

*Elena López Barba*

Doctora en Derecho, Profesora de Derecho Civil  
Universidad de Huelva

*Daniel García San José*

Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Internacional Público,  
Universidad de Sevilla

**El derecho  
de reagrupación  
familiar en el nuevo  
régimen jurídico  
de la inmigración  
en España a la luz  
de las obligaciones  
asumidas en  
el Convenio  
Europeo  
de Derechos  
Humanos:  
un análisis crítico**

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS INMIGRANTES EN ESPAÑA. 1. De conformidad con la Ley 8/2000 de reforma de la Ley 4/2000 (LOEx). 2. A la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de su interpretación y aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. III. LOS INMIGRANTES COMO TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES. 1. Derechos y libertades de los extranjeros en España. 2. El artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la cláusula «dependiente de la jurisdicción de un Estado parte en el Convenio». IV. CONCLUSIONES.**

## I. INTRODUCCIÓN

El tema de la inmigración, y de los recientes cambios introducidos en su regulación en España con la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre<sup>1</sup>, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero<sup>2</sup>, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, «LOEx»), viene siendo objeto de atención por parte de juristas, sociólogos y, en general, de todas aquellas personas que desde un plano teórico o práctico, están en permanente contacto con esta materia. La creciente demanda de estudios y de análisis sobre la pluralidad de cuestiones relacionadas con los inmigrantes y su nueva regulación en nuestro país, explica la proliferación de trabajos producidos desde las más diversas disciplinas del saber, desde la antropología social hasta la ciencia económica. Sin duda, todo ello puede provocar una cierta sensación de «saturación» y quizá, el riesgo a un posible rechazo a «otro trabajo más» sobre la regulación de los inmigrantes en España. Conscientes de dicho riesgo, los autores del presente estudio hemos querido aportar un nuevo enfoque de análisis jurídico —de conformidad con nuestra formación investigadora— que reuniendo las características de novedad, relevancia y sentido práctico, venga a completar los trabajos ya realizados sin caer en la redundancia. Este nuevo enfoque, desarrollado en las páginas siguientes, lo aporta el análisis crítico de la regulación de los derechos y libertades de los inmigrantes en España a

<sup>1</sup> BOE de 12 de enero de 2000.

<sup>2</sup> BOE de 23 de diciembre de 2000.

la luz de las obligaciones internacionales asumidas en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (el Convenio)<sup>3</sup>.

¿Por qué prestar atención a las obligaciones internacionales asumidas por España en materia de derechos y libertades? ¿por qué el Convenio Europeo de Derechos Humanos y no la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>4</sup> y otros tratados o acuerdos internacionales como los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>5</sup>?

En relación con la primera cuestión, debemos señalar que aunque es de agradecer la referencia a los tratados internacionales en el artículo 3 de la LOEx, relativa a los derechos de los extranjeros y a la interpretación de las normas<sup>6</sup>, resulta curioso, por no decir criticable, el punto IV de la exposición de motivos

<sup>3</sup> El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales fue adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950 —España lo firmó el 24 de noviembre de 1977 y lo ratificó el 4 de octubre de 1979— (BOE de 10 de octubre de 1979). Objeto de sucesivas modificaciones, la última de las cuales ha sido la introducida por el Protocolo Adicional n.º 11, de 11 de mayo de 1994, en vigor desde el 1 de noviembre de 1998 —ratificado por España el 28 de noviembre de 1996— (BOE de 26 de junio de 1998; corrección de errores: BOE de 17 de septiembre de 1998).

<sup>4</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A(III) de 10 de diciembre de 1948. Sobre su valor jurídico véase: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: «Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos» en *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Libro Homenaje al Profesor Díez de Velasco*, Ed. Tecnos, 1993, págs. 167-178.

<sup>5</sup> Ambos Pactos, de Derechos Civiles y Políticos, el primero, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el segundo, son de 1966, pero no entraron en vigor hasta 1976. España es Estado parte en ambos desde 1977 (BOE de 30 de abril de 1977).

<sup>6</sup> Artículo 3 LOEx. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas: 1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

de la Ley Orgánica 8/2000 de reforma de la ley 4/2000 cuando señala que:

«Respecto a la modificación del Título I, cuyo contenido es especialmente importante, se ha perseguido cumplir el mandato constitucional del artículo 13 que establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la misma, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley (...) Se ha conjugado este mandato constitucional con los compromisos internacionales adquiridos por España, especialmente como país miembro de la Unión Europea.»

¿Habrá que recordar al legislador español que además de ser Estado miembro de la Unión Europea, España es Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos desde finales de los años setenta? ¿Habrá que recordarle la sentencia del Tribunal Europeo de 18 de febrero de 1999, en el caso *Matthews contra el Reino Unido*, declarando la responsabilidad de dicho Estado por no permitir —¡aún cumpliendo disposiciones de Derecho Comunitario primario!— participar a los residentes en Gibraltar en las elecciones al Parlamento Europeo, o la demanda n.º 56672/00, en el asunto DSR-Senator Lines GmbH contra los quince Estados miembros de la Unión Europea, admitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el pasado 4 de julio de 2000, en relación con una posible violación de los artículos 6 (derecho a un proceso equitativo) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio, como consecuencia del procedimiento sancionador aplicado a esta empresa por la Comisión Europea? ¿Habrá, en definitiva, que advertirle que los compromisos asumidos por un Estado miembro de la Unión Europea no le eximen de las obligaciones contraídas como Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos?<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Parágrafo 32 de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de febrero de 1999, en el caso *Matthews contra Reino Unido*: «The Convention does not exclude the transfert of competences to international organisations provided that Convention rights continue to be "secured". Member States' responsibility therefore continues even after such a transfert.» (El Convenio no prohíbe la transferencia de competencias a organizaciones internacionales siempre y cuando los derechos reconocidos en el Convenio continúen estando asegurados. Así pues, la responsabilidad de los Estados partes en el mismo continúa vigente incluso después de dicha transferencia) (La traducción es nuestra).

Sobre este particular, el Tribunal Constitucional ha insistido en reiteradas ocasiones<sup>8</sup> que en el terreno de los derechos fundamentales, la interpretación sistemática de la Constitución obliga a tener presente *los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos* y, muy particularmente, las decisiones emanadas de los órganos de garantía de carácter jurisdiccional en éstos previstos<sup>9</sup> (La cursiva es añadida). Por expresarlo con las palabras de SAIZ ARNAIZ, galardonado con el Premio Rafael

<sup>8</sup> *Vid. inter alia*: STC 30/1981, de 24 de julio, FJ 3.º; STC 101/1984, de 8 de noviembre, FJ 2.º; STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 3.º; STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5.º; STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5.º; STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 4.º; STC 140/1995, de 28 de septiembre, FJ 6.º; STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 2.º. Más recientemente y en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, véase la STC 91/2000, de 30 de marzo de 2000, FJ.º 7, publicada en el suplemento al BOE de 4 de mayo de 2000: «Para precisar, en concreto, cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la Constitución Española proclama de modo absoluto y, en consecuencia, proyecta universalmente (...) Especial relevancia revisten, en ese proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugne la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 78/1982, de 20 de diciembre y 38/1985, de 8 de marzo) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo; 114/1984, de 29 de noviembre; 245/1991, de 16 de diciembre; 85/1994, de 14 de marzo y 49/1999, de 5 de abril)». (La cursiva es añadida.)

<sup>9</sup> SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española* (Premio Rafael Martínez Emperador 1998), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 210-211. Como señala este autor, «el segundo apartado del artículo 10 de la Constitución no impone la presencia material —escrita— en la argumentación del Tribunal de referencia o remisiones que avalen el uso de textos internacionales en el proceso racional que conduce a la sentencia (...) A lo que el artículo 10.2 de la Constitución obliga es a que el contenido predicable de los derechos, fruto de la actividad interpretativa desplegada por el Tribunal en cuestión sea conforme con el que resulta de aquellos textos internacionales.» *Op. cit.*, pág. 206. La cursiva es añadida.

Martínez Emperador (1998) del Consejo General del Poder Judicial:

«cuando la Constitución española alude al contenido esencial de los derechos fundamentales del Capítulo II de su Título Primero (art. 53.1) para imponerlo como un límite al legislador, está reconociendo implícitamente que, puesto que sólo el Tribunal Constitucional puede fiscalizar el comportamiento normativo de las Cortes Generales, corresponderá a dicho órgano la concreción de cuál sea, para cada derecho, aquel contenido esencial presente en la Constitución (...) Si esto es así, si el Tribunal Constitucional tiene la última palabra sobre cuál pueda ser el contenido mínimo o esencial de los derechos fundamentales y si, en esa tarea interpretativo-integrativa el Tribunal ha de proceder de conformidad con los tratados internacionales, la conclusión parece obligada: aquel contenido mínimo debe incorporar (en el sentido de no contradecir) las facultades, garantías o posiciones jurídicas en las que el derecho fundamental se despliega de acuerdo con tales tratados. Esa misma vinculación obliga al Poder Legislativo cuando desarrolla o regula el ejercicio de los derechos.»<sup>10</sup>

En relación con la segunda cuestión relativa a la preferencia del Convenio sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros tratados o acuerdos internacionales en materia de derechos humanos validamente celebrados por España, como, por ejemplo, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la respuesta se halla en el signo distintivo del Convenio que, a diferencia de otros tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que España es Estado parte, goza de un mecanismo jurisdiccional instituido para garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados partes en él<sup>11</sup>. Desde el 1 de noviembre de 1998, fecha de entrada en vigor del Protocolo Adicional n.º 11,

<sup>10</sup> SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *op. cit.*, pág. 231.

<sup>11</sup> *Caso Golder*. Opinión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 1 de junio de 1973. Serie B, vol. 16, pág. 40: «La función del Convenio y el objetivo de su interpretación es hacer eficaz la protección del individuo». Pueden verse, en el mismo sentido: el *caso Soering*. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el TEDH), de 7 de julio de 1989, par. 87, y el *caso Loizidou c. Turquía*. Sentencia del TEDH de 18 de diciembre de 1996, par. 43.

tras haber sido modificado en profundidad, el mecanismo de garantía jurisdiccional del sistema del Convenio se caracteriza por ser el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el único órgano jurisdiccional con competencia para decidir si se han violado los derechos reconocidos en el sistema del Convenio. Este órgano jurisdiccional tiene carácter permanente (art. 19 del Convenio), y su jurisdicción es obligatoria tanto respecto de las demandas interestatales como de las individuales (arts. 33 y 34 del Convenio, respectivamente). Los particulares que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte en el Convenio directamente pueden deducir una demanda ante el Tribunal tras haber agotado los recursos internos previstos en el ordenamiento del Estado presuntamente autor de la violación del Convenio (art. 35.1 del Convenio).

