

Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento para su inserción socio-laboral

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO*

1. INTRODUCCIÓN

La reagrupación familiar no es, *stricto sensu*, un tema laboral ni tampoco un derecho sólo predicable de quienes ostenten la condición de trabajadores, ya sea por cuenta ajena o autónomos.

Sin embargo, el reconocimiento de tal derecho por lo que atañe a los trabajadores extranjeros en particular tiene, innegablemente, trascendencia práctica ya que a través del mismo no sólo se concilia su derecho al trabajo con la vida familiar¹, sino también se favorece su integración en el país de acogida².

Asimismo, también puede constituir la vía para que esos familiares reagrupados accedan al mercado laboral nacional y puedan con el tiempo también ellos ejercer el derecho a reagrupar consigo a otros familiares.

En cuanto a la regulación aplicable a esta materia hay que señalar que difiere sustancialmente en función de la nacionalidad de los sujetos que puedan invocar su derecho a la reagrupación familiar. Es por ello que resulta obligado diferenciar entre el *status* de que gozan los sujetos protegidos por el Derecho comunitario³ frente a los nacionales de Terceros Esta-

* Universidad de Sevilla.

¹ J. MANUEL CORTÉS MARTÍN; Inmigración y Derecho a la Reunificación Familiar en la Unión Europea: ¿Mínimo Común Denominador de las Políticas Nacionales? Anuario de Derecho Europeo n.º4/2005; p.36: «si no se hubiesen conferido derechos razonablemente extensos a los miembros de las familias de los trabajadores para que estos pudieran también emigrar, probablemente habrán fracasado las disposiciones dirigidas a asegurar la libre circulación que la Comunidad necesitaba aplicar con objeto de hacer una realidad el mercado común».

² P. SANTOLAYA MACHETTI; «Derecho a la Vida Privada y Familiar: Un Contenido Notablemente Ampliado del

Derecho a la Intimidad» en: JAVIER GARCÍA ROCA y PABLO SANTOLAYA (Coords.); *La Europea de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2005; p.490: «el concepto de vida privada incluye las actividades profesionales o comerciales». Razonando el citado autor que «el trabajo es el ámbito en el que las personas realizan la mayoría de sus relaciones con el mundo exterior».

³ La reagrupación llevada a cabo por españoles o ciudadanos de Estados en los que resulte aplicable el Derecho comunitario, se rige por el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero. Asimismo, ha de tenerse presente la Directiva 2004/38, de 29 de abril, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros

dos, refugiados, asilados, desplazados y apátridas. Sólo para este segundo colectivo la reagrupación familiar se regirá conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000⁴ y en su Reglamento de desarrollo⁵ que, en todo caso, es respetuosa con la Directiva 2003/86, sobre el derecho de reagrupación familiar de los nacionales de países terceros que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros.

2. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Aunque, salvo error u omisión, ninguno de los instrumentos internacionales ratificados hasta la fecha por España reconoce expresamente y de manera autónoma el derecho a la reagrupación familiar, no faltan los ejemplos de Tratados que consagran tanto el derecho a la vida privada como el derecho a fundar una familia⁶.

de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, que ha de ser traspuesta en el plazo de dos años.

JESÚS CRUZ VILLALÓN; «La Política de Inmigración: una Competencia Compartida» en: JOAQUÍN GARCÍA MURCIA (Coord.); *Inmigración y Trabajo de Extranjeros*. Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias. Oviedo. 2005; p.51: «el proceso de extensión en lo material de los derechos vinculados a la libre circulación de trabajadores también trae consigo el derecho al reagrupamiento familiar, a poder desplazarse al territorio europeo a la familia más próxima».

⁴ Reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre; y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

⁵ E. LÓPEZ BARBA y D. GARCÍA SAN JOSÉ; «El Derecho de Reagrupación Familiar en el Nuevo Régimen Jurídico de la Inmigración en España a la Luz de las Obligaciones Asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un Análisis Crítico». Poder Judicial n.º 64//2001; p. 50: «la Ley Orgánica 4/2000 merece ser aplaudida porque por primera vez y de forma expresa se atribuye al inmigrante derecho a reagruparse con sus familiares en nuestro país».

⁶ A título ilustrativo cfr. los artículos 12 y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10.12.1948; el artículo 12 del Convenio relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Inmigrante; los artículos 17 y 23.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 19.12.1966; y el artículo 10.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Entre todos ellos, sin embargo, especial atención merece el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷ ya que presenta una importante singularidad respecto de otros Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por España: es el único que «goza de un mecanismo jurisdiccional instituido para garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados partes en él»⁸, que no es otro que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ciertamente, el derecho a la reagrupación familiar no aparece expresamente consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero su artículo 8.1 sí proclama que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar». Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones respecto a pretensiones de reagrupación familiar basadas en el artículo 8.1 del Convenio⁹.

Siguiendo a Santolaya Machetti¹⁰ de estos pronunciamientos se infieren las siguientes conclusiones:

1) «El alcance de la obligación estatal de admitir en su territorio a familiares de los inmigrantes depende de la situación de los interesados y del interés general».

⁷ El CEDH fue suscrito por España el 24.11.1977 y ratificado el 26.9.1979.

⁸ E. LÓPEZ BARBA y D. GARCÍA SAN JOSÉ; «El Derecho de Reagrupación Familiar en el Nuevo Régimen Jurídico de la Inmigración en España a la Luz de las Obligaciones Asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un Análisis Crítico». *Op. cit.*; p.48.

⁹ Sentencias del TEDH de 28.5.1985 (Abduzaziz, Cabaes y Balkandali contra el Reino Unido); de 19.2.1996 (Gül contra Suiza); de 28.11.1996 (Ahmut contra los Países Bajos) y de 21.12.2001 (Sen contra Países Bajos).

¹⁰ P. SANTOLAYA MACHETTI; «Derecho a la Vida Privada y Familiar: Un Contenido Notablemente Ampliado del Derecho a la Intimidad». *Op. cit.*; pp.499 y 500.

2) «De acuerdo con un principio de derecho internacional absolutamente asentado, los Estados tienen derecho, sin perjuicio de sus competencias internacionales, a controlar la entrada de los no nacionales en su territorio».

3) «En materia de inmigración no se puede interpretar que el artículo 8 implique para un Estado la obligación general de respetar la elección de residencia de las parejas o de permitir la reagrupación familiar en su territorio».

4) «Sólo en los supuestos en los que la vida familiar no es posible en ningún otro lugar, por impedimento legal o fáctico podría llegar a actuar el artículo 8 como límite de la capacidad de los Estados a la hora de establecer su política de reagrupación familiar».

La trascendencia –con todas sus limitaciones¹¹– de esta doctrina jurisprudencial resulta innegable por cuanto que ha supuesto la inclusión del derecho a la reagrupación familiar en el ámbito de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos a través de su artículo 8.1¹². Y ello gracias a la extensiva interpretación que hace el Tribunal del «derecho a la vida familiar», lo que tiene un especial interés «para los ciudadanos de terceros países que no disfrutaban de las libertades comunitarias»¹³.

No procede concluir este epígrafe sin traer a colación el hecho de que, como señalan López Barba y García San José¹⁴, el artículo

8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos «es incluíble 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».

En todo caso, deberá respetarse –conforme a la jurisprudencia del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos–, que sea una medida con base legal, necesaria en una sociedad democrática para alguno de los fines generales enumerados en el párrafo segundo del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

2.1. ¿La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos como canon de interpretación de los derechos fundamentales en España?

