

BID T 6842

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, MORAL Y  
POLÍTICA

TESIS DOCTORAL

**LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR COMO  
MANIFESTACIÓN DEL DERECHO  
FUNDAMENTAL DE LOS  
EXTRANJEROS A LA VIDA EN FAMILIA**

Tesis presentada por:  
**Lucía Aparicio Chofré**

Codirigida por:  
**Prof. Dr. Pedro Talavera Fernández y  
Prof.ra. Dra. Isabel Trujillo**

**Valencia 2008.**

UMI Number: U607550

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607550

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.  
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against  
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC  
789 East Eisenhower Parkway  
P.O. Box 1346  
Ann Arbor, MI 48106-1346

b19419983  
i 21602311

CB 0002101488

## AGRADECIMIENTOS

En primer lugar me gustaría en estas líneas expresar mi agradecimiento a la Profesora Rosa Moliner por haber sido la primera en introducirme, hace ya algunos años, en el estudio de esta apasionante materia. Una tarea que nunca hubiera culminado en tesis doctoral sin el aliento incondicional, dedicación, paciencia y valiosos consejos de mi Director en este trabajo, el Profesor Pedro Talavera, que como dice un proverbio chino, ha sabido caminar durante todos años no delante de mí, donde no habría podido seguirle, ni detrás, dónde no habría podido yo guiarle, sino a mi lado para que pudiera apoyarme en él, convirtiéndose por ello no sólo en un excelente director sino en un gran amigo.

Asímismo, quiero agradecer al Departamento de Filosofía del Derecho, en el que siempre he encontrado una cálida acogida y que recientemente me ha confiado la responsabilidad de ser profesora asociada, su valiosa ayuda y colaboración en el intrincado itinerario administrativo que supone la culminación de un doctorado europeo. En particular, vaya mi gratitud hacia el personal de su secretaría.

Debo agradecer también a los profesores del programa internacional de doctorado *Derechos Humanos. Problemas actuales*, en la persona de su director, el profesor Jesús Ballesteros, su importante labor a la hora de despertar inquietudes intelectuales, de animar hacia la tarea de investigación y, sobre todo, su flexibilidad para facilitar a quienes trabajamos fuera de la Universidad la realización de un programa doctoral. Por otra parte, quiero dejar constancia aquí de la importancia que tuvieron para mi formación las estancias en la Universidad de Palermo, bajo la tutela del profesor Francesco Viola, impulsor italiano del programa de doctorado. Gracias al estímulo de todos ellos, lo que



empezó siendo un tema de discusión y debate académico ha terminado convirtiéndose en una tesis doctoral.

De igual modo, quiero agradecer la tarea de mis codirectores italianos del trabajo, la profesora Isabel Trujillo y el Profesor Fulvio Vassallo, que han sabido ser comprensivos con mi falta de tiempo, han esperado sin desesperar y han aportado valiosas sugerencias que han permitido enriquecer este estudio dotándolo de una inestimable perspectiva europea: confío en que la presentación del mismo pueda recompensar su paciencia y confianza.

Mi agradecimiento más afectuoso va dirigido a mis amigos y a mi familia, en especial a mi madre. Por sus ánimos y apoyo incondicional, aún a veces sin acabar de comprender el sentido último de mi trabajo, que me ha permitido reunir la fuerza y determinación necesarias para su conclusión.

Tampoco quiero dejar de agradecer al Profesor Francesco Biondo su impagable ayuda, sus acertados consejos y su paciencia, en tantos momentos. Porque sin él y su apoyo esto no hubiera sido posible.

Por último quiero manifestar mi gratitud especial a los profesores Jesús Ballesteros y Ernest Vidal, del Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universitat de Valencia; a los profesores Pilar Nuñez Ruiz, Pasquale de Sena y Aldo Schiavello, de las Universidades de Trier, Napoli y Palermo respectivamente; y, muy especialmente, a la profesora Gotzone Mora, de la Universidad del País Vasco y, actualmente, Secretaria Autonómica de la *Conselleria d' Inmigració i Ciutadania*, por haber aceptado formar parte del tribunal que ha de juzgar esta tesis, a pesar de sus múltiples ocupaciones y de las no pocas limitaciones y deficiencias que habrán encontrado en ella.



