurs salariés aux travailleurs de nationalité marocaine qui ont été affiliés au régime belge de l'assurance décès. Toutefois, l'article 24, § 2, de cette Convention prévoit que l'on doit tenir compte, pour la répartition de la pension, du statut personnel de l'assuré. Ceci a pour conséquence que, si le travailleur était marocain, de sexe masculin et qu'il avait contracté plusieurs mariages, conformément au droit marocain qui réglait son statut personnel, chacune de ses veuves peut prétendre à une partie de la pension<sup>168</sup>.

En un asunto posterior, la *Cour de travail de Mons* se ha pronunciado sobre la misma cuestión y ha declarado que el objetivo de la Convención no es reconocer un repudio ni atenta a la igualdad de los esposos en la disolución del matrimonio, sino que se limita a establecer, en materia de pensiones de viudedad, las consecuencias de un estado de poligamia admitido por el estatuto personal de un trabajador marroquí. El tribunal, razonando en torno a los efectos del orden público internacional belga frente al matrimonio poligámico estableció que

<sup>165</sup> Véase comentario de G. DROZ, *cit.*, p. 152. Una exposición de la legislación y de la jurisprudencia francesas sobre esta cuestión puede verse en S. ADROHER BIOSCA, "Matrimonio islámico y Derecho internacional privado español", en *Hominum causa omne ius constitutum est. Escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. José María Díaz Moreno, S.J.* (Castán Vázquez, J.M. et al., coord.), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pp. 879-899, esp. pp. 889-890.

<sup>166</sup> El profesor Lequette ha cuestionado la oportunidad de acoger (en Francia) los aspectos más criticables de ciertas instituciones extranjeras en el sentido de que pueda contribuir a la expansión del integrismo musulmán. *Vid.*, Y. LEQUETTE, en Nota a la S. de la Cour d'appel de Paris (2<sup>a</sup> Ch. sect. B), 8 novembre 1983, *RCDIP*, t. 73, 1984, pp. 476-483; y la misma idea en la Nota al asunto *Baaziz* (Cour de cassation, 6.7.1988), *cit.*

<sup>167</sup> Art. 24.2: "La pension de veuve est éventuellement répartie, également et définitivement, entre les bénéficiaires, dans les conditions prévues par le statut personnel de l'assuré".

<sup>168</sup> Cour d'arbitrage, arrêt núm. 84/2005 du 4 mai 2005. *RDIP*, núm. 3, 2005, pp. 19-22. Comentada por J.-Y. CARLIER, "La polygamie devant la Cour d'arbitrage", *JJ*, núm. 42, 24 mai 2005, p. 1. Este autor ha observado que: "En répondant à un objectif légitime d'harmonisation de régimes juridiques différents par le moyen particulier d'une règle de rattachement désignant la loi nationale pour l'examen du statut personnel des intéressés, la Convention, partant la loi, introduisait un traitement différencié, non une discrimination".

A propos des lois étrangères s'écartant radicalement de certains principes fondamentaux par l'Etat du for il faut se demander quelles sont la nature et l'étendue des effets réclamés dans cet Etat. Le juge saisi n'a pas à évaluer le droit étranger au regard de ses propres critères, mais il doit vérifier la compatibilité avec l'ordre public des seuls effets juridiques que produira la règle étrangère si elle vient à être déclarée applicable. Un second mariage régulièrement contracté à l'étranger conformément au statut personnel des époux peut produire certains effets dans un pays qui pratique la monogamie. L'exercice d'un droit régulièrement acquis à l'étranger n'est pas contraire à l'ordre public international belge pour la seule raison que celui-ci ferait obstacle à la naissance de ce droit en Belgique. La question du trouble de l'ordre public qui pourrait faire obstacle à la reconnaissance des effets de la polygamie doit être résolue en considérant l'objet de la demande en lui-même ou dans ses conséquences directes et nécessaires. Il faut distinguer les effets admissibles, tels le droit aux aliments, à des dommages et intérêts en cas de décès accidentel du conjoint, d'effets auxquels l'exception d'ordre public ferait obstacle. En l'espèce les effets de la prise en compte du second mariage, soit le partage de la pension de survie entre deux veuves, ne heurtent pas les principes de l'ordre public international belge, d'autant que pareil effet est prévu pour les pensions du secteur public dans l'hypothèse de l'existence de deux ayants droit<sup>169</sup>.

Desde una perspectiva distinta, una sentencia del OLG *Oldenburg*, de 16 de septiembre de 1980<sup>170</sup>, ha hecho referencia al orden público económico o presupuestario, que valora los resultados económicos de la aplicación de la ley personal (por ejemplo, la esposa se queda sin recursos) así como los efectos que la solución produciría en el país de residencia (por ejemplo, las cargas sociales). En otra sentencia, comentada por E. Jayme<sup>171</sup>, fue tomado en cuenta el dato sociológico respecto de una viuda camerunesa que reclamaba sus derechos en la sucesión de un alemán casado a su vez con otra mujer africana. La valoración de la procedencia cultural de la esposa, unida a la buena fe al contraer el matrimonio, llevaron al juez a atender el hecho de que la mujer camerunesa provenía de una cultura distinta y que confiaba en la validez del matrimonio<sup>172</sup>.

### ***b. Jurisprudencia española.***

La jurisprudencia española también ha examinado, a título preliminar, la validez en España de un matrimonio poligámico celebrado en el extranjero, a fin de determinar el derecho la pensión de viudedad de dos cónyuges supervivientes. En algunos casos, el juzgador ha recurrido a la excepción de orden público para denegar el reparto de la pensión entre las dos viudas; en otros, en cambio, el tribunal ha reconocido efectos a tales matrimonios, repartiendo la pensión de viudedad, bien por partes iguales bien en función del periodo de tiempo de cada matrimonio. Los argumentos han sido los siguientes.

---

<sup>169</sup> Cour du travail (Mons) de 8 septembre 2005, núm. JS61559.

<sup>170</sup> En el caso concreto, se trataba de una demanda de alimentos entre esposos iraníes; la ley iraní es descartada por los vínculos "notables" de las partes con Alemania, país de su residencia. De la aplicación del derecho iraní resultaba que la esposa no tenía derecho a alimentos y al carecer de otros recursos, pasaría, por aplicación del derecho material del foro a depender de la asistencia social alemana. Citada por A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración...*, cit., p. 53, nota 109.

<sup>171</sup> E. JAYME, "Identité culturelle et intégration...", cit., pp. 234-254, con referencia a la doctrina en nota 785.

<sup>172</sup> Tomado de A.P. ABARCA JUNCO, "La regulación de la sociedad multicultural", cit., pp. 170-179.

*Denegación de la pensión de viudedad a la segunda esposa.* El TSJ de Cataluña en sentencia de 30 de julio de 2003<sup>173</sup>, enjuiciando un supuesto en el que el causante era un ciudadano de Gambia bígamo, argumentó que la aplicación estricta del ordenamiento jurídico español, que en el art. 12.3 del Código Civil establece que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público, llevaría, *prima facie*, a la conclusión de que solamente los matrimonios celebrados conforme a la legislación española (los matrimonios monogámicos sucesivos) se pueden beneficiar de estas prestaciones. En consecuencia, para el tribunal, el segundo matrimonio vulnera el orden público español, sin que se le puedan reconocer efectos.

*Reparto de la pensión de viudedad.* En este sentido se ha pronunciado el Juzgado de lo Social núm. 3 de La Coruña, en sentencia de 13 de julio de 1998<sup>174</sup> y, desestimando el recurso de suplicación interpuesto contra aquella, el TSJ de Galicia, en sentencia de 2 de abril de 2002<sup>175</sup>. Se trataba de un ciudadano senegalés que había contraído matrimonio conforme a su ley personal con dos mujeres de la misma nacionalidad, falleciendo en España en accidente. En la instancia se había reconocido a cada una de las viudas la mitad de la pensión; éstas recurrieron en suplicación, solicitando sendas pensiones de viudedad íntegras. El TSJ argumentó que los arts. 49 y 50 del Código Civil permiten reconocer los matrimonios celebrados conforme a leyes extranjeras si fueron contraídos de conformidad con el ordenamiento del lugar de su celebración.

En cuanto a la noción de orden público, el Tribunal señaló en primer término que nuestro ordenamiento jurídico tipifica la bigamia como delito (art. 217 Código Penal). Sin embargo, tratándose de cónyuges extranjeros cuya ley personal reconoce como válido el matrimonio poligámico, la Sala acordó un “reconocimiento parcial en el contexto prestacional de la Seguridad Social, de los efectos jurídicos del doble vínculo matrimonial”. Decisión en la que se aprecia una interpretación de la excepción de orden público “flexible” (pro beneficiario), aludiendo a la STS de 22 de noviembre de 1977<sup>176</sup>, quizá con la finalidad -no declarada expresamente- de favorecer el reconocimiento de la pensión de viudedad en aras a la justicia material. En cambio, la sentencia invocó el orden público para negar el derecho a causar dos pensiones de viudedad íntegras, “porque el ordenamiento jurídico español prevé que se cause una única pensión de viudedad”. Como el criterio judicial de instancia de reparto de la pensión por mitad no se había cuestionado en suplicación, la Sala confirmó la sentencia recurrida.

A este mismo planteamiento responde la sentencia del TSJ de Andalucía de 30 de enero de 2003. En un supuesto de fallecimiento de un nacional marroquí casado con dos

---

<sup>173</sup> Que estima el recurso de suplicación contra la SJS núm. 6 (Barcelona) de 10 octubre 2003. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social que dio origen a esta apelación en M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, *Act. Lab.*, núm. 3, 2003, pp. 581-601.

<sup>174</sup> O. MOLINA HERMOSILLA, “Poligamia del trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supérstite. Comentario a la SJS (núm. 3), A Coruña, de 13 julio 1998”, *AS*, núm. 2, 2001, pp. 2999-3005.

<sup>175</sup> A. DEL VAL TENA, “Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la “extensión” del concepto de beneficiario. Comentario a la STSJ de Galicia 2 abril 2002”, *Act. Lab.*, núm. 1, 2003, pp. 47-58.

<sup>176</sup> Esta STS se refería a un supuesto distinto: un extranjero divorciado que había contraído un matrimonio civil en el extranjero cuya validez se cuestionaba. Aunque en España a la sazón regía la indisolubilidad matrimonial, el TS argumentó que ésta “no es una regla absolutamente rígida, pues admite inflexiones”, admitiendo la validez de aquel matrimonio.

mujeres, el TSJ confirmó la sentencia de instancia, que había repartido por mitad la pensión entre ambas viudas, con fundamento en que

la situación familiar de un extranjero se gobierna por las Leyes de su estatuto personal que permiten la poligamia y que los arts. 3 y 23 del Convenio sobre Seguridad Social hispano-marroquí<sup>177</sup> conllevan la distribución en partes iguales de la pensión entre las que definitivamente acrediten ser las beneficiarias, con independencia del tiempo de convivencia al no contemplarlo la citada norma convencional.

El TSJ de Madrid, en sentencia de 29 de julio de 2002 trató el caso de un marroquí que contrajo un segundo matrimonio en Marruecos cuando estaba vigente el primero. Posteriormente, se divorció de su segunda esposa, aunque en la sentencia se argumenta que de la propia acta de divorcio parece desprenderse que se trató de un repudio. El tribunal se apoyó en el Convenio sobre Seguridad Social hispano-marroquí, cuyo artículo 23 establece que “la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”. Por otra parte, el artículo 17.1 del citado Convenio señala que “la institución competente de cada Parte Contratante determinará el importe de la prestación, según las disposiciones de la legislación que ella aplique, teniendo en cuenta solamente los períodos de seguro cumplidos bajo esta legislación”.

El TSJ de Madrid sostuvo que el citado artículo 23 no puede interpretarse como una remisión en bloque a la legislación marroquí en materia de reconocimiento, adquisición y cuantía de la prestación, sino que la expresión “conforme a la legislación marroquí” alude solamente a la posible situación de poligamia del causante. Por ello, aplica el artículo 174.2 de la LGSS<sup>178</sup>, es decir, el Derecho español, para decidir sobre el reparto de la pensión de viudedad, entre las “viudas” en proporción al tiempo de convivencia. Un sector de la doctrina laboralista ha criticado esta sentencia por entender que el tribunal aplica parcialmente la legislación extranjera, lo que vulneraría el principio de seguridad jurídica<sup>179</sup>.

En realidad, el Tribunal ha realizado una adaptación con el fin de lograr un resultado materialmente justo. En efecto, el tribunal acepta la solución *lex causae* en cuanto al nacimiento del derecho, tal y como prevé el Convenio (la pensión se distribuirá por partes iguales entre quienes resulten beneficiarias). El problema, sin embargo, era la existencia de un repudio que, según la legislación marroquí, privaba a la mujer repudiada de todo derecho sobre la pensión. Esta situación es la que lleva al Tribunal a considerar el resultado del repudio, frente al cónyuge, como un supuesto de divorcio, y ello con el fin de no privar a dicho ex cónyuge del derecho a la pensión, que el Derecho español reconoce; la consecuencia de esta adaptación ha permitido extender la condición de beneficiaria de la pensión al cónyuge repudiado y el consiguiente reparto proporcional en atención al tiempo de convivencia (no *in integrum* como pretendía el cónyuge no repudiado), según permite el artículo 17.1 del Convenio.

---

<sup>177</sup> BOE núm. 245, de 13 octubre 1982.

<sup>178</sup> RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 29.6.1994).

<sup>179</sup> R. MARTÍN JIMÉNEZ, “Reparto de la pensión de viudedad en supuestos de poligamia”, AS, núm. IV, 2002, pp. 3331-3334.



### **2.1.3. Comprensión de la jurisprudencia a la luz del estatuto de residente del cónyuge reagrupado.**

#### **A. La solución del orden público.**

Si consideramos aisladamente la acción del orden público, que no reconoce la validez del segundo matrimonio a efectos de la pensión de viudedad (STSJ Cataluña de 30 julio 2003), y se diera la circunstancia de que el cónyuge reagrupado fuera el segundo, cabría plantearse el alcance de estas decisiones sobre el permiso de residencia del cónyuge reagrupado. En primer lugar, podría entenderse que los efectos de la sentencia se circunscriben con carácter exclusivo al ámbito de las pensiones, con lo que no incidiría en el ámbito de los permisos de residencia. La segunda, saber si dicha sentencia puede producir efectos en el momento en que la viuda (segundo cónyuge) pretenda la obtención del permiso de residencia independiente al amparo del artículo 16 de la Ley de extranjería en relación con del artículo 41.2 del Reglamento (conservación en caso de disolución del vínculo matrimonial, por muerte, en este supuesto).

En este segundo punto la situación del cónyuge puede ser muy complicada toda vez que, recordemos, la residencia del cónyuge reagrupado no lleva aparejada la autorización para trabajar, pues para ello necesita una autorización de residencia y trabajo independiente, según se ha analizado anteriormente, supuesto, este último, que no daría lugar al problema en los términos que ahora analizamos.

Pero, ¿qué sucedería en el supuesto contrario?; es decir si el cónyuge reagrupado hubiera sido el segundo y, tras el fallecimiento del reagrupante, su matrimonio no fuera considerado válido a efectos de la pensión de viudedad, ¿podrá serlo a efectos de la obtención de un permiso independiente? Nuevamente se plantearía, a título de cuestión previa, la validez del matrimonio y la solución podría ser otra, de aplicarse la teoría del efecto atenuado del orden público.

Ahora bien, en este caso, la viuda carecería de pensión (pues a los efectos de la seguridad social no ha sido considerado cónyuge) y, aunque tuviera derecho a conservar la residencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 16.3 de la Ley de extranjería (llevar dos años residiendo en España), este permiso temporal no le permite trabajar, pues sólo si obtuviera un contrato de trabajo podría acceder al permiso independiente.

#### **B. La solución del efecto atenuado del orden público.**

Si se sigue la teoría del efecto atenuado del orden público, con la consideración de dos viudas legales, ¿podría el cónyuge no reagrupado solicitar la residencia en España? Desde luego que la situación no es extraña pues la convivencia *more poligámico* es práctica común en los países de acogida, como quedó puesto de relieve en el asunto Montcho en Francia<sup>180</sup>. Recuérdese que, en dicho caso, la Administración francesa había denegado el permiso de residencia cuando la segunda esposa solicitó su regularización, ordenando su expulsión del territorio. En cambio, el Consejo de Estado,

---

<sup>180</sup> Decisión del Consejo de Estado de 11 de julio de 1980. Nota de J.M. BISCHOFF, *cit.*

en el recurso, realizó un análisis en torno a la importancia de la integración de la segunda esposa en Francia, toda vez que acreditaba cinco años de residencia en el país y no podía reprochársele ningún comportamiento ilegal, era la tutora legal de sus hijos y la orden de expulsión causaría un grave perjuicio a éstos.

Extrapolando el supuesto a nuestro país y centrándonos, por ejemplo, en el caso que conoció el Juzgado de lo Social núm. 6 de Barcelona (origen de la citada STSJ de Cataluña), en el que se acreditaba en autos que las dos viudas vivían en el mismo domicilio conyugal con sus respectivos hijos, ¿cabría interpretar la integración en el país de acogida tal y como hizo el Consejo de Estado francés?

Como ya hemos examinado, el Reglamento de la Ley de extranjería contempla un supuesto excepcional de residencia temporal que permite la obtención de un permiso temporal, por arraigo, a los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España por un periodo mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales (en España y en el país de origen), cuenten con un contrato de trabajo en el momento de la solicitud (entiéndase una oferta firme y firmada por ambas partes), de duración no inferior a un año y, bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes (sólo los referidos a los cónyuges, ascendientes y descendientes), bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el Ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual (art. 45).

Como ha señalado la doctrina más autorizada, el artículo 45.2 del Reglamento abre una posible vía de sanación de situaciones irregulares que puede contribuir a una paulatina normalización, haciendo innecesarios los convulsos procesos de regularización<sup>181</sup>. Esta vía, aplicada a supuestos como el que planteamos, llevaría al mismo resultado que la solución francesa en el caso *Montcho*. Si bien, conviene reparar que fue precisamente dicho asunto el que abrió en el vecino país un intenso debate sobre la reagrupación familiar de personas de estatuto poligámico y la convivencia *more poligámico* en el país, como problema asociado a la falta de integración.

En efecto, la *Ley Pasqua* de 24 de agosto de 1993, prohibió de modo expreso tanto la reagrupación familiar de más de un cónyuge como la concesión del permiso de residencia al extranjero que viviera en situación de poligamia con sus esposas e hijos en el territorio francés<sup>182</sup>. Y, más adelante, el Consejo de Estado, en consulta relacionada con la concesión del derecho a la nacionalidad a un residente de estatuto poligámico, efectivamente casado con varias esposas, dio un paso más y razonó que éste no podía

---

<sup>181</sup> E. PÉREZ VERA en A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, Vol. I, cit., p. 319.

<sup>182</sup> D. TURPIN, “La loi 98-349, relative à l’entré et au séjour des étrangers en France et le droit d’asile”, *RCDIP*, t. 87, 1998 (4), pp. 521-564, esp. p. 523. El Tribunal Constitucional francés declaró su conformidad con la Constitución considerando que las condiciones de una vida familiar normal son aquellas que prevalecen en Francia, país de acogida, las cuales excluyen la poligamia; así como la constitucionalidad de las limitaciones legales a la reagrupación familiar poligámica y las sanciones que de ello se derivan. Cf., F. JAULT-SESEKE, cit., § 195 y nota 98. Sin embargo, el debate puede reabrirse tras el anuncio del Ejecutivo francés de endurecer los controles en la reagrupación familiar con la idea de “pasar a una inmigración elegida”. Diario *El País*, 10.2.2006.

obtener la nacionalidad francesa “por ausencia de asimilación a la cultura y a las costumbres francesas”<sup>183</sup>.

Desde esta perspectiva, cabe señalar que el mantenimiento de la vida familiar en poligamia, una vez se produce la estabilización del inmigrante en el territorio de acogida, debería jugar un papel relevante. El Reglamento de la Ley de extranjería exige una declaración del cónyuge reagrupante en el sentido de que no convive con él otro cónyuge a efectos de la reagrupación familiar, pero la realidad parece indicar que esto no se cumple. Una orientación normativa que no pierda de vista la integración en los valores de la sociedad de acogida debería tener en cuenta si el segundo vínculo conyugal fue establecido *ex ante* la reagrupación o si se contrajo segundo matrimonio tras la consolidación de la residencia del reagrupante en España. Cuestión más delicada sería la regularización de la residencia de la esposa no reagrupada —conviviente *more poligámico*— a quien se le ha reconocido la condición de viuda legal en la esfera de la seguridad social pero que, en el ámbito de extranjería, no es cónyuge dada la expresa prohibición de la norma de reagrupar a más de uno.

En las respuestas de los tribunales españoles no apreciamos la toma en consideración del momento en que el vínculo conyugal fue establecido, acaso porque del propio tenor del artículo 17 de la Ley de extranjería resulta irrelevante este momento. Todo parece indicar que nuestro Derecho de extranjería ha seguido una opción respetuosa con la diversidad cultural en materia de reagrupación familiar del cónyuge poligámico. Pero los problemas que se suscitan una vez reagrupada la familia en el territorio dejan muchos interrogantes abiertos.

Las soluciones de otros ordenamientos jurídicos tienden a evitar que un segundo matrimonio (poligámico) produzca efectos en el ordenamiento del foro si se contrajo una vez que el reagrupante hubiera adquirido la residencia en el territorio de acogida. Así, la *Poligamous Marriage Act* británica, aprobada en 1972, consideraba nulos tanto los matrimonios potencialmente poligámicos (los celebrados en Estados donde se permite la poligamia) como los realmente poligámicos (las uniones en donde uno de los contrayentes estuviese unido previamente en matrimonio). Posteriormente, la *Private Internactional Law Act (Miscellaneous Provisions)* de 1995, admitió la validez de los primeros, pero, en materia de reagrupación familiar, las leyes de extranjería sólo admiten la reunión de la primera de las esposas si el matrimonio poligámico se concertó una vez que el reagrupante hubiera adquirido el estatuto de residente en el territorio (Inglaterra, Gales y Escocia)<sup>184</sup>.

La solución francesa, en la reciente modificación normativa en materia de reagrupación familiar, establece que necesariamente el cónyuge reagrupado deberá ser la primera esposa<sup>185</sup>. En Alemania, la jurisprudencia se opone a la reagrupación de la segunda esposa y afirma que, este beneficio, sólo puede aplicarse al cónyuge legítimo según el derecho alemán, pero no a la segunda esposa aunque sea legítima según la

---

<sup>183</sup> En este sentido, véanse las consideraciones de M.-C. FOBLETS en “Un droit pour ou par ces destinataires? Les complexités du rattachement juridique des l’alliance matrimoniale entre partenaires immigrés”, en *Familles — Islam — Europe...*, cit., pp. 125-151.

<sup>184</sup> Véanse la *Private International Law Act* de 8.11.1995 y nota a la misma de N. BOUZA VIDAL y A. QUIÑONES ESCÁMEZ, cit., p. 175; y la *Immigration Rules* (HC 395), § 278.

<sup>185</sup> Decreto 2005-253, de 17.3.2005 en relación con los artículos L. 411-1 a L. 411-3 del *Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile* (Loi n° 2003-1119 de 26.11.2003 que modifica el art. 29 de la *Ordonnance* 45-2658 de 2.11.1945).

conexión religiosa del derecho islámico<sup>186</sup>. Solución ésta que, al igual que en el derecho francés, no toma en cuenta el criterio de integración (*ergo*, la residencia del reagrupante) en el país de acogida como un elemento que permitiera no rechazar de plano la reagrupación familiar del segundo cónyuge.

### **C. La solución de la teoría de la *Inlandsbeziehung*.**

La teoría del orden público internacional de proximidad (*Inlandsbeziehung* o *Binnenbeziehung*) hace operar el orden público cuando entre la situación privada internacional y el país cuyo orden público puede intervenir existe una mínima conexión; es decir, si concurre algún dato que demuestre el vínculo del caso con el país cuyos tribunales conocen del asunto. Por ejemplo, el artículo 61.3 de la Ley de Derecho internacional privado suiza de 1987 hace operar el orden público internacional contra la aplicación de leyes extranjeras que no permiten el divorcio sólo si uno de los cónyuges tiene la nacionalidad suiza o si es residente y lleva en el país al menos dos años.

De esta caracterización es posible inferir una primera consecuencia que es la no intervención del orden público internacional (español) respecto de ciertos supuestos fácticos que estén excesivamente alejados de la esfera jurídica española. En la doctrina española se discute la posibilidad de aplicar esta teoría en atención a tres consideraciones: en primer lugar, porque en nuestro sistema no existen normas que expresamente subordinen la intervención del orden público a una especial conexión del caso con la esfera española; en segundo lugar, porque si el caso se presenta ante los tribunales españoles, y estos son competentes, ya existe un contacto con el foro, por lo que la proximidad siempre existirá; y, en tercer lugar, porque crea una diferencia de trato entre nacionales y extranjeros.

Trasladando la mencionada teoría a los supuestos de matrimonio poligámico el resultado sería el siguiente: una española casada, por ejemplo, con un ciudadano argelino, podría invocar el orden público de proximidad contra el segundo matrimonio de su esposo. Pero, si todos tienen nacionalidad argelina y los matrimonios han sido celebrados en Argelia no habría proximidad, el orden público no se aplicaría<sup>187</sup>.

El caso Baaziz, anteriormente citado, puede servirnos de ejemplo para ver cómo opera esta teoría en un supuesto práctico. Como punto de partida, cabe decir que en la doctrina francesa, la idea de un orden público atenuado, que es tolerante con la admisión de efectos a un acto celebrado en el extranjero, debe ser matizada en función de la intensidad de la “penetración del derecho extranjero en el Estado del foro”. Así, en materia de poligamia (y de repudio), la práctica francesa se inclina a favor de una intervención positiva del orden público cuando la esposa que solicita la protección está vinculada con Francia, por razón de su nacionalidad o de su residencia habitual<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> F. JAULT-SESEKE, *cit.*, pp. 104-106.

<sup>187</sup> Véase en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Nuevos modelos de familias y Derecho internacional privado en el siglo XXI”, *ADUM*, núm. 21, 2003, pp. 109-143, esp. p. 117.

<sup>188</sup> “En matière de polygamie et de répudiation, la pratique française penche ainsi en faveur d’une réaction affirmative de l’ordre public lorsque l’époux réclamant protection est rattaché à la France, en raison notamment de sa nationalité ou de sa résidence habituelle”. *Vid.*, P. LAGARDE, “La théorie de l’ordre public...”, *cit.*, p. 281. Sobre este asunto, véase también A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Les ordres plurilégislatifs...”, *cit.*, pp. 338-340.