Por mandato del artículo 10.2 de la Constitución los derechos fundamentales y las libertades constitucionalmente reconocidas se interpretarán conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España en estas materias.

Pero aunque ninguna referencia específica contenga el citado precepto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la doctrina¹⁵ se ha decantado uná-

¹¹ XABIER ARZOS SANTIESTEBAN; «Derecho al Respeto de la Vida Privada y Familiar» en: IÑAKI LASAGABASTER HERRATE; *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*. Thomson-Civitas. Madrid. 2004; p.309: «hasta la fecha el TEDH no ha reconocido la existencia de un auténtico derecho a la reagrupación familiar derivado del artículo 8».

¹² E. LÓPEZ BARBA y D. GARCÍA SAN JOSÉ; «El Derecho de Reagrupación Familiar en el Nuevo Régimen Jurídico de la Inmigración en España a la Luz de las Obligaciones Asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un Análisis Crítico». *Op. cit.*; p.66.

¹³ XABIER ARZOS SANTIESTEBAN; «Derecho al Respeto de la Vida Privada y Familiar». *Op. cit.*; p.255.

¹⁴ E. LÓPEZ BARBA y D. GARCÍA SAN JOSÉ; «El Derecho de Reagrupación Familiar en el Nuevo Régimen Jurídico de la Inmigración en España a la Luz de las Obligaciones Asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un Análisis Crítico». *Op. cit.*; p.69.

¹⁵ Entre otros muchos, A. POYAL COSTA; «La Protección de los Derechos Fundamentales en el Derecho Comunitario». *Revista de Estudios Europeos* n.º 8/1994; p.97.

Por su parte, L.M. BUJOSA VADELL; *Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Ordenamiento Español*. Tecnos. Madrid. 1997; p.67; llega a afirmar que «a través de esta norma se produce una constitucionalización de la interpretación que se deriva de las normas internacionales sobre derechos humanos ratificadas por nuestro país».

nimemente por una interpretación teleológica del precepto, omnicomprensiva tanto del propio Convenio como de su «complemento de expresión»¹⁶, esto es, la jurisprudencia del TEDH.

Tesis que el propio Tribunal Constitucional¹⁷ parece avalar puesto que en sus pronunciamientos frecuentemente aparecen invocadas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁸.

No obstante, se ha de reconocer que el Alto Tribunal no siempre ha mantenido un criterio uniforme¹⁹ respecto a la obligatoriedad, o no, de recurrir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como criterio hermenéutico. Pero, «conocido es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional algunas veces es, lamentablemente, contradictoria»²⁰.

¹⁶ C. GARCÍA PASCULA; «La Función del Juez en la creación y protección de los Derechos Humanos» en: J. BALLESTEROS (Ed.); *Derechos Humanos*. Tecnos. Madrid. 1992; p.220.

¹⁷ En opinión de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA cabría distinguir una primera fase, «en la que el TC explicaba por qué eran de aplicación en España dichas sentencias» y otra más reciente «en las que se consideran aplicables sin necesidad de mayor explicación». Cfr. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; *El Convenio, el Tribunal Europeo y el Derecho a un Juicio Justo*. Akal. Madrid. 1991; p.9.

¹⁸ A título ilustrativo pueden traerse a colación las sentencias del TC 12/1981, de 10 de abril; 62/1982, de 15 de octubre; 36/1984, de 14 de marzo; 101/1984, de 8 de noviembre; 37/1988, de 3 de marzo; 137/1990 de 19 de julio; 214/1991 de 11 de noviembre; 303/1993; de 25 de octubre; y 89/1995, de 6 de junio.

¹⁹ En la sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, categóricamente se afirma que «la vía interpretativa impuesta por el artículo 10.2 no resulta concluyente en este supuesto, pues no existe pronunciamiento del TEDH al respecto». En el mismo sentido, la sentencia 303/1993, de 25 de octubre, según la cual la jurisprudencia del TEDH «resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE». En términos más moderados se pronunció, en cambio, la sentencia 36/1984, de 14 de marzo, según la cual la remisión del artículo 10.2 de la CE «autoriza y aún aconseja, referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el TEDH».

²⁰ C. GARCÍA PASCULA; «La Función del Juez en la Creación y Protección de los Derechos Humanos». *Op. cit.*; p.220.

3. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR ¿DERECHO FUNDAMENTAL?

El artículo 18.1 de la Constitución consagra el derecho a la intimidad familiar como derecho fundamental. Sin embargo, ninguna referencia explícita a la reagrupación familiar aparece en el texto constitucional.

No obstante, es altamente significativo que, precisamente, bajo la rúbrica «Derecho a la intimidad familiar» el artículo 16.2 de la Ley Orgánica 4/2000 regule el derecho de los extranjeros residentes en España a reagrupar con ellos a los familiares determinados legalmente.

A la vista de las consideraciones anteriores resulta obligado plantearse la cuestión de si el derecho a la reagrupación familiar forma parte, o no, del contenido del derecho a la intimidad familiar.

Sobre este particular, Ortega Martín²¹ parte de la base de que «el derecho fundamental a la intimidad familiar, como derecho que se tiene a mantener una esfera de privacidad de las circunstancias de la unidad familiar tiene ciertamente poco que ver con ese derecho a la vida familiar en común que late tras el principio de reagrupación familiar».

Si bien, a reglón seguido, el citado autor añade que este derecho «al que en principio pudiera conferirse rango ordinario, se eleva de categoría al vincularse con el derecho a la vida privada» garantizado por el artículo 18 de la Constitución.

Dicho con otras palabras, el artículo 16 de la Ley Orgánica 4/2000 «engarza con el derecho a la intimidad familiar que garantiza el artículo 18.1 de la Constitución»²².

²¹ E. ORTEGA MARTÍN; *Manual de Derecho de Extranjería*. 3ª ed. Europea de Derecho. Madrid. 2005; p.10.

²² H. LOSADA GONZÁLEZ; «Estatuto Legal de los Extranjeros en España» en: A. PALOMAR OLMEDA (Coord.); *Tratado de Extranjería. Aspectos Civiles, Penales, Administrativos y Sociales*. Thomson-Aranzadi. Madrid. 2004; p.219.

Y respecto a la cuestión de si el artículo 18.1 de la Constitución es aplicable a los extranjeros, Sagarra Trias²³ se pronuncia afirmativamente en base a las últimas sentencias dictadas por el propio Tribunal Constitucional.

A modo de conclusión provisional cabe constatar que la inclusión en la Ley Orgánica 4/2000 del derecho a la reagrupación familiar como contenido integrante del derecho a la intimidad familiar se ajusta a la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y es conforme con el alcance que este órgano atribuye al derecho al respeto de la vida familiar consagrado en el artículo 8.1 del citado Convenio Europeo de Derechos Humanos.

4. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LA LEY ORGÁNICA 4/2000 Y EN SU REGLAMENTO DE DESARROLLO

El Título I de la Ley Orgánica 4/2000 que lleva por rúbrica «Derechos y Libertades de los Extranjeros» regula en su capítulo II la reagrupación familiar (artículos 16 a 19, ambos inclusivos).

Por su ubicación dentro del articulado de la Ley se ha deducido que se trata de un «verdadero derecho subjetivo no subordinado a las vicisitudes familiares que en momentos posteriores pudieran producirse»²⁴.