En consecuencia, con este trabajo se pretende responder a la pregunta de si es conforme con el Convenio la regulación del derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros en España, en especial, la distinción introducida por el legislador español en los artículos 16 y 17 de la LOEx<sup>12</sup>, entre extranjeros en situación regular o irregular<sup>13</sup>. Si al final del presente estudio la conclusión alcanzada fuera negativa, entonces habría que apuntar dos consecuencias: la primera, e inmediata, sería la inconstitucionalidad de las disposiciones de la LOEx, por vulneración del contenido esencial de esos derechos sociales fundamentales, a la luz de la obligación que el artículo 10.2 de la Constitución impone al Tribunal Consti-

<sup>12</sup> También, aunque de un modo indirecto, en el artículo 22.2 de la LOEx, relativo al derecho a la asistencia jurídica gratuita, por cuanto si se sostiene, como hacemos desde estas páginas, que, a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por España como Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, del derecho a la reagrupación familiar no pueden beneficiarse sólo los extranjeros residentes, de igual manera debe criticarse que —al margen de los supuestos previstos en el párrafo primero del artículo 22 de la LOEx—, la asistencia jurídica gratuita sólo se reconozca a los extranjeros residentes para ejercer su eventual derecho a la reagrupación familiar, aunque ello sea coherente con el espíritu y la letra de la Ley, por cuanto que sólo reconoce el derecho a la reagrupación familiar a los extranjeros residentes. De esta cuestión nos ocupamos más adelante.

<sup>13</sup> El término empleado en la LOEx es el de extranjero «residente», de su exposición de motivos, parece fuera de toda duda la intención del legislador español de permitir el ejercicio de este derecho a los extranjeros residentes *de iure* y *no de facto*.

tucional en el sentido, ya apuntado, de que dicho contenido esencial no puede contradecir el contenido de esos derechos como son interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al aplicar el Convenio. La segunda consecuencia, eventual pero tan real como la anterior, sería la probable declaración de la responsabilidad internacional de España por violación del Convenio cuando fuera objeto de demandada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## II. CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS INMIGRANTES EN ESPAÑA

### 1. DE CONFORMIDAD CON LA LEY 8/2000 DE REFORMA DE LA LEY 4/2000 (LOEX)

Según la legislación española vigente, el extranjero tiene derecho a la intimidad familiar y a la vida en familia, y como expresión de esto último se reconoce formalmente su derecho a la reagrupación familiar. La Ley Orgánica 4/2000 merece ser aplaudida por ello, porque por primera vez y de forma expresa se atribuye al inmigrante el derecho a reagruparse con sus familiares en nuestro país.

Con anterioridad, la Ley Orgánica 7/1985<sup>14</sup>, tan sólo se refería a esta posibilidad de forma incidental, a propósito de las diversas situaciones en las que los extranjeros pueden encontrarse en España. En concreto, su artículo 13.3 ordenaba que «el permiso de residencia se podrá conceder a los menores de dieciocho años y a los incapacitados. También podrá incluirse a unos y otros en el permiso correspondiente a la persona bajo cuya guarda se encuentren, si ésta así lo solicita», sin exigir, en principio, parentesco entre ellos. El posterior desarrollo reglamentario de esta Ley<sup>15</sup> y una Orden Mi-

<sup>14</sup> Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE de 3 de julio de 1985).

<sup>15</sup> Reglamento de desarrollo de la Ley 7/1985 aprobado por Real Decreto 1119/1986, modificado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el nuevo Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 (BOE de 23 de febrero de 1996), artículos 23.3; 28.1; 30.3; 54; 56 —entre otros—.

nisterial<sup>16</sup> al respecto, confirmarán la existencia del derecho a la reagrupación familiar en España. La mejora, pues, radica en que la aseveración de los derechos familiares del extranjero deja de tener el eje de su regulación en el Reglamento y la Orden Ministerial citadas, para ocupar el lugar que le corresponde: el núcleo de una Ley Orgánica, junto con otros derechos y libertades esenciales para los extranjeros (Título I, Capítulo II de la Ley).

La Ley Orgánica 4/2000 destina los artículos 16 y 17 al reconocimiento y establecimiento de los derechos familiares del extranjero, regulación que se modifica a la luz de lo ordenado por la Ley Orgánica 8/2000, que por otra parte añade dos nuevos preceptos, los números 18 y 19.

Pero ésta no es la única normativa vigente en España relativa a la reagrupación familiar para los no nacionales. Especial mención merece la legislación aplicable a los ciudadanos comunitarios y a los del Espacio Económico Europeo según lo ordenado, inicialmente, por el Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo<sup>17</sup>, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de los ciudadanos de los Estados miembros de la Comunidad Europea, y posteriormente, por el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio<sup>18</sup>, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, modificado por Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo<sup>19</sup>, y por Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre<sup>20</sup>, cuyo artículo segundo se refiere al derecho de entrada que corresponde al cónyuge no separado de derecho, a los descendientes y a los de su cónyuge, así como a los ascendientes de

<sup>16</sup> Orden del Ministerio de la Presidencia, de 8 de enero de 1999, por la que se establecen las normas generales y de tramitación de los expedientes de visado y de los permisos de residencia por reagrupación familiar, en desarrollo del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 (BOE de 13 de febrero de 1999).

<sup>17</sup> BOE de 12 de junio de 1986.

<sup>18</sup> BOE de 30 de junio de 1992.

<sup>19</sup> BOE de 5 de junio de 1995.

<sup>20</sup> BOE de 15 de noviembre de 1997.

ambos, todo ello en las condiciones previstas en los apartados a), b) y c) del citado precepto.

Por lo que respecta a los ciudadanos de terceros países su entrada en España para su reagrupación con el extranjero residente en nuestro territorio se regula por la ya citada Ley de extranjería 4/2000, reformada por la Ley 8/2000, según lo ordenado en los artículos 16 a 19, y por el futuro Reglamento de desarrollo de la Ley anunciado por el Gobierno para finales del mes de julio de 2001. La Unión Europea también se refiere en su normativa al derecho a la reagrupación familiar de estos mismos ciudadanos sin perjuicio de reconocer que, en último caso, son los distintos Estados miembros los que mantienen la potestad para regular esta materia, de forma que hagan compatible el derecho a la vida en familia del extranjero con el derecho que cada Estado tiene para controlar la entrada en su territorio, en atención a la defensa de sus propios intereses y de su orden público (tal y como quedó constatado en la Cumbre de Tampere<sup>21</sup>). En este orden de cosas, es necesario destacar las Resoluciones del Consejo de 20 de junio de 1994 y de 30 de noviembre del mismo año, cuya nota más característica, es que a través de ellas se concede un diferente trato al derecho a la vida en familia del extranjero de un tercer Estado, en función de que el trabajo que vaya a desarrollar sea por cuenta ajena o por cuenta propia.

Recientemente el Diario Oficial de las Comunidades Europeas ha publicado la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>22</sup>, proclamada en la Conferencia Intergubernamental celebrada en Niza en diciembre de 2000, sin que su texto tenga carácter vinculante, se trata de una simple declaración política, que no queda integrada en el articulado del Tratado de Niza, sino en el Anexo IV del mismo. En especial, los artículos 7, 9 y 33, recogen los derechos a la vida privada y familiar, a contraer matrimonio, así como la especial protección a la familia que tienen los extranjeros. Aunque

<sup>21</sup> Los documentos oficiales surgidos de esta cumbre pueden consultarse en la página web de la Unión Europea: [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)

<sup>22</sup> DOCE C 364/1, 18 de diciembre de 2000.

todo ello, sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de la Unión Europea de expresar la última palabra en esta materia.

Objeto de tratamiento especial son también los refugiados y los asilados, que además de estar sometidos a regulación por el Derecho internacional<sup>23</sup>, en lo que al Derecho interno se refiere, se sujetan por lo previsto en la Ley 5/1984, de 26 de marzo<sup>24</sup>, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo<sup>25</sup>, así como a lo ordenado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero<sup>26</sup>, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la anterior Ley. El artículo 27.4 del Reglamento reconoce el derecho de los familiares o dependientes del asilado o refugiado a permanecer en España, si lo desean, al amparo no de la Ley 5/1984, sino de la legislación general de extranjería si les fuera más favorable.

El legislador español, con gran acierto, ha sabido encontrar un aliado en la protección del entorno familiar del extranjero para potenciar su necesaria integración en la sociedad y la normalización de sus condiciones de vida, de forma que se eviten los brotes de xenofobia y racismo en el futuro. Y ello, porque la familia cumple fines sociales básicos relacionados con la transmisión de valores, pautas de conductas, usos, costumbres, religión. Además, desempeña importantes funciones educativas y de socorro de sus miembros en ámbitos tan diversos como el sustento, la habitación, el vestir, la asistencia en caso de enfermedad... Por ello, que en el Programa global de regulación y coordinación de la extranjería y la inmigración en España (también conocido como *Programa Greco*) se insta a que en el desarrollo reglamentario de la Ley se permita una reducción, agilización y simplificación de los

<sup>23</sup> Sin ánimo de ser exhaustivos: Convenio sobre el estatuto de los refugiados, hecho en Ginebra el 28 de julio de 1951 (BOE de 21 de octubre de 1978); Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 (BOE de 21 de octubre de 1978).

<sup>24</sup> BOE de 27 de marzo de 1984.

<sup>25</sup> BOE de 23 de mayo de 1994.

<sup>26</sup> BOE de 2 de marzo de 1995.

trámites relativos al procedimiento para la reagrupación familiar<sup>27</sup>.

Según lo anterior, ¿cuándo un nacional de un tercer Estado tiene derecho a solicitar la reagrupación familiar en España? ¿Quién tiene la consideración de reagrupante y quién de reagrupable? ¿Cómo afecta el derecho a la vida en familia en la tramitación del expediente de entrada o de expulsión del extranjero?