*A mis familias por transmitirme  
su valor e importancia.*

*Y especialmente a mi padre y  
a mi tía Pilar, porque desde niña  
me transmitieron su pasión por  
el mundo jurídico.*





## INDICE

TABLA DE ABREVIATURAS .....	14
INTRODUCCIÓN .....	17

### PARTE PRIMERA

#### EL CONCEPTO DE FAMILIA Y SU REGULACIÓN COMO UN DERECHO

##### CAPITOLO I. FAMIGLIA O FAMIGLIE? I MOLTEPLICI ASPETTI DI UNA ISTITUZIONE IN TRASFORMAZIONE.

1. LE ALTERNATIVE NELLA DEFINIZIONE DEL GRUPPO FAMILIARE .....	29
2. SEI ASPETTI DELLO STUDIO DEI GRUPPI FAMILIARI .....	30
2.1. Dimensioni e tipi di nucleo familiare .....	34
2.2. Il riconoscimento politico del nucleo familiare tra matrimonio ed affezione.....	38
2.3. Brevi appunti sulla regolazione delle unioni di fatto come nuove famiglie e la sfida del matrimonio per le coppie omosessuali .....	43
2.4. L'organizzazione economica della famiglia .....	51
2.5. La famiglia come organizzazione affettiva e riproduttiva. Sulla mutevolezza della funzione bioculturale del nucleo familiare.....	54
2.6. Unità familiare e ciclo vitale .....	58
3. IL RUOLO DELLA FAMIGLIA NELL'ORGANIZZAZIONE SOCIALE. SUBORDINAZIONE O SUPPLENZA? .....	59
3.1. Aree di intervento della famiglia .....	60
3.2. Una forma specifica di solidarietà. La solidarietà familiare e le sue contraddizioni.....	62



4. SUPERARE LE CONTRADDIZIONI DELLA SOLIDARIETÀ FAMILIARE. IL TRIPLICE RUOLO DELLE POLITICHE DI SOSTEGNO ALLE FAMIGLIE .....	63
5. MOTIVARE AD AVERE UNA FAMIGLIA O NON OSTACOLARE? UN DIBATTITO APERTO.....	68
6. CONCLUSIONE. L'ISTITUZIONE FAMILIARE E I DIRITTI DEI SUOI MEMBRI.....	70

**CAPITOLO II. LA DIMENSIONE FAMILIARE DELL'ESSERE UMANO. I  
VARI SENSI DELLA DIPENDENZA.**

1. LA DIPENDENZA PSICOLOGICA. OLTRE L'ANIMAL RATIONALIS.....	75
2. LA DIPENDENZA METAFISICA DELL'INDIVIDUO NEI CONFRONTI DELLA FAMIGLIA. TRASCENDENZA E AUTENTICITÀ .....	82
3. DIPENDENZA BIOLOGICA O DIPENDENZA PSICOLOGICA?.....	85
4. DUE FACCE DELLA DIPENDENZA ECONOMICA DEL SOGGETTO NEI CONFRONTI DELLA FAMIGLIA. ....	88
5. ASPETTI DELLA DIPENDENZA POLITICA DELL'INDIVIDUO NEI CONFRONTI DELLA FAMIGLIA.....	92
6. LA DIPENDENZA NARRATIVA. L'ESISTENZA INDIVIDUALE COME CONTRIBUTO AD UN ROMANZO A CATENA .....	98
7. CONCLUSIONI. L'INDIVIDUO ALLA RICERCA DEL SENSO DELLA SUA IMPERFEZIONE .....	101

**CAPITULO III. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIDA FAMILIAR  
EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y REGIONAL**

1. LA FAMIGLIA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.....	104
1.1. La noción de familia en los documentos de Naciones Unidas .....	105
1.2. Principales documentos internacionales de protección de la familia ....	107
1.3. Debilidad de la protección internacional de los derechos .....	111
1.4. La DUDH y el derecho a fundar una familia.....	114