La Ley Orgánica 4/2000 es desarrollada por el Reglamento de Extranjería²⁵ que en

²³ E. SAGARRA TRIAS; *La Legislación sobre Extranjería e Inmigración: una Lectura*. Publicaciones de la Universidad de Barcelona. Barcelona. 2002; p.105.

²⁴ En tal sentido se pronuncia E. ORTEGA MARTÍN; *Manual de Derecho de Extranjería*. *Op. cit.*; pp.10 y 20.

²⁵ Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración. Cfr. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Dir); *Aspectos Puntuales del Nuevo Reglamento de Extranjería*. Laborum. Murcia. 2005.

sus artículos 38 a 44 regulan la residencia temporal en virtud de reagrupación familiar. Asimismo, ha de tenerse presente lo establecido en su artículo 89 respecto a la reagrupación de los familiares de los estudiantes e investigadores extranjeros.

4.1. Titularidad del derecho a la reagrupación familiar

El artículo 16.2 de la Ley Orgánica de Extranjería confiere a los extranjeros residentes en España²⁶ el derecho a reagrupar con ellos a los familiares legalmente delimitados en el artículo 17 del mismo cuerpo legal.

Consiguientemente, se «deja fuera de la titularidad, autónoma o independiente, a los familiares reagrupables. Con lo cual sólo podrán beneficiarse quienes el residente extranjero en España quiera o desee reagrupar»²⁷.

4.1.1. Extranjeros

Conforme a lo prevenido en el artículo 1.1. de la Ley Orgánica 4/2000, extranjeros son todos aquellos que carecen de la nacionalidad española.

En materia de reagrupación familiar se equiparan a los extranjeros de terceros países, en cuanto derechos, los refugiados y asilados, los desplazados y apátridas que tengan reconocido tal estatuto por el gobierno español (artículo 45.3 del Reglamento de Extranjería).

No obstante, se ha de tener en cuenta que, excepto que les fuera más favorable –que no

²⁶ Cfr. el siguiente epígrafe 4.1.2. «Residencia y Estancia en España».

²⁷ E. SAGARRA TRIAS; *La Legislación sobre Extranjería e Inmigración: una Lectura*. *Op. cit.*; p.184.

es el caso por lo que respecta a la reagrupación familiar-, la Ley Orgánica 4/2000 no es aplicable a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea ni a quienes sea aplicable el régimen comunitario²⁸.

Asimismo, quedan excluidos del ámbito de aplicación personal de la Ley 4/2000 y se registrarán por su normativa específica los colectivos mencionados en su artículo 2 (agentes diplomáticos, funcionarios consulares, miembros de las misiones diplomáticas, funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales....).

4.1.2. Residencia y estancia en España

La residencia legal en España se configura como requisito necesario para que un extranjero pueda ejercer el derecho a la reagrupación familiar al amparo de lo prevenido en el artículo 16.2 de la Ley Orgánica 4/2000 y en su Reglamento de desarrollo. No es en cambio necesario que el reagrupante sea titular de una autorización de trabajo²⁹.

La regla del requisito de la residencia tiene, sin embargo, una importante excepción: conforme al artículo 89 del Reglamento de Extranjería se reconoce el derecho a la reagrupación familiar a los estudiantes e investigadores extranjeros en España. Y ello a pesar de que tales estudiantes e investigadores no tienen reconocido el derecho a una autorización de residencia, sino a una autori-

²⁸ Cfr. el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Igualmente, ha de tenerse en cuenta la Directiva 2004/38, de 29 de abril, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, que ha de ser traspuesta en el plazo de dos años.

²⁹ Esta regla general tiene excepciones. Cfr. epígrafe 4.5.» Reagrupación Familiar en Cadena».

zación de estancia (cfr. artículo 25 del Reglamento de Extranjería)³⁰.

A. Período de residencia previa exigible

Con carácter general, el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 4/2000 supedita el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar al requisito de que el extranjero reagrupante haya residido legalmente en España «un año y tenga autorización para residir al menos otro año». Tal exigencia es reiterada por el artículo 38 del Reglamento de Extranjería.

Respecto a esta exigencia de residencia previa en España exigible a los residentes legales Galiana Moreno³¹ ha planteado la necesidad de «introducir determinadas correcciones» puesto que «los inmigrantes regulares se integran en un nivel de no discriminación con los nacionales».

4.1.3. Extranjeros en situación irregular

Como punto de partida hay que reconocer que en la normativa española no existe cobertura legal para fundar el derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros que se encuentren en España en situación irregular.

³⁰ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO; «De la Entrada y Estancia con Fines de Investigación y Estudios a la Autorización de Trabajo» en: C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO; *Aspectos Puntuales del Nuevo Reglamento de Extranjería*. Laborum. Murcia. 2005; p.254: «para poder cursar o ampliar estudios y/o desarrollar trabajos de investigación en España, los extranjeros habrán de estar en posesión del visado de estudio, que les habilita a permanecer en territorio nacional en situación de estancia –que no de residencia- por el tiempo de duración del curso en el que estén matriculados o del trabajo de investigación que desarrollen».

³¹ J. M. GALIANA MORENO; «Inmigración y Trabajo de Extranjeros: Una Presentación General» en: JOAQUÍN GARCÍA MURCIA (Coord.); *Inmigración y Trabajo de Extranjeros*. Gobierno del Principado de Asturias. Oviedo. 2005; p. 39.

Sin embargo, y a efectos puramente polemizadores, cabría sostener, como hace García San José³², que el derecho a la reagrupación familiar, como integrante del derecho al respeto de la vida familiar reconocido en el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos también es predicable de los inmigrantes irregulares.

Y ello, en primer lugar, porque este derecho se reconoce genéricamente a toda persona, sin que su ejercicio esté supeditado por el hecho de que el extranjero sea residente.

En segundo lugar, García San José invoca el artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en virtud del cual las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del citado Convenio. Esta garantía se extiende a los derechos reconocidos en los Protocolos Adicionales de contenido normativo³³ que completan el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Convenio y Protocolos, juntos, constituyen lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha calificado como «el sistema del Convenio», delimitando el ámbito material de protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

García San José defiende que, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para que éste despliegue toda su eficacia protectora «basta que la persona se halle dependiente

de la jurisdicción de un Estado parte en el Convenio³⁴». De lo que deriva que los Estados son responsables de las violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio que puedan sufrir las personas que cumplan tal condición», ya sean nacionales o extranjeros y, en este caso, ya se encuentren en situación regular o irregular³⁵.

De las premisas anteriores la conclusión que se alcanza es que la «distinción que el legislador español ha introducido respecto de los extranjeros en situación regular o irregular en la Ley Orgánica 4/2000, con relación al disfrute de algunos de los derechos y libertades fundamentales, es incompatible con las obligaciones internacionales asumidas por España, pues el Convenio Europeo de Derechos Humanos prohíbe la discriminación en el ejercicio de los derechos reconocidos en el mismo y en sus protocolos adicionales de contenido normativo»³⁶.

4.2. Familiares reagrupables

El círculo de familiares reagrupables viene establecido con carácter general en el artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, desarrollado por el artículo 39 del Reglamento de Extranjería.

³⁴ D. GARCÍA SAN JOSÉ; «Cuestiones Relacionadas con la Jurisdicción de los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos a propósito de Actos Extraterritoriales». Anuario de Derecho Europeo. Volumen 2. 2002; pp.177-200.