El artículo 16.1 de la Ley reserva el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar a los extranjeros residentes. Idéntica fórmula se repite en el párrafo segundo del mismo artículo cuando se refiere al derecho a la reagrupación familiar. La oportunidad o no de limitar el disfrute de los derechos familiares a la situación administrativa que ostente el extranjero en España será analizada en el epígrafe siguiente, pero no podemos dejar de adelantar la perplejidad que nos causa ver limitados unos derechos tan elementales para la persona, como la intimidad familiar y la vida en familia, a la obtención de la autorización de residencia en nuestro país.

Así las cosas, la primera condición para ser reagrupante, además de la obvia de carecer de la nacionalidad española, es que se trate de un extranjero residente en España, de acuerdo con lo ordenado en los artículos 31 y 32 de la LOEx, rubricados: *situación de residencia temporal*, el primero, y *residencia permanente*, el segundo.

Pero la mejor forma de saber quién es el reagrupante según la nueva redacción de la Ley, es a partir de lo que se conoce como su delimitación negativa: quién no puede ser reagrupable.

<sup>27</sup> Sin perjuicio de lo regulado en la Ley y en el futuro Reglamento de desarrollo de la Ley 8/2000, sobre visados y exención de visados (art. 27 Ley 8/2000). Sobre la cuestión de la necesidad de visado para la reagrupación familiar resulta muy interesante el estudio efectuado, a propósito de la Ley 4/2000, por LÓPEZ-MUNIZ GOÑI, Miguel, *La nueva Ley de Extranjería*. Ed. Colex, 2000, págs. 297 y ss., en especial págs. 324 y ss.

— No son destinatarios de esta Ley, o lo que es lo mismo, no ejercerán su derecho a la reagrupación familiar según la Ley de Extranjería, ni los nacionales españoles, ni los nacionales de países miembros de la Comunidad Europea, ni los pertenecientes al Espacio Económico Europeo, que disfrutaban de su propia legislación, por otro lado más ventajosa.

Antes de que entrara en vigor la reforma protagonizada por la Ley 8/2000 la exclusión de estos ciudadanos del ámbito de aplicación de la norma se hacía de forma expresa (art. 1.2), sin perjuicio de que se reservara la posibilidad de su aplicación subsidiaria para el caso de que pudiera resultar más favorable (art. 1.2<sup>28</sup> *in fine*). En la actualidad ambas precisiones han desaparecido, sin que pueda concluirse que el sentido de la norma haya cambiado substancialmente. En el primer caso porque la excepción sigue estando vigente en la salvedad ahora genérica recogida en el artículo 1.2<sup>29</sup>. Y en el segundo, porque aun cuando ya no existe reserva expresa a favor del ciudadano comunitario, en lo que la Ley le pudiese resultar más favorable, entendemos que esta excepción sigue vigente, en atención al trato tan privilegiado que se quiere otorgar a estos ciudadanos frente a los nacionales de terceros Estados, de forma que difícilmente se entendería que no les fuera aplicable una norma relativa a los extranjeros si ésta resultase más beneficiosa que la normativa comunitaria. En cualquier caso, pensamos que habrá de ser la práctica judicial futura la que ponga luz en este asunto.

— La modificación sufrida por el artículo 1.2 de la Ley, excluye igualmente de su ámbito de aplicación a todos los nacionales para los que exista una ley especial o un Tratado internacional del que España sea parte. Respecto a ellos la ley especial o el Tratado se aplicará con preferencia a la Ley de Extranjería.

<sup>28</sup> Artículo 1.2 (según la redacción dada por la Ley 4/2000 antes de la reforma): *Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario se rigen por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.*

<sup>29</sup> Artículo 1.2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000: *Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte.*

— Disfrutan igualmente de legislación especial los asilados y refugiados (art. 10.1<sup>30</sup>), para los que no obstante el artículo 27.4 del Reglamento de desarrollo de la Ley 5/1984 permite recurrir a la aplicación de la Ley de extranjería si le resultara más favorable.

— El artículo 2 de la LOEx supone también una delimitación negativa de la figura del reagrupante, pero en esta ocasión, la exclusión no se hace depender de la nacionalidad del individuo que solicita la reagrupación, sino que obedece a la actividad profesional que desarrolle, como es el caso de los agentes diplomáticos o los funcionarios consulares, entre otros.

— Tampoco pueden ser considerados reagrupantes los familiares del extranjero residente. O lo que es lo mismo, sólo pueden ejercer este derecho los ciudadanos que residen en España y no sus familiares. Este extremo, resultaba algo confuso por la redacción dada inicialmente al artículo 16.2, según la cual «Los familiares de los extranjeros que residan en España a quienes se refiere el artículo siguiente, tienen derecho a la situación de residente en España para reagruparse con el residente». Sin embargo, tras la reforma introducida por la Ley 8/2000 se ordena que: «Los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17». En adelante, no cabe duda de que la condición de reagrupante corresponde al residente y no a sus familiares reagrupables recogidos en el artículo 17.1, sin perjuicio, de que el nuevo párrafo segundo del artículo 17 admita que «Reglamentariamente, se determinarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación y, en especial, del que corresponda a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupa-

<sup>30</sup> Artículo 10.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo: «Se concederá asilo, por extensión, a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del refugiado, o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de 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».

ción», esto es, el reagrupado puede convertirse en reagrupante siempre y cuando cumpla con las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

— Por último, es necesario hacer una llamada de atención sobre el futuro desarrollo reglamentario de la Ley, por si éste dejara fuera, como sucede hasta ahora, a algunos extranjeros cuya situación en España se califica de situación especial (art. 33), como es el caso de los estudiantes<sup>31</sup>.

Una vez conocido quién puede hacer uso del derecho a la reagrupación familiar según la Ley, corresponde el turno al examen de los familiares que pueden ser reagrupados con él en España: los reagrupables.

— Se refiere en primer lugar la LOEx al cónyuge, aunque con las siguientes apreciaciones: que no esté separado de hecho o de derecho; que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley; que en el caso de los matrimonios polígamos, tan sólo se pueda reagrupar con un cónyuge y que cuando se trate de segundas o posteriores nupcias, únicamente pueda reagruparse con el último cónyuge y siempre que se hayan cumplido con las condiciones previstas en la Ley.

Múltiples son las dificultades que presenta la redacción del artículo 17.1.a), pero, si cabe, la más llamativa es su referencia exclusiva al cónyuge, lo que impide que prospere la solicitud de

<sup>31</sup> Orden Ministerial de 8 de enero de 1999, por la que se establecen las normas generales y de tramitación de los expedientes de visado y de los permisos de residencia por reagrupación familiar, en desarrollo del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, artículo 1.3 a). Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Orden «Los familiares de los estudiantes extranjeros no comunitarios residentes en España, quienes de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.4 de la Ley Orgánica 7/1985 y en el artículo 48 de su Reglamento de ejecución, no tienen la condición de residentes en España». Contrariamente, el contenido del artículo 55 del segundo borrador de proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, permite al estudiante «solicitar los correspondientes visados de estancia para que sus familiares entren y permanezcan legalmente en España durante la duración de dichos estudios o investigación (...)».

reagrupación con la persona con la que se mantenga análoga relación de afectividad, ni siquiera se incluye la salvedad de que se constate la existencia de hijos fruto de esa relación. Lo que permitiría la paradoja de que el residente en España pudiera conseguir la reagrupación con sus hijos, según lo ordenado en la letra b) del mismo artículo, y no con el otro progenitor por el hecho de no estar casados.

Esta restricción de la Ley además de resultar contraria a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas (art. 3 Código civil), es asimismo inconcebible desde la óptica del tratamiento que vienen recibiendo otros extranjeros en idénticas circunstancias, como es el caso de los asilados o refugiados, que en su propia normativa hace referencia a las parejas de hecho<sup>32</sup>, además de apartarse de la práctica judicial que se aplica a los ciudadanos comunitarios<sup>33</sup>, y distanciarse de la realidad legal y jurisprudencial aplicable a los nacionales<sup>34</sup>. En consecuencia, la crítica a esta norma no vendría tanto por lo restrictiva que pueda ser en su delimitación del concepto de familia, sino por lo discriminatoria que resulta, pues utiliza distinto rasero en atención a cuál sea la nacionalidad del sujeto que solicita la reagrupación.

La práctica jurisprudencial de los últimos años venía admitiendo la reagrupación familiar en caso de convivencia *more*

<sup>32</sup> Vid. Artículo 10.1 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, donde se admite la reagrupación con la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia.

<sup>33</sup> Sentencia de 17 de abril de 1986 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

<sup>34</sup> Ley 29/1994, de 24 de noviembre, sobre arrendamientos urbanos (BOE de 25 de noviembre de 1994), reconoce las parejas de hecho, con independencia de su orientación sexual. También el poder judicial reconoce la convivencia *more uxorio* STS (Sala 1.ª) 29 de octubre de 1997 FJ 1.º: «Visto la anterior no puede haber lugar a duda que surge en relación a las partes de este pleito, la existencia de la denominada sociológicamente unión de hecho y que como familia natural, debe ser merecedora de la misma protección por parte de los poderes públicos que para la familia jurídica establece el artículo 39.1 de la Constitución Española, sobre todo cuando de dicho texto no se desprende que haya una sola forma de familia reconocida. Además la realidad social indica que tales uniones dan las características básicas de la familia jurídica, con la única característica especial de no existir una formalización religiosa o civil de tal unión de hecho». En el mismo sentido SSTs 18 de mayo de 1992; 14 de julio de 1988; 13 de junio de 1986.

*uxorio* de nacionales de terceros Estados. No obstante, con la aparición de la nueva Ley de extranjería esto ya no parece posible, axioma que sorprende a los propios magistrados del Tribunal Supremo que en sentencia de 6 de junio de 2000 manifiestan la perplejidad que causa el hecho de que en aplicación de la Ley 7/1985, sea posible el reconocimiento de las parejas de hecho<sup>35</sup> y quince años más tarde, con la nueva regulación, ya no lo sea<sup>36</sup>.

Si con las parejas de hecho la Ley es especialmente prohibitiva, se muestra, por el contrario, permisiva con otras figuras matrimoniales desacordes con nuestra moral y orden público, como es el caso de los matrimonios poligámicos, si bien, con la previsión de que la reagrupación se realice con un solo cónyuge<sup>37</sup>.