Es aquí donde la teoría del orden público internacional de proximidad revela su compleja aplicación en la práctica. En el caso Baaziz, el elemento “de proximidad” considerado fue la nacionalidad francesa de la primera esposa que sirvió como solución para no permitir el reconocimiento de efectos a la segunda unión; con lo cual, esta unión sería válida cuando la ley personal de ambos esposos permita la poligamia, bajo reserva de protección especial a la esposa de nacionalidad francesa. Queda, sin embargo, sin resolver el supuesto inverso; es decir, si la nacionalidad del segundo cónyuge fuera la del foro y no así la del primer cónyuge.

En la doctrina francesa y suiza, algunos autores son partidarios de subordinar la validez del segundo matrimonio a la existencia de la poligamia en los derechos nacionales de la primera esposa, de la segunda esposa y del marido. Así el profesor Lequette ha afirmado que: “Il vaudrait mieux poser le principe que la seconde union ne serait considérée comme valable que lorsqu’elle est valable aux yeux de la loi personnelle du mari de la seconde épouse mais également de la loi personnelle de la première épouse”<sup>189</sup>. En todo caso, podría pensarse, como hace G. Droz, que si el segundo cónyuge ostenta la nacionalidad del foro (o reside en el territorio) y contrae matrimonio con un musulmán ya casado, “acepta los riesgos con pleno conocimiento de causa” y, en consecuencia, podría negársele la atribución de alimentos o el reconocimiento de derechos sucesorios.

El Instituto de Derecho Internacional (IDI) en su sesión de Cracovia de 25 de agosto de 2005 (“Las diferencias culturales y el orden público en Derecho internacional privado de la familia”<sup>190</sup>) parece seguir esta teoría del orden público internacional de proximidad al sugerir una regla según la cual, en principio, los Estados no deberían oponer el orden público al reconocimiento de la validez de los matrimonios poligámicos celebrados en aquellos Estados que admitan la poligamia. Pero, no vendrán obligados a reconocer estas uniones si los dos cónyuges tienen su residencia habitual, en el momento de la celebración, en un Estado que no admita la poligamia, o si la primera esposa tiene la nacionalidad de dicho Estado o su residencia habitual en el mismo.

Desde la perspectiva de la familia reagrupada, la aplicación de esta regla se traduciría, en caso de plantearse la validez del segundo matrimonio a efectos de renovación de la residencia del cónyuge reagrupado, en un no reconocimiento de este segundo matrimonio que, en cambio, sí lo fue para la norma de extranjería en el momento en que se suscitó la reagrupación. Tiene sentido esta interpretación si tomáramos en cuenta un matrimonio poligámico concertado en un momento anterior al establecimiento del reagrupante en el país de acogida, pero si el segundo matrimonio fuera posterior en el tiempo, es decir tras la obtención de la residencia, el orden público de proximidad, de aceptarse esta interpretación, podría actuar en la esfera de las normas de extranjería bien para impedir la reagrupación del segundo cónyuge (negación que la Ley de extranjería no admite) o bien para no reconocer, en la esfera de las renovaciones de residencia, efecto alguno a dicho segundo matrimonio, con las consecuencias negativas, de cara a la continuidad de su residencia en España vistas anteriormente.

---

<sup>189</sup> Y. LEQUETTE, Nota a la S. de la Cour de cassation (1<sup>o</sup> Ch. civ.).- 6 juillet 1988, *cit.*, p. 78. También en S. OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public...*, *cit.*, p. 396.

<sup>190</sup> P. LAGARDE (Rapporteur), “Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille”, Resolution, Session de Cracovie, 9<sup>ème</sup> Commission, Institut de Droit International, 25 août 2005. Disponible en Internet: [www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2005\\_kra\\_02\\_fr.pdf](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_02_fr.pdf).

## 2.2. Repudio.

Como ya ha sido avanzado, el Derecho islámico admite la extinción del vínculo matrimonial en una serie de supuestos conocidos en los derechos occidentales aunque distintas puedan ser sus causas, condiciones de ejercicio o efectos. Estos supuestos son, principalmente, muerte, nulidad, divorcio, mutuo acuerdo y disolución declarada por resolución judicial o religiosa a instancia de una de las partes y en determinadas circunstancias previstas en la ley<sup>191</sup>. Además, el Derecho islámico admite el repudio unilateral de marido (*talak*) como un modo de desvinculación automático; privilegio marital que permite al varón casado poner fin al matrimonio sin necesidad de motivar la decisión y ni siquiera tener que refrendarla por una autoridad judicial (*talak*).

Por lo que hace a la regulación del divorcio, existen divergencias en las distintas legislaciones de Derecho islámico de suerte que, en ocasiones, lo que se denomina divorcio es, por sus características, un repudio (*ad ex.* en el Derecho argelino). Este modo de extinción del vínculo matrimonial es el utilizado con mayor frecuencia y el más problemático para los ordenamientos europeos que acogen el derecho a la igualdad en el matrimonio y la no discriminación por razón de sexo como principios de orden público internacional.

En efecto, al igual sucede en el matrimonio poligámico, la efectividad de un repudio en el ordenamiento jurídico del foro —tanto desde la perspectiva de su constitución (pronunciado en España), como desde el prisma de su reconocimiento si fuera válidamente realizado en el extranjero— puede hacer intervenir el orden público internacional. El interés doctrinal por esta cuestión ha generado estudios en la doctrina extranjera<sup>192</sup>, así como en la española<sup>193</sup>; estudios que centran el análisis de modo

---

<sup>191</sup> A. MOTILLA DE LA CALLE y P. LORENZO VÁZQUEZ, *cit.*, pp. 76-77.

<sup>192</sup> Entre otros, D. ALEXANDRE, “La protection de l’épouse contre la répudiation”, en *Le droit de la famille à l’épreuve...*, *cit.*, pp. 125-142; A. BUCHER, nota a las SS.: Tribunal Fédéral, II<sup>e</sup> C. Civil, 4 juillet 2000, ATF 126 III 327 y Tribunal Fédéral, II<sup>e</sup> C. Civil, 29 mai 2000, *RSDIDE*, Année 11, 2001 (2), pp. 213-224; C. CAMPLIGIO, “Matrimonio poligámico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”, *RDIPP*, Anno XXVI, 1990 (4), pp. 853-908; R. EL-HUSSEINI, “Le droit international privé français et la répudiation islamique”, *RCDIP*, t. 88, 1999 (3), pp. 427-468; I. FADLALLAH, “Vers le reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?”, *RCDIP*, t. 70, 1981, pp. 17-29; y F. MONEGER, “Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?”, *JDI*, Année 119, 1992 (2), pp. 347-355. Sobre la jerarquía del CEDH respecto de convenios bilaterales que reconocen efectos del repudio islámico, *vid.*, F. GUERCHOUN, “La primauté constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l’homme sur les conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes”, *JDI*, Année 132, 2005 (3), pp. 695-737.

<sup>193</sup> Entre otros: M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Estatuto personal y orden público en un contexto creciente de multiculturalidad”, en *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural* (García Rodríguez, I., ed.), Universidad de Alcalá (Servicio de Publicaciones), Alcalá de Henares, 2001, pp. 315-333; H. AGUILAR GRIEDER, “Multiculturalidad. Reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.”, en *Cuestiones actuales de Derecho comparado. Actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña* (Morán García, G., Dir.) Universidade da Coruña, 2003, pp. 235-264, esp. p. 248 ss.; I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ y M.D ADAM MUÑOZ, *Inmigración magrebí y derecho de familia*, *cit.*, pp. 228-245; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La sociedad europea multicultural:...” , *cit.*; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Divorcios extranjeros sin intervención judicial:...” , *cit.*, pp. 43 ss; M. GUZMÁN ZAPATER, “Divorcio sin intervención judicial y repudio. Exequátur: los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y México”, *AC*, núm. 2, 1999, pp. 1815-1832; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La disolución del

especial en la vertiente procesal del orden público (reglas generales del control de la regularidad del procedimiento y de los derechos de defensa). En nuestro país, los problemas jurídicos que plantea la validez de los divorcios privados y de los repudios atienden a dos órdenes de cuestiones. En primer término, la calificación, como una cuestión de validez-efectos (de una decisión extranjera) o como un problema de ley aplicable al divorcio. En segundo término, la acción del orden público internacional, bien sea por la ausencia de intervención de autoridad pública o de autoridad judicial, bien por la primacía de la posición del marido sobre la esposa en el repudio unilateral o bien por el carácter revocable de éste.

En cuanto a sus soluciones, países de mayor tradición migratoria que el nuestro llevan ya tiempo enfrentando estos casos con una actitud sensible y de reconocimiento selectivo, es decir, mediante un orden público que interviene y se aprecia en función de la justicia del caso concreto. En ocasiones, el acento se pone en la existencia (o ausencia) de vínculos con el foro, en otras, en el respeto a los derechos de defensa de la esposa y en fin, otros ordenamientos jurídicos resuelven la cuestión mediante normas concretas<sup>194</sup>.

El sistema español de Derecho internacional privado carece de una norma específica, aunque la norma material de extranjería atienda en cierto modo al problema de las consecuencias, sobre todo económicas, de un eventual repudio de la esposa por parte del reagrupante, cuando señala que

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 vivienda común, pensiones, pensión del cónyuge alimentos para los menores dependientes (art. 17.1.a) LODLEE).

Con todo, el repudio seguirá pesando como una amenaza sobre el cónyuge reagrupado en caso de crisis matrimonial. Es en este punto donde adquiere interés su análisis para el tema de esta investigación; a saber, los efectos sobre el permiso de residencia del cónyuge reagrupado. Piénsese, por ejemplo, que el marido reagrupante puede realizar un rápido viaje al país de origen y pronunciar el repudio del cónyuge reagrupado. Ello puede obedecer, bien a la facilidad de disolución del vínculo en su país o bien a que la decisión pueda ser más favorable a sus intereses que una eventual sentencia española. ¿Qué efectos tendrá esta decisión en el permiso de residencia del cónyuge reagrupado?

Al igual que en el caso del matrimonio poligámico, en el examen de los efectos del repudio y su incidencia en el permiso de residencia del cónyuge reagrupado, se distinguirán dos situaciones, relativas, respectivamente, al pronunciamiento del repudio en España y al reconocimiento de la situación válidamente creada en el extranjero.

### ***2.2.1. El pronunciamiento del repudio en España.***

---

matrimonio: especial referencia al repudio islámico”, en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam...*, cit., pp. 259-342.

<sup>194</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *ídem*, pp. 315 ss.

Desde el ángulo de la intervención de una autoridad externa en el repudio (nos referimos a los repudios privados), algunos ordenamientos jurídicos musulmanes prevén la presencia de una autoridad religiosa aunque, por lo general, no revestida del *ius imperium*. En cambio, otros sistemas confieren a la autoridad interviniente funciones públicas (incluso si son autoridades religiosas), por lo que su intervención resulta necesaria para hacer constar el acuerdo de los cónyuges en documento público (“acta notarial” o “acta de repudio”). Es decir, actúan a título de fedatarios públicos<sup>195</sup>.

En los sistemas jurídicos de los Estados laicos, en cambio, la competencia exclusiva o *cuasi* exclusiva para pronunciar la separación o el divorcio corresponde a los tribunales, lo que implica la imposibilidad de reconocer los repudios musulmanes pronunciados en el propio territorio. Numerosas decisiones de tribunales de los Estados de nuestro entorno sociocultural han anulado o no reconocen efectos a los repudios islámicos pronunciados en los consulados del Estado de origen del marido<sup>196</sup> o a los divorcios pronunciados sobre el territorio por autoridades religiosas<sup>197</sup>.

Mayores dificultades se plantean respecto de los divorcios rabínicos, tratándose de cónyuges de nacionalidad israelí, debido a si la intervención de la autoridad religiosa ha de ser considerada como cuestión de fondo en el pronunciamiento del divorcio. Esta consideración ha dado lugar al rechazo de la demanda (en concreto por los tribunales alemanes) en un caso en que la esposa, de religión judía e israelí de nacionalidad, solicitaba ayuda al tribunal alemán a fin de obtener el divorcio de su marido de la misma religión y nacionalidad. Ambos residían en Alemania. El tribunal alemán entendió que el derecho material y el procesal aplicables (la ley israelí prescribe un procedimiento ante el tribunal rabínico y el envío del *get* por el marido a la mujer) forman en este caso un todo inseparable, imposible de disociar a no ser que se desconozca el mandato del legislador de aplicar fielmente la ley extranjera. La denegación de justicia en este asunto ha sido criticada por un sector de la doctrina alemana que estima que los tribunales alemanes podrían colaborar con el tribunal rabínico suspendiendo el procedimiento hasta que este último verifique la existencia de las causas de divorcio según la ley judía<sup>198</sup>.

El problema de la eficacia de un repudio pronunciado en el territorio español reside en saber si el Estado ha conferido potestad a otras autoridades (consulares o religiosas) para recibir o pronunciar dicho acto en nuestro país. Como es sabido, la potestad jurisdiccional de los tribunales españoles en el territorio es consagrada en el artículo 117.3 CE. Por su parte, el artículo 89 del Código civil indica que la disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. Lo que implica que, en nuestro sistema, se

---

<sup>195</sup> Véase M. GUZMÁN ZAPATER, “Divorcio sin intervención judicial y repudio...”, *cit.*, pp. 1817.

<sup>196</sup> Por ejemplo, en Bélgica, con carácter general, *vid.*, M.-C. FOGLETS (Ed.), *Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration: quelles solutions juridiques appropriées?*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1998. En concreto, en Francia, H. GAUDEMET-TALLON, Nota a la S. de la Cour d’Appel de Versailles (1<sup>o</sup> Ch., 1<sup>a</sup> sect.) 23 mars 1995, *RCDIP*, t. 85, 1996 (4), p. 699-706.

<sup>197</sup> En Inglaterra, véase “Matrimonial Causes. B. Choice of Law, Rule 77, clause (cap. 18)”, en DICEY, A.V. *et al.* (Eds.), *Dicey & Morris on The conflicts of Laws*, vol. 2, Sweet & Maxwell, 13<sup>th</sup> ed., London, 2000, p. 733 y referencia en *The second supplement to the 13<sup>th</sup> ed.*, p. 193 al Asunto Sulaiman v. Juffali.

<sup>198</sup> Comentado en P. LAGARDE (Rapporteur), “Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille”, Rapport provisoire..., *cit.*, pp. 18-19.



exige un pronunciamiento judicial, cuestión ésta de Derecho público y procesal que, por lo tanto, no cabe ser tratada como una cuestión sustantiva o propia del divorcio que, como antes se ha examinado, se rige por la ley nacional común de los esposos al tiempo de la demanda (art. 107.I C.c.).

La Resolución de la DGRN de 17 de mayo de 1995 es clara respecto de la falta de competencia de un centro islámico para dictar un divorcio en el territorio español. El caso es bien conocido. Se planteaba si existía un impedimento de ligamen respecto de un varón, nacional de Taiwán, para contraer matrimonio en España con una compatriota. De los hechos resultaba que el futuro esposo había contraído matrimonio islámico con una nacional marroquí en Barcelona en 1984 y que dicho matrimonio había sido disuelto. Tal hecho se acreditaba con la presentación de un certificado del Centro Islámico donde se contrajo matrimonio, en el que se afirmaba que los contrayentes se habían divorciado en el propio Centro en 1993. La DGRN señala en su Resolución “la absoluta y patente incompetencia de dicho Centro para dictar un divorcio dentro del Estado español”. Cabe decir al respecto que el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de 1992 no confiere a ésta la facultad de disolver el matrimonio, aunque sí se reconozca el celebrado en la forma religiosa islámica<sup>199</sup>.

Tampoco las autoridades consulares válidamente acreditadas en España tienen la facultad de disolver el matrimonio de sus nacionales, aunque sí la tengan en otras materias del estado civil, por ejemplo, en materia de celebración del matrimonio<sup>200</sup>. En consecuencia, en el supuesto de que se pronuncie un repudio en España ante la autoridad consular cabe hacer las mismas consideraciones que en el caso de repudio ante la autoridad religiosa.

En relación con los convenios bilaterales en materia de exequátur de decisiones extranjeras, aunque en general extiendan su ámbito de aplicación material al Derecho de familia, dejan fuera del mismo los actos de sus autoridades consulares. Los acuerdos firmados con Marruecos y otros países europeos únicamente se refieren a decisiones de los tribunales y, en el caso concreto de España, el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre España y Marruecos, de 30 de mayo de 1997<sup>201</sup> no es una excepción (su ámbito de aplicación se refiere a resoluciones judiciales, esto es, emanadas de un órgano jurisdiccional de un Estado contratante, art. 22.1). También, la necesidad de que se trate de una resolución judicial dictada en un Estado y reconocida en otro se aprecia en el Convenio entre España y Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997<sup>202</sup>.

---

<sup>199</sup> A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, Vol. II..., *cit.*, p. 109.

<sup>200</sup> Para un sector doctrinal francés (P. Bourel e Y. Loussouarn) el rechazo al divorcio y no al matrimonio no tiene razón de ser. En el caso de los cónsules, los citados autores proponen dar a sus resoluciones de divorcio el mismo tratamiento que una sentencia extranjera a los fines del exequátur. Sobre este problema, *vid.* H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple...”, *cit.*, pp. 193-194.

<sup>201</sup> BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997. *Vid.*, F.F. GARAU SOBRINO, “La normativa convencional hispano-marroquí sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales, documentos públicos con fuerza ejecutiva y laudos arbitrales en materia civil, mercantil y administrativa”, en *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo...*, *op. cit.*, pp. 167-179.

<sup>202</sup> Aplicación provisional, BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997. En vigor: 1.7.1999, BOE núm. 51, de 25 de junio de 1999.

Cuestión más delicada es la que se plantea en relación con el llamado repudio transnacional<sup>203</sup>. Son los supuestos en que la decisión marital se adopta en el país de residencia pero se formaliza en el extranjero mediante el concurso de las autoridades del país de la nacionalidad. Los tribunales alemanes han entendido que si la fórmula “yo te repudio” por parte de marido tiene lugar en Alemania debe considerarse como acto localizado en el foro aunque se comunique a la mujer y a las autoridades del país de origen en el extranjero; localización que conduce a negarle eficacia en base al artículo 17.2 de Código civil alemán (monopolio de los tribunales alemanes para pronunciar el divorcio en territorio alemán)<sup>204</sup>.

En Gran Bretaña este tipo de repudio ha dado lugar a mayor discusión, toda vez que su práctica quedaba facilitada por la *Muslim Family Law Ordinance* de 1961 aplicable sobre todo entre la numerosa comunidad paquistaní residente en Inglaterra. La cuestión consiste en saber si el repudio pronunciado por el marido en Gran Bretaña, lugar de su residencia, y formalizado o registrado (con el concurso de la autoridad) en el país de origen (*divorce by post*), es un repudio extranjero o no. La *House of Lords* se pronunció sobre esta cuestión en el asunto *In re Fatima; Reg. v. Secretary of State for the Home ex parte Ghulam Fatima*, de 1986, en sentido claramente negativo, cerrando algunas decisiones anteriores vacilantes<sup>205</sup>. El repudio así realizado es un repudio obtenido en Gran Bretaña y contrario al artículo 16 del *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* de 1973 y a la *Recognition of Divorce and Legal Separation Act*, de 1971, legislación a la sazón vigente<sup>206</sup>.

### **2.2.2. El reconocimiento de la situación válidamente creada en el extranjero.**

En el Derecho musulmán tradicional o clásico este privilegio marital, además de su carácter unilateral, inmotivado y sin refrendo de la autoridad pública (divorcios privados o sin intervención judicial), tiene carácter revocable en sus dos primeras formulaciones e irrevocable cuando la fórmula prescrita se haya pronunciado por tercera vez, o a través de una fórmula única a la que se le atribuye los efectos de la triple fórmula (disolución automática). Por otra parte, las respectivas legislaciones de los Estados musulmanes, a excepción de Túnez, en principio, reconocen, tal y como prescribe la *Sharía*, el derecho del marido a repudiar a la mujer, aunque lentamente se han introducido algunas limitaciones al derecho absoluto del varón, exigiendo el cumplimiento de algunas formalidades. Tal es el caso de la *Mudawanna* marroquí, revisada en 2004, según la cual la mujer puede pedir ser repudiada por el marido, con la finalidad de simplificar la desvinculación, sin que, en tal caso, sea necesario probar la causa (repudio *khol*).

#### **A. Planteamiento del problema.**

---

<sup>203</sup> P. LAGARDE (Rapporteur), “Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille”, Rapport provisoire..., *cit.*, p. 16.

<sup>204</sup> Citado por A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La disolución del matrimonio...”, *cit.*, nota 279.

<sup>205</sup> La *High Court* de Londres en S. de 13 enero 1995 rechazó un repudio transnacional en base a la actual legislación que recoge la solución del Convenio de La Haya de 1970 sobre la materia (*a transnational divorce could not be recognized*) y niega el *ghet* del derecho hebraico redactado en Londres por el marido y remitido a la esposa que se encontraba en Israel (Asunto Berkovits v. Ginsberg).

<sup>206</sup> DICEY, A.V. *et al.* (Eds.), *cit.*, p. 747; y H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple...”, *cit.*, pp. 257-261.

El problema del reconocimiento en los Estados laicos de repudios pronunciados en el extranjero no afecta en estricto sentido a la laicidad, sino a la incompatibilidad con el orden público internacional de un modo de disolución del matrimonio que, o es desconocido para el ordenamiento jurídico del foro, o puede ser discriminatorio para la mujer, al permitírsele únicamente al marido. En efecto, la desvinculación matrimonial del Derecho islámico y su eficacia en los ordenamientos jurídicos europeos conduce a la aplicación de las normas de Derecho internacional privado y a la acción del orden público cuando la aplicación del derecho extranjero vulnera los principios básicos de nuestro derecho matrimonial (igualdad de los cónyuges en el matrimonio y no discriminación por razón de sexo).

### **B. Respuestas de la jurisprudencia.**

La jurisprudencia de los países de nuestro entorno sociocultural suele adoptar una postura flexible frente al repudio islámico admitiendo sus efectos en determinados supuestos. Tres direcciones pueden ser observadas a la luz de la jurisprudencia comparada: primero, no defraudar las expectativas económicas de la mujer; segundo, que el repudio cumpla unas condiciones que garanticen la defensa de los derechos de la mujer; y, tercero, la igualdad o posición igualitaria de los cónyuges en el proceso.

#### **a. Jurisprudencia extranjera.**

En Bélgica, los tribunales han discutido la compatibilidad del repudio unilateral y el orden público internacional belga<sup>207</sup>. Algunas decisiones habían condenado el repudio en nombre del principio constitucional de no discriminación. La Cour de cassation, ha establecido la doctrina según la cual no puede negarse el reconocimiento de un repudio unilateral homologado en el país de origen por el único motivo de que el derecho extranjero aplicado violaría el principio de igualdad de los cónyuges<sup>208</sup>, pues la compatibilidad con el orden público internacional belga ha de verificarse únicamente en relación a los efectos que la norma extranjera aplicada produzca en el ordenamiento belga, sin evaluar en su conjunto una institución prohibida como tal por el derecho belga, porque dicha norma sea contraria al principio de igualdad<sup>209</sup>. Por otra parte, el consentimiento de la mujer, aunque sea tardío, hace desaparecer la tacha de falta de respeto a los derechos de defensa<sup>210</sup>.

En Alemania, el orden público se opone a las decisiones de repudio extranjeras cuando exista un vínculo suficiente de la situación con el ordenamiento jurídico alemán (*Inlandsbeziehung*) incluso si la mujer consiente el repudio. Este vínculo puede resultar, bien de la nacionalidad, bien de la residencia o el domicilio de los esposos en Alemania o de uno de ellos. Sin embargo, dicho vínculo con el foro no siempre es apreciado, especialmente cuando el rechazo del reconocimiento se basa en el hecho de

---

<sup>207</sup> M.-C. FOGLETS, (Ed.), *Femmes marocaines et conflits familiaux...*, cit., pp. 158 ss.

<sup>208</sup> S. Cour de cassation de 29 septembre 2003, núm. JC039T1.

<sup>209</sup> S. Cour de cassation de 2 avril 1981, núm. JC81442. Sobre la noción de orden público internacional belga véanse, entre otras, SS. Cour de cassation de 11 décembre 1995, núm. JC95CB1 y Tribunal 1<sup>ère</sup> instance (Nivelles), de 25 junio 1991., núm. JB08124.

<sup>210</sup> S. Cour cassation de 29 septembre 2003, núm. JC039T1.

que la mujer no ha sido escuchada antes de pronunciarse el repudio o no ha sido, como se afirma en reciente decisión, más que un “objeto pasivo del proceso”<sup>211</sup>.

Así pues, en el caso de matrimonios extranjeros residentes en Alemania, los vínculos con el foro son suficientes para hacer intervenir el orden público y, en cada supuesto, habrá de valorarse si el repudio vulnera los principios fundamentales del ordenamiento jurídico alemán. Algunas decisiones directamente aplican el Derecho musulmán, pero permiten que el marido pronuncie ante ellos el triple *talak* cuando de las circunstancias resulte que no se atenta a los derechos de la mujer y que el divorcio se habría podido obtener según el Derecho alemán<sup>212</sup> y evitar así situaciones claudicantes<sup>213</sup>, solución que refleja la doctrina del “doble escalón” (*Zweistufentheorie*)<sup>214</sup>.

En Suiza, el *talak* es reconocido cuando la mujer consiente o cuando no existe vínculo con el ordenamiento jurídico suizo<sup>215</sup>. En una resolución del año 2000 se planteaba un caso en que el marido, suizo domiciliado en Jordania y convertido al Islam, había repudiado en el Líbano a su mujer, musulmana libanesa residente en Suiza. El tribunal consideró que tal repudio viola manifiestamente el orden público material suizo<sup>216</sup> y no puede en principio ser reconocido, salvo que el repudio sea realizado en el extranjero entre dos residentes de los países concernidos y que la validez del divorcio no se plantee más que a título previo, por ejemplo a propósito de una cuestión sucesoria<sup>217</sup>.

---

<sup>211</sup> S. *OLG* Stuttgart 3.12.1998-17UVA 6/98, nota de T. RAUSCHER, “*Talaq* und deutscher *ordre public*”, *IPRax*, heft 5, 2000, pp. 391-394. Y, anteriormente, E. JAYME, nota a la S. AG Fankfurt/Main, 9.8.88, “*Talaq* nach iranischem Recht und deutscher *ordre public*”, *IPRax*, heft 4, 1989, pp. 223-224.