³⁵ D. GARCÍA SAN JOSÉ; «Situaciones Especiales de Extranjería Privilegiadas; Agraciadas y Desfavorecidas en el Nuevo Reglamento ejecutivo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social» en: CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Dir.); *Aspectos Puntuales del Nuevo Reglamento de Extranjería*. Laborum. Murcia. 2005; p.128.

³⁶ T. GÓMEZ ÁLVAREZ y D. GARCÍA SAN JOSÉ; «Los Derechos Sociales y Sindicales en el Nuevo Régimen Jurídico de la Inmigración en España a la Luz de las Obligaciones Internacionales Asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: Un Análisis Crítico». Revista de Trabajo y Seguridad Social n.º228/2002; p.77.

³² E. LÓPEZ BARBA y D. GARCÍA SAN JOSÉ; «El Derecho de Reagrupación Familiar en el Nuevo Régimen Jurídico de la Inmigración en España a la Luz de las Obligaciones Asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un Análisis Crítico». *Op. cit.*; p.78.

³³ Los Protocolos Adicionales al Convenio Europeo de Derechos Humanos de contenido normativo son los siguientes: el n.º 1, de 20.3.1952; el n.º 4, de 16.9.1963; el n.º 6, de 28.4.1983; el n.º 7, de 22.11.1984; el n.º 12, de 4.11.2000 –aún no está vigente-; y el n.º 13, de 3.5.2002.

4.2.1. *El cónyuge*

Siempre y cuando no se encuentre separado de hecho o de derecho, o que el matrimonio se hubiera celebrado en fraude de ley, el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él/ella en España a su cónyuge.

El derecho a la reagrupación se restringe a un cónyuge, incluso cuando la ley personal del extranjero admitiera la poligamia. Ello es lógica consecuencia de que en tal caso no se le reconocen efectos civiles a los ulteriores matrimonios «por aplicación del impedimento de ligamen»³⁷.

En caso de que el reagrupante haya contraído segundas o posteriores nupcias, se condiciona su derecho a reagrupar con él/ella al nuevo cónyuge y a sus familiares a los requisitos de que «la separación de sus anteriores matrimonios haya tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión del cónyuge y los alimentos para los menores dependientes».

Con esta última fórmula se pretende resolver el problema de «la eficacia que puedan tener en el orden civil español las decisiones extranjeras; siendo la doctrina constitucional que no existe un automatismo en el reconocimiento de dichas resoluciones si ello atenta contra algún Derecho procesal fundamental (SSTC 43/1986 y 132/2001, entre otras)³⁸.

En el supuesto de que tras haberse producido la reagrupación familiar del cónyuge se produjera la ruptura del matrimonio, tanto el cónyuge agrupado como sus familiares con él/ella agrupados conservan la residencia (artículo 16.3, primer inciso)³⁹.

³⁷ J. M. TORRES ANDRÉS (Dir.); *La Situación de los Extranjeros en Relación con el Orden Social*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2005; p.136.

³⁸ J. M. TORRES ANDRÉS (Dir.); *La Situación de los Extranjeros en Relación con el Orden Social*. Op. cit.; p.137.

³⁹ Cfr. E. ORTEGA MARTÍN; *Manual de Derecho de Extranjería*. Op. cit.; p.30.

Una cuestión que no resuelve explícitamente ni la Ley Orgánica 4/2000 ni el Reglamento de Extranjería es cómo debe determinarse la condición de cónyuge cuando el matrimonio se ha celebrado al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero. Es por eso que resulta obligada la remisión al artículo 9.1 del Código Civil, y de conformidad con el mismo se aplicará «la regla de la ley nacional de los contrayentes atenuada por el principio de orden público, teniendo además en cuenta que en España se admite la celebración civil, católica, judía, evangélica y musulmana, sin perjuicio de la obligatoriedad de inscribir el matrimonio en el Registro Civil»⁴⁰.

En todo caso, cabe concluir que para ejercer el derecho a la reagrupación familiar es necesario que el vínculo matrimonial ya estuviera constituido⁴¹. No cabría, por tanto, ejercer tal derecho con el objetivo de contraer matrimonio en España, ni tan siquiera cuando el matrimonio no pudiera celebrarse conforme a la ley nacional de los extranjeros (p.e., por no admitir la legislación extranjera el matrimonio homosexual).

4.2.2. *¿Uniones de hecho?*

Puesto que tanto el artículo 17.1. a) de la Ley Orgánica 4/2000 como el artículo 39.a) del Reglamento de Extranjería emplean taxativamente el término de «cónyuge», ello impide *a priori* interpretar que puedan ser incluidos en el círculo de los «familiares reagrupables» aquellas personas con las que los trabajadores extranjeros se encuentren vin-

⁴⁰ J. M. TORRES ANDRÉS (Dir.); *La Situación de los Extranjeros en Relación con el Orden Social*. Op. cit.; pp.131-134.

⁴¹ J. LÓPEZ GANDÍA; «El Acceso al empleo de los Extranjeros» en: JUANA M.³ SERRANO GARCÍA y NATIVIDAD MENDOZA NAVAS; *Estudios Sobre Extranjería*. Bomarzo. Albacete. 2005; p.125:«el cónyuge debe haber adquirido tal condición antes de ser reagrupado, de manera que no cabe la autorización para contraer matrimonio en España».

culados sentimentalmente sin existir vínculo matrimonial.

En relación con tal exclusión podría criticarse en primer lugar, y siguiendo a López Barba y García San José⁴², lo paradójico que resulta que, conforme a la normativa en vigor, «el residente en España pudiera conseguir la reagrupación con sus hijos y no con el otro progenitor por no estar casados».

Asimismo, estamos ante una diferencia de trato con respecto a otros extranjeros: el artículo 10.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, dispone que 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 convivencia⁴³.

Por último, pero no por ello menos importante, un argumento más a favor de extender el derecho a la «reagrupación familiar» a las personas con las que los extranjeros residentes en España mantuvieran lazos de afectividad análogos sin estar legalmente casados tendría fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Y es que, como Satolaya Machetti señala⁴⁴, el Tribunal «ha utilizado un concepto materi-

al y no formal de familia estableciendo con absoluta rotundidad que el artículo 8 no distingue entre familia legítima y familia natural, sino que su protección se extiende a cualquier relación en la que, de hecho, se generen lazos de mutua dependencia equivalentes a los familiares».

4.2.3. *Descendientes*

Conforme previene el artículo 17.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000 pueden ser reagrupados los hijos comunes biológicos y adoptados⁴⁵ del extranjero residente y de su cónyuge, siempre y cuando sean menores de edad o estén incapacitados y, en todo caso, se encuentren solteros.

En relación con la edad, puesto que en España la mayoría de edad se alcanza al cumplir los 18 años, los hijos del extranjero residente o de su cónyuge habrán de ser menores de 18 años para poder ser reagrupados. Y ello con independencia de cuál sea la mayoría de edad que prevea la ley personal del extranjero.

Respecto a la incapacitación, tanto puede haberse producido conforme a la legislación española o conforme a la ley personal del extranjero. No obstante, se habrá de reconocer que no resulta diáfano interpretar qué quiere significar el legislador al referirse a los hijos «incapacitados». ¿Será esta expresión sinónimo de incapacitación judicial? No parece razonable, por cuanto que en el artículo 17.c) de la misma Ley se contempla como un supuesto diferente de reagrupación el de los «incapaces cuando el residente extranjero sea

formalización o incluso el sexo de sus componentes, puede ser considerada vida familiar protegida por el Convenio por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional basada en el matrimonio».