Igualmente exigente resulta el legislador cuando se refiere a las formalidades que deben seguirse para la reagrupación con el cónyuge en el caso de segundas o posteriores nupcias, para los que será preceptivo cumplir con una serie de requisitos y formalidades que si bien en un país y un sistema jurídico como el nuestro parecen lógicas, no lo son tanto si esas exigencias se le imponen a un tipo de inmigrante que, por lo general, carece de recursos y que proviene de un país con un funcionamiento de sus instituciones no todo lo ágil y eficiente que se debiera esperar. En atención a las circunstancias expuestas, sería deseable que el desarrollo reglamentario facilitara la tramitación de los expedientes y demás formalidades para la reagrupación familiar, sobre todo si los que desean reagruparse tuviesen hijos en común.

<sup>35</sup> FJ 9.º de la STS (Sala 3.ª) 6 de junio de 2000: «Cabe concluir, según la jurisprudencia que ha quedado recogida, que concurre una situación de unión de hecho similar a la conyugal estable y continuada como circunstancia excepcional suficiente para justificar, a tenor de la doctrina reiterada de esta Sala sobre reagrupación familiar, la exención de visado».

<sup>36</sup> FJ 8.º de la STS (Sala 3.ª) 6 de junio de 2000.

<sup>37</sup> Artículo 44.4.e) del segundo Borrador de Proyecto de Real Decreto...: «En los casos de reagrupación de cónyuge, declaración firmada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge», con idéntico propósito, artículo 41.4.b), párrafo segundo del texto citado.

Nada hay que objetar a la exclusión hecha por la LOEx [art. 17.1.a)] de los cónyuges cuando estuviesen separados de hecho o de derecho o cuando el matrimonio hubiese sido celebrado en fraude de ley<sup>38</sup> y ello porque la base del derecho a la reagrupación con el cónyuge es el derecho a la vida en familia que tiene el extranjero, lógica que quedaría quebrada si la reagrupación se permitiera respecto a un cónyuge con el que ya no se habita (por razones distintas a la propia residencia del reagrupante en España), o con el que se contrajo matrimonio con fines diversos a los establecidos como contenido esencial del matrimonio entre los que están los deberes de *convivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente* (arts. 66 a 68 Código civil)<sup>39</sup>.

— La letra b) del artículo 17, párrafo primero, permite la reagrupación con los hijos del extranjero residente en España, con los de su cónyuge, además de con los hijos adoptados. Nuevamente, la Ley es muy estricta en la descripción de los sujetos reagrupables, pues se refiere a los hijos y no a los descendientes en general. Con respecto a los hijos es preciso que no tengan más de 18 años, y de ser mayores que sean incapacitados, y en cualquier caso que no estén casados. El límite de los 18 años para los hijos de los extranjeros de terceros Estados contrasta con el límite marcado para los ciuda-

<sup>38</sup> Establecer los mecanismos de lucha contra los matrimonios celebrados en fraude de ley corresponde a la normativa de desarrollo de la Ley, como ya lo hiciera la Orden Ministerial de 8 de enero de 1999, pero este problema no sólo afecta a los matrimonios celebrados entre extranjeros antes de venir a España, sino fundamentalmente entre extranjeros y nacionales españoles, aunque en esta ocasión la norma que se debe de aplicar es otra. A este respecto y ante la magnitud del problema desde el Ministerio de Justicia e Interior se aprueba la Instrucción de 9 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre Expediente Previo al Matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el Extranjero. Instrucción que se inicia con el siguiente tenor: «Son cada vez más frecuentes los casos en los que un español domiciliado en España pretende contraer matrimonio con extranjero domiciliado fuera de España y hay muchos motivos para sospechar que por medio de estos enlaces lo que se pretende exclusivamente es facilitar la entrada y estancia en territorio español de súbditos extranjeros (...) en claro fraude de ley, el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial sobre la base de un matrimonio en el cual no ha habido verdadero consentimiento matrimonial y que es, en rigor, nulo por simulación».

<sup>39</sup> FJ 4.º de la STS (Sala 3.ª) 20 de junio de 2000.

danos del ámbito comunitario<sup>40</sup>. Por lo que queda patente, una vez más, la diferencia de trato en función de la nacionalidad del individuo.

Este apartado exige cumplimentar unos adicionales requisitos formales para el caso de los hijos adoptados. Ello reaviva el problema anteriormente denunciado, pues si bien la exigencia de estos requisitos parece clara en nuestro Estado, o en los países de nuestro entorno, no lo es si nos referimos a los países donde se origina la inmigración, y menos si tenemos en cuenta la escasez de recursos de los inmigrantes. Existe el riesgo de querer implantar nuestros modelos jurídicos a situaciones nacidas en otro tiempo, en otro lugar y, sobre todo, en otro esquema jurídico no necesariamente parejo al nuestro, y a la postre con el peligro de que resulte desamparada la parte más débil, el inmigrante y los hijos adoptados que con él desea reagrupar. Por el contrario, una excesiva flexibilidad en la LOEx podría permitir utilizarla con fines ciertamente sospechosos, *ad exemplum*, una equívoca adopción que escondiera un tráfico de niños. La importancia de los valores en juego exige del legislador una complicada solución que garantice en todo caso el interés del menor, de suerte que no existan trabas inútiles o de difícil sorteo, como se deduce *a priori* del precepto estudiado, pero que tampoco eliminen los necesarios controles administrativos. Debemos esperar, una vez más, a cuál sea el contenido definitivo del Reglamento a este respecto.

— La letra c) se refiere al derecho a reagrupar con el extranjero residente a los menores de 18 años o incapacitados cuando el residente extranjero sea su representante legal. En estos casos podría incluirse el de aquellos descendientes, como los nietos —que no se recogían en la letra anterior— cuando, por ejemplo, en caso de muerte de los padres, sus tutores sean los abuelos.

<sup>40</sup> Artículo 2 del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que establece como límite de edad los 21 años.

— Los ascendientes del residente, así como los de su cónyuge, podrán ser también reagrupados en España cuando estén a cargo del reagrupante y existan razones que justifiquen la necesidad de su residencia en nuestro país. En esta ocasión se hace referencia a los ascendientes sin límite, en lugar de referirse sólo a los progenitores, parientes directos, como en el apartado b) de este mismo precepto, respecto de los descendientes. La justificación de esta distinción podría ser que el legislador ve en los jóvenes y su futura incorporación al trabajo una amenaza para la estabilidad del mercado laboral. Pues, si por lo prolongado de su residencia llegaran a adquirir la nacionalidad española, ya nada les podría impedir desarrollar la profesión para la que efectivamente estuviesen capacitados, en lugar de la que le interesara en ese momento al Estado, tal y como sucedió con sus padres.

— Conviene resaltar que la Ley 8/2000 introduce una reforma substancial en el contenido del artículo 17, al derogar las letras e) y f) de su inicial redacción. Circunstancia que ha sido muy criticada por la oposición a lo largo de toda la tramitación de la Ley, mediante la presentación de enmiendas, y que continúa en la actualidad con el debate que despierta la redacción del Reglamento de ejecución. La causa es que este cambio supone un notable recorte en el derecho a la reagrupación familiar. Sobre todo, porque resulta excluido «cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias», donde podrían tener cabida todos aquellos familiares que no tuvieran un fácil encuadre en los apartados precedentes, con la única exigencia de justificar *razones humanitarias*. Quedan claramente desfavorecidos los hermanos, los tíos, sobrinos, en definitiva, los parientes en línea colateral, que podían resultar beneficiados por la generosidad de la antigua redacción, *cualquier otro familiar*, y por su referencia a un concepto jurídico indeterminado, *razones humanitarias*, que se valoraría de acuerdo con cada caso planteado. No obstante, los últimos acuerdos del Gobierno con los grupos de la oposición en la búsqueda de consenso para la aprobación del Reglamento, abren las puertas a la esperanza de una mayor

flexibilidad, pues se ha dado a conocer por los medios de comunicación<sup>41</sup> el reforzamiento del concepto del *arraigo en España* como requisito para poder regularizar la situación de los inmigrantes ilegales, incluyéndose como prueba del mismo la existencia de vínculos familiares en nuestro país, lo que pudiera permitir valorar que el extranjero resida con un hermano o con otro familiar. Solución ésta que, por lo demás, conectaría con la que hasta ahora es la posición manifestada por nuestro Tribunal Supremo<sup>42</sup>.

La supresión de la letra f) excluye la posibilidad de reagrupar a determinados familiares de ciudadanos españoles, no previstos en el RD 766/1992<sup>43</sup>.

La justificación alegada por el Gobierno para la reforma de la Ley 4/2000 es la imposibilidad de que la acogida en España de extranjeros sea ilimitada, además de la necesidad de coordinar nuestra política con la de la Unión Europea<sup>44</sup>. Sin em-

<sup>41</sup> Diario ABC 6 de junio de 2001, pág. 21; 7 de junio de 2001, pág. 24; 9 de junio de 2001, pág. 24.

<sup>42</sup> La supresión de la letra e) del artículo 17 deja definitivamente fuera a familiares colaterales como los hermanos. No obstante, cabe esperar que en el desarrollo reglamentario la presencia irregular de estos parientes en España sea tenida en cuenta como un supuesto para la exención de visados para su reagrupación familiar, siempre que se justifique debidamente el arraigo en España, entre otras causas, por vivir en familia. Sobre este particular, aunque en aplicación de la Ley 7/1985 se manifiestan las siguientes sentencias del TS (Sala 3.ª) 29 de junio de 2000; 9 de marzo de 2000; 24 de noviembre de 1998; 10 de noviembre de 1998; 12 de diciembre de 1997; 22 de octubre de 1997; 29 de abril de 1996; 18 de mayo de 1993.

<sup>43</sup> La enmienda número 337, presentada por Joan Saura Lapotta, del Grupo Mixto, manifiesta que uno de los supuestos que quedan fuera con la supresión de la letra f) del artículo 17 de la Ley es el de la posibilidad de reagrupar a los padres extranjeros de niños españoles, situación no contemplada en el artículo 2 del Real Decreto 766/1992. Por otro lado, la enmienda número 99 planteada por Coalición Canaria entiende que la supresión de esta letra podría suponer una regulación más restrictiva para el nacional que para el extranjero.

<sup>44</sup> La Exposición de Motivos 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 manifiesta que habiéndose detectado durante el período de vigencia de la anterior Ley «aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma. Al mismo tiempo, nuestra normativa debe ser cooforme con los compromisos asumidos por España».

bargo, la oposición considera que todavía no había transcurrido el tiempo suficiente para valorar si la anterior redacción suponía ciertamente un peligro para el equilibrio de nuestra política de inmigración y de la Unión Europea, máxime cuando aún no se había producido su desarrollo reglamentario, o lo que es lo mismo, su efectiva aplicación.