<sup>212</sup> En este sentido, un repudio efectuado cuando ha transcurrido más de un año desde la separación de los esposos, y estando éstos de acuerdo en el divorcio, será reconocido porque la ley alemana autoriza el divorcio cuando se demuestra el fracaso matrimonial; fracaso que se presume cuando los esposos llevan separados más de un año y el divorcio se pida de común acuerdo. En contra, si el repudio se realiza sin respetar el principio contradictorio no será reconocido. *Cfr.* F. JAULT-SESEKE, *cit.*, numeral 698 y nota 78.

<sup>213</sup> S. *OLG* Esslingen, 19.3.1992, nota de G. BEITZKE, “*Scheidung sunnitischer Libanesen*”, *IPRax*, heft 4, 1993, pp. 231-236.

<sup>214</sup> Como ha explicado la doctrina, el avance de esta idea puede encontrarse en la distinción realizada por A.A. Ehrenzweig entre “forum rules - moral data” del sistema del foro por contraposición a “foreign rules - local data” del sistema extranjero. La explicación pormenorizada en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation...”, *cit.*, pp. 329-339. El *modus operandi* lo ejemplifica E. Jayme con casos resueltos por los tribunales alemanes: en un primer momento, ante un conflicto de leyes, el juez debe resolver de acuerdo con el derecho reclamado por la norma de conflicto; después, el derecho no tomado en consideración (ley abandonada y no aplicada) se toma en cuenta como un hecho (dato) en la integración del derecho material aplicable en virtud de la ley rectora primeramente decidida. E. JAYME, “Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato”, *RDIPP*, Anno XXIX, 1993 (2), pp. 295-304.

<sup>215</sup> Antes de la entrada en vigor de la Ley de Derecho internacional privado suiza, un repudio islámico no podía ser reconocido en Suiza, siendo la esposa de esta nacionalidad, aunque consintiera el divorcio y fuera ella misma quien requiriera su inscripción (sentencia del Tribunal fédéral (ATF 88 I 48) de 6 febrero 1962). Una evolución de la jurisprudencia suiza en la materia la ofrece S. ADEEB ABU-SAHLIE, “Le juge suisse face à l’inégalité entre homme et femme en droit musulman”, en *Las ciudades de soberanía española...*, *op. cit.*, pp. 356-365.

<sup>216</sup> Y cita en este sentido, la jurisprudencia y doctrina contenidas en la sentencia del Tribunal fédéral (ATF 122 III 344) de 3 septiembre 1996.

<sup>217</sup> Aunque la doctrina de este país se encuentre dividida, existe coincidencia en el papel de los principios fundamentales como garantes del procedimiento llevado a cabo en el extranjero en el sentido del artículo 27 a) y b) de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza; *cfr.*, *idem*, p. 364.

Se añade que hay que considerar cada situación en concreto y no rechazar la institución del repudio de manera general y abstracta<sup>218</sup>.

Finalmente, en Francia, las soluciones han variado al calor de las diferencias interpretativas de sus tribunales. Como expone P. Lagarde en el Informe provisional del IDI<sup>219</sup>, a finales de los años setenta y principios de los ochenta, la *Cour de Cassation* —aplicando la teoría que ella misma había creado del efecto atenuado del orden público— adoptó una postura abierta y tolerante frente a los repudios islámicos pronunciados en el extranjero<sup>220</sup>. También razones históricas, derivadas del pasado colonial, sensibilizaron a los tribunales y a la doctrina francesa, a favor de una apertura a las instituciones del derecho comparado, no aplicando el orden público internacional frente a los efectos del repudio cuando se establecía una compensación económica a la mujer o ésta había consentido<sup>221</sup>.

Esta situación no era satisfactoria, como denunció un sector doctrinal pues, cuando el marido, domiciliado en Francia, pronunciaba el repudio en el país de origen, ante la demanda por parte de la esposa, bien en reclamación de las cargas del matrimonio, bien por razón de divorcio, el efecto atenuado del orden público no debería actuar. En efecto, los tribunales franceses, a la vista de este repudio estratégico (llamado estival o migratorio), se muestran menos tolerantes y en ocasiones alzan la barrera del fraude a la jurisdicción, a no ser que sea de aplicación al Convenio franco-marroquí de 10 de agosto de 1981, que distingue según sea la nacionalidad, francesa o marroquí, de la mujer. Aquí, la *Cour de cassation* ha razonado en términos de proximidad (*Inlandsbeziehung*) sin oponer el orden público tratándose de extranjeras repudiadas ni examinar las condiciones en que dichos repudios eran efectuados.

El resultado, claramente injusto respecto de las mujeres marroquíes residentes en Francia, provocó, a partir de los años noventa, un cambio en la jurisprudencia, mostrándose más restrictiva respecto de la eficacia de los repudios; situación que también se proyecta en la legislación de extranjería y en materia de reagrupación familiar del extranjero polígamo (en concreto, en la *Ley Pasqua* de 1993 antecitada). Aplicando el artículo 5 del Protocolo número 7 del CEDH (orden público procesal y material centrado en el respeto de los derechos de defensa de la esposa), e invocando el principio de igualdad de derechos y de responsabilidades de los esposos en la disolución del matrimonio, la *Cour de Cassation* ha sancionado como fraudulenta la actitud del marido que pronuncia el repudio en el extranjero para paralizar un proceso de divorcio o de alimentos instado en Francia<sup>222</sup>. Posición también criticada por la doctrina en la medida en que el razonamiento conducía al rechazo en toda circunstancia —incluso si la situación no presentaba vínculo alguno con Francia— y tanto si la mujer había

<sup>218</sup> Tribunal Federal de 4 de julio de 2000. Sobre esta sentencia, aprobando y recomendando la utilización de la *Binnenbeziehung* en la materia, *vid.* S. OTHENIN-GIRARD, “Reconnaissance des répudiations en Suisse et ordre public. Quelques réflexions à la lumière d’un récent arrêt du Tribunal fédéral (ATF 126 III 327)”, *SJZ/RSJ*, vol. 97, 2001, pp. 21-30.

<sup>219</sup> P. LAGARDE (Rapporteur), “Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille”, *Rapport provisoire...*, *cit.*, pp. 23-24.

<sup>220</sup> Nota de I. FADLALLAH a las SS.: *Cour de cassation* (1<sup>o</sup> Ch. civ.)- 3 novembre 1983 y *Cour d’Appel de Paris* (1<sup>o</sup> Ch. suppl.)- 6 juillet 1982, *RCDIP*, t. 72, 1983, pp. 325-336.

<sup>221</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración...*, *cit.*, pp. 139-141.

<sup>222</sup> Nota de J. DÉPREZ a las SS.: *Cour de cassation* (1<sup>o</sup> Ch. civ.)- 1<sup>ère</sup> mai 1994 y *Cour de cassation* (1<sup>o</sup> Ch. civ.)- 1<sup>ère</sup> juin 1994”, *RCDIP*, t. 84, 1995 (1), pp. 103-116.

consentido (aceptando las compensaciones acordadas por el juez marroquí) cuanto si, en el caso, no existía fraude a la decisión<sup>223</sup>.

La doctrina descrita ha sido recientemente aclarada en Sentencia de 3 de julio de 2001 de la *Cour de cassation* que reconoció un repudio, seguido de un nuevo matrimonio, celebrado en Argelia por la esposa repudiada, igualmente de nacionalidad argelina<sup>224</sup>. La sentencia estableció que

...la conception française de l'ordre public international ne s'opposait pas à la reconnaissance en France d'un divorce étranger par répudiation unilatérale par le mari, dès lors que le choix du tribunal par celui-ci n'avait pas été frauduleux, que la répudiation avait ouvert une procédure à la faveur de laquelle chaque partie avait fait valoir ses prétentions et ses défenses, et que le jugement algérien, passé en force de chose jugée et susceptible d'exécution, avait garanti des avantages financiers à l'épouse en condamnant le mari à lui payer des dommages-intérêts pour divorce abusif, une pension de retraite légale et une pension alimentaire d'abandon.

En Gran Bretaña, se distinguen los divorcios obtenidos en un Estado extranjero de los pronunciados en el territorio. Ya hemos hecho referencia a los repudios transnacionales a propósito de la localización. Cabe notar que, hoy por hoy, los divorcios obtenidos en el extranjero se diferencian según se haya seguido o no un procedimiento en el que intervenga una autoridad que garantice los derechos de ambas partes. Dichos divorcios serán reconocidos en Gran Bretaña, siempre que sean válidos y produzcan efectos en el país extranjero en cuestión y cumplan, además, determinadas condiciones relativas a la existencia de vínculos de los esposos con el país extranjero donde se pronuncia el repudio y el respeto a los derechos de defensa. En relación con los repudios sin procedimiento, verán su reconocimiento denegado cuando uno de los esposos hubiera residido habitualmente en Gran Bretaña al menos un año antes del repudio. Este doble control sobre los derechos de defensa y de orden público material se aproxima a las previsiones que recoge el Convenio de La Haya de 1970 del que es Parte Gran Bretaña y acercan la solución a las comentadas del derecho continental<sup>225</sup>.

### **b. Jurisprudencia española.**

La jurisprudencia española ha examinado el reconocimiento en España de repudios pronunciados en el extranjero atendiendo a las circunstancias del caso y concediendo o denegando el exequátur en atención a un orden público circunstanciado. Como ha puesto de relieve A. Quiñones<sup>226</sup>, lejos quedan los tiempos en que el Tribunal Supremo afirmaba reiteradamente la competencia exclusiva de los tribunales españoles para conocer de las demandas de divorcio (siendo los cónyuges españoles), requisito éste que permitía controlar la ley aplicada e incluso la competencia del juez de origen.

Dos Autos del Tribunal Supremo de 21 de abril y 23 de julio, ambos de 1998, marcan la pauta del estudio de la eficacia en España de repudios pronunciados en el

---

<sup>223</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración...*, cit., p. 142.

<sup>224</sup> Nota de L. GANNAGÉ a la S. de la Cour de cassation (1<sup>o</sup> Ch. civ.)- 3 juillet 2001, *RCDIP*, t. 90, 2001 (4), pp. 704-716.

<sup>225</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración...*, cit., pp. 158-159.

<sup>226</sup> *Ídem*, "La disolución del matrimonio:...", cit., p. 330.

extranjero (uno procedente de Egipto y el otro de Marruecos)<sup>227</sup>. Elementos comunes en ambos asuntos fueron el carácter mixto del matrimonio en el momento del repudio, el tratarse de divorcios sin intervención de autoridad judicial y la solicitud del exequátur a instancia de la mujer. El régimen jurídico aplicado se recondujo al general del exequátur vigente a la fecha (art. 954 LEC), al no existir Convenio con Egipto (repárese que España no es parte del Convenio de La Haya de 1970), ni estar en vigor *ratione temporis* el Convenio hispano marroquí (mayo de 1997); cauce que, como ha señalado M. Guzmán Zapater, confirma la tendencia jurisprudencial y convencional de extensión del régimen de reconocimiento (general o comunitario) a las decisiones de disolución del vínculo matrimonial mediante “actos” no susceptibles de calificarse como sentencias o resoluciones judiciales<sup>228</sup>.

Como elementos diferenciadores cabe indicar, respecto de la autoridades intervinientes, en el caso de los notarios egipcios, su carácter de autoridad revestida de *imperium*, circunstancia que no se consideró probada respecto de los adules marroquíes. En cuanto a la firmeza del repudio, en el caso marroquí, se entendió no cumplido el requisito en razón de su carácter revocable (cuestión de orden público que bien podría haberse superado en el caso concreto considerando el carácter temporal del repudio revocable y haciendo un simple cálculo)<sup>229</sup>.

La incidencia de la nacionalidad<sup>230</sup> fue estudiada en ambos casos desde la perspectiva de la sospecha del fraude a la jurisdicción, aunque en el asunto marroquí el Auto despacha el problema por la vía de la falta de prueba del carácter oficial e irrevocable del repudio. Repárese que, en este caso concreto, los cónyuges residían en Marruecos desde el comienzo del matrimonio hasta el repudio y que la esposa (de nacionalidad marroquí) declaró al solicitar el exequátur que su marido todavía tenía en dicho país su residencia; circunstancia que, si atendemos a las soluciones de la jurisprudencia comparada y al orden jurídico de referencia, no nos permitiría hablar de fraude a la decisión para negar, por este motivo, la eficacia en el foro del mencionado repudio. Cuestión así entendida en el primer Auto (asunto egipcio) en el que el TS afirmó que

No hay razón para considerar que la competencia internacional de los tribunales de Egipto haya nacido de las partes en busca fraudulenta de un foro de conveniencia [...], por el contrario hay conexiones que no pueden desconocerse, como es la nacionalidad egipcia del esposo, el domicilio de los esposos en Egipto.

Por lo que hace a la protección de los derechos de defensa de la esposa, el Auto del 21 de abril (Egipto), atendió al hecho de ser la esposa quien solicitaba el exequátur,

<sup>227</sup> En 1996 el TS en auto de 17 septiembre 1996 concedió el exequátur a una sentencia marroquí de divorcio cuyo proceso se había seguido con conocimiento de ambos cónyuges, habiendo comparecido la esposa representada por su padre y ser ella misma la que inició el exequátur; en cambio, en Auto de 23 julio 1996 no aceptó, por su oposición con el orden público, los repudios no definitivos, remitiéndose al anterior Auto de 16 julio 1996. Citada por posteriores Autos de 24 septiembre 1996 y 28 enero 1997.

<sup>228</sup> Sobre el problema de la calificación del proceso de mutuo acuerdo como condicionante del régimen de reconocimiento y la función desempeñada por la autoridad interviniente al hilo del requisito de compatibilidad con el orden público en ambas decisiones, véase M. GUZMÁN ZAPATER, “Divorcio sin intervención judicial y repudio...”, *cit.*, p. 1822.

<sup>229</sup> *Ibidem*.

<sup>230</sup> En el caso marroquí, el marido era español de origen pero, evidentemente, musulmán cuando contrajo matrimonio coránico; en el caso, egipcio, la nacionalidad española la ostentaba la esposa repudiada.

declarando que no tiene sentido hacer probar al vencido en juicio que se vulneraron sus derechos de defensa si solicita el exequátur. Sin embargo, la doctrina ha venido insistiendo en la necesidad de dotar a los derechos fundamentales de una mayor efectividad, cuestión que no resulta de menor importancia, toda vez que se trata de concretar el orden público material cuando la mujer repudiada es la que insta el reconocimiento de una institución respecto de la que el orden público venía actuando como barrera infranqueable atendido a su carácter inequitativo. El Auto del TS de 21 de marzo de 1998 ofreció unas pautas claras para esta valoración y dejó patente cómo un orden público atento a los derechos fundamentales permite la protección de los derechos de las personas afectadas (en este caso, la mujer), sea cual fuere su nacionalidad y lugar de residencia, permitiendo alcanzar la justicia material en el caso concreto<sup>231</sup>.

En efecto, el mencionado Auto atendió, por una parte, a las particulares circunstancias que concurrían en el supuesto y, por otra, sostuvo que el orden público en sentido internacional es de interpretación restrictiva. Afirmó el TS que tal excepción ha de ser interpretada en sentido actual y, aun siendo cierto que dicha institución (repudio) pugna con el principio de igualdad, “ya no se recibe una resolución que materialmente produzca una injustificada desigualdad entre los cónyuges, por más que esa desigualdad tenga su raíz en la propia norma extranjera aplicada”.

En cuanto a la inestabilidad y la incertidumbre en el estado civil el TS consideró que al ser la esposa la demandante del exequátur, unido al dato del transcurso del tiempo al que la legislación de origen sujeta el ejercicio de la facultad de revocación por el marido y haber contraído éste nuevo matrimonio, tal incertidumbre había desaparecido. Mantener lo contrario, concluyó el Alto Tribunal

significaría elevar el formalismo del principio igualatorio por encima del resultado material que se produce en el caso concreto, convirtiendo en perjuicio lo que debiera actuar en protección de la mujer discriminada, al obligarla a acudir a un juicio de divorcio en España para obtener la definitiva disolución del vínculo matrimonial ya producida en el país de origen.

La línea jurisprudencial iniciada por el Tribunal Supremo en el Auto anteriormente citado, resulta progresista en la medida en que, como ha señalado M. Aguilar Benítez de Lugo, flexibilizando la cláusula de orden público internacional se trata de conseguir la justicia material para el caso concreto, esto es, un resultado materialmente justo que tenga en cuenta los intereses en presencia así como las circunstancias concretas del caso<sup>232</sup>.

### ***2.2.3. Comprensión de la jurisprudencia a la luz de la residencia en España del cónyuge repudiado.***

En el ámbito del Derecho de extranjería en general, y en materia de reagrupación familiar en particular, las respuestas quizá deban ser matizadas toda vez que un repudio realizado en el extranjero y no reconocido en España puede pender como una amenaza para la continuidad del estatuto de residente de esposa reagrupada.

---

<sup>231</sup> En este sentido, H. AGUILAR GRIEDER, *cit.*, pp. 248-249.

<sup>232</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Estatuto personal y orden público...”, *cit.*, pp. 333 ss.



Un ejemplo planteado ante el *Conseil d'État* belga en 1996<sup>233</sup> puede ilustrar el problema que, en nuestra opinión, podría suscitarse también en España. Se trataba de una reagrupación familiar clásica. El marido había emigrado a Bélgica en 1985; al año siguiente reagrupó a su mujer con la que tenía cuatro hijos, también reagrupados en el mismo procedimiento. En 1989 repudió a la esposa en el país de origen (repudio unilateral). De las circunstancias del caso, se desprende que la esposa no regresó a Bélgica. Unos meses después, el marido la excluyó de los registros de población del lugar residencia (empadronamiento).

En 1992, la mujer solicitó un visado de tres meses para visitar a sus hijos residentes en Bélgica (supuesto que nos indica que la esposa no regresó a Bélgica tras el repudio). Las autoridades belgas le concedieron un visado de tres meses con la indicación de que el mismo no podría servir de base para un establecimiento temporal. Una vez en el territorio, transcurridos los tres meses, la madre solicitó la regularización de su residencia, que le fue denegada ordenándose su expulsión con carácter inmediato.

En el recurso ante el *Conseil d'État*, la requirente, además de alegar la violación del artículo 8 del CEDH, estimaba que su exclusión del registro de población realizada por el marido tras el repudio unilateral era contraria la Ley de 15 diciembre 1980 (Ley de extranjería) y además tal repudio, por ser unilateral, carecería de efectos en el ordenamiento belga por su contrariedad con el orden público internacional belga. Dadas las circunstancias, la requirente entendía que su solicitud de reagrupación familiar (*in situ*) no podía ser rechazada. El *Conseil d'État* desestimó todas las alegaciones, sin entrar a analizar este último dato y, basándose en la irregularidad administrativa de la residencia, confirmó la expulsión.

De las circunstancias de este caso, puede inferirse que la requirente pretendía mantener su residencia como cónyuge reagrupado por aplicación de la excepción de orden público internacional belga con el fin de no perder el beneficio de la residencia previamente otorgada. Sin embargo, este planteamiento no sería satisfactorio toda vez que daría lugar a una situación claudicante respecto del derecho de su nacionalidad de origen. Por otra parte, si se aceptara la pretensión en estos términos y posteriormente falleciera el marido, probablemente se determinaría que tal repudio no fue discriminatorio si se mantuvieron las suficientes garantías procedimentales o la mujer consintió.

Por otra parte, las soluciones del derecho comparado anteriormente enunciadas, en que el reconocimiento del repudio, al igual que con el matrimonio poligámico, se hace depender en buena medida de la *Inlandsbeziehung*, resultando más restrictivo si afecta a matrimonios domiciliados en el país de la residencia, tienen el inconveniente de no tomar en cuenta, precisamente, que los supuestos más frecuentes de solicitud de reconocimiento de repudios se producen a instancia de la mujer. Por otro lado, hay tipos de repudio en que la mujer no aparece discriminada o mantiene suficiente garantías procedimentales.

El IDI en la resolución anteriormente señalada, recomienda en materia de repudio, que el orden público no debería oponerse al reconocimiento de un divorcio pronunciado o registrado en un Estado extranjero por una autoridad competente según la ley de dicho

---

<sup>233</sup> Conseil d'État, arrêt de 20 marzo 1996, núm. 58.722.

Estado, aunque dicho procedimiento sea desconocido en el Estado donde se pide el reconocimiento. Pero tratándose de un repudio unilateral, sí podrá oponerse el orden público cuando la mujer tenga la nacionalidad del país del reconocimiento o de un Estado que rechace el repudio o cuando tenga su residencia habitual en uno de estos Estados, a menos que la mujer haya consentido o sea beneficiaria de una protección pecuniaria suficiente.

Desde la perspectiva de la familia reagrupada, la aplicación de esta regla tendría diferente lectura según fuera el marido o la mujer quienes alegaran la existencia del repudio unilateral. En el caso de plantearse, por el marido, a título incidental la existencia de un repudio previo, por ejemplo ante una demanda de divorcio de la mujer ante los tribunales españoles, no debería reconocerse efecto alguno a la sentencia, tratándose de un repudio estratégico (estival o migratorio). Pero, si fuera la mujer quien solicitara el reconocimiento, bien con el fin de contraer nuevo matrimonio bien para obtener la autorización de residencia independiente, no debería oponerse el orden público si ella consintió y se respetaron los derechos de defensa, pues en este caso se trataría de un supuesto equivalente al divorcio.

Si el repudio unilateral se suscitara a título incidental en la renovación-conservación de la residencia del cónyuge reagrupado, o en la solicitud de una autorización de residencia independiente como consecuencia de la disolución del vínculo, la acción del orden público atenuado habría de ser tomada en cuenta para reconocer efectos a esta institución, siempre que los derechos de defensa hubieran sido respetados o la mujer consintiera el repudio.

Pero, si no fuere este el caso, y se negara todo efecto al repudio unilateral por aplicación del orden público internacional español, la situación administrativa de ese cónyuge (que ya no lo es según su estatuto personal) sería muy difícil pues, o se le condenaría a seguir en el domicilio del marido, si no quiere perder la residencia en España, o se vería abocada a la pérdida del estatuto migratorio si no consigue reunir las condiciones para obtener una autorización de residencia independiente. Lo más probable, como en el caso belga, es que ese cónyuge prefiera volver a su país de origen e intentar por otra vía la residencia en España o arriesgarse a permanecer en el país de forma irregular.

A modo de recapitulación, cabe concluir que el correctivo clásico del orden público es un elemento de equilibrio insoslayable en la aplicación de derechos extranjeros, cuando sea imprescindible garantizar una protección material e individual de los derechos fundamentales. Pero el correctivo debe funcionar con sensibilidad a la diversidad cultural, lo que no es incompatible con una tutela efectiva de los derechos fundamentales. Como contrapunto, la vinculación de las relaciones jurídicas familiares con el país de inmigración pueden a menudo justificar la acción del orden público internacional de proximidad, pues las pautas y códigos de referencia de la familia -válidos en tanto parámetros jurídicos previos a la estabilización en el territorio— resultan difícilmente defendibles en otro contexto cultural y territorial.

En este sentido, el valor de la integración de los extranjeros (puesto de manifiesto *per se* en la reagrupación familiar) podría jugar un papel determinante en la articulación de las conexiones del estatuto personal, siempre que se entendiera que éste es un valor suficientemente relevante en derecho material interno y, por consiguiente, digno de

orientar (materialmente) las conexiones del estatuto personal en el sistema español de Derecho internacional privado.



## Conclusiones

“Le mot frontière est un mot borgne.  
L’homme a deux yeux pour voir le monde”  
(Paul ELUARD)

### I

La protección de la vida en familia en general y la de los nacionales de terceros países que residen en la Unión Europea, en particular, es un principio asentado en la mejor tradición europea, la que identifica la idea de Europa con la democracia y el respeto de los derechos humanos. El acceso al territorio basado en los vínculos familiares y la integración de los miembros de la familia extranjera en el país elegido son los objetivos que orientan el respeto a la vida en familia en un contexto de inmigración familiar. La reagrupación familiar de los nacionales de terceros países es el derecho que articula el acceso y la integración en el país de acogida. Dos aspectos de una misma faz que debiendo ser complementarios en ocasiones resultan contrapuestos por la acción e interacción de una pluralidad de normas reguladoras llamadas a regir las relaciones jurídico privadas de la familia suscitadas en un ambiente internacional y migratorio.

Desde un punto de vista político, social, económico —además de jurídico—, el binomio *reagrupación-familiar—estabilización* es el elemento característico de las migraciones internacionales de nuestros días. Como tendencia y como estructura migratoria, el perfil familiar y estable de los flujos migratorios hacia España es un dato estadísticamente contrastado que la Sociología ha explicado en el marco de teoría de los espacios transnacionales. Desde un prisma estrictamente jurídico, el derecho a la reagrupación familiar implica numerosas obligaciones deducidas del derecho internacional, pero su ejercicio enfrenta los intereses de política migratoria de los Estados nacionales con las exigencias de la política común-comunitaria europea de la inmigración, al tiempo que confronta el nivel de protección de la vida en familia en esas mismas esferas (nacional y de la Unión Europea) con el nivel exigido por el estándar mínimo internacional de los derechos humanos.

### II

Los problemas que suscita la reagrupación familiar de los extranjeros y la solución a los conflictos derivados de las relaciones jurídico privadas de la familia reagrupada se sitúan en un denso marco normativo en el que se refleja, como si de un prisma se tratara, una notable diversificación de fuentes de producción jurídica (internacionales, comunitarias e internas) y una pluralidad de normas reguladoras pertenecientes a diversos sectores de reglamentación (extranjería, nacionalidad y problemas de derecho aplicable). Ahora bien, la heterogeneidad de los problemas y la diversificación de

fuentes y de normas que inciden en la reagrupación familiar no impide que, entre ellos, exista una conexión en cuanto resultado de una permanente interacción normativa.

En efecto, la confluencia de normas reguladoras (de muy distinta inspiración, estructura y funcionamiento) sobre las relaciones jurídico privadas familia incide tanto en la familia que busca la reagrupación como en la familia reagrupada objeto de integración. La acción de las distintas normas reguladoras, sin embargo, puede alterar tanto el régimen jurídico de la reagrupación familiar como el estatuto de residencia familiar individualmente considerado. Esto significa, en la práctica, que en la “constitución” de la familia que busca la reagrupación y en la reglamentación de los derechos de la familia reagrupada la interacción de fuentes y de normas se sitúa, a veces, en zonas de penumbra.