⁴⁵ Respecto a los hijos adoptivos hay que acreditar que «la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España».

⁴² E. LÓPEZ BARBA y D. GARCÍA SAN JOSÉ; «El Derecho de Reagrupación Familiar en el Nuevo Régimen Jurídico de la Inmigración en España a la Luz de las Obligaciones Asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un Análisis Crítico». *Op. cit.*; p.64.

⁴³ Por su parte, el artículo 34.3 de la Ley Orgánica 4/2000 establece que «la resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, el cual tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles».

⁴⁴ P. SANTOLAYA MACHETTI; «Derecho a la Vida Privada y Familiar: Un Contenido Notablemente Ampliado del Derecho a la Intimidad». *Op. cit.*; p.494: «cualquier convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua sea cual sea su grado de

su representante legal». Otra interpretación alternativa es considerar que con la expresión de «hijos que estén incapacitados» se quiere hacer referencia a que se trata de personas que sufren de algún tipo de discapacidad física o sensorial. Esta última exégesis abocaría a otro problema interpretativo: el grado de discapacidad que sería preciso que acreditara el hijo para poder invocar el derecho a su reagrupación sin límite de edad. Pero sea cual sea la interpretación por la que se opte, lo cierto es que resulta criticable esta falta de rigor terminológico que puede, en sí misma, convertirse en un obstáculo para el ejercicio del derecho a la reagrupación.

En otro orden de ideas, y por lo que al supuesto de adopción se refiere, Ortega Martín⁴⁶ destaca cómo «la adopción no tiene por qué tramitarse con arreglo a la legislación española, sino que, habiéndolo sido con arreglo a aquella que fuera aplicable según las normas de conflicto de Derecho Internacional Privado, la resolución que así lo acuerde debe poseer los oportunos requisitos para producir efectos en España».

Para el supuesto específico del reagrupamiento de hijos de uno solo de los cónyuges se requerirá como requisito adicional, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad, o se le haya otorgado la custodia y, en todo caso, que estén efectivamente a su cargo⁴⁷.

En relación con la delimitación legal de los descendientes reagrupables, López Barba y García San José⁴⁸ critican que el legislador haga referencia a los hijos «y no a los descendientes en general». Y, al igual que otros

autores⁴⁹, ponen de manifiesto que «el límite de los 18 años para los hijos de los extranjeros de terceros Estados contrasta con el límite marcado para los ciudadanos del ámbito comunitario (21 años)».

4.2.4. Representados

Se reconoce al extranjero residente en España y que sea representante legal⁵⁰ de menores de edad o incapaces a reagrupar con él/ella a estos últimos [artículo 17.1.c) Ley Orgánica 4/2000].

A través de esta vía, el extranjero residente en España podría reagrupar con él a otros familiares (nietos, hermanos, sobrinos, primos...) no incluidos en el ámbito de aplicación personal del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000.

En todo caso, hay que resaltar que la titularidad del derecho regulado en el artículo 17.1.c) de la Ley Orgánica 4/2000 se confiere sólo al residente extranjero, pero ninguna mención se hace respecto al cónyuge.

Otra sutil e importante diferencia entre la redacción de las letra b) y c) del citado artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000 puede ser traída a colación:

Mientras que en la primera se exige que los hijos no estén casados para poder solicitar su reagrupación, ninguna referencia contiene la letra c) respecto al estado civil de los meno-

⁴⁶ E. ORTEGA MARTÍN; *Manual de Derecho de Extranjería*. Op. cit.; p.40.

⁴⁷ Cfr. el siguiente epígrafe 4.2.6. «Concepto y Extensión del Concepto de familiar a cargo».

⁴⁸ E. LÓPEZ BARBA y D. GARCÍA SAN JOSÉ; «El Derecho de Reagrupación Familiar en el Nuevo Régimen Jurídico de la Inmigración en España a la Luz de las Obligaciones Asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un Análisis Crítico». Op. cit.; p.64.

⁴⁹ J. M^a SERRANO GARCÍA; «Política Comunitaria de Inmigración» en: JUANA M.^a SERRANO GARCÍA y NATIVIDAD MENDOZA NAVAS; *Estudios Sobre Extranjería*. Bomarzo. Albacete. 2005; p.56.

⁵⁰ H. LOSADA GONZÁLEZ; «Estatuto Legal de los Extranjeros en España». Op. cit.; p.224: «como quiera que la capacidad, la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se rigen por la ley nacional de éste, será de conformidad con el ordenamiento jurídico extranjero aplicable a cada caso cómo deberá acreditarse la representación legal, que permitirá la reagrupación».

res de 18 años o incapaces cuya representación legal ostente el extranjero residente en España que ejerce el derecho a la reagrupación familiar.

No deja, por tanto, de resultar llamativo que los hijos del reagrupante sean «de peor derecho» que aquellas otras personas respecto de las cuales ostente el reagrupante su representación legal y que no tienen porqué ser sus propios hijos.

4.2.5. Ascendientes

El derecho a la reagrupación familiar se extiende a los ascendientes del reagrupante y de su cónyuge, siempre y cuando se acrediten los requisitos acumulativos de que se encuentren a su cargo⁵¹ (desde un punto de vista económico) y que existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Llama la atención el hecho de que mientras que respecto a los descendientes el derecho de reagrupación queda restringido únicamente a los hijos, respecto de los ascendientes, en cambio, el legislador no establezca restricción alguna respecto al grado ni a la línea de parentesco. Por tanto, cumpliéndose los restantes requisitos legal y reglamentariamente exigidos, la reagrupación familiar puede producirse «más allá del primer grado y también respecto de los ascendientes colaterales que estén a cargo del reagrupante o su cónyuge»⁵².

Una posible razón subyacente para establecer esta diferencia en cuanto a la extensión del concepto de familiares reagrupables, según se trate de ascendientes o descendientes, podría ser la apuntada por López Barba y

García San José, que «el legislador ve en los jóvenes y su futura incorporación al trabajo una amenaza para la estabilidad del mercado laboral».

4.2.6. Concepto y extensión del concepto de familiar a cargo

Como se ha señalado en los epígrafes anteriores, en los casos de reagrupación de los hijos que lo sean sólo de uno de los cónyuges y de los ascendientes del reagrupante o los de su cónyuge, se exige el requisito de que estos estén «a cargo» del reagrupante o de su cónyuge.

Conforme a la letra e) del artículo 39 del Reglamento de Extranjería, se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante «cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva». La cuantía o el porcentaje de ingresos considerados suficientes y los medios para acreditarlos serán establecidos por Orden del Ministro de la Presidencia (aún no se ha dictado dicha Orden).

En relación con el citado artículo 39.e) del Reglamento de Extranjería, López Barba sostiene que el mismo sólo sería aplicable cuando de reagrupación de ascendientes se trata, nunca respecto de «los hijos de un único vínculo» en los que la exigencia de estar «a cargo» ha de interpretarse como «una dependencia legal y no económica, pues de lo contrario se podría dar lugar a una vulneración del principio de igualdad entre todos los hijos previstos en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución»⁵³.