Por último, se pasa a dar respuesta al tercer interrogante planteado ¿cómo afecta el derecho a la vida en familia en la tramitación del expediente de entrada o de expulsión del extranjero? Es necesario comenzar haciendo una distinción, entre la dimensión activa del derecho a la vida en familia —la reagrupación familiar—, esto es, que el extranjero residente pueda conseguir la entrada legal de sus familiares para convivir con ellos en España. Y su dimensión pasiva, el derecho a permanecer en nuestro país, aun cuando se den circunstancias legales para la expulsión con el fin de no quebrar la convivencia familiar efectiva.

Los artículos 16 a 19 se refieren a la primera, la reagrupación familiar, que permite la entrada de los familiares descritos en el artículo 17 de la Ley, otorgándose un permiso de residencia por motivo de reagrupación, previa obtención del visado para el mismo fin. Para ello será necesario que el extranjero residente inicie el proceso y cumpla con las formalidades que se prevean reglamentariamente. Según el contenido del Borrador de Reglamento dado a conocer por el Gobierno, no parece que estas formalidades sean todo lo flexibles que se anunciaban. Para la obtención del *informe acreditativo de que reúne las condiciones previstas* en la Ley, del que se hace depender, primero, la obtención del visado para los reagrupables y, luego, la concesión del permiso de residencia para los mismos, es necesario que el reagrupante pruebe que está en posesión del permiso de residencia ya renovado, del permiso de trabajo, de un empleo o de medios económicos suficientes (aportando debidas pruebas, tales como los tres últimos recibos de salario o fotocopia de boletines de cotización en el supuesto de trabajo por cuenta propia, etc.), de afiliación y alta en la Seguridad Social, y por si todo esto no

fuera suficiente, deberá obtener un informe que acredite que dispone de una vivienda digna<sup>45</sup>.

Por fortuna, la denegación del visado de residencia para hacer efectiva la reagrupación familiar es uno de los pocos casos en los que la LOEx exige que sea motivada (arts. 27.5 y 20.2), además de permitir el derecho a la asistencia jurídica gratuita (no siempre prevista para todos los extranjeros<sup>46</sup>), cuando el resultado de los procedimientos administrativos o judiciales seguidos puedan llevar a la denegación de la entrada en España (art. 22.1). Motivos para la esperanza no faltan, pues en manos de jueces y magistrados queda la futura aplicación de conceptos jurídicos indeterminados tales como *razones excepcionales de índole humanitaria* (art. 25.4) o *arraigo* (art. 31.4).

Supuesto distinto es el de los extranjeros que en situación irregular en nuestro país soliciten permanecer en el mismo alegando su arraigo, entre otras razones por convivir aquí con sus familiares. Por lo que su expulsión supondría una intromisión del Estado en el derecho a la vida en familia, que no sólo debe

<sup>45</sup> Artículo 44.4.d) *in fine* del segundo Borrador de Reglamento: «El informe o, en su defecto, el acta notarial, deberá hacer referencia a los siguientes extremos: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones o dependencias en que se distribuye la vivienda, uso al que se destina casa una de ellas, número de personas que la habitan y condiciones de equipamiento de la misma, en particular, las relativas a la disponibilidad de agua corriente, electricidad, sistema de obtención de agua caliente y red de desagüe».

<sup>46</sup> Contra la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, el principal partido de la oposición ha interpuesto un recurso de inconstitucionalidad fundado en la posible disconformidad con la Constitución española de algunos de sus preceptos, y uno de ellos es el artículo ahora referido, el artículo 22 relativo al derecho a la asistencia jurídica gratuita, que sólo se garantiza para todo tipo de procedimientos a los extranjeros que acrediten su falta de recursos económicos, pero sólo si tienen la cualidad administrativa de residentes. Por el contrario, los extranjeros en situación irregular únicamente tienen una residual asistencia jurídica gratuita, para cuestiones muy puntuales recogidas en el párrafo primero del artículo. Ello conduce a pensar, que de no ser rectificado este artículo el derecho a la tutela judicial efectiva para todos los ciudadanos, con independencia de cuál sea su nacionalidad o situación administrativa, consagrado en nuestra Constitución, además de en el artículo 20 de la Ley, se reduciría a una simple declaración de principios, pues difícilmente podrá defenderse aquél que es parte en un proceso pero carece de recursos económicos, deficiencia que a pesar de ser probada, no le permite acceder a la justicia gratuita por la única razón de que no es extranjero residente (art. 22.2).

defenderse para los que disfrutan de una residencia legal, según marca la Ley de extranjería (art. 16), sino como pasamos a ver en el epígrafe siguiente, para todos los extranjeros en España, con independencia de su situación administrativa, de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Hasta ahora el problema se venía superando mediante el mecanismo excepcional de la exención de visados ya aludido, no obstante la Ley en el artículo 28.3 letra c) considera como causa que justifica la salida obligatoria del país la estancia irregular del extranjero en nuestro territorio. De acuerdo con lo anterior, el artículo 57 de la Ley prevé la expulsión del territorio, entre otros motivos, por encontrarse irregularmente en nuestro país (remisión al artículo 53.1.a). La esperanza radica en la utilización que se haga del reconocimiento al arraigo del extranjero —que incluya el futuro desarrollo reglamentario de la Ley—, entre otras causas, justificado en la convivencia familiar.

## 2. A LA LUZ DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DE SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Con carácter previo hay que advertir que el derecho a la reagrupación familiar no figura reconocido expresamente en el catálogo de derechos enunciados en el sistema del Convenio —el Convenio y sus Protocolos adicionales de contenido normativo—, sin embargo, su protección por vía indirecta ha sido posible gracias a una interpretación teleológica, pro víctima del Convenio, desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en virtud de la cual:

«El Convenio debe interpretarse teniendo en cuenta su específico carácter de garantía de los derechos humanos y de las libertades fundamentales... El objeto y finalidad de este instrumento de protección de la persona exigen que sus preceptos se interpreten y apliquen de manera práctica y efectiva»<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Sentencia del TEDH de 7 de julio de 1989, *caso Soering c. Reino Unido*, par. 87.

La efectividad del sistema del Convenio se debe, en gran parte, a que es un mecanismo vivo que protege derechos efectivos y no ilusorios<sup>48</sup>. Esto exige del Tribunal Europeo el elegir, de entre las diferentes interpretaciones posibles del Convenio, la interpretación teleológica o finalista, considerando, en consecuencia, las condiciones actuales de vida por encima de las ideas y circunstancias presentes en el momento en que fue redactado el Convenio<sup>49</sup>. De este modo, el Tribunal Europeo puede ampliar el ámbito de protección del sistema del Convenio, por ejemplo, tomando conciencia de nuevas formas de injerencia en el ejercicio de los derechos que no fueron previstas por los redactores del Convenio en 1950, tal sería el caso de una degradación medioambiental<sup>50</sup>, o reconociendo determinados derechos como implícitos en aquellos reconocidos en el Convenio —así, el derecho de acceso a un tribunal en el artículo 6 del Convenio—<sup>51</sup>. De este modo, el derecho al respeto de la vida en familia, enunciado en el párrafo primero del artículo 8 del Convenio<sup>52</sup>, ha servido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para reconocer tanto el derecho activo a la reagrupación familiar<sup>53</sup>, esto es, el derecho a hacer efectivos los vínculos familiares de un particular dependiente de la jurisdicción de un Estado parte en el Convenio, siendo necesario, para ello, que se permita la entrada de sus familiares directos en el territo-

<sup>48</sup> Vid. sentencias del TEDH de 7 de julio de 1989, *caso Soering c. Reino Unido*, par. 102, y de 18 de diciembre de 1996, *caso Loizidou c. Turquía, excepciones preliminares*, par. 43).

<sup>49</sup> BERNHARDT, Rudolf: «Thoughts on the interpretation of human-rights treaties», en *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard Wiarda*, De. Franz Matscher-Herbert Petzold, 1988, Dordrecht, pág. 70. En el mismo sentido: JACOT-GUILLARMOD, Olivier: «Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», en PETTITI, Louis-Edmond, DECAUX, Emmanuel e IMBERT, Pierre-Henri: *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pág. 41.

<sup>50</sup> Vid. *inter alia*, sentencia del TEDH de 9 de diciembre de 1994, en el caso *López Ostra c. España*.

<sup>51</sup> Sentencia del TEDH de 9 de octubre de 1979, *caso Airey c. Irlanda*.

<sup>52</sup> Párrafo primero del artículo 8: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia».

<sup>53</sup> Sentencia del TEDH de 28 de mayo de 1985, *caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali*.

rio de dicho Estado, como el derecho pasivo a la reagrupación familiar<sup>54</sup>, entendiéndose por tal, el derecho de un particular que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado Parte en el Convenio a no sufrir una ruptura de los vínculos con sus familiares más cercanos como consecuencia, por ejemplo, de una medida de expulsión dictada por las autoridades nacionales.

Los conceptos de *familia* y de *vida familiar* han sido interpretados con un criterio autónomo y progresista por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de conformidad con la tendencia teleológica y dinámica de aproximación al Convenio que sigue este órgano judicial internacional, de manera que este Tribunal prestará especial atención a la existencia de un vínculo lo suficientemente estrecho entre las personas concernidas<sup>55</sup>. Así, tratándose de una pareja, el Tribunal Europeo opta por seguir un criterio material y no formalista que le permite ver una vida familiar allí donde se da una relación de convivencia, tanto entre esposos como entre personas que conviven de hecho como si estuvieran casados<sup>56</sup>. La familia, en el sentido del Convenio, incluye igualmente, la relación que los padres puedan tener con sus hijos, aun cuando se haya roto el vínculo marital<sup>57</sup> o, incluso, cuando los contactos entre ellos no se producen regularmente por causas ajenas a su voluntad<sup>58</sup>, por ejemplo, habiéndoles sido retirada su custodia<sup>59</sup>. Finalmente, el Tribunal ha considerado vida familiar el conjunto de relaciones que una persona soltera

<sup>54</sup> Sentencias del TEDH de 21 de junio de 1988, *caso Berrehab*; sentencia de 18 de febrero de 1991, *caso Moustaquim*; sentencia de 26 de marzo de 1992, *caso Beldjoudi*; sentencia de 24 de abril de 1996, *caso Boughanemi*; sentencia de 28 de noviembre de 1996, *caso Ahmut*; sentencia de 29 de enero de 1997, *caso Bouchelkia*; sentencia de 19 de febrero de 1998, *caso Dalia*; sentencia de 30 de noviembre de 1999, *caso Baghli*; sentencia de 11 de julio de 2000, *caso Ciliz*.