La consecuencia más significativa de esta diversificación es que los problemas relativos a las condiciones materiales para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar y las que rigen el estatuto de residencia de la familia reagrupada, no pueden entenderse desgajados o aislados de la incidencia e interacción de varios tipos de normas (p. ej., las normas sobre derechos humanos, las normas constitucionales, las de extranjería, las de nacionalidad y las que resuelven los problemas del derecho aplicable al estatuto personal). Planteamiento que revela una concepción amplia de los problemas de los que se ocupa el Derecho internacional privado, tal y como prevalece en el sector más autorizado de la doctrina patria. Todo ello da lugar a tensiones de diversa intensidad.

### III

El Derecho de extranjería tiene una predominante dimensión interna pero sus materias han experimentado un fuerte proceso de internacionalización. Del estudio de las peculiaridades normativas que inciden en la regulación de la reagrupación familiar resulta que las medidas en esta materia deben adoptarse respetando el derecho a la vida en familia consagrado en numerosos instrumentos del Derecho internacional y, en particular, en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Gracias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el ámbito del Convenio se ha extendido a derechos no reconocidos expresamente en el mismo, pero que reciben una protección indirecta (“efecto rebote”) en virtud de una interpretación extensiva del artículo 8 del CEDH. Aunque el derecho de los extranjeros a entrar o residir en el territorio no está reconocido en el Convenio, el control de la inmigración debe ejercerse, sin embargo, de forma compatible con los derechos reconocidos en el mismo, por lo que la prohibición de entrada en supuestos de reagrupación familiar puede plantear un problema de aplicación del artículo 8 del CEDH.

La relevancia de la jurisprudencia del TEDH y la noción de obligaciones positivas de los Estados ha puesto de manifiesto las posibilidades que abre la interpretación finalista del Convenio, también en un contexto migratorio familiar. Así, la integración de la familia en la célula creada en el país de acogida forma parte del contenido del derecho al respeto a la vida familiar (doctrina Sen y Tuquabo-Tekle) como criterio que permite fundamentar el derecho a la reagrupación familiar, por lo que la negativa a admitir a un familiar que cumple los requisitos para ser reagrupado en el territorio de un

Estado en el que viven sus familiares permitiría inferir una injerencia en el derecho garantizado por el artículo 8 del Convenio.

#### IV

La referencia plural y abierta que hace el artículo 10.2 de la Constitución española a las normas internacionales en materia de derechos humanos, ha permitido su toma en consideración por el Tribunal Constitucional como textos que han de orientar la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales, con las limitaciones que la propia Constitución establece. Este precepto constituye una “cláusula de garantía” del contenido de los derechos humanos reconocidos por la Constitución pues viene a excluir que, por vía de interpretación, pueda reducirse el contenido de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la misma. Para fijarlos habrá de estarse tanto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos como a los tratados internacionales en la materia firmados por España.

La necesidad de proteger a la familia y mantener su unión en el marco de las normas constitucionales se asienta en el artículo 39.1 de la Constitución española, norma cuyo sentido constitucional está ligado a imperativos derivados del carácter social y democrático de nuestro Estado de Derecho (arts. 1.1 y 9.1 CE) así como a la atención a la realidad efectiva de los modos de convivencia que se expresen en la sociedad. Por ello, el TC afirma que —en una sociedad plural como la nuestra— no es posible interpretar en términos restrictivos una norma como la contenida en el artículo 39.1 CE.

La relevancia de este precepto, en relación con la protección de la familia, permite su invocación al ponderar las circunstancias que rodean la reagrupación familiar de los extranjeros asentados en nuestro territorio y de los valores familiares que los poderes públicos están obligados a proteger. De acuerdo con este planteamiento, si consideramos que la protección de la familia a que se refiere el artículo 39.1 CE, pese a no ser un derecho fundamental, incorpora como valor el juicio acerca de la adecuación de las medidas restrictivas de otros derechos, podría entenderse que el artículo 39.1 CE configuraría el marco constitucional de otros artículos (como el art. 18.1 o el art. 19).

Por otra parte, la Ley de extranjería establece el derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros bajo el epígrafe “Derecho a la intimidad familiar”. La aparente identificación entre el derecho a la vida en familia y el derecho a la intimidad familiar puede justificar una lectura extensiva del desarrollo del derecho a la vida privada y familiar de los extranjeros como presupuesto del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE. No obstante, pueden continuar existiendo reservas acerca de la protección de la vida privada y familiar por vía de amparo; dudas que podrían ser disipadas si se considera la posibilidad de desarrollar esa vida privada y familiar con la amplitud reconocida por el Tribunal de Estrasburgo como presupuesto del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE.

Una hermenéutica constitucional acorde con los valores que inspiran esta nueva realidad social debería tomar en consideración, como materia con relevancia constitucional, la vinculación de los extranjeros efectivamente asentados en el territorio nacional fortalecida por la residencia efectiva por causa familiar, el derecho a la vida en familia y el derecho esencial de integración.

## V

En el Derecho de la Unión Europea, la comunitarización de las medidas sobre reagrupación familiar lleva a la diferenciación de dos regímenes jurídicos aplicables. Si el reagrupante es nacional de un Estado miembro, el tratamiento jurídico de la reagrupación familiar, con independencia de la nacionalidad de los miembros de la familia, se incardina en la libertad de circulación de personas. El carácter excluyente de la ciudadanía de la Unión, negará, en principio, la extensión de este régimen a los nacionales de terceros países residentes en la Comunidad. Si es un supuesto puramente extracomunitario, es decir aquél en el que únicamente participan nacionales de terceros países, la reagrupación familiar será posible en el marco de las legislaciones nacionales de los Estados miembros, armonizadas por la normativa comunitaria derivada y sin que la autorización de residencia resultante ampare un derecho a la libre circulación en el interior de la UE.

El trato justo a los nacionales de terceros países y la necesidad de una armonización total en aquellos ámbitos en que la libre circulación de personas estuviera comprometida fue un propósito del Consejo Europeo de Tampere (1999). La Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar, ha sido la primera concreción de medidas en el espacio comunitario de la inmigración, pero el marco jurídico que establece es de mínimos y parcial, lo que lleva a afirmar su escaso alcance armonizador.

En efecto, mediante previsiones normativas como las cláusulas de excepción (flexibilidad en sentido amplio), las cláusulas *stand still* (de mantenimiento del *statu quo*) y las cláusulas *dead line* (de emplazamiento), la Directiva permite a los Estados miembros adelgazar los niveles de protección existentes en las legislaciones nacionales en aspectos esenciales como los periodos de espera y la edad de los hijos. Además, las numerosas condiciones previstas por la Directiva, o dejadas por ésta a la libertad de los Estados miembros, provocan como consecuencia que la reagrupación familiar pueda resultar, en ocasiones, casi imposible. En el Derecho interno español, el control establecido para evitar la llamada “reagrupación familiar en cadena” es un ejemplo de lo anterior. En consecuencia, será necesario, en cada caso, recordar el objetivo fijado en el Preámbulo de la Directiva,

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. (Considerando 4)

La importancia del recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo (22 diciembre 2003) contra el Consejo de la Unión Europea y de la Sentencia dictada por el TJCE de 27 de junio de 2006, ponen de relieve que el margen de libertad (“marge de manoeuvre”) dejado a los Estados miembros por la Directiva comunitaria habrá de examinarse y medirse a la luz del derecho reconocido en el artículo 8 del Convenio. En consecuencia, en la medida en que la Unión Europea y sus Estados miembros deben respetar lo prescrito por el Convenio, habrá un diálogo permanente entre todos los ordenamientos jurídicos y las jurisdicciones que les son propias.



## VI

La familia que admiten los Estados europeos en materia de inmigración por el cauce de la reagrupación familiar, expresa el mínimo simbólico de nuestra pertenencia al grupo cultural occidental (padres e hijos según la tradición matrimonial y monogámica de la familia europea). En consecuencia, los modelos no conformes no tendrán cabida en nuestra sociedad y habrán de replegarse, cultural y jurídicamente hablando, al modelo familiar preconfigurado.

La interacción de las diversas fuentes de producción jurídica y la pluralidad de normas reguladoras inciden en la familia objeto de reagrupación y en el derecho aplicable a la familia reagrupada. En relación con la familia que busca la reagrupación, las normas materiales de extranjería prefiguran el modelo; se anticipan, por así decirlo, a la realidad jurídica de las relaciones familiares y diseñan el modelo de familia “más apto”, desde la perspectiva de los valores e intereses del Estado de acogida, para su inserción en el mismo. El modelo de familia resultante es nuclear, anclado en el matrimonio y en la descendencia y escasamente permeable a otros miembros del grupo familiar. Este modelo viene impuesto por las exigencias de política migratoria común-comunitaria y los intereses de los Estados miembros de controlar la inmigración.

## VII

Las condiciones de aplicación de la norma material de extranjería en materia de reagrupación familiar cumplen la función de configurar el modelo de integración al que aspira la sociedad de acogida. Los valores jurídicos que el ordenamiento jurídico interno trata de realizar y garantizar se plasman, pues, en esas condiciones. En el marco normativo de la familia objeto de reagrupación, las normas de extranjería actúan como “normas función para la inserción”. Así, la exigencia de una vivienda adecuada, recursos económicos suficientes y un seguro médico son los criterios de integración-inserción que permiten vislumbrar una buena adaptación a la sociedad de acogida.

Al definir a los miembros de la familia, la norma material de extranjería utiliza elementos normativos: el cónyuge, el cónyuge separado, los hijos, los hijos adoptados, los ascendientes, etc. Sucede entonces que su aplicación puede depender de la respuesta a una cuestión previa: quién es cónyuge, quién cónyuge separado, quién hijo o hijo adoptado, etc. El derecho que deberá decidir sobre la validez del matrimonio, la determinación de la filiación, la eficacia de la adopción o el reconocimiento de una decisión de separación podrá venir dado por una ley diferente, aspecto que interesará al Derecho internacional privado en su vertiente de “cuestión previa” de Derecho de extranjería. En consecuencia, las normas del Derecho internacional privado en el sector de la ley aplicable al estatuto personal estarán llamadas a regir esas situaciones, a no ser que la norma material de extranjería no lo permita dando una solución directa en la propia norma.

## VIII

Una vez reagrupada la familia es deseable que no sea tratada de manera discriminatoria. El principio de igualdad de trato debe guiar la reglamentación que afecta a la residencia, la vida laboral y los derechos sociales. A tal fin, las normas

materiales de extranjería adoptan una posición que pone el acento en la incorporación al mercado de trabajo y en la duración de la residencia. De ambas va a depender la continuidad del estatuto administrativo de familiar reagrupado y, en su caso, la obtención de una autorización independiente a favor de los miembros de la familia individualmente considerados. Ambas condiciones son percibidas como parámetros o indicadores del grado de integración.

La consecuencia más significativa de esta actuación funcional reside en que dichas normas avanzan, mediante las condiciones y los requisitos impuestos, el camino de adaptación a los valores de la sociedad de acogida, medio en el cual la familia se desenvuelve. La exigencia de una residencia legal y la inserción en el mercado de trabajo son los criterios de integración que según la norma de extranjería garantizarán la permanencia y continuidad de la residencia familiar en el territorio español.

## IX

El valor jurídico de la integración así percibido tiene un alcance diferente en las normas reguladoras de la nacionalidad española por residencia. En la apreciación del suficiente grado de integración, exigencia del artículo 22.4 del Código civil, la falta de conocimiento del idioma español o el mantenimiento del estatuto poligámico son datos indicadores de la falta de asimilación a la cultura y costumbres de la sociedad española, hecho que justifica el no otorgamiento de la nacionalidad. En esta valoración se produce un desajuste entre las normas rectoras de la nacionalidad y las normas que rigen la continuidad del estatuto administrativo familiar. En principio, la respuesta de la norma de extranjería parece ser más flexible, más abierta y respetuosa con la diferencia cultural; sin embargo, en las normas de nacionalidad determinadas diferencias no se consienten.

Resultaría útil, como directriz, la adopción de una política de integración coordinada sobre bases comunes, más atenta al principio de no discriminación y más ambiciosa desde la perspectiva de la ciudadanía cívica. En este sentido debería prestarse mayor atención y protección a los ámbitos educativos en general y a la formación lingüística en particular.

## X

La interacción de normas del Derecho de la nacionalidad y del Derecho de extranjería supone un ingrediente de complejidad que incide en la determinación del régimen jurídico aplicable al extranjero (inmigrante) concernido. Es el nacimiento en España del hijo de extranjeros el elemento relevante para observar esta incidencia *in favor integrationis*.

Por una parte, el hecho del nacimiento en España es considerado por las normas de extranjería como un elemento de especial vinculación en el territorio, que propicia la integración y un tratamiento más favorable en materia de residencia, trabajo y prevención de la expulsión (*in favor integrationis*). El principal efecto es la protección del extranjero en el momento del nacimiento en España —protección extensible a la madre por efecto del artículo 39.1 CE y en los términos del artículo 12.4 de la Ley de extranjería— y el tratamiento más favorable en orden a los permisos de residencia y

trabajo, así como en la expulsión, que no podrá decretarse si el interesado hubiere nacido en España y llevare residiendo legalmente los cinco años anteriores.

Por otra parte, el nacimiento en España es un criterio que la norma de nacionalidad toma en cuenta como indicio de integración en dos supuestos. En primer lugar, el extranjero nacido en España puede adquirir la nacionalidad española por residencia legal y continuada de un año (art. 22.2 a) C.c.); reducción temporal que reporta una indudable ventaja si tomamos en cuenta que el plazo de residencia exigido con carácter general es de diez años, a salvo los supuestos de opción y los de naturalización por residencia temporalmente privilegiada. En segundo lugar, para evitar la apatridia, si el interesado se encuentra en la circunstancia excepcional a que se refiere el apartado c) del artículo 17.1 del Código civil, le será atribuida de modo automático la nacionalidad española de origen.

Este efecto incide en la situación de residencia del progenitor extranjero del menor, que no podrá ser expulsado aun cuando su situación sea de irregularidad administrativa (STS de 26 enero 2005). En consecuencia, el supuesto caerá en el ámbito de aplicación personal del régimen comunitario, pudiendo invocarse las disposiciones comunitarias sobre libre circulación de personas (STJCE de 19 octubre 2004, asunto Chen).

Desde la perspectiva de las normas de extranjería, la consecuencia más importante del hecho del nacimiento en España de un extranjero hijo de extranjeros residentes es su consideración como circunstancia que favorece la integración, tal y como se proyecta en las facilidades para la residencia, la obtención del permiso de trabajo y, en suma, la protección en supuestos de expulsión. Desde la óptica de las normas de nacionalidad, este hecho es igualmente un elemento que favorece la integración al reducir el plazo de residencia en caso de naturalización. Tratándose del supuesto del artículo 17.1 c) del Código civil, la situación de dependencia del hijo (español) respecto de su progenitor extranjero, impedirá la expulsión de éste (en caso de residencia irregular) y desplazará el régimen general de extranjería aplicable en favor del régimen comunitario.

## XI

El aumento de la conflictividad familiar de los extranjeros residentes en España y el conocimiento de sus causas familiares por parte de los tribunales españoles hará intervenir al derecho extranjero que rige su estatuto personal. En este sentido, a mayor permanencia en España mayores serán las ocasiones en que intervendrá el ordenamiento jurídico extranjero por la acción de las normas de conflicto del sistema de Derecho internacional privado del foro.

La interacción de las normas de conflicto y su incidencia en el estatuto administrativo de la familia reagrupada se habrá reflejado, en primer lugar, en la noción de familia previamente configurada por la norma material de extranjería (al definir la familia objeto de reagrupación). Ahora bien, una vez producida la reagrupación familiar, la noción de familia dependerá de la aplicación de la ley personal de quien invoque ante los tribunales españoles, o ante otras autoridades en España, un determinado derecho (por ejemplo, la prestación de alimentos o la pensión de viudedad), con la posible actuación del orden público internacional, positiva o atenuada, según sea el modelo familiar en presencia y el efecto pretendido.

Así, el efecto más importante de la intervención de la ley personal por la acción de la norma de conflicto consiste en que el criterio de integración, presente en la Ley de extranjería, ya no es un elemento que oriente materialmente y con carácter general la respuesta normativa sobre el derecho aplicable al estatuto personal.

## XII

Mientras que en las normas materiales (de extranjería y de nacionalidad) la integración del extranjero es un objetivo a alcanzar o a demostrar, no sucede igual en la norma de conflicto rectora del estatuto personal; norma que sólo mediante una determinada selección y articulación de las conexiones puede orientarse materialmente hacia el objetivo de la integración.

La conexión de la nacionalidad, criterio principal del estatuto personal en el sistema español de Derecho internacional privado, refleja el principio de respeto a la identidad cultural del extranjero: la ley del origen del individuo, aquella con la que tiene un vínculo personal más estrecho. En este sentido, y en presencia de la familia reagrupada, la actual orientación conflictual aprecia la especificidad del extranjero (inmigrante y establecido en España) por su pertenencia a una comunidad nacional diferente, valoración de la integración que se aleja de la previamente realizada por la norma material de extranjería y de la que, en su caso, realizaría la norma reguladora de la adquisición de la nacionalidad por residencia.

## XIII

La norma de conflicto no orientada materialmente *in favor integrationis* puede incidir, eventualmente, en el estatuto de residencia del familiar reagrupado (en particular el del cónyuge en casos de poligamia o repudio). Una incidencia negativa que hiciera perder el estatuto de residencia, daría como resultado una cierta inconsistencia en la interpretación sistemática y coherente del sistema.

Bien es cierto que el principio *favor integrationis* aparece en la nueva solución del artículo 107 del Código Civil (reforma necesaria, según proclamó el legislador, para favorecer la integración de los extranjeros residentes en España), como criterio que orienta la solución material al divorcio en pro de la aplicación de la *lex fori* en determinadas circunstancias. Y también que, por lo general, el ordenamiento del foro tiende a rechazar determinadas instituciones del derecho de familia consideradas incompatibles con el modo de vida europeo, aunque a esas mismas instituciones le puedan ser reconocidos determinados efectos. Pero sorprende la escisión de la *lex domicilii* cuando la persona se ha incorporado a la sociedad de acogida y puede tener interés en verse integrada plenamente en el sistema jurídico del país de su residencia.

Si la acción de la norma de conflicto puede eventualmente incidir en el estatuto de residente de familiar reagrupado y poner en riesgo la residencia en España de las personas concernidas (cónyuge en supuestos de poligamia y repudio) cabe una reflexión en orden a soluciones alternativas que permitieran “liberar” de su estatuto de origen a la familia extranjera reagrupada e instalada en el España.

Sería, pues, deseable que el principio *in favor integrationis* fuera tomado en consideración en la orientación de las conexiones del estatuto personal. Entre las

soluciones posibles, la aplicación de la ley del país de residencia, una vez que la misma sea permanente (cinco años) y la no imposición de leyes nacionales de las que, o bien la persona desea alejarse o con las que no se tiene un vínculo personal estrecho, responderían mejor a la idea de integración. Por otra parte, una opción de legislación, con condiciones, entre la ley nacional y la ley de la residencia habitual, permitiría resolver algunos de los problemas jurídicos que afectan a la familia reagrupada, en especial a la mujeres de estatuto musulmán cuya autorización de residencia familiar, por la incidencia del orden público internacional, pudiera estar en peligro.

En suma, no es fácil encontrar un equilibrio entre el mantenimiento de las conexiones clásicas y la cohesión de la sociedad. Y es que la consideración de este problema desde el punto de vista de la condición de los extranjeros o desde el punto de vista de la sociedad multicultural presenta cuestiones diversas aunque en íntima relación. Su examen conjunto habrá de ser el punto de partida en el momento de buscar una solución a los conflictos de leyes del estatuto personal; conflictos que habrán de resolverse en una sociedad que se adivina cada día más alejada de las coordenadas socioeconómicas y culturales de antaño.



## *Epílogo*

La familia es para toda persona su raíz, su anclaje, el sosiego, también, el dolor. Para los extranjeros inmigrantes, la familia evoca a menudo los ecos de la ausencia, de la lucha, de lo que nos falta. Pero, en todo caso, la familia es común a todo ser humano cualquiera que sea su color, su nacionalidad, su horizonte.

En su novela “Le ventre de l’Atlantique”, la escritora senegalesa Fatou Diome recuerda nuestras raíces plurales y la búsqueda de un lugar donde poder sobrevivir o desarrollarnos con dignidad:

*Je cherche mon pays là où on apprécie l’être-additionné, sans dissocier ses multiples strates.  
Je cherche mon pays là où s’estompe la fragmentation identitaire.  
Je cherche mon pays là où les bras de l’Atlantique fusionnent pour donner l’encre mauve  
qui dit l’incandescence et la douceur : la brûlure d’exister et la joie de vivre.  
Je cherche mon territoire sur une page blanche...*





## Bibliografía\*

- ABARCA JUNCO, A.P., “Nacionalidad y extranjería en la nueva Constitución”, *Lecturas sobre la Constitución española* (Fernández Rodríguez, T.R., coord.), UNED, Madrid, 1978, pp. 349-392.
- “La regulación de la sociedad multicultural”, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (Calvo Caravaca, A.L. e Iriarte Ángel, J.L., eds.), Colex, Madrid, 2000, pp. 163-179.
- “La legislación sobre parejas de hecho en el ordenamiento español. Problemas de derecho interregional”, *Soberanía del Estado y derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo* (Salinas de Frías, A. y Vargas Gómez-Urrutia, M., coords.), Universidades de Córdoba, de Sevilla y de Málaga, Sevilla, 2005, pp. 37-54.
- “Un ejemplo de materialización en el Derecho internacional privado español. La reforma del art. 107 del Código civil”, *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II: *Derecho internacional privado, derecho constitucional y varia*, Universidad Autónoma de Madrid/Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1095-1115.
- (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 5ª ed. rev., Madrid, 2005.
- (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II: *Derecho civil internacional*, UNED, 2ª ed. rev., Madrid, 2005.
- y GÓMEZ JENE, M., “Nota a la Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005”, *REDI*, (en prensa).
- y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “Capítulo II. Reagrupación familiar”, *Comentarios a la Ley de extranjería* (Esplugues Mota, C., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 417-520.
- “Un proyecto para encauzar la acción legislativa en la «Agenda para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea»”, *Proyecto de Investigación dentro del programa propio de fomento a la investigación del Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, Madrid, 2006, (en prensa).
- ADAM MUÑOZ, M.D., *La protección de los derechos de las mujeres en una sociedad multicultural*, Instituto Andaluz de la Mujer/Universidad de Córdoba (Servicio de Publicaciones), 2001.

---

\* Las referencias contenidas en esta bibliografía, son las citadas en las notas al pie de página de esta monografía. Los datos relativos a los documentos e informes citados, pueden verse al final de este anexo bibliográfico.

- “Inmigración y género: luces y sombras en relación con algunas de las últimas reformas legislativas”, *Actas del Seminario Vivir la Historia... Contar la Vida*, Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes, Córdoba, 2003, pp. 183-205.
- “La importancia de la normativa de extranjería en el acceso de las mujeres migrantes extranjeras al mercado laboral español”, *Inmigración y Derechos de los extranjeros* (Fernández Le Gal, A. y García Cano, S., dirs.), Universidad de Córdoba (Servicio de Publicaciones), 2005, pp. 105-152.
- ADEEB ABU-SAHLIE, S., “Le juge suisse face à l’inégalité entre homme et femme en droit musulman”, *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural* (García Rodríguez, I., ed.), Universidad de Alcalá (Servicio de Publicaciones), Alcalá de Henares, 1999, pp. 356-365.
- ADRIANTSIMBAZOVINA, J., “«Chronique droits de l’homme» 1988-1995. L’élaboration progressive d’un ordre public européen des droits de l’homme”, *Cahiers de droit européen*, vol. 33, 1997 (5-6), pp. 655-740.
- ADROHER BIOSCA, S., “Derecho a contraer matrimonio en la emigración”, *Migraciones*, núm. 0, 1996, pp. 107-131.
- “Matrimonio islámico y Derecho internacional privado español”, *Hominum causa omne ius constitutum est. Escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. José María Díaz Moreno, S.J.* (Castán Vázquez, J.M. et al., coord.), Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pp. 879-899.
- AFCHAR, H., “The Muslim Conception of Law”, *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. II: *The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification*, cap. 1: *The Different Conceptions of Law*, Mouton/The Hague/Tübingen, 1975, pp. 84-106.
- AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre derecho de extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “La reforma del artículo 9 del Código Civil español”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 47, 1973, pp. 315-354.
- “Artículo 9, apartado 1”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2: *Artículos 8 a 16 del Código Civil* (Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S., dirs.), Edersa, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 163-180.
- “*Ius nubendi* y orden público matrimonial”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LIV, núm. 1862, 2000, pp. 425-447.
- “Estatuto personal y orden público en un contexto creciente de multiculturalidad”, *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural* (García Rodríguez, I., ed.), Universidad de Alcalá (Servicio de Publicaciones), Alcalá de Henares, 2001, pp. 315-333.
- *Intervención consular en Derecho internacional privado*, Universidad de Sevilla (Secretariado de Publicaciones), 2005.
- “La prevención de la apatridia como criterio de atribución de la nacionalidad española de origen”, *Soberanía del Estado y derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo* (Salinas de Frías, A. y Vargas Gómez-Urrutia, M., coords.), Universidades de Córdoba, de Sevilla y de Málaga, Sevilla, 2005, pp. 75-90.