⁵¹ Cfr. el siguiente epígrafe 4.2.6. «Concepto y Extensión del Concepto de familiar a Cargo».

⁵² H. LOSADA GONZÁLEZ; «Estatuto Legal de los Extranjeros en España». *Op. cit.*; p.224.

⁵³ Cfr. E. LÓPEZ BARBA; «El Ejercicio del Derecho a la Reagrupación Familiar en el Real Decreto 2393/2004» en: C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Dir.); *Aspectos Puntuales del Nuevo Reglamento de Extranjería*. Laborum. Murcia. 2005; p.178.

4.3. El reagrupamiento familiar de los estudiantes e investigadores de terceros países: La excepción a la regla general

4.3.1. ¿Falta de cobertura legal para la reagrupación familiar de los familiares e investigadores?

No es novedoso plantearse la posible ilegalidad de la regulación reglamentaria del reagrupamiento de los familiares de los estudiantes e investigadores extranjeros por falta de cobertura legal. Sobre este particular ya se pronunciaron Espejo Meana y Romero Solís⁵⁴ y sus argumentos son perfectamente extrapolables al nuevo Reglamento de Extranjería.

Los citados autores sostienen, en síntesis, que en la Ley Orgánica 4/2000 el derecho al reagrupamiento familiar sólo se reconoce a los extranjeros residentes, por lo que no gozarían de este derecho los que disfruten de una autorización de estancia, que es el caso de los estudiantes e investigadores extranjeros. Pero es que, a mayor abundamiento, tampoco el artículo 33 de la Ley Orgánica 4/2000 cuando regula el régimen especial de los estudiantes contempla la posibilidad del reagrupamiento familiar.

Este problema adquiere un nuevo matiz si se analiza desde la perspectiva de la Directiva 2004/114⁵⁵, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado. Y es que entre la Directiva comunitaria y la regulación contenida en el

⁵⁴ REGLA ESPEJO MEANA Y EDUARDO ROMERO SOLÍS; «Las Situaciones de los Extranjeros en España» en: C. Sánchez-Rodas Navarro (Coord.); *Extranjeros en España. Régimen Jurídico*. Laborum. Murcia. 2001; p.326.

⁵⁵ Diario Oficial de la Unión Europea L 375 de 23.12.2004. El plazo para su trasposición concluye el 12.1.2007.

Reglamento de Extranjería existe una diferencia capital: mientras que la normativa española prevé para el estudiante la situación de estancia por estudios, el artículo 12.1 de la citada Directiva establece que «al estudiante le será expedido un permiso de residencia por un período de un año al menos, renovable si su titular sigue satisfaciendo las condiciones de los artículos 6 y 7. Si la duración de los estudios fuera inferior a un año, el permiso de residencia abarcará la duración de los estudios.»

Consecuentemente, *de lege ferenda*, es de esperar que antes de que transcurra el plazo para la trasposición al Derecho español de la Directiva 2004/114, la legislación nacional será reformada para reconocer el derecho de residencia a los estudiantes e investigadores nacionales de terceros países⁵⁶.

4.3.2. Peculiaridades de la reagrupación familiar de los estudiantes e investigadores

La regulación de esta materia se encuentra contenida en el artículo 89 del Reglamento de Extranjería. Y, al respecto, hay que destacar una serie de peculiaridades frente las previsiones contenidas en el artículo 39 del mismo cuerpo legal.

En primer lugar, que la solicitud del visado de estancia para los familiares del investigador o estudiante extranjero no se condiciona a que estos últimos acrediten ningún período previo de estancia en España.

En segundo lugar, a efectos del artículo 89.2 del Reglamento, el concepto de familiares reagrupables es notablemente más restringido, pues comprende exclusivamente «al cónyuge e hijos menores de 18 años o sometidos a patria potestad o tutela» del estudiante

⁵⁶ Habrá de tenerse igualmente presente lo dispuesto por la Directiva 2005/71, de 12.10.2005.

o investigador extranjero. Al respecto puede destacarse que si bien no se impide expresamente el reagrupamiento de los hijos casados, de otro lado no se reconoce el derecho a reagrupar a los hijos no comunes que el cónyuge del reagrupante pudiera haber aportado al matrimonio.

En tercer lugar, llama también la atención la omisión de referencia alguna a los ascendientes del estudiante o investigador y los de su cónyuge. Máxime cuando en otro precepto, el artículo 86.c) del Reglamento de Extranjería sí se toma en consideración la posibilidad de que los estudiantes menores de edad vengan acompañados de sus padres o tutores.

Igualmente, se echa en falta en el Título VII del Reglamento de Extranjería una referencia respecto a la tramitación del visado de estancia en caso de reagrupamiento familiar. Ante tal silencio, no queda sino aplicar analógicamente lo prevenido en los artículos 42 y 43 del propio Reglamento, con las dificultades que ello puede entrañar dadas las peculiaridades específicas que se predicen del reagrupamiento familiar de los estudiantes e investigadores de terceros países.

Por último señalar que, conforme al artículo 95.1 *in fine* del Reglamento de Extranjería, el estudiante o investigador que pretenda acceder a la situación de residencia y trabajo de conformidad con los requisitos reglamentariamente exigidos, también puede solicitar una autorización de residencia «para los familiares en situación de estancia previstos en el artículo 89». Es decir, que otra peculiaridad del reagrupamiento de los familiares de los estudiantes e investigadores extranjeros radica en la posibilidad de obtener autorización de residencia para dichos familiares, aunque el reagrupante no hubiera residido en España durante un año.

4.4. Procedimiento para la reagrupación familiar

4.4.1. La solicitud de reagrupación familiar

El artículo 18 de la Ley Orgánica 4/2000 establece que los extranjeros que deseen ejercer el derecho a la reagrupación familiar deberán solicitar una autorización de residencia para los miembros de sus familias que desee reagrupar. Simultáneamente, deberán aportar pruebas de que disponen de un alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada.

Este precepto es desarrollado por el artículo 42 del Reglamento de Extranjería y, conforme a lo en él dispuesto, el sujeto legitimado para incoar el procedimiento será el extranjero que acredite los períodos de residencia en España legalmente exigidos. Será éste último quien, personalmente⁵⁷, habrá de solicitar la tramitación de la autorización de residencia temporal para los familiares que desee reagrupar.

La solicitud habrá de cumplimentarse en el modelo oficial y acompañarse de la documentación pertinente (artículo 42.2 del Reglamento de Extranjería).

Sostiene Ortega Martín⁵⁸ que por aplicación de lo prevenido en el artículo 42 de la Ley

⁵⁷ No cabe, pues, que la solicitud sea presentada por medio de un representante o mandatario. Respecto a la validez de la exigencia de que la tramitación se haya de realizar «personalmente» sin posibilidad de actuar a través de representantes, ya había pronunciado en sentido positivo el Tribunal Supremo en su sentencia de 20.3.2003. A mayor abundamiento, la nueva Disposición Adicional 19.ª de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de la Administración Pública y Procedimiento Administrativo Común, introducida por la Ley Orgánica 14/2003, prevé que la Ley 30/1992 será de aplicación supletoria respecto a los procedimientos administrativos regulados en la Ley Orgánica 4/2000, que se registrarán por su normativa específica.

⁵⁸ E. ORTEGA MARTÍN; *Manual de Derecho de Extranjería*. Op. cit.; p.80.