<sup>55</sup> Sentencia del TEDH de 28 de mayo de 1985, *caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali*, par. 63.

<sup>56</sup> Sentencia del TEDH de 28 de mayo de 1985, *caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali*, par. 62 y 63.

<sup>57</sup> Sentencias del TEDH de 21 de junio de 1988, *caso Berrehab*, par. 21; sentencia de 26 de mayo de 1994, *caso Keegan*, par. 50; sentencia de 11 de julio de 2000, *caso Ciliz*, par. 59 y 60.

<sup>58</sup> Sentencia del TEDH de 11 de julio de 2000, *caso Ciliz*, par. 68.

<sup>59</sup> Sentencia del TEDH de 22 de junio de 1989, *caso Eriksson*, par. 58.

pueda tener con sus familiares más cercanos, como padres y hermanos<sup>60</sup>.

Así pues, no se trata de un derecho autónomo, directamente invocable ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, máxime cuando el Tribunal no pretende cuestionar la política de entrada o de expulsión de extranjeros que cada Estado parte en el Convenio adopte, siempre y cuando dicha política no sea contraria a las obligaciones internacionales asumidas en virtud del artículo 8 del Convenio (derecho al respeto de la vida familiar) o del artículo 14 del Convenio (derecho a no sufrir discriminación en el ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio)<sup>61</sup>.

El derecho al respeto de la vida familiar —y por conexión a éste, el derecho a la reagrupación familiar—, no aparece configurado en el Convenio como un derecho «blindado», en el sentido de que no se prevé injerencias en su disfrute. Por el contrario, su redacción permite incluirlo junto a los derechos enunciados en los artículos 9, 10 y 11 del Convenio y el artículo 2.4 del Protocolo Adicional n.º 4 al Convenio, en el grupo de derechos cuyo disfrute puede ser restringido por las autoridades nacionales sin que, inevitablemente, se genere su responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones asumidas como Estado parte en el mismo. De hecho, tal responsabilidad sólo se generará cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos constatare, bien la violación de alguna de las disposiciones generales del Convenio

<sup>60</sup> Sentencias del TEDH de 18 de febrero de 1991, *caso Moustaquim*, par. 36; sentencia de 26 de marzo de 1992, *caso Beldjoudi*, par. 66; sentencia de 30 de noviembre de 1999, *caso Baghli*, par. 37.

<sup>61</sup> Sentencia del TEDH de 28 de mayo de 1985, *caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali*, par. 67: «El Tribunal no puede olvidar que el presente litigio se refiere no sólo a la vida en familia, sino también a la inmigración, y que, conforme a un principio de Derecho internacional firmemente establecido, los Estados tienen el derecho, sin perjuicio de los compromisos que derivan de los Tratados, de controlar la entrada de los no nacionales en su territorio». (La cursiva es añadida.) En este caso se trataba de la legislación británica que permitía a los extranjeros varones residentes en Reino Unido traer a sus esposas pero no al revés. Las razones invocadas por las autoridades británicas para justificar esta discriminación por razón de sexo fueron, principalmente que «los hombres tendrían una tendencia mayor que las mujeres a buscar trabajo, de forma que el impacto de los inmigrantes sobre tal mercado sería superior al de las inmigrantes» (Parágrafo 75).

relativas al disfrute por los particulares de los derechos reconocidos en el Convenio, tales como el artículo 18 (limitación de la aplicación de restricciones de derechos)<sup>62</sup> y, de modo especial, el artículo 14 (prohibición de discriminación en el disfrute de derechos)<sup>63</sup>, o bien, cuando este órgano judicial considere probado que una injerencia concreta en el ejercicio de las libertades reconocidas en el párrafo primero del artículo 8 del Convenio no se ha realizado de conformidad con las exigencias que aparecen recogidas en el párrafo segundo de dicho artículo<sup>64</sup>. A la luz de dicho párrafo segundo, la tarea de control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos va a consistir en comprobar que la injerencia tiene una base legal<sup>65</sup>, que persigue la consecución de algunos de los fines legítimos enumerados<sup>66</sup>, y que es una medida necesaria en una sociedad democrática. Los componentes de la cláusula necesaria en una sociedad democrática ya fueron señalados por el TEDH en una de sus primeras sentencias, de 7 de diciembre de 1976 en

<sup>62</sup> Artículo 18: Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas.

<sup>63</sup> Artículo 14: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

<sup>64</sup> Párrafo segundo del artículo 8 del Convenio: «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.»

<sup>65</sup> Con frecuencia, el requisito de la base legal suele plantear para el Tribunal la cuestión de si la norma impugnada reúne los requisitos de previsibilidad y de publicidad, cuya necesidad señaló el TEDH en su sentencia de 26 de abril de 1979, en el *Caso Sunday Times*, par. 49.

<sup>66</sup> Suele ser fácil para los Estados convencer al Tribunal de que la finalidad que motivó su injerencia en el ejercicio del derecho o libertad se corresponde con alguno de los previstos en el párrafo segundo del artículo en el que aparece enunciado dicho derecho o libertad. Esto es así, en parte, debido al hecho de que aun cuando los fines legítimos están enunciados con carácter exhaustivo, su tenor es muy amplio, como se comprueba en relación con el artículo 8 del Convenio: la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

el caso *Handyside contra Reino Unido*. Indicó entonces que, para controlar si una determinada injerencia podía calificarse como una medida necesaria en una sociedad democrática «tenía que hacer una valoración de la realidad de la necesidad social imperiosa implícita en la noción de "necesidad" en este contexto» y estableció que «cualquier "restricción" impuesta en esta esfera debe ser proporcionada al legítimo fin perseguido»<sup>67</sup>. Añadió igualmente que le incumbía determinar, «sobre la base de los distintos elementos a su alcance, si los motivos dados por las autoridades nacionales para justificar las medidas concretas de «injerencia» que adoptan son relevantes y suficientes»<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Sentencia del TEDH de 7 de diciembre de 1976, *Caso Handyside*. Serie A, vol. 24, par. 48 y 49.

<sup>68</sup> *Ibidem*, par. 50. Así pues, dos son los componentes de esta cláusula: la necesidad social imperiosa de un lado, y la proporcionalidad de la injerencia al fin perseguido, de otro. Con relación al primero de ambos componentes, la necesidad no puede ser establecida en términos absolutos sino que requiere la valoración de varios factores, incluyendo la naturaleza del derecho afectado, la naturaleza del interés público y el grado en que éste requería protección en las circunstancias del caso. Corresponde a las autoridades nacionales evaluar en primer lugar la «necesidad» de una injerencia, contando para ello con un cierto margen de apreciación. La amplitud del margen de apreciación de los Estados, que se refiere tanto al marco legislativo como a las medidas particulares de aplicación, no es el mismo para todos los supuestos sino que varía en función de las distintas cuestiones en juego, y, en todo caso, siempre está sujeto al control más o menos amplio del Tribunal Europeo. Este control de la «necesidad» de la injerencia que el Tribunal Europeo está llamado a realizar no consiste en juzgar la política desarrollada por un Estado parte en una determinada materia, ni tampoco ocupar el puesto de los Tribunales nacionales competentes que han decidido conforme a su poder discrecional sobre una determinada cuestión. Tampoco se limita a averiguar si el Estado demandado ejerció su discreción razonable y cuidadosamente y de buena fe, incluso en casos en los que el margen de discrecionalidad dejado al Estado es muy amplio. Por el contrario, el Tribunal debe comprobar si la necesidad de la injerencia está justificada por razones relevantes y suficientes, para lo cual se sirve, en ocasiones de modo explícito, del test de la proporcionalidad, que es el segundo componente de la cláusula «necesario en una sociedad democrática». La proporcionalidad de la injerencia al fin perseguido implica —como ha precisado el Tribunal— que las decisiones de las autoridades públicas que limiten el ejercicio de un derecho reconocido en el Convenio han de estar basadas en una aceptable valoración de los hechos relevantes, de modo que se haya mantenido un justo equilibrio entre el derecho fundamental del individuo y el interés legítimo perseguido por un Estado democrático. Las autoridades nacionales disponen de un cierto margen de apreciación para determinar qué medios son requeridos en las circunstancias para hacer frente a la necesidad, pero, de nuevo, éste está sometido al control europeo centrado en el doble requisito implícito en el principio de la proporcionalidad: de un lado, la exigencia de no imponer restricciones más allá de lo estrictamente necesario; de otro, el deber de mantener un justo equilibrio entre los intereses en juego.

Así se aprecia en las sentencias referidas a las injerencias en los derechos de los inmigrantes, en las que en función del contexto por ejemplo, si éstos tenían vínculos familiares estrechos en el país de acogida en el sentido antes señalado, o considerando las acciones criminales por las que fue condenado y que motivaron su orden de expulsión, el Tribunal Europeo decidirá si el Estado excedió su discrecionalidad<sup>69</sup>.

Debemos señalar, por último, el derecho a la asistencia jurídica gratuita, como parte del derecho a un juicio justo, reconocido en el artículo 6.1 del Convenio<sup>70</sup>, como derecho instrumental necesario para hacer valer ante cualquier jurisdicción el eventual derecho de un extranjero en España a la reagrupación familiar, o las consecuencias del mismo, en todos aquellos supuestos en que no pueda acogerse a los supuestos previstos por la LOEx en el párrafo primero de su artículo 21<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Sentencias del TEDH de 28 de mayo de 1985, *caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali*; sentencia de 21 de junio de 1988, *caso Berrehab*; sentencia de 18 de febrero de 1991, *caso Moustaqim*; sentencia de 26 de marzo de 1992, *caso Beldjoudi*; sentencia de 24 de abril de 1996, *caso Boughanemi*; sentencia de 28 de noviembre de 1996, *caso Ahmut*; sentencia de 29 de enero de 1997, *caso Bouchelkia*; sentencia de 19 de febrero de 1998, *caso Dalia*; sentencia de 30 de noviembre de 1999, *caso Baghli*; sentencia de 11 de julio de 2000, *caso Ciliz de 2000*.