- 
- Nota a la sentencia del TS de 4 de abril de 1991, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIII, 1991 (2), pp. 494-498.
- y GRIEDER MACHADO, H., “El matrimonio de conveniencia”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LIV, núm. 1879, 2000, pp. 3213-3234.
- “La reagrupación familiar de los extranjeros en España”, *El nuevo derecho de extranjería* (Rodríguez Benot, A. y Hornero Méndez, C., coords.), Granada, Comares, 2001, pp. 97-143.
- “Orden público y sucesiones (I y II)”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LIX, núms. 1984 y 1985, 2005, pp. 853-882 y 1123-1147, respectivamente.
- AGUILAR GRIEDER, H., “Multiculturalidad. Reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.”, *Cuestiones actuales de Derecho comparado. Actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña* (Morán García, G., Dir.) Universidade da Coruña, 2003, pp. 235-264.
- AGUILAR NAVARRO, M. (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, t. II, Parte segunda: *Reglamentación de la aplicación de la norma de colisión*, 3ª ed., Universidad Complutense (Sección de Publicaciones), Madrid, 1982.
- (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II: *Derecho civil internacional*, 4ª ed. reimp., Universidad Complutense (Sección de Publicaciones), Madrid, 1979.
- AJA, E. y DÍEZ, L. (Coords.), *La regulación de la inmigración en Europa*, Colección Estudios Sociales, núm. 17, Fundación “La Caixa”, Barcelona, 2005. Disponible en Internet: [www.estudios.lacaixa.es](http://www.estudios.lacaixa.es).
- ALBA, R. y NEE, V., “Rethinking Assimilation Theory for a New Era of Immigration”, *International Migration Review*, vol. 31, Winter, 1997 (4), pp. 826-874.
- ALEXANDRE, D., “La protection de l’épouse contre la répudiation”, *Le droit de la famille à l’épreuve des migrations transnationales. Colloque du Laboratoire d’études et de recherches appliqués au droit privé, Université de Lille II* (avant-propos de Dekeuwer-Défossez, F.), L.G.D.J., Paris, 1993, pp. 125-142.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de las personas con discapacidad en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, Aranzadi, Navarra, 2006.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La concesión de la nacionalidad española por residencia a los estudiantes extranjeros”, *Derecho registral internacional: homenaje a la memoria del prof. Rafael Arroyo Montero*, Iprolex/Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Madrid, 2003, pp. 363-374.
- Nota a la sentencia del TS de 19 de septiembre de 1988, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLI, 1989 (1), pp. 273-275.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “Convenio de Naciones Unidas sobre la protección de los trabajadores migrantes de 18 de diciembre de 1990”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIV, 1992 (2), pp. 711-712.

- “Matrimonios simulados: mecanismos de sanción”, *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, Año XXXV, núm. 135, 1995.
  - “La entrada en vigor de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias de 18 de diciembre de 1990”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 2, 2003, pp. 9-51.
  - “Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario (A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar)”, *Revista electrónica de extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 15, 2003.
  - “Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales: de la flexibilidad de la jurisprudencia del TJCE y del TS a la rigidez de la normativa vigente y futura”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 9, 2005, pp. 9-43.
  - *La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, Documentos CIDOB, Serie Migraciones, núm. 8, CIDOB edicions, Barcelona, 2006.
  - y AGUELO NAVARRO, P., “Historia cronológica de la desaparición del apartado 2º del art. 1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 22 de diciembre”, *Revista electrónica de extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 7, 2001.
- AMORES CONRADI, M., “Artículo 9.1”, *Comentario del Código Civil (Paz-Ares Rodríguez, C. et al., dir.)*, t. I, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones), 2ª ed. act., Madrid, 1993, pp. 76-81.
- ANSTEE, M.A., “La Declaración de las Naciones Unidas sobre Progreso Social y Desarrollo. Pasado y futuro”, *Garantía internacional de los derechos sociales: contribución de las Naciones Unidas al progreso y desarrollo social, los derechos del niño, la eliminación de la discriminación de la mujer y desarrollo del voluntariado*, Ministerio de Asuntos Sociales, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, pp. 121-166.
- APAP, J., “Shaping Europe’s Migration Policy: A Comparative Analysis of Member States’ “Green Card” Legislation: A Comparison of Strategies in Germany, Sweden, the Netherlands and the UK”, *Towards a Common European Immigration Policy* (von Hoffmann, B., ed.), Peter Lang, Frankfurt, 2003, pp. 153-173.
- APARICIO, R. y TORNOS, A. (Coords.), *Las redes sociales de los inmigrantes extranjeros en España. Un estudio sobre el terreno*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, Madrid, 2004.
- APRELL LASAGABASTER, M.C., *Régimen administrativo de los extranjeros en España. Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- ARAGÓN REYES, M. et al., “Encuesta sobre la Ley de Extranjería y la Constitución”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001 (1), pp. 9-97.
- ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales*, Universidade de Santiago de Compostela (Servizo Publicacións e Intercambio Científico), 2004.
- “La nueva redacción del artículo 107 del Código Civil”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, 2004 (1), pp. 205-224.

- “La incompatibilidad del derecho español con el comunitario en materia de reagrupación de familiares de comunitarios”, *Diario La Ley*, núm. 6350, de 31 de octubre de 2005, pp. 1-5.
- ARRIAGA IRABURU, I., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Pamplona, 2003.
- ASÍN CABRERA, M.A., “La imagen del menor en el Derecho de familia islámico: problemas culturales de identidad e integración”, *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo. Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Palma de Mallorca, 1999)*, (Garau Juaneda, L. y Huesa Vinaixa, R., coords.), BOE/AEPDIRI /Universitat de les Illes Balears/Fundación La Caixa, Madrid, 1999, pp. 155-166.
- AUDIT, B., “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la “crise” des conflits de lois)”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 186, 1984 (III), pp. 219-398.
- “Le droit international privé en quête d’universalité. Cours général (2001)”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 305, 2003, pp. 9-488.
- BAILEY, A. y BOYLE, P., “Untying and Retying Family Migration in the New Europe”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 30, 2004 (2), monográfico “Family Migration and the New Europe”, pp. 229-241.
- BATIFFOL, H., *Aspects philosophiques du droit international privé* (Lequette, Y., rev.), Dalloz, Paris, 2002.
- BACIGALUPO SAGESSE, M., “Visados, Asilo, Inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”, *Políticas comunitarias* (Linde Paniagua, E., coord.), Colex, Madrid, 2001, pp. 183-220.
- BARRETT, G., “Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members”, *Common Market Law Review*, vol. 40, 2003 (2), pp. 1171-1199.
- BEDOYA, M.H., “Mujer extranjera: una doble exclusión. La influencia de la ley de extranjería sobre las mujeres inmigrantes”, *Papers: Revista de sociología*, núm. 60, monográfico: “Inmigración femenina en el sur de Europa”, 2000, pp. 241-256.
- BEITZKE, G., Nota a la sentencia OLG Esslingen, 19.3.1992, “Scheidung sunnitischer Libanesen”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, heft 4, 1993, pp. 231-236.
- BENZIMRA-HAZAN, J., Nota a la sentencia CEDH.- 21 décembre 2001.- Sen c/ Pays-Bas, *Journal du Droit International*, Année 129, 2002 (1), pp. 316-318.
- BERING LIISBERG, J., “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Principle of Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?”, *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001 (5), pp. 1171-1199.
- BIGO, D., “Sécurité et immigration: vers une gouvernementalité par l’inquiétude?”, *Cultures & Conflits*, núm. 31-32: *Sécurité et immigration*, Fall/Winter 1998, pp. 13-28.
- BISCHOFF, J.-M., Nota a la sentencia del Conseil d’État (Ass.).- 11 juillet 1980, *Revue critique de droit international privé*, t. 70, 1981, pp. 658-665.

- BLANQUER, D.V., *Asilo político en España: garantías del extranjero y garantías del interés general*, Civitas, Madrid, 1997.
- BLÁZQUEZ RODRIGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Universidad de Córdoba (Servicio de Publicaciones), 2001.
- “La reagrupación familiar: complejidad y desigualdades del régimen jurídico actual”, *Portularia: Revista de Trabajo Social*, Vol. 3, 2003, monográfico “Nuevas realidades familiares”, pp. 263-283.
- “Pluralidad de formas de celebración y matrimonio musulmán: una perspectiva desde el Derecho internacional privado español”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 10, 2004, pp. 425-477.
- “El derecho del inmigrante a una vida en familia: una perspectiva desde el derecho comunitario europeo”, *Inmigración y Derechos de los extranjeros* (Fernández Le Gal, A. y García Cano, S., dirs.), Universidad de Córdoba (Servicio de Publicaciones), 2005, pp. 179-201.
- y ADAM MUÑOZ, M.D., *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005.
- BOELES, P., “Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved?”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 3, 2001 (1), pp. 61-71.
- BONET PÉREZ, J., “La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* (Gómez Isa, F., dir.), Universidad de Deusto, 1ª reimp., Bilbao, 2004, pp. 309-349.
- BORRAJO INIESTA, I., “El status constitucional de los extranjeros”, *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (Martín-Retortillo, S., coord.), t. II: *De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 697-766.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 249, 1994 (V), pp. 145-368.
- “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, *El Islam jurídico y Europa: derecho, religión y política* (Borrás Rodríguez, A., y Mernissi, S., eds.), Icaria, Barcelona, 1998, pp. 163-198.
- “Los estatutos de los extranjeros en España”, *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea* (Escobar Hernández, C., coord.), Colección Escuela Diplomática, núm. 3, Escuela Diplomática/AEPDIRI, Madrid, 1998, pp. 13-27.
- BOSNIAK, L.S., “Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants Under the International Migrant Workers Convention”, *International Migration Review*, vol. 25, 1991 (4), pp. 737-750.
- BOULABEL, Y., “La evolución de la familia en los países de Europa occidental y en los del Magreb”, *Inmigración e integración en Europa* (Tapinos, G. Ph., dir.), Paulino Torras Domènech, Barcelona, 1993, pp. 207-231.

- BOULANGER, F., *Droit Civil de la Famille*, t. I: *Aspects comparatifs et internationaux*, Ed. Economica, 3ª ed., Paris, 1997.
- BOUZA VIDAL, N. y QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Derecho civil internacional.- Reino Unido: responsabilidad extracontractual y matrimonio poligámico”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Any XCVI, 1997 (1), pp. 166-175.
- BUCHER, A., “La famille en droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 283, 2000, pp. 9-186.
- Nota a las sentencias : Tribunal Fédéral, II<sup>o</sup> C. Civil, 4 juillet 2000, ATF 126 III 327 y Tribunal Fédéral, II<sup>o</sup> C. Civil, 29 mai 2000, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, Année 11, 2001 (2), pp. 213-224.
- CADET, F., *L’ordre public en droit international de la famille. Étude comparée France/Espagne*, L’Harmattan, Paris, 2003.
- CALVO, J., GASCÓN E. y GRACIA, J., *Incidencia de la inmigración en el ámbito de la Administración de justicia*, Consejo General del Poder Judicial y Laboratorio de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, octubre de 2002. Disponible en Internet: [www.unizar.es/sociologia\\_juridica/inmigracion/InmiInf.pdf](http://www.unizar.es/sociologia_juridica/inmigracion/InmiInf.pdf).
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho de familia internacional*, Colex, 2ª ed., Madrid, 2004.
- “El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil (I y II)”, *La Ley*, núm. 3, 2004, pp. 1745-1766.
- “Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado”, *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales* (Calvo Caravaca, A.L. y Castellanos Ruiz, E., dirs.), Colex, Madrid, 2004, pp. 119-176.
- “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español”, *Diario La Ley*, núm. 6391, de 2 de enero de 2006, pp. 1-5.
- (Dirs.), *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, 6ª ed., Granada, 2005.
- CALZADILLA MEDINA, M.A., “Vicisitudes de la situación jurídica del menor extranjero en España y la institución adoptiva”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 2005, pp. 133-150.
- CAMPLIGIO, C., “Matrimonio poligamico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno XXVI, 1990 (4), pp. 853-908.
- CANÇADO TRINDADE, A.A., PEYTRIGNET, G. y SANTIAGO, J.R. (Eds.), *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Comité Internacional de la Cruz Roja/ACNUR/Comisión Europea, San José de Costa Rica/Brasilia, 1996.
- CANEDO ARRILLAGA, M.P., “Reflexiones sobre reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea”, *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales* (Calvo Caravaca, A.L. y Castellanos Ruiz, E., dirs.), Colex, Madrid, 2004, pp. 193-212.

- CANO BAZAGA, E., “La Ley 36/2002, de modificación del Código civil en materia de nacionalidad”, *Nacionalidad, extranjería y ciudadanía de la Unión Europea* (Adam Muñoz, M.D. y Blázquez Rodríguez, I., coords.), Colex, 2005, pp. 11-24.
- CARRIER, J.-Y., “Le droit confronté à la présence de familles musulmanes en Europe: quelles perspectives”, *Familles — Islam — Europe. Le droit confronté au changement* (Foblets, M.C., dir.), L’Harmattan, Paris, 1996, pp. 19-32.
- “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (Calvo Caravaca, A.L. e Iriarte Ángel, J.L., eds.), Colex, Madrid, 2000, pp. 25-38.
- “La polygamie devant la Cour d’arbitrage”, *Le journal du juriste*, núm. 42, 24 mai 2005, p. 1.
- “Le Code belge de droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, t. 94, 2005 (1), pp. 11-45.
- y VERWILGHEN, M. (Dirs.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992.
- CARRASCOSA FERRÁNDIS, S., “Flujo masivo de desplazados: comentarios a la primera directiva europea”, *La revitalización de la protección de los refugiados* (Fernández Sánchez, P.A. ed.), Universidad de Huelva, 2002, pp. 315-323.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo”, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (Calvo Caravaca, A.L. e Iriarte Ángel, J.L., eds.), Colex, Madrid, 2000, pp. 39-66.
- “Nuevos modelos de familias y Derecho internacional privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho (Universidad de Murcia)*, núm. 21, 2003, pp. 109-143.
- y SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., *Legislación sobre nacionalidad y extranjería (comentada y con jurisprudencia)*, Colex, Madrid, 2002.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1976.
- “Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 257, 1996, pp. 35-221.
- *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, 1ª ed. reimp., Madrid, 1996.
- *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999.
- “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 9, especial “Tratado de Niza”, 2001, pp. 7-26.
- *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.



- COHEN-JONATHAN, G., “L’affaire LOIZIDOU devant la Cour européenne des Droits de l’Homme. Quelques observations”, *Revue Générale de Droit International Public*, t. CII, 1998 (1), pp. 123-144.
- COLEMAN, D., “Los indicadores demográficos de la integración”, *Inmigración e integración en Europa* (Tapinos, G. Ph., dir.), Paulino Torras Domènech, Barcelona, 1993, pp. 35-88.
- CORTÉS MARTÍN, J.M., “Immigration et regroupement familial dans l’Union européenne: un droit à géométrie variable?”, *Revue du droit de l’Union Européenne*, núm. 4, 2005, pp. 721-759.
- CHEHATA, Ch., “Islamic Law”, *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. II: *The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification*, cap. 2: *Structure and the Division of the Law*, Mouton/The Hague/Tübingen, 1974, pp. 138-142.
- CHOLEWINSKI, R., *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*, Clarendon Press, Oxford, 1999.
- “Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling Fundamental Human Rights”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 4, 2002 (3), pp. 271-290.
- DAVID, R., “Sources of Law”, *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. II: *The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification*, cap. 3: *Sources of Law*, The Hague/Boston/London, 1984, pp. 3-207.
- DE BRUYCKER, Ph., “Bélgica”, *La regulación de la inmigración en Europa* (Aja, E. y Díez, L., coords.), Colección Estudios Sociales, núm. 17, Fundación “La Caixa”, Barcelona, 2005, pp. 67-109. Disponible en Internet: [www.estudios.lacaixa.es](http://www.estudios.lacaixa.es).
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, (Diez Picazo, L., introducción), Civitas, Madrid, 1984.
- DE LUSIGNAN, G., “Global Migration and European Integration”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 2, 1994 (1), pp. 179-190. Disponible en Internet: <http://migration.ucc.ie/population/migration%20and%20european%20integration.htm#FN>.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Privado*, Año LXXXII, 1998 (7-8), pp. 541-558.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. y VAUVILLE, F., “Le droit de la famille face à la fraude à l’insertion familiale”, *Le droit de la famille à l’épreuve des migrations transnationales. Colloque du Laboratoire d’études et de recherches appliqués au droit privé, Université de Lille II* (avant-propos de Dekeuwer-Défossez, F.), L.G.D.J., Paris, 1993, pp. 83-101.
- DEL VAL TENA, A., “Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la “extensión” del concepto de beneficiario. Comentario a la STSJ de Galicia 2 abril 2002”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2003, pp. 47-58.
- DEL VALLE GÁLVEZ, J.A., “La refundación de la libre circulación de personas, tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, 1998, pp. 41-78.
- DÉPREZ, J., “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de

- statut personnel)”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 211, 1988 (IV), pp. 9-372.
- “Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé”, *Familles — Islam — Europe. Le droit confronté au changement* (Foblets, M.C., dir.), L’Harmattan, Paris, 1996, pp. 57-124.
- Nota a las sentencias: Cour de cassation (1<sup>o</sup> Ch. civ.)- 1<sup>ère</sup> mai 1994 y Cour de cassation (1<sup>o</sup> Ch. civ.)- 1<sup>ère</sup> juin 1994”, *Revue critique de droit international privé*, t. 84, 1995 (1), pp. 103-116.
- DIAGO DIAGO, M.P., “Respeto a la identidad cultural, derecho a la vida privada y familiar: una aproximación de derecho internacional privado”, *Inmigración y Derechos. Segundas Jornadas Internacionales sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (Fernández Sola, N. y Calvo García, M., Coords.), Mira, Zaragoza, 2001, pp. 195-213.
- “Nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”, *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales* (Calvo Caravaca, A.L. y Castellanos Ruiz, E., dirs.), Colex, Madrid, 2004, pp. 271-294.
- “Repercusiones de la nueva *Mudawwana* en la inmigración marroquí”, *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI* (Vicente, A., ed.), Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, Zaragoza, 2004, pp. 141-165.
- DICEY, A.V. *et al.* (Eds.), *Dicey & Morris on The conflicts of Laws*, vol. 2, Sweet & Maxwell, 13<sup>th</sup> ed., London, 2000.
- DIEZ DEL CORRAL RIVAS, J., “Artículo 22”, *Comentario del Código Civil* (Paz-Ares Rodríguez, C. *et al.*, dir.), t. I, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones), 2<sup>a</sup> ed. act., Madrid, 1993, pp. 196-203.
- DÍEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Madrid, 1993.
- DOMÍNGUEZ LOZANO, P., “Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVII, 1995 (1), p. 317.
- “Nuevas tendencias en Derecho de familia: el caso de las uniones de personas del mismo sexo”, *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II: *Derecho internacional privado, derecho constitucional y varia*, Universidad Autónoma de Madrid/Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1395-1422.
- DROZ, G.A.L., “Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 229, 1991 (IV), pp. 9-424.
- EL-HUSSEINI, R., “Le droit international privé français et la répudiation islamique”, *Revue critique de droit international privé*, t. 88, 1999 (3), pp. 427-468.
- EL MESSAOUDI, A., “Mudawana y realidad social”, diciembre 2003, 5 pp. Disponible en Internet: [www.pcb.ub.es/idp/cat/2\\_recerca/marroc/pdf/doc\\_messaoudi.pdf](http://www.pcb.ub.es/idp/cat/2_recerca/marroc/pdf/doc_messaoudi.pdf).
- EMBID IRUJO, A., *El ciudadano y la Administración: los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración según la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1994.

- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión: breve nota para el debate”, *Real Instituto Elcano*, 2004. Disponible en Internet: [www.realinstitutoelcano.org/especiales/europa/1.asp](http://www.realinstitutoelcano.org/especiales/europa/1.asp).
- ESPINAR VICENTE, J.M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Civitas, Madrid, 1994.
- *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996.
- *Ensayos sobre teoría general del derecho internacional privado: breve introducción al derecho internacional privado contemporáneo, con especial referencia al tratamiento de las relaciones de familia*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Sociedad multicultural y Derecho internacional privado”, *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural* (García Rodríguez, I., ed.), Universidad de Alcalá (Servicio de Publicaciones), Alcalá de Henares, 1999, pp. 181-204.
- “Algunas consideraciones en torno a la nueva Ley de Extranjería”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Año 147, 2000 (3), pp. 279-302.
- *Curso de Derecho internacional privado español*, vol. I: *Introducción a la teoría general*, Universidad de Alcalá (Servicio de Publicaciones), Alcalá de Henares, 2000.
- *Teoría general del derecho internacional privado*, Universidad de Alcalá (Servicio de Publicaciones), Alcalá de Henares, 2000.
- *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Universidad de Alcalá (Servicio de Publicaciones), 2001.
- ESPLUGUES, C., “Inmigración y derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (Rodríguez Benot, A., dir), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 89-142.
- y DE LORENZO SEGRELLES, M., *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España. Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- FADLALLAH, I., “Vers le reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?”, *Revue critique de droit international privé*, t. 70, 1981, pp. 17-29.
- “Lien conjugal et rencontre de civilisations”, *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé* (Carlier, J.-Y. y Verwilghen, M., dirs.), Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 343-354.
- Nota a las sentencias: Cour de cassation (1<sup>o</sup> Ch. civ.)- 3 novembre 1983 y Cour de appel de Paris (1<sup>o</sup> Ch. suppl.)- 6 juillet 1982, *Revue critique de droit international privé*, t. 72, 1983, pp. 325-336.
- FALLON, M., “ La matérialisation du nouveau droit international privé projeté en Belgique ”, *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II: *Derecho*

*internacional privado, derecho constitucional y varia*, Universidad Autónoma de Madrid/Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1493-1512.

FAMIGLIETTI, G., “La reagrupación familiar de los inmigrantes en la normativa italiana”, *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España (II Jornadas Italo-Españolas de Justicia Constitucional)*, El Puerto de Santa María 3-4 octubre de 2003 (Revenga Sánchez, M., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 453-461.

FARGE, M., *Le statut familial des étrangers en France: de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, L’Harmattan, Paris, 2003.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., “Novedades introducidas por la LO 14/2003 de reforma de la LO 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 8/2000”, *Aranzadi Social*, núm. 22, 2004, pp. 91-102.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Los movimientos migratorios y la nueva configuración del tráfico externo”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, núm. 8, 1987, pp. 49-74.

— “Capítulo IV. Normas de Derecho internacional privado”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Artículos 8 a 16 del Código Civil*, t. I, vol. 2 (Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S., dirs.), Edersa, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 1-97.

— “Derecho sancionador de extranjería y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales”, *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea* (Escobar Hernández, C., coord.), Colección Escuela Diplomática, núm. 3, Escuela Diplomática/AEPDIRI, Madrid, 1998, pp. 31-58.

— “Civilizaciones (conflicto de)”, *Diccionario crítico de ciencias sociales* (Reyes, R., dir.), Universidad Complutense de Madrid, 2002 ss., (publicación electrónica).

— y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., “El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros”, *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en Derechos Humanos* (Carrillo Salcedo, J.A., coord.), Akal, Madrid, 2002, pp. 179-192.

FERRER DE LA PUENTE, J.M., “Adquisición de la nacionalidad española por el inmigrante”, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración* (Gutiérrez Sánchez, J.V., dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 133-154.

FERRER i GOMEZ, A., *Libre circulación de nacionales de terceros Estados y miembros de la familia en la Unión Europea*, Institut Universitari d’Estudis Europeus, Barcelona, 2001.

— “Derecho de entrada de nacionales de países terceros cónyuges de nacionales de Estados miembros”, *La Ley*, núm. 7, 2002, pp. 1992-1998.

FOBLETS, M.-C., “Un droit pour ou par ces destinataires? Les complexités du rattachement juridique des l’alliance matrimoniale entre partenaires immigrés”, *Familles — Islam — Europe. Le droit confronté au changement* (Foblets, M.-C., dir.), L’Harmattan, Paris, 1996, pp. 125-151.

— «‘Locating’ Families in a Time of Unprecedented Mobility: Recent Developments in the Field of International Private Law in Europe». Paper. International Commission on Couple

- & Family Relations (ICCFR), *Distance, Diversity, Dislocation — Families Facing Globalisation*, Sydney, June 17-20, 2002. Disponible en Internet: [www.relationships.com.au/professional/MFoblets.pdf](http://www.relationships.com.au/professional/MFoblets.pdf).
- (Ed.), *Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration: quelles solutions juridiques appropriées?*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1998.
- FRANCESCAKIS, Ph., “Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité”, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 23, 1958 (3-4), 1958, “Mélanges Makarov”, pp. 466-483.
- “Conflits de Lois (principes généraux)”, *Répertoire de droit international* (Francescakis, Ph., dir), t. I, *Encyclopédie Juridique Dalloz*, Paris, 1968, pp. 470-497.
- GANNAGÉ, L., Nota a la sentencia de la Cour de cassation (1<sup>e</sup> Ch. civ.)- 3 juillet 2001, *Revue critique de droit international privé*, t. 90, 2001 (4), pp. 704-716.
- GANNAGÉ, P., “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Revue critique de droit international privé*, t. 81, 1992 (3), pp. 425-454.
- “Les sociétés multicommunautaires face à l’évolution du droit international privé de la famille”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé. Années 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998*, Éditions A. Pédone, Paris, 1999, pp. 297-306.
- GANS, H.J., “Toward a Reconciliation of “Assimilation” and “Pluralism”: the Interplay of Acculturation and Ethnic Retention”, *International Migration Review*, vol. 31, Winter, 1997 (4), pp. 875-891.
- GARAU JUANEDA, L., “La política común de extranjería de la Comunidad Europea”, *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo. Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Palma de Mallorca, 1999)*, (Garau Juaneda, L. y Huesa Vinaixa, R., coords.), BOE/AEPDIRI/Universitat de les Illes Balears/Fundación La Caixa, Madrid, 1999, pp. 127-142.
- GARAU SOBRINO, F.F., “La normativa convencional hispano-marroquí sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales, documentos públicos con fuerza ejecutiva y laudos arbitrales en materia civil, mercantil y administrativa”, *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo. Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Palma de Mallorca, 1999)*, (Garau Juaneda, L. y Huesa Vinaixa, R., coords.), BOE/AEPDIRI/Universitat de les Illes Balears/Fundación La Caixa, Madrid, 1999, pp. 167-179.
- GARCÍA CANO, S., “Posición y “protección” del menor inmigrante en la actual legislación de extranjería”, *Inmigración y Derechos de los extranjeros* (Fernández Le Gal, A. y García Cano, S., dirs.), Universidad de Córdoba (Servicio de Publicaciones), 2005, pp. 153-177.
- GARCÍA CATALÁN, M.I., “La adquisición de la nacionalidad a la luz de la política de inmigración europea”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Año 148, 2001 (3), pp. 549-566.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, I., “Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, 1998 (1), pp. 378-383.