30/1992, la Administración debe notificar al solicitante la recepción de la solicitud presentada y ello, aunque expresamente tal obligación no venga impuesta por el Reglamento de Extranjería.

A. Plazo para la presentación de la solicitud

Podrá ser presentada la solicitud de reagrupación familiar una vez que el extranjero que hubiera obtenido autorización para residir en España durante un año, haya solicitado la autorización para residir por, al menos, otro año, «o tras la obtención de esta renovación, en cualquier momento»⁵⁹.

No obstante, hasta tanto no se haya producido la efectiva renovación de la autorización del reagrupante –o su solicitud hubiera sido estimada por silencio positivo⁶⁰–, no podrá concederse la autorización de residencia al familiar.

Conforme previene la Disposición Adicional Undécima del Reglamento de Extranjería, la solicitud de autorizaciones de residencia por motivos de reagrupamiento familiar tendrán carácter preferente.

B. Órgano competente para su tramitación

Pese a la oscuridad de la redacción del artículo 42.1 del Reglamento de Extranjería, siguiendo a López Barba⁶¹, el órgano competente para tramitar la solicitud de reagrupación familiar será la Oficina de Extranjeros de la localidad donde resida, y de no existir,

⁵⁹ E. LÓPEZ BARBA; «El Ejercicio del Derecho a la Reagrupación Familiar en el Real Decreto 2393/2994». *Op. cit.*; p. 182.

⁶⁰ Disposición Adicional primera n.º 2 de la Ley Orgánica 4/2000 en conexión con el artículo 42.1 Reglamento de Extranjería.

⁶¹ E. LÓPEZ BARBA; «El Ejercicio del Derecho a la Reagrupación Familiar en el Real Decreto 2393/2004»; p. 181.

«la Subdelegación del Gobierno en las CC.AA. multiprovinciales o la Delegación del Gobierno en las CC.AA. uniprovinciales».

C. Plazo para notificar la resolución de la autorización de residencia por reagrupación familiar

No es aplicable a las solicitudes de esta naturaleza el plazo de tres meses que con carácter general se prevé para los procedimientos regulados en el Reglamento de Extranjería, sino que para este tipo de resoluciones el plazo se reduce a la mitad: mes y medio (Disposición Adicional Octava del Reglamento de Extranjería).

4.4.2. Concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación

En caso de que se cumplan los requisitos pertinentes para la reagrupación familiar, la Administración «resolverá la concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación, suspendiendo la eficacia de la autorización hasta la expedición, en su caso, del visado y a la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional» (artículo 42.5 del Reglamento de Extranjería).

Aunque el Reglamento de Extranjería en su artículo 42.6 establece que «la resolución se comunicará al reagrupante», los autores han estimado que existe una auténtica «obligación de formal notificación del contenido completo de la resolución», por aplicación de lo prevenido en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992. Exégesis que se ve confirmada por la referencia a «la notificación de la concesión de la autorización» que contiene el artículo 43.1 del citado Reglamento de Extranjería.

Es interesante destacar, como hace López Barba⁶², que «la primera autorización de resi-

⁶² E. LÓPEZ BARBA; «El Ejercicio del Derecho a la Reagrupación Familiar en el Real Decreto 2393/2004». *Op. cit.*; p.183.

dencia por reagrupación familiar sólo da derecho a una autorización de residencia temporal» y ello aunque al reagrupante se le haya concedido autorización de estancia permanente. Como excepción a esta regla general hay que traer a colación que, conforme previene el artículo 89.3 del Reglamento de Extranjería, a los familiares reagrupados de los estudiantes o investigadores extranjeros se les reconocerá visado de estancia durante la duración de dichos estudios o investigación, pero no autorización de residencia.

Una vez notificada al reagrupante la resolución, se concede un plazo de dos meses para que el familiar que se pretende reagrupar solicite personalmente un visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida. En este caso, sin embargo, se admite excepcionalmente la posibilidad de que la solicitud de visado sea presentada por un representante «legalmente acreditado», idéntica regla se aplica cuando se trate de un menor (artículo 43.1, segundo párrafo del Reglamento de Extranjería).

Aunque el artículo 43.3 del Reglamento de Extranjería faculta a la misión diplomática u oficina consular a requerir la comparecencia del solicitante a los efectos de mantener una entrevista personal, ello no significa en modo alguno que se pueda hacer un uso arbitrario de esta potestad, sino que para que resulte procedente deben concurrir, necesariamente, circunstancias de las que derive la necesidad de la comparecencia.

En relación con esta materia tampoco han faltado quienes se cuestionen si resulta ajustado a Derecho, o no, el que sea el Reglamento de Extranjería, y no la Ley Orgánica 4/2000 el que establezca la posibilidad de que el interesado sea requerido para la realización de una comparecencia personal. Y ello en base a que «el artículo 40 de la Ley 30/1992 establece que los interesados sólo tendrán la obligación de comparecencia en la oficina pública cuando así se establezca en una disposición con rango de ley», lo que no es el caso.

4.4.3. Denegación de la autorización de residencia por reagrupación (mediante resolución expresa o por silencio administrativo)

Si el procedimiento concluye por resolución expresa denegando la solicitud, dicha resolución administrativa habrá de ser siempre motivada⁶³.

La solicitud habrá que entenderla desestimada por silencio administrativo cuando haya transcurrido mes y medio desde el día siguiente al de la fecha en que hubiera tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Esta es la conclusión que se alcanza de la lectura conjunta de las Disposiciones Adicionales Primera, Octava y Novena del Reglamento de Extranjería.

4.5. Reagrupación en cadena

De conformidad con el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 4/2000, los extranjeros que hubieran adquirido la residencia como consecuencia de la reagrupación familiar podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares.

Pero tal derecho queda subordinado no sólo a que acrediten los requisitos que con carácter general exige la Ley Orgánica 4/2000 para la reagrupación familiar, sino que también resulta imprescindible que hubieran obtenido previamente una autorización de residencia y trabajo independientemente de la autorización del reagrupante.

Es evidente que, como señala López Barba⁶⁴, en el caso de la reagrupación en cadena

⁶³ M.L. TRINIDAD GARCÍA y J. MARTÍN MARTÍN; *Una Forma Nueva de Ordenar la Inmigración en España*. Lex Nova. Valladolid. 2005; p.75, con cita de la STSJ Madrid 13.3.2003.

⁶⁴ E. LÓPEZ BARBA; «El Ejercicio del Derecho a la Reagrupación Familiar en el Real Decreto 2393/2004». *Op. cit.*; p.201.

existen diferencias con respecto a la reagrupación familiar «ordinaria», ya que aunque el familiar reagrupado haya obtenido una autorización de residencia independiente «con ello no basta, pues es preciso que el nuevo reagrupante sea titular de una autorización de trabajo».

Como excepción a esta última regla hay que traer a colación el caso de los ascendientes reagrupados, que pueden «reagrupar en cadena» sin tener autorización de trabajo, pero siempre y cuando hubieran obtenido la autorización de residencia permanente y acreditado solvencia económica⁶⁵. La dificultad estriba en que, «precisamente la reagrupación del ascendiente sólo puede llevarse a cabo si previamente el reagrupante justifica la dependencia económica de su progenitor, además de justificar la necesidad de su venida a España»⁶⁶; por lo que en la práctica resultará muy difícil poder cumplimentar lo exigido por el artículo 17.3 de la Ley Orgánica 4/2000.