<sup>70</sup> Como señaló el TEDH en su sentencia 9 de octubre de 1979, en el *caso Airey c. Irlanda*: «Si bien el artículo 6.1 garantiza a los litigantes un derecho de acceso efectivo ante los Tribunales, deja al Estado la elección de los medios a emplear para el logro de esa finalidad. La instauración de un sistema de asistencia jurídica gratuita (...) constituye uno de esos medios, pero hay otros, como, por ejemplo, una simplificación del procedimiento. En cualquier caso, no es función del Tribunal indicar, menos aún dictar, las medidas que han de tomarse: lo que el Convenio exige es que todo individuo disfrute de su derecho a un acceso efectivo a los Tribunales, en condiciones que no sean contrarias a lo dispuesto por el artículo 6.1 (...) Sin embargo, el artículo 6.1 puede en ocasiones exigir de un Estado proveer esa asistencia jurídica cuando se demuestre el carácter indispensable de ésta para un acceso efectivo ante los tribunales, ya sea porque sea legalmente exigida la asistencia de letrado, como ocurre en los ordenamientos internos de algunos Estados contratantes para determinados tipos de procesos, ya por la complejidad del procedimiento o del caso» (párrafo 26 de la sentencia. La cursiva es añadida).

<sup>71</sup> De hecho, en la jurisprudencia del TEDH se aprecia en la mayoría de los casos, la constante «orden de expulsión-injerencia en el derecho al respeto de la vida en familia», esto es, el derecho pasivo a la reagrupación familiar (a no perder los vínculos familiares) más que «negación de permiso de entrada-injerencia en el derecho al respeto de la vida en familia» (derecho activo a la reagrupación familiar), esto es, el derecho a hacer efectivos unos vínculos familiares en el territorio de un Estado parte en el Convenio. Sobre la cuestión, véase: CHUECA SANCHO, Ángel: *La expulsión de extranjeros en la Convención*

### III. LOS INMIGRANTES COMO TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

#### 1. DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Conocido es por todos el gran debate que la modificación de la Ley de extranjería ha suscitado. La Ley 8/2000 es una norma rodeada de polémica, y nada interesa menos a una ley de estas características que carecer de consenso, pues en modo alguno beneficia que cada cambio de Gobierno vaya acompañado de una derogación o modificación substancial de la anterior Ley, por la inseguridad que esto provoca en un sector de por sí tan maltrecho como el de los inmigrantes.

La reforma de la LOEx ha despertado un general descontento que se pone de manifiesto no sólo desde la oposición política, sino desde otros colectivos sociales. Así lo constatan los informes efectuados por la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, por Jueces para la Democracia y Unión Progresista de Fiscales, por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, por la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, por Comisiones Obreras...

Desacuerdo que se ha visto materializado en la que parece su máxima expresión, la presentación de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional —como legislador negativo de nuestro ordenamiento— por parte de los diputados del Partido Socialista Obrero Español. Sólo queda esperar la decisión que adopte este Órgano por la que se determine en el futuro el mantenimiento o no de los preceptos sobre los cuales se plantea la disconformidad con la Constitución, concretamente los apartados 5, 6, 9 y 16 del artículo primero de la Ley 8/2000, o lo que es lo mismo, los artículos 7, 8, 11 y 22 de la Ley 4/2000 según la nueva redacción dada por la Ley 8/2000<sup>72</sup>.

*Europea de Derechos Humanos*, Egado Editorial, Zaragoza, 1998, en particular, el capítulo III, págs. 65 a 90.

<sup>72</sup> Ante la incertidumbre de qué pueda decidir el Tribunal Constitucional sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado, lo único que podemos adelantar, es que en otras ocasiones cuando ha debido pronunciarse sobre cuestiones

La nueva redacción de la Ley de extranjería rompe con el abanico de derechos y libertades de los que, en todo caso, disfrutaba el inmigrante con independencia de su situación administrativa en España. En la actualidad, y a grandes trazos:

— Tan sólo para los extranjeros residentes se reconoce el derecho a la educación no obligatoria (art. 9.3); el derecho a ayudas en materia de viviendas (art. 13); el derecho a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social (art. 14.1.2); el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar (art. 16); el derecho a la reagrupación familiar (art. 17), y el derecho a la asistencia jurídica gratuita para cualquier tipo de proceso (art. 22.2).

— Tan sólo los extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España podrán disfrutar del derecho de reunión y manifestación (art. 7.1); del derecho de asociación (art. 8); de la libertad de sindicación (art. 11.1). Además, para el ejercicio del derecho de huelga, será preceptivo haber conseguido la autorización para trabajar (art. 11.2).

— Tan sólo los extranjeros que se encuentren en España en situación irregular, y estén empadronados, tendrán derecho

relacionadas con los derechos y libertades reconocidas en el Título I de la Constitución y su conexión con los extranjeros, su postura se plasma en la sentencia de 10 de abril de 2000 «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 contra, 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». Pronunciamiento que reitera lo decidido en sentencias anteriores: SSTC 23 de noviembre de 1984; 30 de septiembre de 1985; 7 de julio de 1987, entre otras, donde se establece la siguiente distinción: 1.º Derechos que ha de tener cualquier persona por el hecho de ser persona, sin que en ningún caso el legislador pueda privarle de los mismos (art. 10 CE). 2.º Aquellos derechos que sólo pueden disfrutar los ciudadanos del Estado español (art. 23 CE). 3.º Aquellos derechos cuyo disfrute por los ciudadanos extranjeros depende de la decisión tomada por el legislador en el desarrollo de su potestad legislativa, sin olvidarse de los compromisos internacionales adquiridos.

a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 12.1).

— Por el contrario, se mantiene para todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa: el derecho a la educación básica, gratuita y obligatoria para los menores de 18 años (art. 9.1); el derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia (art. 12.2); en el supuesto de menores de dieciocho años, el derecho a la asistencia sanitaria ejercida en las mismas condiciones que los españoles (art. 12.3); para el caso de las extranjeras embarazadas, el derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto (art. 12.4); el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (art. 14.3).

Tras esta rápida panorámica sobre qué derechos y qué libertades corresponden a los ciudadanos extranjeros, queremos prestar una atención más detenida a los derechos relacionados con la familia. El párrafo primero del artículo 16 reconoce los derechos a la intimidad familiar y a la vida en familia a los *extranjeros residentes*. Idéntica fórmula se repite en el párrafo segundo cuando se refiere al derecho a la reagrupación familiar. A este respecto, dos son las precisiones que hay que hacer:

En primer lugar, es importante destacar que el origen de este trato diversificado en atención a que se permanezca en nuestro país de forma regular o irregular no se sitúa entre las novedades introducidas por la Ley 8/2000, sino que ya se contenía en la redacción inicial de la Ley de extranjería de 11 de enero de 2000 (4/2000), si bien tan injustificada distinción ha pasado desapercibida por lo general para la doctrina en su comentario a dicha Ley<sup>73</sup>.

¿Por qué limitar el ejercicio del derecho a la intimidad familiar del extranjero a que resida en España legalmente?

<sup>73</sup> Excepcionalmente MOYA ESCUDERO, Mercedes, *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Ed. Comares, Granada, 2001, págs. 673-707, donde analiza la reagrupación familiar según la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000.

¿Qué relación guarda ser residente legal en nuestro país con el deber que afecta a todos, incluidos los poderes públicos, de no desvelar aspectos «no de la persona individualmente considerada, sino como perteneciente a un grupo de personas entre las que existen determinados vínculos y que denominamos familia»<sup>74</sup>? ¿Existe realmente justificación para negar a un ciudadano, con independencia de su situación administrativa, este derecho?

Otro tanto sucede con el derecho a la vida en familia, ¿se justificaría que el Estado interviniera para separar a una madre de su hijo alegando que son inmigrantes ilegales? Piénsese en el caso, cada vez más frecuentes, de mujeres que llegan a nuestras costas en pateras con sus hijos de muy corta edad o embarazadas. ¿Se explicaría una intervención administrativa en el seno de una familia, aun cuando fuesen «ilegales»? El poder de injerencia del Estado en relación al derecho a la vida en familia ha de quedar necesariamente limitado, en nuestra opinión, a casos excepcionales, como serían, *ad exemplum*, situaciones de malos tratos, o el no cumplimiento del deber de escolarización de los menores (también obligatorio para los hijos de extranjeros ilegales, artículo 9), pero nunca de forma gratuita amparado en la situación irregular de los miembros de una familia de extranjeros.

<sup>74</sup> REBOLLO DELGADO, Lucrecin, *El Derecho fundamental a la intimidad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000; págs. 178-179. En el mismo sentido STS (Sala 3.ª) 1 de julio de 2000: «El derecho a la intimidad familiar, protegido por el artículo 18.1 de la Constitución, es la salvaguardia de la privacidad en las relaciones familiares para que éstas queden exentas e inmunes a las agresiones o invasiones exteriores, incluidas las de los poderes públicos». Sin olvidar su desarrollo legal por Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE de 14 de mayo de 1982). Artículos 205 a 216 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995 (BOE de 24 de noviembre de 1995). STC 107/84 «(...) produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos con relación a los españoles».

Cosa distinta sucede en el caso del derecho a la reagrupación familiar<sup>75</sup>, cuya reducción, únicamente, a los extranjeros que tienen residencia legal en nuestro país, se explica desde la lógica de que el Estado no debe potenciar mecanismos de entrada, que a la postre determinen el aumento de los ilegales en su territorio o que se originen a partir de la entrada de ilegales<sup>76</sup>, sin perjuicio, de que el derecho a la intimidad familiar y a la no injerencia en la vida en familia deba extenderse a todos los extranjeros, de acuerdo con el contenido de los Tratados Internacionales, a los que se refiere el propio artículo 16.1 de la Ley, y a la necesaria lectura constitucional que debe hacerse de esta norma según los artículos 13.1, 10.2 y 96.1 de la Constitución española. Pese a todo, la actual redacción del artículo 3, ya no establece que los extranjeros gozarán de los derechos y libertades del Título I de la Constitución en igualdad de condiciones que los españoles, sino que su referencia al Título I de la Constitución sirve como un mero criterio interpretativo. De esta forma, se hace una clara distinción a este respecto entre los extranjeros residentes y los no residentes<sup>77</sup>.