<b>2. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN EL ÁMBITO REGIONAL: EL CONSEJO DE EUROPA Y EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....</b>	<b>118</b>
2.1. El Consejo de Europa y la protección de los derechos humanos .....	118
2.2. El sistema judicial de protección: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	121
2.3. La familia en el sistema europeo de protección de derechos humanos .....	124
2.4. El CEDH y el derecho al respeto de la vida familiar.....	125
2.4.1. El derecho a fundar una familia (art. 12) .....	128
2.4.2. El derecho a la intimidad personal y familiar (art. 8) .....	129
2.5. El concepto de “vida familiar” en la jurisprudencia del TEDH .....	132
2.5.1. Vida familiar preexistente y efectiva .....	133
a) La condición de una vida familiar “real y efectiva” .....	133
b) La condición de la “preexistencia” de la vida familiar .....	135
2.5.2. Vínculos familiares admitidos por el TEDH.....	136
a) El carácter determinante de los vínculos paternofiliales .....	136
b) El vínculo matrimonial y la vida familiar.....	140
c) Vida familiar y parejas de hecho.....	142
d) Vida familiar y parejas homosexuales y transexuales.....	144
e) Vida familiar y matrimonio poligámico .....	147
f) Vida familiar y uniones extraconyugales .....	150
g) Diversa posición de los hijos menores y mayores de edad.....	152
h) La inclusión de otros familiares .....	155
2.5.3. El respeto a la vida familiar.....	156
<b>3. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN EL ÁMBITO COMUNITARIO DE LA UNIÓN EUROPEA..</b>	<b>159</b>
3.1. Tratamiento indirecto de la familia en el derecho comunitario .....	159
3.2. Escasa protección jurisdiccional comunitaria de la familia.....	161
3.3. Protección de la “vida familiar” en la jurisprudencia del TJCE .....	165
a) Diferencia de trato entre familias comunitarias y extracomunitaria ..	166

b) La cohabitación no es una condición necesaria para la existencia de una familia .....	167
c) El tratamiento de los hijos .....	168

**CAPITULO IV. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA:  
RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA  
EN FAMILIA**

1. LA NOCIÓN CONSTITUCIONAL DE FAMILIA .....	172
2. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN EL ART. 39 DE LA CONSTITUCIÓN .....	177
3. INTIMIDAD FAMILIAR Y DERECHO A LA VIDA EN FAMILIA: EL ART. 18 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA .....	180
4. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LA VIDA FAMILIAR EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA .....	187
4.1. Referencias implícitas a derechos fundamentales de los extranjeros ..	187
4.2. Referencias explícitas a derechos fundamentales de los extranjeros ...	189

**SEGUNDA PARTE**

**EL DERECHO A LA VIDA EN FAMILIA DE LOS  
EXTRANJEROS: LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR**

**CAPÍTULO V. GLI STRANIERI E IL PROCESSO DI SPECIFICAZIONE  
DEI DIRITTI UMANI**

1. L'ESSERE UMANO COME TITOLARE DI DIRITTI .....	199
1.1. In che senso possiamo parlare di diritti naturali? .....	200
1.2. Diritti umani e diritti fondamentali. Come distinguerli? .....	208
2. UNA CASSETTA DEGLI ATTREZZI PER IL PROCESSO DI SPECIFICAZIONE DEI DIRITTI .....	214
2.1. Il quadruplice sviluppo dei diritti soggettivi .....	214
2.2. I tre sensi della specificazione dei diritti .....	218

2.2.1. I nuovi soggetti di diritto.....	219
2.2.2 Nuovi diritti per nuovi soggetti. Alcune problematiche.....	221
2.2.3. Due considerazioni circa la giustificazione dei diritti “specifici”. .....	229
2.3. Lo straniero tra specificazione e generalizzazione dei diritti fondamentali.....	233
2.4. Diritti specifici degli stranieri nell’ambito internazionale tra standard minimo e trattamento nazionale.....	240
a) La Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e il Patto Internazionale sui diritti civile e politici .....	243
b) Altri trattati internazionali rilevanti in materia di diritti degli stranieri .....	244
c) La Convenzione Europea dei Diritti Umani .....	245
d) I diritti degli stranieri nell’ambito comunitario .....	246

## **CAPÍTULO VI. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA VIDA FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS EN LA UNIÓN EUROPEA**

1. DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA Y REAGRUPACIÓN FAMILIAR .....	254
1.1. La libre circulación como derecho exclusivo de los trabajadores .....	256
1.2. La libre circulación y residencia como derecho de ciudadanía europea .....	262
1.2.1. Directiva 2004/38/CE: Itinerario de su aprobación .....	262
1.2.2. Estructura y contenido de la Directiva.....	265
2. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES BENEFICIADOS POR UN ACUERDO DE ASOCIACIÓN. ....	277
2.1. Acuerdo con países de la EFTA .....	278
2.2. Acuerdos con Suiza .....	278
2.3. Acuerdo con Turquía .....	279
2.4. Acuerdos con otros países .....	281

3. REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y DERECHO A LA VIDA FAMILIAR: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS .....	283
3.1. Reagrupación familiar y derecho a fundar una familia .....	285
3.2. La dimensión protectora de la reagrupación familiar: obligaciones de no ingerencia de los Estados .....	290
3.3. La dimensión activa de la reagrupación familiar: garantía positiva del derecho a la vida familiar de los extranjeros .....	298
3.4. Síntesis de los criterios jurisprudenciales relativos a la reagrupación familiar .....	302

**CAPÍTULO VII. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR COMO DERECHO EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA. LA DIRECTIVA 2003/86 CE**

1. ITER DE LA DIRECTIVA EUROPEA EN MATERIA DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR .....	309
2. CONTENIDO DE LA NUEVA DIRECTIVA 2003/86/CE SOBRE REAGRUPACIÓN FAMILIAR LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR .....	311
2.1. Armonización “por etapas” de las legislaciones nacionales .....	313
2.2. Titularidad del derecho a la reagrupación .....	315
2.3. Familiares reagrupables .....	317
a) Cónyuges o parejas de hecho .....	321
b) Hijos menores .....	323
c) Otros familiares .....	325
2.4. Requisitos previos para el ejercicio del derecho .....	327
2.5. Procedimiento administrativo y efectos .....	329
2.6. Valoración crítica: a medio camino entre la armonización y la restricción .....	332
3. EL RECURSO DEL PARLAMENTO EUROPEO CONTRA LA DIRECTIVA .....	334
3.1. Génesis del recurso .....	334
3.2. La argumentación del recurso .....	335



a) Prueba de integración al mayor de 12 años (art. 4.1) .....	336
b) Solicitud de reagrupación antes de los 15 años (art. 4.6) .....	337
c) Periodos de espera para la reagrupación (art. 8) .....	338
<b>4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA SOBRE LA</b>	
<b>DIRECTIVA .....</b>	<b>338</b>
<b>4.1. La reagrupación de los hijos mayores de 12 años (art.4.1) .....</b>	<b>340</b>
a) La posible vulneración del derecho a vivir en familia .....	341
b) La indeterminación del criterio de integración .....	342
c) La protección del “interés del menor” .....	344
d) Las posibles interpretaciones de la cláusula “standstill” .....	346
e) La justificación del criterio de los doce años .....	347
f) La violación del principio de igualdad en el ámbito familiar.....	348
<b>4.2. La restricción para los hijos mayores de 15 años (art.4.6) .....</b>	<b>350</b>
a) La vulneración del derecho al respeto a la vida familiar.....	351
b) La tutela del “interés del menor” .....	352
c) La violación del principio de no discriminación por razón de edad... 353	
d) La justificación de la elección de la edad de quince años .....	354
e) La indeterminación de la expresión “motivos distintos” .....	355
f) El carácter excepcional de la disposición y la cláusula “standstill”....	356
<b>4.3. Respecto a los requisitos para solicitar la reagrupación (art.8) .....</b>	<b>358</b>
a) La vulneración del derecho al respeto a la vida familiar.....	359
b) El criterio “capacidad de acogida” y el equilibrio de los intereses en	
conflicto .....	361
c) La violación del principio de igualdad .....	362
<b>5. CONCLUSIÓN Y VALORACIÓN CRÍTICA DE LA SENTENCIA .....</b>	<b>364</b>
<b>6. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LA JURISPRUNDECIA DEL</b>	
<b>TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO .....</b>	<b>366</b>