- “La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 1999, pp. 447-463.
  - *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Tecnos, Madrid, 1999.
  - “La celebración e inscripción de matrimonios mixtos”, *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural* (García Rodríguez, I., ed.), Universidad de Alcalá (Servicio de Publicaciones), 1999, pp. 205-235.
  - “The right to family reunification in the Spanish law system”, *Spanish yearbook of international law*, núm. 7, 1999, pp. 1-37.
  - “La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (Rodríguez Benot, A., dir), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 143-220.
- GARCÍA VELASCO, I., *Derecho internacional privado (Reflexiones introductorias)*, Cervantes, Salamanca, 1994.
- GASCÓN ABELLÁN, M.F., “La responsabilidad de los jueces ante la integración”, *Inmigración y Derecho* (Peces Morate, E., dir.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 41, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 143-176.
- GAUDEMET-TALLON, H., “La désunion du couple en droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 226, 1991 (I), pp. 9-280.
- “La famille face au droit communautaire”, *Internationalisation des droits de l’Homme et évolution du droit de la famille. Colloque du Laboratoire d’études et de recherches appliqués au droit privé, Université de Lille II* (avant-propos de Dekeuwer-Défossez, F.), L.G.D.J., Paris, 1996, pp. 85-116.
  - Nota a la sentencia de la Cour d’Appel de Versailles (1<sup>o</sup> Ch., 1<sup>a</sup> sect.) 23 mars 1995, *Revue critique de droit international privé*, t. 85, 1996 (4), p. 699-706.
  - “Le pluralisme en droit international privé: richesse et faiblesses (le funambule et l’arc-en-ciel). Cours général (2005)”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 312, 2005, pp. 9-488.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., “¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 32, 1999, pp. 199-356.
- “Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio”, *Revista española de Derecho constitucional*, Año 21, 2001 (61), pp. 11-58.
- GISBERT CASASEMPERE, R.J., “La exención de visado por matrimonio en la nueva Ley de Extranjería”, *Actualidad Administrativa*, núm. 21, 2003, pp. 531-541.
- GOIG MARTÍNEZ, J.M., *Derechos y libertades de los inmigrantes en España: una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, Universitas Internacional, Madrid, 2004.
- GÓMEZ JENE, M., *La sustitución en derecho internacional privado*, Madrid, 2002, (inédito).

- GONZÁLEZ BEILFUSS, C., *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas”, *ONU Año XX: 1946-1966*, Tecnos, Madrid, 1966, pp. 249-285.
- *Curso de Derecho internacional privado*, [s.edit.], Oviedo, 1983.
- “Las Normas Internacionales sobre Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales y Libertades reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE)”, *Tres lecciones sobre la Constitución*, (Cruz Villalón, P., González Campos, J.D. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.), Mergablum, Sevilla, 1999, pp. 31-54.
- “Diversification, spécialisation, flexibilisation e matérialisation des règles de Droit international privé. Cours général (2000)”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 287, 2000, pp. 9-426.
- “La interacción entre el Derecho internacional y el derecho interno en materia de derechos humanos”, *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa* (Mariño Menéndez, F.M., ed.), Trotta, Madrid, 2002, pp. 333-350.
- Nota a la sentencia del TS (Sala civil) de 5 de abril de 1966, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XX, 1967 (2), pp. 305-320.
- *et al.*, *Lecciones de Derecho internacional privado. Derecho de la nacionalidad. Derecho de extranjería y Derecho procesal civil internacional*, Universidad de Oviedo (Servicio de Publicaciones), 1984.
- *et al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, 6ª ed., Madrid, 1995.
- y ABARCA JUNCO, A.P., “Artículo 107”, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (Lacruz Berdejo, J.L., Coord.), Civitas, 2ª ed., Madrid, 1994, pp. 1329-1358.
- y BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “La loi nationale à l’heure de la réforme du droit international privé espagnol”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 137-153.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, R., “Régimen jurídico de la reagrupación familiar tras la entrada en vigor del RD 864/2001 que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 modificada por LO 8/2000”, *Aranzadi Westlaw*, BIB 2002\335, 10 pp.
- GORTÁZAR ROTAECHE, C.J., *Derecho de Asilo y “No rechazo” del refugiado*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1997.
- GUERCHOUN, F., “La primauté constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l’homme sur les conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes”, *Journal du Droit International*, Année 132, 2005 (3), pp. 695-737.
- GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, A., “Intimidad y familia”, *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar* (López Ortega, J.J., dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 217-256.

- GUIRAUDON, V., "European Courts and Foreigners' Rights: A Comparative Study of Norms Diffusion", *International Migration Review*, vol. 34, 2000 (4), pp. 1088-1125.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005.
- GUTMANN, D., *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, Bibliothèque de Droit Privé, t. 327, L.G.D.J., Paris, 2000.
- GUZMÁN PECES, M., "La integración en la adquisición de la nacionalidad española por residencia. Comentario a la Sentencia de 29 de octubre de 2004 del Tribunal Supremo", *Nacionalidad, extranjería y ciudadanía de la Unión Europea* (Adam Muñoz, M.D. y Blázquez Rodríguez, I., coords.), Colex, 2005, pp. 41-50.
- GUZMÁN ZAPATER, M., *El derecho a la investigación de la paternidad (en el proceso con elemento extranjero)*, Civitas, Madrid, 1996.
- "Divorcio sin intervención judicial y repudio. Exequátur: los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y México", *Aranzadi Civil*, núm. 2, 1999, pp. 1815-1832.
- HAILBRONNER, K., *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000.
- "Alemania", *La regulación de la inmigración en Europa* (Aja, E. y Díez, L., coords.), Colección Estudios Sociales, núm. 17, Fundación "La Caixa", Barcelona, 2005, pp. 23-66. Disponible en Internet: [www.estudios.lacaixa.es](http://www.estudios.lacaixa.es).
- HAUSER, J., "Rapport de synthèse", *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales. Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliqués au droit privé, Université de Lille II* (avant-propos de Dekeuwer-Défossez, F.), L.G.D.J., Paris, 1993, pp. 51-81.
- HEREDIA SOBRINO, I., "Relaciones de familia y multiculturalidad en el Derecho internacional privado español", *Anais sobre cultura oriental e América Latina. Debate sobre Influências do Pensamento Oriental na Formação do Direito*, Uninove, São Paulo, 2005, pp. 33-48.
- HERRANZ BALLESTEROS, M., *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- HESSE, K., "Significado y función de los derechos fundamentales", *Manual de Derecho Constitucional* (E. BENDA et al.), Marcial Pons, Madrid, 1996.
- HOTTLIER M. y MOCK H., "Le tribunal fédéral suisse et la 'discrimination à rebours' en matière de regroupement familial", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Année 14, 2003 (56), pp. 1275-1304.
- HUNE, S. y NIESSEN, J., "Ratifying the UN Migrant Workers Convention: Current Difficulties and Prospects", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 12, 1994 (4), pp. 393-404.
- IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, P., "El convenio de Schengen: una etapa en la construcción de un espacio sin fronteras interiores", *Derecho de extranjería en España: regulación jurídica, práctica administrativa y judicial: curso impartido en la V edición de los Cursos de verano*



- de la UNED (Ávila, 4-8 de julio de 1994), (Miralles Sangro, P.-P., dir), UNED, Madrid, 1995, pp. 109-130.
- IBARRA ROBLES, J.L., “El Derecho Judicial de Extranjería. Especial referencia al régimen sancionador y medidas cautelares. Análisis de la más reciente jurisprudencia. Perspectivas”. Ponencia. *XIII Encuentro de abogados sobre Derecho de extranjería*, Palma de Mallorca, 12-14 de junio de 2003, 27 pp.
- IRIARTE ÁNGEL, J.L., “Las medidas de protección de menores procedentes de países musulmanes en territorio español”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (Rodríguez Benot, A., dir), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 363-410.
- ISAAC, G., *Manual de Derecho comunitario general*, Ariel, 2ª ed. [reimp.], Barcelona, 1991.
- JAULT-SESEKE, F., *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, Bibliothèque de Droit Privé, t. 265, L.G.D.J., Paris, 1996.
- JAYME, E., “Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno XXIX, 1993 (2), pp. 295-304.
- “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 251, 1995, pp. 9-268.
- “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, (conférence prononcée le 24 juillet 2000), *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 282, 2000, pp. 9-40.
- Nota a la sentencia AG Fankfurt/Main, 9.8.88, “*Talaq nach iranischem Recht und deutscher ordre public*”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, heft 4, 1989, pp. 223-224.
- JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., “Freedom of Movement of Spouses and Registered Partners in the European Union”, *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr* (Basedow, J. et al., eds.), T.M.C.Asser Press, The Hague, 2000, pp. 527-543.
- JIMÉNEZ BLANCO, P., “Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea”, *La Ley*, núm. 2, 2003, pp. 1761-1774.
- “Práctica de la DGRN sobre las declaraciones de la nacionalidad del art. 17.1.c) del Código civil”, *Derecho registral internacional: homenaje a la memoria del prof. Rafael Arroyo Montero*, Iprolex/Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Madrid, 2003, pp. 437-462.
- JUÁREZ PÉREZ, P., *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- JUSS, S.S., “Reino Unido”, *La regulación de la inmigración en Europa* (Aja, E. y Díez, L., coords.), Colección Estudios Sociales, núm. 17, Fundación “La Caixa”, Barcelona, 2005, pp. 185-215. Disponible en Internet: [www.estudios.lacaixa.es](http://www.estudios.lacaixa.es).
- KATROUGALOS, G., “The Rights of Foreigners and Immigrants in Europe: Recent Trends”, *Web Journal of Current Legal Issues*, núm. 5, 1995, 19 pp.

- KLOOß, W., “Historicizing/Contemporizing Multiculturalism in English-Canadian Literature”, *Towards a Common European Immigration Policy* (Hoffmann, B. von, ed.), Peter Lang, Frankfurt, 2003, pp. 259-271.
- KOFMAN, E., “Family-Related Migration: A Critical Review of European Studies”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 30, 2004 (2), monográfico “Family Migration and the New Europe”, pp. 243-262.
- KOTTAK, C. Ph., *Antropología: una exploración de la diversidad humana*, McGraw-Hill, 6ª ed., Madrid, 1994.
- LABACA ZABALA, M.L., “El reagrupamiento familiar en el derecho español”, *Noticias Jurídicas*, núm. 294, mayo 2005, 35 pp.
- LABRUSSE, C., “La compétence et la application des lois nationales face au phénomène de l’immigration étrangère”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé. Années 1975-1976*, Dalloz, Paris, 1977, pp. 111-143.
- LAGARDE, P., “La règle de conflit applicable aux questions préalables”, *Revue critique de droit international privé*, t. 49, 1960, pp. 459-484.
- “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 196, 1986 (I), pp. 9-238.
- *La nationalité française*, Dalloz, 2ª ed., Paris, 1989.
- “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L’expérience française”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l’Université Catholique de Louvain (XXII), Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 263-282.
- “Public Policy”, *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. III: *Private International Law*, cap. 2: *Public Policy*, 1994, Mouton/The Hague/Tübingen, pp. 3-60.
- “Rapport de synthèse”, *L’étranger. Journées luxembourgeoises 1997*, (Association Henri Capitant), t. XLVIII Collection Colloques Association Henri Capitant, L.G.D.J., Paris, 2000, pp. 23-42.
- (Rapporteur), “Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille”, Rapport provisoire, 9ème Commission, Institut de Droit International, mars 2003, (inédito).
- (Rapporteur), “Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille”, Resolution, Session de Cracovie, 9ème Commission, Institut de Droit International, 25 août 2005. Disponible en Internet: [www.idi-il.org/idiF/resolutionsF/2005\\_kra\\_02\\_fr.pdf](http://www.idi-il.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_02_fr.pdf).
- Nota a las sentencias de la Cour de cassation (1º Ch. civ.)- 20 juin 1978 et 18 décembre 1979, *Revue critique de droit international privé*, t. 70, 1981, pp. 88-89.
- Nota a la sentencia del Conseil d’État (Ass.)- 29 juin 1990”, *Revue critique de droit international privé*, t. 80, 1991 (1), pp. 61-85.

- Nota a la sentencia del Conseil d'État (Sec. cont.)- 11 février 1994, *Revue critique de droit international privé*, t. 83, 1994 (2), pp. 317-322.
- LAGO NÚÑEZ, G., “Los Ayuntamientos ante la reagrupación familiar”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 3, 2004, pp. 417-421.
- LAHAV, G., “National, Regional, and International Constraints to Family Reunification: A European Response”. Contribución. Taller *Family reunification in the European Union and the U.S.A.*, Meeting of Experts, 28-29 junio 1999, Konstanz, 25 pp. Disponible en Internet: <http://migration.uni-konstanz.de/content/center/events/de/events/workshp/lahav.html>.
- LAMBERT, H., *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Dossiers sur les droits de l'homme, n° 8 (révisé), Strasbourg, 2001.
- LAMO DE ESPINOSA, E. (Ed.), *Cultura, Estados y Ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Alianza, Madrid, 1994.
- “¿Nuevas formas de familia”?, *Claves de Razón Práctica*, núm. 50, 1995, pp. 50-54.
- LARA AGUADO, A., “Nacionalidad e integración social. (A propósito de la Ley 36/2002, de 8 de octubre)”, *La Ley*, núm. 1, 2003, pp. 1444-1460.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Las uniones de hecho en el derecho internacional privado español*, Tecnos, Madrid, 1999.
- “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Migraciones*, núm. 12, 2002, pp. 43-79.
- LE BARBIER-LE BRIS, M., “Le droit européen et le regroupement familial”, *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen* (Gadbin, D. y Kernaleguen, F., dirs.), Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 145-172.
- LEGRAND, V. y TAVERNIER, P., Nota a la sentencia CEDH.- 19 février 1996. *Gül c/ Suisse*, *Journal du Droit International*, Année 124, 1997 (1), pp. 200-203.
- LEQUETTE, Y., “Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 246, 1994 (II), pp. 9-234.
- Nota a la sentencia de la Cour de cassation (1<sup>o</sup> Ch. civ.)- 17 février 1982, *Revue critique de droit international privé*, t. 72, 1983 (2), pp. 275-281.
- Nota a la sentencia de la Cour d'appel de Paris (2<sup>a</sup> Ch. sect. B)- 8 novembre 1983, *Revue critique de droit international privé*, t. 73, 1984, pp. 476-483.
- Nota a la sentencia de la Cour de cassation (1<sup>o</sup> Ch. civ.)- 6 juillet 1988, *Revue critique de droit international privé*, t. 78, 1989 (1), pp. 71-81.
- LÉVY-STRAUSS, C., *La mirada distante*, (traducción Azpirate, J.M.), Argos Vergara, Barcelona, 1984.
- LEZERTÚA, M., “El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y*

- familiar* (López Ortega, J.J., dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 49-98.
- LINDE PANIAGUA, E., “La ciudadanía de la Unión Europea. La inmigración en el interior de la Unión”, *Inmigración, extranjería y asilo* (Paniagua Linde, E. y Moreno Díaz, J.A., dirs.), Colex, Madrid, 2005, pp. 109-134.
- LIÑÁN NOGUERAS, D.J., “De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión”, *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, núm. 114, D-17, 1992, pp. 63-99.
- LÓPEZ BARBA, E. y GARCÍA SAN JOSÉ, D., “El derecho de reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones internacionales asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 64, 2001, pp. 43-82.
- LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, J., “Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil”, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración* (Gutiérrez Sánchez, J.V., dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 83-132.
- LÓPEZ CASTILLO, A., SAIZ ARNAIZ, A. y FERRERES COMELLA, V., *Constitución Española y Constitución Europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DCT 1/2004, de 13 de diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- LÓPEZ GARCÍA, B. (Dir), *Desarrollo y pervivencia de las redes de origen en la inmigración marroquí en España. Hacia la actualización del “Atlas de la inmigración magrebí en España”*, Taller de Estudios Internacionales Mediterráneos (TEIM)-Universidad Autónoma de Madrid, Núm. 1, Colección Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones), Madrid, 2004.
- LÓPEZ GARRIDO, D., *El derecho de asilo*, Madrid, Trotta, 1991.
- LOSANO, M.G., *Los grandes sistemas jurídicos: introducción al derecho europeo y extranjero*, Debate, Madrid, 1987.
- LOUSSOUARN, M.Y. (Rapporteur), “La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé”, Session du Caire, 15ème Commission, Institut de Droit International, septembre 1987.
- LYON-CAEN, A. y LYON-CAEN, G., *Droit social international et européen*, Dallóz, 8ª ed., Paris, 1993.
- MAESTRE CASAS, P., “Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de Derecho Internacional Privado”, *Mundialización y familia* (Iriarte Ángel, J.L. y Calvo Caravaca, A.L., eds.), Colex, Madrid, 2001, pp. 195-212.
- MAKAROV, A.N., “Règles générales du droit de la nationalité”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 74, 1949 (I), pp. 269-378.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2002.

- MARÍN LÓPEZ, A., “La cuestión incidental en Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. IX, 1956 (1-2), pp. 125-146.
- “Artículo 9.1”, *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. 1, Tecnos, 1977, Madrid, pp. 427-433.
- “Los extranjeros favorecidos en su entrada en España”, en *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa* (Mariño Menéndez, F.M., ed.), Trotta, Madrid, 2002, pp. 433-462.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Reparto de la pensión de viudedad en supuestos de poligamia”, *Aranzadi Social*, núm. IV, 2002, pp. 3331-3334.
- MARTÍN MORATO, M., “Prueba de la nacionalidad española. Certificado de nacionalidad. DNI. Pasaporte”, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración* (Gutiérrez Sánchez, J.V., dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 169-198.
- MARTÍNEZ, A., “La reagrupación familiar”, *Diez años de la Ley de extranjería: balance y perspectivas* (Borrás Rodríguez, A., dir.), Fundación Paulino Torras Domènech, Barcelona, 1995, pp. 196-208.
- MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Y., “Comentario al artículo 16”, *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., coord.), Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 113-117.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F., “La singularidad del asilo territorial en el ordenamiento internacional y su desarrollo regional en el derecho europeo”, *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa* (Mariño Menéndez, F.M., ed.), Trotta, Madrid, 2002, pp. 463-482.
- McCLEAN, J.D., *Morris: The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 4<sup>th</sup> ed., London, 1993.
- McGLYNN, C., “Family Reunion and the Free Movement of Persons in European Union Law”, *International Law FORUM du droit international*, vol. 7, 2005 (3), pp. 159-166.
- MEHRLÄNDER, U., “Family structure and family reunification of foreigners living in Germany”. Contribución. Taller *Family reunification in the European Union and the U.S.A.*, Meeting of Experts, 28-29 junio 1999, Konstanz, 4 pp. Disponible en Internet: <http://migration.uni-konstanz.de/content/center/events/de/events/workshp/famstruc.htm>.
- MERNISSI, S., “El estatuto de la mujer en Marruecos”, *El Islam jurídico y Europa: derecho, religión y política* (Borrás Rodríguez A., y Mernissi, S., eds.), Icaria, Barcelona, 1998, pp. 103-121.
- MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho internacional privado*, t II: *Parte especial*, Atlas, 10<sup>a</sup> ed. rev., Madrid, 1987.
- MIQUEL CALATAYUD, J.A., “Análisis de la posición constitucional del extranjero en España”, *Diez años de la Ley de Extranjería: Balance y perspectivas* (Borrás Rodríguez, A., Dir.), Fundación Paulino Torras Domènech, Barcelona, 1995, pp. 49-81.
- MIRALLES SANGRO, P.-P., “La ratificación por España de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Niño”, *Actualidad Civil*, núm. 3, 1991, pp. 525-538.

- “La *aconstitucional* Ley de extranjería: una discriminación lesiva de los derechos humanos”, *A Distancia*, vol. 19, 2001 (1), pp. 193-202.
  - “La ciudadanía de la Unión Europea”, *Políticas comunitarias*, (Linde Paniagua, E., coord.), Colex, Madrid, 2001, pp. 57-81.
  - “La nueva ley española de extranjería en relación con la normativa del Consejo de Europa y las Naciones Unidas”, *La protección de los derechos humanos en los flujos migratorios. Actas del Coloquio Naciones Unidas-UNED celebrado en Segovia, 16-17 de febrero de 2001* (Gómez del Prado, J.L., coord.), UNED, Madrid, 2002, pp. 157-180.
  - (Dir.), *Derecho de extranjería en España: regulación jurídica, práctica administrativa y judicial: curso impartido en la V edición de los Cursos de verano de la UNED (Ávila, 4-8 de julio de 1994)*, UNED, Madrid, 1995.
- MOLINA HERMOSILLA, O., “Poligamia del trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supervivientes. Comentario a la SJS (núm. 3), A Coruña, de 13 julio 1998”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2001, pp. 2999-3005.
- MOLINER NAVARRO, R.M., “Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 2001, pp. 487-519.
- MONÉGER, F., “Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?”, *Journal de droit international*, Année 119, 1992 (2), pp. 347-355.
- MOREAU, G., “French family reunification principles and law. A few remarks”. Contribución. Taller *Family reunification in the European Union and the U.S.A.*, Meeting of Experts, 28-29 junio 1999, Konstanz, 4 pp. Disponible en Internet: <http://migration.uni-konstanz.de/content/center/events/de/events/workshp/moreau.htm>.
- MORENO BLESA, L., “Comentario al artículo 16”, *Comentarios a la ley de extranjería: (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, (Campo Cabal, J.M., coord.), Civitas, Madrid, 2001, pp. 139-154.
- MOTILLA DE LA CALLE, A. y LORENZO VÁZQUEZ, P., *Derecho de familia islámico: los problemas de adaptación al derecho español* (Ciaurriz, M.J., coord.), Colex, Madrid, 2002.
- MOYA ESCUDERO, M., “El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de Extranjería”, *La Ley*, núm. 1, 2000, pp. 1691-1708.
- “Derecho a la reagrupación familiar”, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería* (Moya Escudero, M., coord.), Granada, 2001, pp. 673-707.
- MUIR WATT, H., “Les modèles familiaux à l’èpreuve de la mondialisation (Aspects de droit international privé)”, *Mundialización y familia* (Iriarte Ángel, J.L. y Calvo Caravaca, A.L., eds.), Colex, Madrid, 2001, pp. 11-22.
- OLESTI RAYO, A., “Unión Europea”, *La regulación de la inmigración en Europa* (Aja, E. y Díez, L., coords.), Colección Estudios Sociales, núm. 17, Fundación “La Caixa”, 2005, pp. 277-313. Disponible en Internet: [www.estudios.lacaixa.es](http://www.estudios.lacaixa.es).

- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “Los nacionales no comunitarios en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LIX, núm. 1983, 2005, pp. 5-40.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el derecho internacional privado*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002.
- ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., “La extranjería no comunitaria en el marco de la Comunidad Económica Europea. Hacia la configuración de una política migratoria comunitaria y el reforzamiento de los controles exteriores”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, 1992, pp. 207-231.
- “Los extranjeros no comunitarios ante el Derecho comunitario europeo. Las actuaciones de las instituciones comunitarias, de las instancias gubernamentales y de los gobiernos de los Estados comunitarios”. Contribución. *Colloque sur le dialogue interculturel*, Comisión Europea, Jean Monnet Group on the Intercultural Dialogue, Bruselas, 20-21 marzo 2002, 19 pp. Disponible en Internet: [www.ecsanet.org/dialogue/contributions/Ortiz\\_Arce.doc](http://www.ecsanet.org/dialogue/contributions/Ortiz_Arce.doc).
- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “La capacidad y la simulación en el matrimonio: fraude y extranjería en la doctrina de la DGRN”, *Derecho registral internacional: homenaje a la memoria del prof. Rafael Arroyo Montero*, Iprolex/Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Madrid, 2003, pp. 287-296.
- OTHENIN-GIRARD, S., *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, Schulthess, Zurich, 1999.
- “Reconnaissance des répudiations en Suisse et ordre public. Quelques réflexions à la lumière d'un récent arrêt du Tribunal fédéral (ATF 126 III 327)”, *Revue Suisse de Jurisprudence*, vol. 97, 2001, pp. 21-30.
- PALAO MORENO, G., “La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 2001, pp. 529-576.
- Nota a la sentencia de la AP de Madrid de 28 de septiembre de 2000, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII, 2001 (1), pp. 529-536.
- PARÍS ALONSO, J.A., “Prueba de la nacionalidad española”, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración* (Gutiérrez Sánchez, J.V., dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 155-168.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A., “Un caso de cuestión previa en la jurisprudencia española: la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960”, *Temis*, núm. 10, 1961, pp. 103-110.
- PECES MORATE, J.E., “Las declaraciones de derechos y su efectividad respecto de los inmigrantes”, *Inmigración y Derecho* (Peces Morate, J.E., dir.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 41, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 177-216.
- PECOURT GARCÍA, E., “Problemática de la cuestión preliminar en el DIPr.”, *Revista de Derecho Español y Americano*, 1966 (14), pp. 11-60.
- Nota a la sentencia del TS de 27 de mayo de 1968, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXII, núm. 2, 1969, pp. 343-353.

PEERS, S., "Family Reunion and Community Law", *Europe's Area of Freedom, Security and Justice* (Walker, N., ed.), Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 143-197.

— *et al.*, *Le statut juridique des personnes admises au regroupement familial. Étude comparative de la législation et de la pratique de certains pays européens*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2000.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., "Artículos 21 y 22", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 3: *Artículos 17 a 41 del Código Civil* (Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S., Dirs.), Edersa, 2ª ed., Madrid, 1993, pp. 297-402.

PERE RALUY, J., *Derecho del Registro Civil*, vol. II, Aguilar, Madrid, 1962.

PÉREZ BEVÍA, J.A., "La protección de los emigrantes y sus descendientes en la nueva legislación española sobre la nacionalidad", *Inmigración y Derechos de los extranjeros* (Fernández Le Gal, A. y García Cano, S., dirs.), Universidad de Córdoba (Servicio de Publicaciones), 2005, pp. 87-103.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "Nacionalidad y extranjería: algunos aspectos civiles", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LV, núm. 1907, 2001, pp. 4053-4081.

PÉREZ SOLA, N., *La regulación del Derecho de asilo y refugio en España*, Ediciones Adhara, Jaén, 1997.

PÉREZ VERA, E., *Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho internacional privado*, Universidad de Granada (Secretariado de Publicaciones), 1973.

— "La Constitución de 1978 y el Derecho internacional privado español: normas en materia de nacionalidad y extranjería", *Revista de Derecho Público*, Año VIII, vol. I, 1982 (86), pp. 5-25.

— "El Convenio sobre los Derechos del Niño", *Garantía internacional de los derechos sociales: contribución de las Naciones Unidas al progreso y desarrollo social, los derechos del niño, la eliminación de la discriminación de la mujer y desarrollo del voluntariado*, Ministerio de Asuntos Sociales, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, pp. 167-185.

— "De los españoles y extranjeros", *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992, pp. 73-88.

— "Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 261, 1996, pp. 243-425.

— "Artículo 13: Extranjería", (actualización Abarca Junco, A.P.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Alzaga Villaamil, O., dir.), T. II, Cortes Generales/Edersa, Madrid, 1997, pp. 183-209.