La segunda precisión que es interesante efectuar es que el artículo 16 de la Ley, párrafos primero y segundo, no es objeto

<sup>75</sup> El derecho a la reagrupación familiar, en opinión del Consejo General del Poder Judicial, manifestada en el «Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social», de 26 de junio de 2000, no tiene la consideración de derecho fundamental del ciudadano extranjero, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. ¿Cómo se equilibrará esta situación desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

<sup>76</sup> STEDH caso Gül contra Suiza, los Estados, según esta sentencia, están habilitados para establecer un criterio que permita compatibilizar el derecho a la reagrupación familiar del extranjero, con los intereses del propio país de acogida, de manera que son posibles las limitaciones del derecho a la reagrupación familiar, mediante la facultad para regular la entrada, la permanencia y la expulsión de los extranjeros, pero siempre que se guarde un equilibrio entre el interés que se desea proteger, por ejemplo, salvaguardar el orden público, con la magnitud de la limitación a la que se somete el derecho a la reagrupación familiar. *Vide* Dolores VÁZQUEZ GARCÍA, «El tratamiento de los menores en el marco de las migraciones europeas. El reagrupamiento familiar y la protección de los derechos humanos» en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Curso 1999-2000, págs. 325-333.

<sup>77</sup> FREDAS, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos. «Los Derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en *Revista de Derecho Político*, n. 44/1998, págs. 103-141.

del recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 8/2000. Ello permite predecir que los límites a este exceso cometido por el legislador español vendrán en el futuro de la mano de lo decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## 2. EL ARTÍCULO 1 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CLÁUSULA «DEPENDIENTE DE LA JURISDICCIÓN DE UN ESTADO PARTE EN EL CONVENIO»

Una vez puesto de manifiesto en el epígrafe anterior las modalidades de distinción previstas por el legislador español en el disfrute por los extranjeros en España de los derechos y libertades fundamentales, corresponde valorar, al margen de cualquier juicio moral, su compatibilidad con las obligaciones internacionales asumidas por España como Estado parte en el Convenio. Para abordar esta cuestión debemos plantearnos dos cuestiones.

En primer lugar, procede preguntarse si los inmigrantes bajo la jurisdicción del Estado español, por utilizar una terminología fiel a la letra del Convenio —tanto en situación regular como irregular—, son titulares de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio —incluyendo, como se ha indicado, el derecho a la reagrupación familiar como componente del derecho al respeto de la vida familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio— y, por lo tanto, se benefician del mecanismo de protección instituido en el mismo. La respuesta, a la luz del artículo 1 del Convenio es positiva<sup>78</sup>. Como ha escrito CARRILLO SALCEDO:

<sup>78</sup> Artículo 1. Obligación de respetar los derechos humanos. «Las Altas Partes Contratantes *asegurarán* a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.» La cursiva es añadida. Se ha preferido la versión inglesa del Convenio («shall secure»), a la francesa («reconnaissent») —coincidente con la traducción española «reconocen» al publicar el texto del Convenio en el BOE—, que refleja el principio del efecto útil del Convenio, reiteradamente señalado por el Tribunal Europeo desde sus primeras sentencias (*caso Irlanda c. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, parágrafo 239), en el sentido de que los derechos protegidos no son teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos, imponiendo sobre los Estados partes no sólo un deber de abstenerse de injerencias en los mismos, sino, incluso, obligaciones positivas.

«En virtud del artículo 1 del Convenio europeo de derechos humanos, los titulares de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio son todas las personas que se hallen bajo la jurisdicción de los Estados partes (...) Los Estados partes en el Convenio deben reconocer estos derechos y libertades no sólo a sus propios nacionales o a los de otros Estados partes, sino también a los nacionales de Estados no partes en el Convenio y a los apátridas. La expresión «toda persona» (...) subraya la naturaleza universal de los derechos y libertades reconocidos por el Sistema del Convenio. La expresión «dependiente de su jurisdicción» parece limitar el número de beneficiarios del Convenio, pero no hace más que establecer el vínculo necesario entre la víctima de una violación del Convenio y el Estado parte al que se imputa dicha violación. En otras palabras, para que el Convenio sea aplicable, debe ser posible para el Estado reconocer los derechos garantizados en el mismo; sin embargo, no es necesario que exista un vínculo jurídico estable como la nacionalidad, la residencia o el domicilio, porque basta que el Estado pueda ejercer algún tipo de poder sobre el interesado»<sup>79</sup>.

En segundo lugar, corresponde averiguar si la distinción que el legislador español ha introducido, respecto de los extranjeros en situación regular o irregular, en la Ley Orgánica 4/2000, confirmada en la Ley Orgánica 8/2000, con relación al disfrute de algunos de los derechos y libertades fundamentales, en particular, el derecho a la reagrupación familiar, es compatible con las obligaciones internacionales asumidas por España como parte en el Convenio. La respuesta a esta segunda cuestión nos parece igualmente negativa, desde la perspectiva de la interpretación y aplicación del artículo 14 del Convenio, que protege frente a un trato diferenciado, sin una justificación objetiva y razonable, de personas en situación similar<sup>80</sup>, en el disfrute de los derechos reconocidos en el Con-

<sup>79</sup> CARRILLO SALCEDO, Juan Antonin: «Commentaire à l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme» en PETTITI, Louis-Edmond, DECAUX, Emmanuel et IMBERT, Pierre-Henri: *La Convention européenne des droits de l'homme*. Ed. Economica, Paris, 1995, pág. 135. (La traducción del francés original de la cita es nuestra)

<sup>80</sup> Sentencias del TEDH de 26 de abril de 1979, *caso Sunday Times*, pará. 58, y de 23 de junio de 1993, *caso Hoffmann*, pará. 31.

venio y en sus Protocolos adicionales de contenido normativo, tanto en conexión con el derecho al respeto de la vida familiar y el derecho a la reagrupación familiar, protegidos por el artículo 8 del Convenio, como en relación con el derecho a la asistencia jurídica gratuita, implícito en el artículo 6.1 del Convenio<sup>81</sup>. El cumplimiento de los Estados partes en el Convenio de sus obligaciones asumidas en virtud del artículo 14 está sometido al control del Tribunal. A él corresponde asegurar que una medida de las autoridades nacionales no suponga un trato diferenciado en el ejercicio de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio o en sus Protocolos adicionales de contenido normativo bien porque carezca de una justificación objetiva y razonable, esto es, «no persigue un fin legítimo» o no hay una «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin pretendido»<sup>82</sup>. Sin embargo sostenemos la incompatibilidad de las referidas disposiciones de la LOEx con el artículo 14 del Convenio, a la luz de la doctrina del efecto útil del Convenio, del principio de interpretación teleológica y dinámica del Convenio y considerando el hecho de que los derechos reconocidos en el artículo 8 del Convenio estén vinculados a la noción de sociedad democrática, con la consecuencia de que el control del Tribunal de las injerencias en su ejercicio va a ser estricto a pesar del margen de apreciación que puedan disponer los Estados partes en la materia<sup>83</sup>. Así pues, la distinción introducida por el legislador español respecto de los extranjeros en situación regular o irregular, residentes o no residentes, reconociendo sólo a los primeros el derecho a la reagrupación familiar, nos parecería contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos y, por consiguiente, sería incompatible con las obligaciones internacionales asumidas por España al ratificarlo.

<sup>81</sup> En los procedimientos que se sustentan por los extranjeros ante cualquier jurisdicción para hacer valer este derecho siempre que no puedan acogerse a los supuestos previstos en el párrafo primero del artículo 22 de la LOEx.

<sup>82</sup> Sentencia del TEDH de 28 de julio de 1968, *caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica*, par. 10; igualmente, sentencia del TEDH de 13 de junio de 1979, *caso Marckx*, par. 33).

<sup>83</sup> Véase, en este sentido, la sentencia del TEDH de 28 de mayo de 1985, en el *caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali*, y la sentencia del mismo Tribunal de 16 de septiembre de 1996, en el *caso Gaygusuz*.

#### IV. CONCLUSIONES

Al concluir estas páginas varias son las conclusiones alcanzadas en el presente estudio:

1. Al igual que el título de la novela del famoso escritor GARCÍA MÁRQUEZ, ésta es una «crónica de una incompatibilidad anunciada». Incompatibilidad con el Convenio, de manera particular, con el artículo primero de éste, que no distingue entre regulares e irregulares para limitar el disfrute de los derechos reconocidos sólo a los primeros y con el artículo 8 interpretado en conexión con el artículo 14, que prohíbe cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de los derechos familiares. Incompatibilidad, igualmente, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo, cuya interpretación teleológica, activista y pro víctima, gracias a la cual el Convenio es un instrumento vivo, dinámico y adaptado a las circunstancias presentes, casa mal con la letra y el espíritu de la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Dicha incompatibilidad podría ser utilizada para denunciar la inconstitucionalidad de las disposiciones afectadas de la LOEx, a la luz de la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el sentido de que el contenido esencial de los derechos fundamentales ha de ser conforme con los tratados internacionales en materia de derechos humanos válidamente celebrados por España. En este sentido, nos sorprende en gran manera que en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto ante el máximo garante de la Constitución en relación con algunas de las disposiciones de la LOEx no figure ninguna referencia a los derechos familiares. Asimismo, el tratamiento que la LOEx hace de estos derechos puede generar la responsabilidad internacional de España por incumplimiento de sus obligaciones internacionales al no asegurar el efectivo disfrute de los derechos que como Estado parte en el Convenio y en sus Protocolos adicionales de contenido normativo se reconocen a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.

2. Es fundamental que el legislador no pierda de vista en lo que resta del proceso de redacción del Reglamento de ejecución

de la Ley de extranjería, su deber de buscar un consenso —del que no disfrutó para la aprobación de la Ley 8/2000—, con el fin de hacer de esta regulación una norma estable. De lo contrario, cada cambio de signo político en el Gobierno en el poder irá acompañado de un proceso de modificación o sustitución de la LOEx del Gobierno precedente, lo que dañaría gravemente los intereses de los inmigrantes, que bastante sobresaltos padecen ya con las recientes y numerosas medidas extraordinarias de regularización.

3. La apuesta por la auténtica integración del inmigrante en la sociedad española pasa por asegurar su derecho a la vida en familia. Sólo así será posible reducir las situaciones de desarraigo y de marginalidad que son el caldo de cultivo de reacciones xenófobas y racistas.