4.5.1. *Autorización de residencia independiente para los familiares reagrupados*

En el artículo 41 del Reglamento de Extranjería se prevén los supuestos en los que los familiares reagrupados pueden obtener una autorización de residencia independiente de la del reagrupante.

De la lectura del citado precepto puede concluirse que pueden plantearse dos situaciones:

⁶⁵ Excepcionalmente, el artículo 17.3, segundo párrafo de la Ley 4/2000 prevé que el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho de reagrupación siempre que cuente con una autorización de residencia y trabajo obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante y acredite reunir los requisitos previstos en esta Ley Orgánica.

⁶⁶ E. LÓPEZ BARBA; «El Ejercicio del Derecho a la Reagrupación Familiar en el Real Decreto 2393/2004». *Op. cit.*; p.202.

– Obtención de autorización de residencia temporal sin autorización de trabajo (artículo 41.2⁶⁷ y 41.3⁶⁸ del Reglamento de Extranjería).

– Obtención de autorización de residencia temporal por obtención de la autorización para trabajar (artículo 41.1, primer párrafo, 41.4, primer párrafo, y 41.5 del Reglamento de Extranjería).

4.6. *El trabajo de los familiares reagrupados*

El artículo 10.1 de la Ley 4/2000 reconoce el derecho de los extranjeros «que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen» a ejercer una actividad remunerada por cuenta ajena o por cuenta propia.

Por su parte, el artículo 33.3 del Reglamento de Extranjería prevé que «los residentes podrán ejercer actividades laborales cuando estén autorizados para ello».

A mayor abundamiento, la lectura del artículo 19 de la Ley Orgánica 4/2000 en conexión con el artículo 41 (apartados primero, cuarto y quinto) del Reglamento de Extranjería permite afirmar que tanto el cónyuge reagrupado como los hijos e incapaces reagrupados⁶⁹ y los ascendientes reagrupados podrán

⁶⁷ «El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia temporal independiente cuando se de alguno de los siguientes supuestos: a) cuando se rompa el vínculo conyugal que dio origen a la situación de residencia, por separación de derecho o divorcio, siempre y cuando acredite la convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos dos años. b) cuando fuera víctima de violencia de género, una vez dictada a su favor una orden judicial de protección. c) por causa de muerte del reagrupante».

⁶⁸ «En los casos previstos en el apartado anterior, cuando, además del cónyuge, se haya reagrupado a otros familiares, estos conservarán la autorización de residencia concedida».

⁶⁹ Respecto a los incapacitados que hubieran sido reagrupados nada prevé el artículo 19 de la Ley 4/2000,

obtener una autorización para trabajar, lo cual les permitirá, a su vez, obtener una autorización de residencia temporal, independiente de la del reagrupante.

Como peculiaridad digna de resaltar hay que traer a colación lo dispuesto en el artículo 96.3 del Reglamento de Extranjería. De conformidad con este último precepto, para pasar de la situación de residencia a la de residencia y trabajo por parte de los familiares reagrupados no es preciso acreditar el plazo de un año de residencia que se exige, con carácter general, en el artículo 96.1 del Reglamento de Extranjería.

A la vista de lo expuesto, cabe concluir pues, con López Gandía⁷⁰ que «en caso de familiares reagrupados la autorización de residencia derivada de la reagrupación o autónoma les habilita para buscar trabajo en nuestro país, sin necesidad de visado».

4.6.1. *Autorización de trabajo sin autorización de residencia independiente*

La regla general de que la obtención de autorización de trabajo por parte del familiar reagrupado le permitirá acceder a una autorización de residencia independiente del reagrupante tiene una importante excepción en el apartado sexto del artículo 41 del Reglamento de Extranjería.

De conformidad con este último precepto, el cónyuge no separado de hecho o de derecho del residente legal, y los hijos en edad laboral,

previamente reagrupados, podrán obtener una autorización para trabajar sin que ello comporte la obtención de una autorización de residencia independiente cuando «las condiciones fijadas en el contrato que haya dado lugar a la autorización, por ser éste a tiempo parcial o por duración de la prestación de servicios, den lugar a una retribución inferior al salario mínimo interprofesional a tiempo completo en cómputo anual».

4.6.2. *Los familiares reagrupados de estudiantes e investigadores: La excepción a la regla general*

Los familiares reagrupados de los estudiantes e investigadores extranjeros podrán permanecer legalmente en España «durante el mismo período y con idéntico estatuto que el estudiante o investigador».

De lo anterior se infiere que, puesto por razón de su vínculo de parentesco gozan de autorización de estancia, que no de residencia, no se encuentran en los supuestos legalmente contemplados para la obtención de autorización de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia.

Ni tan siquiera se les reconoce el derecho a la autorización para la realización de actividades lucrativas laborales que, sometida a un régimen peculiar, regula el artículo 90 del Reglamento exclusivamente para los investigadores y estudiantes extranjeros a los que el Título VII les sea de aplicación⁷¹.

si bien el artículo 41.4 del Reglamento de Extranjería sí menciona a «los menores sobre los que el reagrupante ostente la representación legal» a los que reconoce el derecho a obtener una autorización para trabajar.

⁷⁰ JUAN LÓPEZ GANDÍA; «El Acceso al empleo de los Extranjeros». *Op. cit.*; p.126.

⁷¹ Aunque conforme a lo prevenido en el artículo 33 del Reglamento, el derecho a ejercer actividades laborales cuando estén autorizados para ello sólo se reconoce a los residentes y no a los extranjeros en situación de estancia, los investigadores y estudiantes extranjeros podrán ser autorizados a realizar actividades lucrativas laborales bajo estrictas limitaciones y sólo tras la obtención del visado de estudios. Crf. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO; De la Entrada y Estancia con Fines de Investigación y Estudios a la Autorización de Trabajo». *Op. cit.*; pp. 261-268.

RESUMEN El derecho a la reagrupación familiar es una cuestión de innegable interés práctico para todos los extranjeros que se encuentren en España y, muy especialmente para los trabajadores, puesto que a través de esta vía podrán conciliar su vida laboral y su derecho a la vida familiar.

La normativa por la que se regula la materia de estudio difiere según se trate de sujetos que puedan invocar las disposiciones de Derecho comunitario o sean nacionales de terceros países, refugiados, asilados, desplazados o apátridas.

Es a este segundo grupo al que resulta de aplicación la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, desarrollada por el nuevo Reglamento de Extranjería aprobado por el Real Decreto 2393/2004.

La normativa vigente no sólo reconoce la reagrupación familiar como un auténtico derecho subjetivo de los extranjeros residentes en España –y en supuestos específicos incluso aunque no ostenten la condición de residentes–, sino que, además, lo regula como contenido integrador del derecho a la intimidad familiar.

Uno de los puntos más álgidos que plantea la reagrupación familiar deriva de los muy diversos modelos de familia existentes en la actualidad, lo que obliga a plantearse la posibilidad, o no, de reagrupación familiar en supuestos muy dispares que van desde la poligamia hasta las uniones de hecho.

En todo caso, el interés del reagrupamiento familiar como materia de estudio no se agota con el análisis de su regulación legal y reglamentaria sino que ha de enfocarse, además, como el medio para que los familiares reagrupados puedan residir legalmente en España y, por cumplir tal requisito, obtener una autorización de trabajo que les faculte, a su vez, a reagrupar consigo a otros familiares.