— "Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho internacional privado español", *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (Calvo Caravaca, A.L. e Iriarte Ángel, J.L., eds.), Colex, Madrid, 2000, pp. 131-138.

— "A propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna)*, vol. I, 2001 (18), pp. 291-307.



- 
- “Doble discriminación de las mujeres inmigrantes desde la perspectiva de los derechos humanos”. Ponencia. *Jornadas de Extranjería, Inmigración y Derechos Humanos*, Fundación Al-Andalus, Granada, 8-10 febrero 2002.
- “El Derecho internacional privado y la Unión Europea”, *La Unión Europea ante el siglo XXI. Los retos de Niza. Actas de las XIX jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional (Santander, 2001)*, (Escobar Hernández, C., coord.), BOE/AEPDIRI/Universidad de Cantabria, Madrid, 2003, pp. 174-188.
- (Dir.), *Derecho internacional privado. Parte especial*, Tecnos, Madrid, 1980.
- (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, 1ª ed., 4ª ed. rev. y 2ª ed., Madrid, 1985, 1993 y 2000, respectivamente.
- PICONE, P., “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 276, 1999, pp. 9-296.
- PIZZORUSSO, A., *Curso de derecho comparado*, Ariel, Barcelona, 1987.
- POCAR, F., “La protection de la partie faible en droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 188, 1984 (V), pp. 349-418.
- POMED SÁNCHEZ, L., “Algunas consideraciones sobre la situación actual del derecho de inmigración en España”, *Extranjería e Inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 53-112.
- PRETEL SERRANO, J.J., “La adquisición de la nacionalidad española en la Ley 18/1990, de 17 de diciembre”, *Jornadas sobre nacionalidad y extranjería*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Centro de Estudios Registrales), 1994, pp. 153-244.
- PULIDO QUECEDO, M., *La Constitución española. Con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 3ª ed., Elcano (Navarra), 2001.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “El estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: exclusión, alternancia y coordinación de sistemas”, *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo. Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Palma de Mallorca, 1999)*, (Garau Juaneda, L. y Huesa Vinaixa, R., coords.), BOE/AEPDIRI /Universitat de les Illes Balears/Fundación La Caixa, Madrid, 1999, pp. 181-194.
- *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación “La Caixa”, Barcelona, 2000.
- “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (Rodríguez Benot, A., dir), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 259-342.
- “La réception du nouveau code de la famille marroccain (*Moudawana*, 2004) en Europe”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 40, 2004 (3), pp. 877-900.
- “Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Any CIV, 2005 (4), pp. 1172-1187.

- QUIRÓS FONTS, A., “Refundición de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Propuesta de Directiva de 2003”, *Aranzadi Social*, núm. 20, 2004, pp. 69-80.
- RAUSCHER, T., Nota a la sentencia OLG Stuttgart 3.12.1998-17UVA 6/98 “*Talaq und deutscher ordre public*”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, heft 5, 2000, pp. 391-394.
- REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000.
- RELAÑO PASTOR, E., “¿Sancionar al inmigrante o proteger las fronteras?: un análisis crítico de la Ley de Extranjería 14/2003, de 20 de noviembre, y la política de inmigración común de la Unión Europea (I y II)”, *La Ley*, núm. 3, 2004, pp. 1678-1698.
- REQUEJO ISIDRO, M., “DIPr. de la familia y libre circulación de trabajadores. Reflexiones suscitadas por el matrimonio homosexual”, *La Unión Europea ante el siglo XXI. Los retos de Niza. Actas de las XIX jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional (Santander, 2001)*, (Escobar Hernández, C., coord.), BOE/AEPDIRI/Universidad de Cantabria, Madrid, 2003, pp. 243-251.
- REVENGA SÁNCHEZ, M. (Coord.), *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España (II Jornadas Italo-Españolas de Justicia Constitucional)*, *El Puerto de Santa María 3-4 octubre de 2003*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- RIGAUX, F., “Le pluralisme en droit international privé”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1419-1436.
- y FALLON, M., *Droit international privé*, Larcier, 3ª ed., Bruxelles, 2005.
- ROCA i TRÍAS, E., *Familia y cambio social: (De la “casa” a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ BENOT, A., “Adopción y *kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales”, *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo. Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Palma de Mallorca, 1999)*, (Garau Juaneda, L. y Huesa Vinaixa, R., coords.), BOE/AEPDIRI/Fundación La Caixa, Madrid, 1999, pp. 195-206.
- “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural: (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la *kafala*)”, *Revista General de Derecho*, Núm. 667, 2000, pp. 4419-4448.
- “El estatuto personal común”, *Primer Encuentro Judicial Hispano Marroquí entre el Consejo General del Poder Judicial y la Corte Suprema, Rabat, 27 a 29 junio de 2001*, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, Rabat, 2001, pp. 43-105.
- *Nuevas estrategias para una política de inmigración solidaria* (Jiménez Lara, M.J. y Franco Rojas, R., coords.), Mergablum, Sevilla, 2002, pp. 109-146.
- “Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (Rodríguez Benot, A., dir), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 15-88.
- RODRÍGUEZ GAYÁN, E., *Derecho registral civil internacional*, Eurolex, Madrid, 1995.

- ROZAKIS, Ch. L., “The European Convention of Human Rights as an International Treaty”, *Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos: droit et justice* (Dupuy, R.-J., dir.), Éditions A. Pédone, Paris, 1999, pp. 497-508.
- RUBIO LLORENTE, F., *Derechos fundamentales y principios constitucionales. Doctrina jurisprudencial*, Ariel, Barcelona, 1995.
- RUBIO MARÍN, R., “La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales”, *Extranjería e Inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 11-51.
- SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- SALAZAR BORT, S., “Parejas de hecho y pensión compensatoria: (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio 2001)”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 2002, pp. 751-762.
- SALEM EL SHEIKH, M., “L’Islam dans l’Union européenne”, *La religion et l’intégration des immigrés* (Conseil de l’Europe), Editions du Conseil de l’Europe, Strasbourg, 1999, pp. 87-96.
- SALVADOR GUTIÉRREZ, S., “Registro Civil, inmigración y matrimonio”, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración* (Gutiérrez Sánchez, J.V., dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 257-357.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., “El status jurídico del hijo de extranjeros nacido en España. Nacionalidad y normativa de extranjería”, *Anales de Derecho (Universidad de Murcia)*, núm. 22, 2004, pp. 223-237.
- SÁNCHEZ LORENZO, S., “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVI, 1994 (2), pp. 557-585.
- “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Derecho registral internacional: homenaje a la memoria del prof. Rafael Arroyo Montero*, Iprolex/Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Madrid, 2003, pp. 247-273.
- “Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional*, núm. 17, 2005, pp. 87-130.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “La cuestión previa en el derecho español de la nacionalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XXX, 1977 (2), pp. 763-807.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- (Coord.), *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*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

- SAROLEA, S., “De Luxembourg à Strasbourg: quelle famille pour l'étranger?”, *Revue du droit des étrangers*, núm. 125, 2003, Spécial: “Le regroupement familial. A la croisée des droits belge et européen. Hommage à Mylène Nys”, pp. 547-558.
- SCHIBEL, Y., *Monitoring and influencing the transposition of EU immigration law. The family reunion and long term residents Directives*, Issue Paper prepared for the European Migration Dialogue, MPG, septembre, 2004. Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/2487/DocumentName/emdl1.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/2487/DocumentName/emdl1.pdf).
- SMITH, D.P., “An ‘Untied’ Research Agenda for Family Migration: Loosening the ‘Shackles’ of the Past”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 30, 2004 (2), monográfico “Family Migration and the New Europe”, pp. 263-282.
- SOLDEVILA FRAGOSO, S., “La madre de un español menor de edad no puede ser tratada como extranjera. (Comentario a la STS (Sala 3ª) de 26 de enero de 2005”, *Actualidad Administrativa*, núm. 14, 2005, 1694-1697.
- SORIANO, M.C. y CHEVERNIÈRE, C., “Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE”, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Année 16, 2005 (64), pp. 923-953.
- STAPLES, H., *The Legal Status of Third Country Nationals Resident in the European Union*, European Monographs 22, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999.
- STAVROS, S., “Liberté de religion et demandes de dérogation aux lois d'application générale et neutre: leçons d'outre-Atlantique?”, *La religion et l'intégration des immigrants* (Conseil de l'Europe), Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, pp. 59-86.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “Situación laboral de los trabajadores emigrantes”, *Revista de Derecho Iuso Iure-II*, 2002, pp. 75-94.
- SUDRE, F., *Droit international et européen des Droits de l'homme*, P.U.F., Paris, 1989.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A., “La institucionalización jurídica de las uniones homosexuales en España”, *La Ley*, núm. 4, 2001, pp. 1519-1532.
- TAPINOS, G. Ph., “Inmigración e integración en Europa”, *Inmigración e integración en Europa* (Tapinos, G. Ph., dir.), Paulino Torras Domènech, Barcelona, 1993, pp. 17-35.
- TARABINI-CASTELLANI, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de extranjería. Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., “Ante la anunciada reforma del artículo 107 del Código Civil”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 2003, pp. 75-97.
- TRINIDAD GARCÍA, M.L. y MARTÍN MARTÍN, J., *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España. Estudio de la LO 14/2003 y su Reglamento de desarrollo*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- TURPIN, D., “La loi 98-349, relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et le droit d'asile”, *Revue critique de droit international privé*, t. 87, 1998 (4), pp. 521-564.
- URBANO DE SOUSA, C., “Le regroupement familial au regard des standards internationaux”, *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le Traité*

- d'Amsterdam* (Julien-Laferriere, F., Labaye, H. y Edström, Ö., dirs.), Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 127-140.
- VANDENDRIESSCHE, X., “Le droit public face a l’insertion familiale”, *Le droit de la famille à l’épreuve des migrations transnationales. Colloque du Laboratoire d’études et de recherches appliqués au droit privé, Université de Lille II* (avant-propos de Dekeuwer-Défossez, F.), L.G.D.J., Paris, 1993, pp. 51-81.
- *Le droit des étrangers*, Dalloz, Paris, 2001.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2003, pp. 581-601.
- “La reagrupación familiar de los extranjeros en el derecho comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el derecho comunitario”, *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales* (Calvo Caravaca, A.L. y Castellanos Ruiz, E., dirs.), Colex, Madrid, 2004, pp. 819-843.
- VERWILGHEN, M., “Les problèmes juridiques soulevés par l’immigration musulmane”, *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé* (Carlier, J.-Y. y Verwilghen, M., dirs.), Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 21-33.
- VIDAL FUEYO, M.C., *Constitución y Extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- VON OVERBECK, A.E., “L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l’Université Catholique de Louvain (XXII), Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 619-636.
- VV.AA, *Le droit de la famille à l’épreuve des migrations transnationales. Colloque du Laboratoire d’études et de recherches appliqués au droit privé, Université de Lille II*, (avant-propos de Dekeuwer-Défossez, F.), L.G.D.J., Paris, 1993.
- WEBER, A. y WALTER, A., “The Right of Protection of Family for Migrants in Europe: Access and Integration of Family Reunion”, *Towards a Common European Immigration Policy* (von Hoffmann, B., ed.), Peter Lang, Frankfurt, 2003, pp. 227-239.
- WEISSBRODT, D., *The rights of non-citizens. Working paper submitted by Mr. David Weissbrodt in accordance with Sub-Commission decision 1998/103. E/CN.4/Sub.2/1999/7*, de 31 de mayo de 1999.
- WEYEMBERGH, A., “Les nouvelles formes de vie commune et leur impact sur le regroupement familial”, *Revue du droit des étrangers*, núm. 107, 2000, pp. 6-18.
- ZABALO ESCUDERO, E., “Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al Islam”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (Rodríguez Benot, A., dir), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 221-258.
- ZAMORA CABOT, F.J., “El Derecho internacional privado ante el matrimonio poligámico: Experiencias francesa y británica y su eventual repercusión en España”, *Revista de Derecho Privado*, Año XLVI, 1982 (1), pp. 111-124.
- ZEKRI, H., “El nuevo Código de familia marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano-marroquíes”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, 2004 (1), pp. 301-313.

## DOCUMENTOS E INFORMES

ADVISORY COMMITTEE ON ALIENS AFFAIRS, *From Outline Policy to Civic Integration Act. Legal options for a more compulsory civic integration system*. Disponible en Internet: [www.acvz.com/publicaties/Advies-ACVZ-NR11-2004-ENG.pdf](http://www.acvz.com/publicaties/Advies-ACVZ-NR11-2004-ENG.pdf).

CENTRE D'ESTUDIS I RECERCA SINDICAIS, *Inserción laboral de la población inmigrada en Cataluña. Informe 2005 con análisis de datos de España y Cataluña*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales/Observatorio Permanente de la Inmigración, *Estudis* núm. 13, Barcelona, 2005.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Informe presentado por la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2004/53 de la Comisión de Derechos Humanos*. E/CN.4/2005/85, 27 de diciembre de 2004. Disponible en Internet: [www.choike.org/documentos/migran\\_relatora.pdf](http://www.choike.org/documentos/migran_relatora.pdf).

COMISIÓN EUROPEA, *Primer informe anual sobre migración e integración*, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, junio 2004, COM(2004) 508 final. Disponible en Internet: [http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/com/2004/com2004\\_0508es01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/com/2004/com2004_0508es01.pdf).

— *Programa Común para la Integración. Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, septiembre 2005, COM(2005), 389 final. Disponible en Internet: [http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/com/2005/com2005\\_0389es01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/com/2005/com2005_0389es01.pdf).

— *Second Annual Report on Migration and Integration*, Bruselas, junio 2006, SEC(2006)892 final. Disponible en Internet: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/immigration/integration/doc/sec\\_2006\\_892\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/immigration/integration/doc/sec_2006_892_en.pdf).

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen sobre «La inmigración, la integración y el papel de la sociedad civil organizada»*, DO C 125, de 27.5.2002.

CONSEJO DE EUROPA, *Tendances et développement en droit interne et international sur la nationalité*, Actes 1<sup>er</sup> Conférence européenne sur la nationalité, Strasbourg, février 2000, CONF/NAT (99) PRO 1. Disponible en Internet: [www.coe.int/nationality](http://www.coe.int/nationality).

— *Défis au droit national et international sur la nationalité à l'aube du nouveau millénaire*, Actes 2<sup>ème</sup> Conférence européenne sur la nationalité, Strasbourg, Décembre 2001, CONF/NAT (2001) PRO. Disponible en Internet: [www.coe.int/nationality](http://www.coe.int/nationality).

— *Recommandation Rec(2002)4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur le statut juridique des personnes admises au regroupement familial*, adoptada por el Comité de Ministros el 26 de marzo de 2002. Disponible en Internet: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=271963&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntraNet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>.

— *Evolution actuelle des migrations internationales en Europe* (Salt, J., dir.), CDMG (2001) 33, (actualizado en 2005).

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA, *Informe sobre la inmigración y el mercado de trabajo en España*, 2004. Disponible en Internet: [www2.cgae.es/docftp/s7394inmigración.pdf](http://www2.cgae.es/docftp/s7394inmigración.pdf).

DEFENSOR DEL PUEBLO ESPAÑOL, *Informe anual 2002 y debates en las Cortes Generales*, vol. I: *Informe*, Publicaciones del Congreso de los Diputados (Secretaría General–Dirección de Estudios), Serie Informes, Madrid, 2003.

— *Informe anual 2000 y debates en las Cortes Generales*, vol. I: *Informe*, Publicaciones del Congreso de los Diputados (Secretaría General–Dirección de Estudios), Serie Informes, Madrid, 2001.

EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE, *Tercer informe sobre España*, adoptado el 14 de junio de 2005, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 21 de febrero de 2006. Disponible en Internet: [www.coe.int/T/E/Human\\_Rights/Ecri/1-ECRI/2-Country-by-country\\_approach/Spain/Spain\\_CBC\\_3.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Ecri/1-ECRI/2-Country-by-country_approach/Spain/Spain_CBC_3.asp#TopOfPage).

EUROPEAN MIGRATION DIALOGUE, *EU and US approaches to the management of immigration. Comparative Perspectives* (Niessen, J., Schibel, Y. y Magoni, R., eds.), May 2003. Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/2506/DocumentName/useucom.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/2506/DocumentName/useucom.pdf).

— “France”, (Bliton, R., Withol de Wenden, C. y Meknache, N.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/2057/DocumentName/FranceMigration.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/2057/DocumentName/FranceMigration.pdf).

— *Current Immigration Debates in Europe* (Niessen, J., Schibel, Y. y Thompson, C., eds.), “Preface and Introduction”, September 2005. Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/3015/DocumentName/EMD\\_Introduction\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3015/DocumentName/EMD_Introduction_2005.pdf).

— “Austria”, (Köning, K. y Perchinig, B.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/2956/DocumentName/EMD\\_Austria\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/2956/DocumentName/EMD_Austria_2005.pdf).

— “Belgium”, (Gsri, S. *et al.*). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/2959/DocumentName/EMD\\_Belgium\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/2959/DocumentName/EMD_Belgium_2005.pdf).

— “Denmark”, (Stenum, H.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/2965/DocumentName/EMD\\_Denmark\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/2965/DocumentName/EMD_Denmark_2005.pdf).

— “Finland”, (Salmenhaara, P.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/2968/DocumentName/EMD\\_Finland\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/2968/DocumentName/EMD_Finland_2005.pdf).

— “Germany”, (Cyrus, N. y Vogel, D.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/2971/DocumentName/EMD\\_Germany\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/2971/DocumentName/EMD_Germany_2005.pdf).

— “Greece”, (Pavlou, M., Avramopoulou, I. y Karakatsanis, L.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/3043/DocumentName/EMD\\_Greece\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3043/DocumentName/EMD_Greece_2005.pdf).

— “Ireland”, (Mac Éinrí, P.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/3006/DocumentName/EMD\\_Ireland\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3006/DocumentName/EMD_Ireland_2005.pdf).

— “Italy”, (Chaloff, J.). Disponible en Internet: [www.migpolgroup.com/multiattachments/3007/DocumentName/EMD\\_Italy\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3007/DocumentName/EMD_Italy_2005.pdf).

- “Luxembourg”, (Kollwelter, S.). Disponible en Internet:  
[www.migpolgroup.com/multiattachments/3008/DocumentName/EMD\\_Luxembourg\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3008/DocumentName/EMD_Luxembourg_2005.pdf).
- “Portugal”, (Fonseca, L., Macaísta Malheiros, J. y Silva, S.). Disponible en Internet:  
[www.migpolgroup.com/multiattachments/3011/DocumentName/EMD\\_Portugal\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3011/DocumentName/EMD_Portugal_2005.pdf).
- “Spain”, (Serra, A. *et al.*). Disponible en Internet:  
[www.migpolgroup.com/multiattachments/3012/DocumentName/EMD\\_Spain\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3012/DocumentName/EMD_Spain_2005.pdf).
- “The Netherlands”, (Marinelli, V.). Disponible en Internet:  
[www.migpolgroup.com/multiattachments/3009/DocumentName/EMD\\_Netherlands\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3009/DocumentName/EMD_Netherlands_2005.pdf).
- “United Kingdom”, (Ensor, J. y Shah, A.). Disponible en Internet:  
[www.migpolgroup.com/multiattachments/3014/DocumentName/EMD\\_UK\\_2005.pdf](http://www.migpolgroup.com/multiattachments/3014/DocumentName/EMD_UK_2005.pdf).

EUROPEAN MONITORING CENTRE ON RACISM AND XENOPHOBIA (EUMC), *Racism and Xenophobia in the EU Member States. Trends, developments and good practice. Annual Report 2003/2004, Part 2.* Disponible en Internet:  
<http://eumc.eu.int/eumc/material/pub/ar03/AR0304p2-EN.pdf>.

GLOBAL COMMISSION ON INTERNATIONAL MIGRATION (GCIM), “Migration, human rights and the United Nations: an investigation into the low ratification record of the UN Migrants Workers Convention” (Pécour, A. y de Guchteneire, P.), *Global Migration Perspectives*, n.º. 3, October 2004. Disponible en Internet:  
[www.gcim.org/gmp/Global%20Migration%20Perspectives%20No%203.pdf](http://www.gcim.org/gmp/Global%20Migration%20Perspectives%20No%203.pdf)

INFORMES ELCANO, *Inmigración: prioridades para una política española* (Arango, J. y Sandell, R., coords.), Real Instituto Elcano-Instituto Universitario Ortega y Gasset, núm. 1, diciembre 2004. Disponible en Internet: [www.realinstitutoelcano.org](http://www.realinstitutoelcano.org).

MIGRATION POLICY INSTITUTE (MPI), *[Study on] The Feasibility of setting up resettlement schemes in EU Member States or at EU Level, against the background of the Common European Asylum system and the goal of a Common Asylum procedure*, (on behalf of the European Commission), 2003. Disponible en Internet:  
[www.migrationpolicy.org/pubs/resettlement-study-full\\_2003\\_en.pdf](http://www.migrationpolicy.org/pubs/resettlement-study-full_2003_en.pdf).

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, *Informe estadístico de diciembre de 2005.* Disponible en Internet:  
[http://extranjeros.mtas.es/es/general/indice\\_diciembre\\_05.html](http://extranjeros.mtas.es/es/general/indice_diciembre_05.html).

OECD—SOPEMI, *Trends in international migration. Continuous Reporting System on Migration*, (Part II), Annual Report, Paris, 2000.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Informe del Grupo de trabajo de composición abierta encargado de elaborar una Convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias.* ONU A/D.3/40/6, 15 de octubre de 1985.

PARLAMENTO EUROPEO, *Rapport fait au nom de la commission juridique et des droits des citoyens sur le problème du droit d'asile*, (Vetter, H.K., Rapporteur). Doc. A2-227/86/A, 23 février 1987.

- Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores, *Informe sobre la propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la*



*reagrupación familiar*, (Ponente: Cerdeira Morterero, C.), 24 marzo 2003. FINAL A5-0086/2003. Disponible en Internet: [www.europarl.eu.int/omk/sipade3?L=ES&OBJID=10998&LEVEL=4&MODE=SIP&NAV=X&LSTDOC=N](http://www.europarl.eu.int/omk/sipade3?L=ES&OBJID=10998&LEVEL=4&MODE=SIP&NAV=X&LSTDOC=N).

- Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, de la Justicia y de Asuntos Interiores, *Mise en œuvre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. Disponible en Internet: [www.europarl.eu.int/comparl/libe/elsj/charter/art07/default\\_fr.htm](http://www.europarl.eu.int/comparl/libe/elsj/charter/art07/default_fr.htm).

RÉSEAU UE D'EXPERTS INDÉPENDANTS SUR LES DROITS FONDAMENTAUX (CFR-CDF), *L'équilibre entre liberté et sécurité dans les réponses de l'Union européenne et de ses États membres à la menace terroriste*, (première Observation thématique à la demande de la Commission européenne, Unité A5, "Citoyenneté, Charte des droits fondamentaux, Racisme et Xénophobie, Programme Daphné", de la DG Justice et affaires intérieures), 31 mars 2003. Disponible en Internet: [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/cfr\\_cdf/doc/obs\\_thematique\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/doc/obs_thematique_fr.pdf).



## Índice de Jurisprudencia\*

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

#### Generales

- Asunto Irlanda c. Reino Unido, de 18 enero 1978. Serie A25.
- Asunto Marckx c. Bélgica, de 13 junio 1979. Serie A31.
- Asunto Loizidou c. Turquía, de 23 marzo 1995. Serie A310.
- Asunto C. c. Bélgica, de 7 agosto 1996, *R. des arrêts*, 1996-III.
- Asunto Gaygusuz c. Austria, de 16 septiembre 1996. *R. des arrêts*, 1996-IV.
- Asunto Nsona c. Países Bajos, de 28 noviembre 1996. *R. des arrêts*, 1996-V.
- Asunto Söderbäck c. Suecia, de 28 octubre 1998. *R. des arrêts*, 1998-VII.
- Asunto Jabari c. Turquía, de 11 junio 2000. *R. des arrêts*, 2000-VIII.
- Asunto Elsholz c. Alemania, de 13 julio 2000, *R. des arrêts*, 2000-VIII.

#### Reagrupación familiar (art. 8 CEDH)

- Asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, de 28 mayo 1995. Serie A94.
- Asunto Gül c. Suiza, de 19 febrero 1996. *R. des arrêts* 1996-I.
- Asunto Ahmut c. Países Bajos, de 28 noviembre 1996. *R. des arrêts* 1996-VI.
- Asunto Şen c. Países Bajos, de 21 diciembre 2001. *R. des arrêts* 2001 (au principal).
- Asunto Tuquabo-Tekle y otros c. Países Bajos, de 1 diciembre 2005.

#### Expulsión (art. 8 CEDH)

- Asunto Berrehab c. Países Bajos, de 21 junio 1988. Serie A138.
- Asunto Moustaquim c. Bélgica, de 18 febrero 1991. Serie A193.

---

\* Este índice de jurisprudencia recoge todas las sentencias citadas en esta monografía. Las referencias corresponden a los siguientes repertorios y bases de datos:

TEDH: <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-fr>

TJCE: <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>

TC: [www.tribunalconstitucional.es/JC.htm](http://www.tribunalconstitucional.es/JC.htm) y [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc/tc.php](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/tc.php)

TS, AN, AP, TTSSJJ: Westlaw®ES.

DGRN: *BIMJ*, *AnDGRN* y Westlaw®ES.

Alemania: Repertorio *BverGE* y revistas especializadas.

Bélgica:

— Cour d'arbitrage: [www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be)

— Conseil d'État: [www.raadvst-consetat.be/Fr/search\\_fr.htm](http://www.raadvst-consetat.be/Fr/search_fr.htm)

— Otros: [www.juridat.be/cgi\\_juris/jurf.pl](http://www.juridat.be/cgi_juris/jurf.pl)

Francia: *Grands arrêts* y revistas especializadas.

Italia: [www.cortecostituzionale.it/ita/attivita/corte/pronunceemassime/pronunce/filtro.asp](http://www.cortecostituzionale.it/ita/attivita/corte/pronunceemassime/pronunce/filtro.asp)

Reino Unido: <http://webdb.lse.ac.uk/gender/Casefinalist.asp?page=1&od=Case&search=>

Suiza: [www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm](http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm)

- Asunto Beldjoudi c. Francia, de 26 marzo 1992. Serie A234-A.
- Asunto Nasri c. Francia, de 13 julio 1995. Serie A320-B.
- Asunto Boughanemi c. Francia, de 24 abril 1996. *R. des arrêts* 1996-II.
- Asunto Bouchelkia c. Francia, de 29 enero 1997. *R. des arrêts* 1977-I.
- Asunto Mehemi c. Francia, de 26 septiembre 1997. *R. des arrêts* 1997-VI.
- Asunto Boujlifa c. Francia, de 21 octubre 1997. *R. des arrêts* 1997-VI.
- Asunto Dalia c. Francia, de 19 febrero 1998. *R. des arrêts* 1998-V.
- Asunto Bahgli c. Francia, de 30 noviembre 1999. *R. des arrêts* 1999-VIII.
- Asunto Boultif c. Suiza, de 2 agosto 2001. *R. des arrêts* 2001-IX.
- Asunto Jakupovic c. Austria, de 6 febrero 2003. *R. des arrêts* 2003 (au principal).
- Asunto Radovanovic c. Austria, de 16 diciembre 2004. *R. des arrêts* 2004 (au principal).
- Asunto Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos, de 31 enero 2006.
- Asunto Sezen c. Países Bajos, de 31 enero 2006.

### **Parejas del mismo sexo (art. 8 CEDH)**

- Asunto Dudgeon c. Reino Unido, de 22 octubre 1981. Serie A 45.
- Asunto Modinos c. Chipre, de 22 abril 1993. Serie A259.
- Asunto Salguerio da Silva Mouta c. Portugal, de 21 diciembre 1999. *R. des arrêts* 1999-IX.
- Asunto Fretté c. Francia, de 26 febrero 2002. *R. des arrêts* 2002-I.
- Asunto L. y V. c. Austria, de 9 enero 2003. *R. des arrêts* 2003-I.
- Asunto Karner c. Austria, de 24 julio 2003. *R. des arrêts* 2003-IX.

## SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

### **General**

- Asunto C-29/69, de 12 noviembre 1969 (Eric Stauder c. Stadt Ulm). Rec. 1969, p. 419.
- Asunto C-4/73, de 14 mayo 1974 (Nold KG c. Comisión). Rec. 1974, p. 491.
- Asunto C-43/75, de 8 abril 1976 (Defrenne c. Sabena). Rec. 1976, p. 455.
- Asunto C-267/83, de 13 febrero 1983 (Diatta c. Land Berlin). Rec. 1985, p. 567.
- Asunto C-59/85, de 17 abril 1986 (État néerlandais c. Reed). Rec. 1986, p. 1283.
- Asunto C-260/89, de 18 junio 1991 (ERT c. DEP). Rec. 1991, p. I-2925.

### **Política de inmigración. Derecho a la reagrupación familiar de los hijos menores de nacionales de países terceros. Directiva 2003/86/CE.**

- Asunto C-540/03, de 27 junio 2006 (Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea).

### **Política social. Igualdad de trato.**

- Asunto C-249/96, de 17 febrero 1998 (Lisa J. Grant c. South West Trains Ltd). Rec. 1998, p. I-621.

### **Libre circulación de personas**

- Asunto C-41/74, de 4 diciembre 1974 (Yvonne van Duyn c. Home Office). Rec. 1974, p. 1337.

- Asunto C-36/75, de 28 octubre 1975 (Rutili c. Ministre de l'Interieur). Rec. 1975, p. 1085.
- Asunto C-370/90, de 7 julio 1992 (The Queen c. Immigration Appeal Tribunal y Surinder Singh, *ex parte* Secretary of State for the Home Department). Rec. 1992, p. I-4265.
- Asunto C-459/99, de 25 julio 2002 (Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) c. État Belge). Rec. 2002, p. I-6591.
- Asunto C-413/99, de 17 septiembre 2002 (Baumbast, R. c. Secretary of State for the Home Department). Rec. 2002, p. I-7091.
- Asunto C-109/01, de 23 septiembre 2003 (Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich). Rec. 2003, p. I-9607.
- Asunto C-456/02, de 29 abril 2004 (Trojani c. Centre public d'aide sociale de Bruxelles –CPAS–). Rec. 2004, p. I-7573.
- Asuntos C-482/01 y C-493/01 (acumulados), de 7 septiembre 2004 (Orfanopoulos y otros c. Land Berlin-Württemberg y R. Oliveri). Rec. 2004, p. I-5257.
- Asunto C-200/02, de 19 octubre 2004 (Zhu y Chen c. Secretary of State for the Home Department). Rec. 2004, p. I-9925.
- Asunto C-157/03, de 14 abril 2005 (Comisión c. Reino de España). Rec. 2005, p. I-2911.
- Asunto C-503/03, de 31 enero 2006 (Comisión c. Reino de España). Rec. 2006, p. I-1097.

## SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### Derechos de los extranjeros

- STC 107/1984, de 23 noviembre (BOE 307, de 21.12.1984).
- STC 99/1985, de 30 septiembre (BOE 265, de 5.11.1985).
- STC 115/1987, de 7 julio (BOE 180, de 29.7.1987).
- STC 94/1993, de 22 marzo (BOE 100, de 27.4.1993).
- STC 116/1993, de 29 marzo (BOE 107, de 5.5.1993).
- STC 150/1994, de 23 mayo (BOE 151, de 25.6.1994).
- STC 242/1994, de 20 julio (BOE 197, de 18.8.1994).
- STC 130/1995, de 11 septiembre (BOE 246, de 14.10.1995).
- STC 140/1995, de 28 septiembre (BOE 246, de 14.10.1995).
- STC 13/2001, de 29 enero (BOE 52, de 1.3.2001).
- STC 95/2003, de 22 mayo (BOE 138, de 10.6.2003).
- STC 72/2005, de 4 abril (BOE 111, de 10.5.2005).

### Protección constitucional de la familia

- ATC 241/1985, de 17 abril (RTC 1985\241 AUTO).
- ATC 156/1987, de 11 febrero (RTC 1987\156 AUTO).
- STC 184/1990 de 15 noviembre (BOE 289, de 3.12.1990).
- STC 222/1992, de 11 diciembre (BOE 16, de 19.1.1993).

### Intimidad familiar y vida en familia

- ATC 95/2004, de 23 marzo (RTC 2004\95 AUTO).
- STC 209/1988, de 27 octubre (BOE 297, de 12.12.1988)
- STC 231/1988, de 2 diciembre (BOE 307, de 23.12.1988).
- STC 197/1991, de 17 octubre (BOE 274, de 15.11.1991).

- STC 57/1994, de 28 febrero (BOE 71, de 24.3.1994).
- STC 99/1994, de 11 abril (BOE 117, de 17.5.1994).
- STC 143/1994, de 9 mayo (BOE 140, 13.6.1994).
- STC 207/1996, de 16 diciembre (BOE 19, de 22.1.1997).
- STC 134/1999, de 15 julio (BOE 197, de 18.8.1999).
- STC 98/2000, de 10 abril (BOE 119, de 18.5.2000).
- STC 186/2000, de 10 julio (BOE 192, de 11.8.2000).
- STC 81/2001, de 26 marzo (BOE 104, de 1.5.2001).
- STC 156/2001, de 2 de julio (BOE 178, de 26.7.2001).
- STC 186/2001, de 17 de septiembre (BOE 251, de 19.10.2001).
- STC 70/2002, de 3 abril (BOE 99, de 25.4.2002).
- STC 184/2003, de 23 octubre (BOE 272, de 13.11.2003).

## **Artículo 10.2**

- STC 12/1981, de 10 abril (BOE 99, de 25.4.1981).
- STC 38/1981, de 23 noviembre (BOE 305, de 22.12.1981).
- STC 57/1982, de 27 junio (BOE 197, de 18.8.1982).
- STC 36/1984, de 14 marzo (BOE 80, de 3.4.1984).
- STC 101/1984, de 8 noviembre (BOE 285, de 28.11.1984).
- STC 108/1984, de 26 noviembre (BOE 305, de 21.12.1984).
- STC 53/1985, de 11 abril (BOE 119 de 18.5.1985).
- STC 28/1991, de 14 febrero (BOE 64, de 15.3.1991).
- STC 36/1991, de 14 febrero (BOE 66, de 18.3.1991).
- STC 64/1991, de 22 marzo (BOE 98, de 24.4.1991).
- STC 145/1991, de 1 julio (BOE 174, de 22.7.1991).
- STC 214/1991, de 11 noviembre (BOE 311, de 17.12.1991).
- STC 222/1992, de 11 diciembre (BOE 16, de 19.1.1993).
- STC 47/1993, de 8 febrero (BOE 60, de 11.3.1993).
- STC 233/1993, de 12 julio (BOE 192, de 12.8.1993).
- STC 254/1993, de 20 julio (BOE 197, de 18.8.1993).
- STC 303/1993, de 25 octubre (BOE 286, de 30.11.1993).
- STC 58/1994, de 28 febrero (BOE 71, de 24.3.1994).
- STC 64/1994, de 28 febrero (BOE 71, de 24.3.1994).
- STC 147/1995, de 16 octubre (BOE 269, de 10.11.1995).
- STC 222/2000, de 18 septiembre (BOE 251, de 19.10.2000).
- STC 119/2001, de 24 mayo (BOE 137, de 8.6.2001).

## SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

### **Principio constitucional de protección a la familia (art. 39 CE)**

- STS de 19 diciembre 1990 (RJ 1990\8767).
- STS de 22 febrero 1991 (RJ 1991\1504).
- STS de 1 octubre 1992 (RJ 1992\7742).
- STS de 30 abril 1993 (RJ 1993\2875).
- STS de 10 octubre 1994 (RJ 1994\7412).
- STS de 24 diciembre 1994 (1994\10654).
- STS de 28 diciembre 1998 (RJ 1999\375).
- STS de 1 julio 2000 (RJ 2000\6123).

- STS de 21 mayo 2001 (RJ 2001\7209).
- STS de 23 septiembre 2005 (JUR 2005\241079).

**Declaración nulidad** (arts. 41.5 y 49 aps. d) y e) del RD 864/2001)

- STS de 20 marzo 2003 (RJ 2003\2422).

**Declaración nulidad** (art. 11.3 inciso 1 y art. 2 apt. 4; y art. 18 apt. 2 del RD 178/2003).

- STS de 10 de junio 2004 (RJ 2004\ 3885).
- STS de 9 febrero 2005 (RJ 2005\1400).

**Reagrupación familiar y suspensión de la expulsión**

- STS de 28 diciembre 1998 (RJ 1999\375).
- STS de 23 enero 1999 (RJ 1999\1330).
- STS de 4 diciembre 1999 (RJ 1999\9988).
- STS de 25 noviembre 2000 (RJ 2001\151).
- STS de 20 enero 2001 (RJ 2001\3821).
- STS de 1 abril 2004 (RJ 2004\1605).
- STS de 17 noviembre 2004 (RJ 2005\1323).
- STS de 26 enero 2005 (RJ 2005\1520).

**Reagrupación familiar y exención de visado**

- ATS de 19 julio 1991 (RJ 1991\5856).
- STS de 22 junio 1982 (RJ 1982\4829).
- STS de 13 julio 1984 (RJ 1984\4673).
- STS de 9 diciembre 1986 (RJ 1987\1023).
- STS de 19 diciembre 1990 (RJ 1990\8767).
- STS de 24 abril 1993 (RJ 1993\2766).
- STS de 18 mayo 1993 (RJ 1993\3757).
- STS de 8 noviembre 1993 (RJ 1993\3757).
- STS de 4 octubre 1994 (RJ 1994\7411).
- STS de 10 octubre 1994 (RJ 1994\7412).
- STS de 24 diciembre 1994 (RJ 1994\10654).
- STS de 14 abril 1998 (RJ 1998\3825).
- STS de 10 junio 1998 (RJ 1998\5178).
- STS de 10 noviembre 1998 (RJ 1998\9527).
- STS de 15 diciembre 1998 (RJ 1998\10369).
- STS de 17 diciembre 1998 (RJ 1998\10216).
- STS de 22 diciembre 1998 (RJ 1998\10384).
- STS de 28 diciembre 1998 (RJ 1999\375).
- STS de 24 abril 1999 (RJ 1999\3787).
- STS de 27 abril 1999 (RJ 1999\4600).
- STS de 19 junio 1999 (RJ 1999\7291).
- STS de 11 octubre 1999 (RJ 1999\8669).
- STS de 15 noviembre 1999 (RJ 2000\855).
- STS de 9 marzo 2000 (RJ 2000\2469).
- STS de 10 marzo 2000 (RJ 2000\2470).
- STS de 6 mayo 2000 (RJ 2000\5582).
- STS de 6 junio 2000 (RJ 2000\6119).

- STS de 1 julio 2000 (RJ 2000\6123).
- STS de 21 mayo 2001 (RJ 2001\7209).
- STS de 2 octubre 2001 (RJ 2001\8927).
- STS de 4 julio 2002 (RJ 2002\6308).
- STS de 7 marzo 2003 (RJ 2003\2562).
- STS de 31 octubre 2003 (RJ 2003\8498).

### **Uniones de Hecho**

- STS de 18 mayo 1992 (RJ 1992\4907).
- STS de 29 octubre 1997 (RJ 1997\7341).
- STS de 10 marzo 1998 (RJ 1998\1272).
- STS de 27 marzo 2001 (RJ 2001\4770).
- STS de 5 julio 2001 (RJ 2001\4993).

### **Integración y artículo 22.4 C.c.**

- STS de 19 septiembre 1988 (RJ 1988\6838).
- STS de 23 mayo 2001 (RJ 2001\4185).
- STS de 26 julio 2004 (RJ 2004\5546).
- STS de 29 octubre 2004 (RJ 2004\6861).
- STS de 4 octubre 2005 (JUR 2005\58345).

### **Repudio**

- ATS de 23 julio 1996 (RJ 1998\2907).
- ATS de 17 septiembre 1996 (RJ 1996\2908).
- ATS de 21 abril 1998 (RJ 1998\3562).
- ATS de 23 julio 1998 (RJ 1998\5337).
- STS de 25 enero 2006 (JUR pendiente).

## SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

### **Reagrupación familiar y exención de visados (aplicación doctrina T.S.)**

- SAN de 19 diciembre 1995 (RJ 1995\9888).
- SAN de 24 octubre 2000 (JUR 2000\312428).
- SAN de 7 mayo 2002 (JUR 2003\58375).
- SAN de 21 mayo 2002 (JUR 2003\67800).
- SAN de 28 mayo 2002 (JUR 2003\67874).

### **Declaración nulidad** (punto 2º, art. 2 g) O.M. 11 abril 1996).

- SAN de 18 junio 2002 (RJCA 2003\382) confirmada por STS de 23 septiembre 2005 (JUR 2005\241079).

### **Integración y artículo 22.4 C.c.**

- SAN de 31 octubre 2000 (JUR 2000\312497).
- SAN de 15 enero 2002 (JUR 2003\58266).
- SAN de 24 febrero 2003 (JUR 2003\133186).



- SAN de 28 octubre 2003 (JUR 2004\131624).
- SAN de 23 diciembre 2003 (JUR 2004\132148).

### SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP Barcelona, de 15 septiembre 1998 (AC 1998\1564)
- SAP Barcelona, de 6 abril 2000 (AC 2000\1088)
- SAP Madrid, de 28 septiembre 2000 (AC 2000\1656).
- SAP Murcia, de 12 mayo 2003 (AC 2003\1676).

### SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

#### **Reagrupación y vida familiar (aplicación doctrina T.S.)**

- STSJ Baleares, de 19 diciembre 1995 (RJCA 1995\ 909).
- STSJ Baleares, de 14 junio 1996 (RJCA 1996\680).
- STSJ Baleares, de 8 noviembre 1996 (RJCA 1996\ 2022).
- STSJ Castilla-León, de 3 junio 1997 (RJCA 1997\1537).
- STSJ Andalucía, de 26 mayo 1998 (RJCA 1998\3071).
- STSJ Castilla-La Mancha, de 22 junio 1998 (RJCA 1998\3289).
- STSJ Castilla-La Mancha, de 6 octubre 1998 (RJCA 1998\3273).
- STSJ Andalucía, de 28 mayo 2001 (JUR 2001\303873).
- STSJ Comunidad Valenciana, de 17 octubre 2001 (RJCA 2002\470).
- STSJ Madrid, de 30 septiembre 2003 (JUR 2003\16826).
- STSJ de Castilla-León, de 21 octubre 2005 (JUR 2005\236200).

#### **Reagrupación y suspensión de la expulsión (aplicación doctrina T.S.)**

- STSJ Valencia, de 13 noviembre 1998 (RJCA 1998\4207).
- STSJ País Vasco, de 4 marzo 1999 (RJCA 1999\561).
- STSJ Cataluña, de 17 julio 2000 (JUR 2000\296310).
- STSJ Castilla-León, de 19 enero 2001 (JUR 2001/72447).).
- STSJ Madrid, de 25 abril 2002 (JUR 2003\4027).
- STSJ Andalucía, de 13 febrero 2003 (JUR 2003\21216).
- STSJ Andalucía, de 23 febrero 2003 (JUR 2003\216528).
- STSJ Baleares, de 3 junio 2005 (JUR 2005\142293).

#### **Reagrupación y evaluación de los recursos económicos**

- STSJ Madrid, de 4 octubre 2002 (JUR 2003\153119).
- STSJ Navarra, de 21 febrero 2003 (JUR 2004\1099).
- STSJ Madrid, de 10 marzo 2003 (JUR 2003\169718).
- STSJ Madrid, de 22 julio 2003 (JUR 2003\260413).

#### **Matrimonio poligámico**

- STSJ Galicia, de 2 abril 2002 (AS 2002\899).
- STSJ Madrid, de 29 julio 2002 (AS 2002\3324).
- STSJ Andalucía, de 30 enero 2003 (JUR 2003\96144).

- STSJ Cataluña, de 30 julio 2003 (AS 2003\3049).

## **Familiares reagrupables**

### *Cónyuge y matrimonios de complacencia*

- STSJ Madrid, de 23 septiembre 2002 (JUR 2003\77689).
- STSJ Madrid, de 21 octubre 2002 (JUR 2003\153257).
- STSJ Madrid, de 25 noviembre 2002 (JUR 2003\153488).
- STSJ Madrid, de 31 marzo 2003 (JUR 2003\224099).
- STSJ Madrid, de 6 mayo 2003 (JUR 2004\37).
- STSJ Madrid, de 5 junio 2003 (JUR 2004\115).
- STSJ Madrid, de 16 junio 2003 (JUR 2003\252690).
- STSJ Madrid, de 25 junio 2003 (JUR 2003\248462).
- STSJ Madrid, de 22 julio 2003 (JUR 2003\260405).
- STSJ Madrid, de 24 julio 2003 (JUR 2003\260985).
- STSJ Madrid, de 8 mayo 2004 (JUR 2004\272390).
- STSJ Madrid, de 10 junio 2004 (JUR 2004\220895).
- STSJ Madrid, de 1 julio 2004 (JUR 2004\1903).
- STSJ Madrid, de 22 julio 2004 (JUR 2004\271521).

### *Uniones estables de pareja del mismo sexo*

- STSJ Baleares, de 4 octubre 2000 (JUR 2001\20883).
- STSJ Castilla-León, de 9 diciembre 2000 (JUR 2001\85123).
- STSJ País Vasco, de 23 noviembre 2001 (JUR 2002\82546).
- STSJ Cataluña, de 13 mayo 2004 (JUR 2004\479).

### *Hijos*

- STSJ Madrid, de 21 octubre 2002 (JUR 2003\153259).
- STSJ Madrid, de 4 junio 2003 (JUR 2003\246849).
- STSJ Madrid, de 22 julio 2003 (JUR 2003\260406).
- STSJ Madrid, de 10 junio 2004 (JUR 2004\220895).
- STSJ Baleares, de 21 septiembre 2004 (JUR 2004\264156).
- STSJ Madrid, de 22 septiembre 2004 (JUR 2005\36513).
- STSJ Madrid, de 18 noviembre 2004 (JUR 2005\57558).

### *Ascendientes*

- STSJ Madrid, de 20 enero 2003 (JUR2003\169382).
- STSJ Madrid, de 30 enero 2003 (JUR 2003\169489).
- STSJ Navarra, de 7 marzo 2003 (JUR 2003\273602).
- SSTSJ Madrid, de 16 mayo 2003 (JUR 2004\49, 2004\50 y 2004\60).
- STSJ Madrid, de 5 junio 2003 (JUR 2004\114).
- STSJ Madrid, de 15 octubre 2003 (JUR 2003\153210).
- STSJ Madrid, de 19 julio 2004 (JUR 2004\271640).
- STSJ Navarra, de 17 febrero 2005 (JUR 2005\101088).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

### **Registro civil y matrimonios de complacencia**

- Res. de 3 diciembre 1993 (RJ 1993\10175).
- Res. de 30 mayo 1995 (RJ 1995\4415).
- Res. de 23 enero 2002 (JUR 2002\120566).
- Res. de 11 marzo 2003 (JUR 2003\162810).
- Res. de 30 septiembre 2003 (RJ 2003\125009).
- Res. de 3 octubre 2003 (JUR 2004\9874).
- Res. de 26 enero 2005 (RJ 2005\112979).

### **Registro civil y matrimonio entre personas del mismo sexo (ley aplicable)**

- Res.-Circ. de 29 julio 2005 (RJ 2005\184678).

### **Registro civil y residencia legal**

- Res. de 25 octubre 1991, *AnDGRN*, 1991, vol. 1, pp. 1438-1442.
- Res. de 4 febrero 1992, *AnDGRN*, 1992, vol. 1, pp. 1124-1128.
- Res. de 27 noviembre 2001, *BIMJ* núm. 1910, pp. 412-414.

### **Registro civil y apatridia. Nacionalidad (art. 17.1 c) C.c.)**

- Argentina. Res. de 26 marzo 2003, *BIMJ*, 1943 (2003).
- Brasil. Res. de 28 abril 2000, *BIMJ*, núm. 1874 (2000).
- Colombia. Res. de 7 noviembre 2002, *BIMJ*, núms. 1932 y 1933 (2002).
- Cuba. Res. de 26 marzo 2003, *BIMJ*, núm. 1943 (2003).
- Ecuador. Res. de 20 noviembre 2001, *BIMJ*, núm. 1910 (2001); Res. de 3 mayo 2001, *BIMJ* núm. 1896 (2001); Res. de 21 enero 2002, *BIMJ*, núm. 1912 (2002); Res. de 14 febrero 2002, *BIMJ*, núm. 1915 (2002); Res. de 28 enero 2002, *BIMJ*, núm. 1913 (2002).
- Marruecos. Res. de 16 enero 2002, *BIMJ*, núm. 1912 (2002) y Res. de 16 septiembre 2002, *BIMJ*, núm. 1929 (2002).
- Palestina. Res. DGRN de 9 septiembre 1993 y 12 septiembre 2000.
- Perú. Res. de 10 diciembre 1996, *BIMJ*, núm. 1808 (1996); Res. de 13 diciembre 2001, *BIMJ* núm. 1911 (2001); y Res. de 27 diciembre 2001, *BIMJ*, núm. 1911 (2001).
- Sahara. Res. de 12 marzo 2001, *BIMJ*, núm. 1893 (2001).
- Santo Tomé y Cabo Verde. Res. de 4 marzo 2003, *BIMJ*, núm. 1942 (2003).
- Uruguay. Res. de 4 marzo 2003, *BIMJ*, núm. 1942 (2003).

## **JURISPRUDENCIA EXTRANJERA**

### **Alemania**

- Decisión de 12 mayo 1987, *BverGE*, 76, 1.
- Decisión de 16 mayo 2005, *BverGE*, 93, 1.
- *OLG Oldenburg*, de 16 septiembre 1980.
- *OLG Esslingen*, de 9 marzo 1992, *IPRax*, heft 4, 1993, pp. 231-236.
- *OLG Stuttgart*, de 3 diciembre de 1998, *IPRax*, heft 5, 2000, pp. 391-394.
- *AG Frankfurt/Main*, de 9 agosto 1988, *IPRax*, heft 4, 1989, pp. 223-224.

## **Bélgica**

- Tribunal de 1<sup>ère</sup> instance (Nivelles) de 25 junio 1991 (JB08124).
- Cour du travail (Mons) de 8 septiembre 2005 (JS61559).
- Conseil d'État de 20 marzo 1996, núm. 58.722.
- Cour de cassation de 2 abril 1981, núm. JC81442.
- Cour de cassation de 11 diciembre 1995, núm. JC95CB1.
- Cour de cassation de 29 septiembre 2003, núm. JC039T1.
- Cour d'arbitrage de 4 mayo 2005, núm. 84/2005. *RDIP*, núm. 3, 2005, pp. 19-22.

## **Francia**

- Cour d'Appel (París) de 6 julio 1982, *RCDIP*, 72, 1983, p. 325.
- Cour d'Appel (París) de 8 noviembre 1983 (Asunto Kaci). *RCDIP*, 1984, p. 476.
- Cour de cassation de 17 abril 1953 (Asunto Rivière). *Grands arrêts* (26) p. 204.
- Cour de cassation de 28 enero 1958 y 19 février 1963 (Asunto Chemouni). *Grands arrêts* (30-31) p. 235.
- Cour de cassation de 3 enero 1980 (Asunto dame Bendeddouche). *Grands arrêts* (61) p. 487.
- Cour de cassation de 17 febrero 1982 (Asunto Baaziz). *RCDIP*, 1983, p. 275.
- Cour de cassation de 3 noviembre 1983 (Asunto Orbi). *RCDIP*, 1984.
- Cour de cassation de 1 marzo 1988, Rec. Dalloz (1988).
- Cour de cassation de 6 julio 1988, *RCDIP*, 1989, p. 7.
- Cour de cassation de 4 mayo 1994 y S. de 1 junio 1994. *RCDIP*, 1995, p. 103.
- Cour de cassation de 3 julio 2001, *RCDIP*, 2001, p. 704.

## **Italia**

- Corte costituzionale, sentenza 28/1995 de 12 enero.
- Corte costituzionale, sentenza 203/1997 de 17 junio.
- Corte costituzionale, sentenza 187/2004 de 21 junio.
- Corte costituzionale, sentenza 224/2005, de 6 junio.
- Corte costituzionale, ordinanza 464/2005, de 14 diciembre.

## **Reino Unido**

- In re Fatima; Reg. v. Secretary of State for the Home *ex parte* Ghulam Fatima [1986] AC 527 (HL).
- Berkovits v. Ginsberg [1996] 1 Fam 142.
- Sulaiman v. Juffali [2002] 2 FCR 427.

## **Suiza**

- Tribunal fédéral (88 I 48) de 6 febrero 1962, *Rep. des arrêts*.
- Tribunal fédéral (122 III 344) de 3 septiembre 1996, *Rep. des arrêts*.
- Tribunal fédéral (126 III 327) de 4 julio 2000, *Rep. des arrêts*.