## **CAPÍTULO VIII. PLASMACIÓN DEL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LOS ESTADOS DE LA UNIÓN EUROPEA**

1. RASGOS COMUNES DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EUROPA.....	371
2. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN ALEMANIA.....	374
3. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN BÉLGICA .....	375
4. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN ITALIA.....	378
5. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN DINAMARCA .....	383
6. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN FINLANDIA.....	385
7. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN FRANCIA.....	387
8. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN HOLANDA .....	390
9. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN REINO UNIDO.....	391
10. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN SUECIA .....	394
11. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE REAGRUPACIÓN.....	395

## **CAPÍTULO IX. EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

1. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA LEY ESPAÑOLA DE EXTRANJERÍA (LOE 8/2000).....	402
1.1. Ámbito de aplicación .....	403
1.2. Criterios interpretativos.....	406
1.3. Derechos reconocidos.....	409
a) Derechos independientes de la situación administrativa del extranjero .....	409
b) Derechos cuyo ejercicio requiere la residencia legal del extranjero. ....	410
c) Derechos de los extranjeros en situación "irregular" .....	411
2. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL ....	413
3. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LA LOEXIS 8/2000 .....	420
3.1. Estructura y contenido del derecho a la reagrupación familiar .....	422

3.2. La titularidad del derecho de reagrupación familiar en España .....	423
3.3. Los familiares reagrupables .....	426
a) Reagrupación del cónyuge: control del vínculo contraído en el extranjero .....	428
b) Omisión del conviviente de hecho como sujeto reagrupable .....	437
c) Matrimonios y uniones de hecho de personas del mismo sexo .....	439
d) La reagrupación de los menores: control de la filiación .....	440
e) La reagrupación de los ascendientes .....	446
4. CASOS PARTICULARES DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR .....	448
4.1. La reagrupación “inversa” de los menores no acompañados .....	448
a) El problema de los menores extranjeros no acompañados .....	449
b) El tratamiento jurídico del problema en la LOE 8/2000 .....	451
4.2. La reagrupación familiar de los estudiantes .....	459
5. EL ARRAIGO FAMILIAR COMO CAUSA DE RESIDENCIA TEMPORAL .....	462
5.1. Diferentes tipos de arraigo .....	464
a) El arraigo socio-familiar .....	465
b) El arraigo “de origen” .....	466
c) Supuestos excepcionales .....	467
5.2. El arraigo como límite a la expulsión del extranjero .....	472
6. LA (IN)COHERENCIA DE LAS EXIGENCIAS ADMINISTRATIVAS .....	476
6.1. Condiciones de vida mínimas .....	477
a) Requisito de carácter temporal .....	477
b) Requisitos de carácter material .....	478
6.2. El procedimiento administrativo de tramitación .....	485
a) Inicio del procedimiento .....	486
b) Segunda fase del procedimiento .....	488
6.3. Autorización de residencia independiente de los familiares reagrupados .....	494
a) El cónyuge reagrupado .....	495
b) Los hijos reagrupados .....	496

c) Ascendientes reagrupados .....	497
7. LA DENOMINADA REAGRUPACIÓN EN CADENA .....	497
8. PRESUPUESTOS DE UNA REGULACIÓN COHERENTE .....	498
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>508</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>524</b>
<b>APÉNDICE JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>550</b>

## ABREVIATURAS

- AAVV: Autores Varios.
- AC: Actualidad Civil.
- AEEE: Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
- Apd./apds: Apartado/ apartados.
- Art/arts: Artículo/ artículos.
- BIMJ: Boletín de Información del Ministerio de Justicia.
- BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- C./ o C.: contra.
- CC: Código Civil.
- CE: Constitución Española.
- CEDH: Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950).
- CES: Consejo Económico y Social.
- Cfr.: Confróntese, compárese.
- CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
- CIS: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Cit: citado.
- CMLRev: Common Market Law Review.
- Coor: Coordinado por
- CSE: Carta Social Europea (1961).
- DA: Disposición Adicional.
- DF: Disposición Final.
- DGRN: Dirección General de Registros y Notariado.
- DNI: Documento Nacional de Identidad.
- Dir: Dirigido por
- DOCE: Diario Oficial de la Unión Europea.
- DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.
- DUDH: Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948).
- Ed./eds: editado, editor/ editores.
- EEE: Espacio Económico Europeo.
- Et alii: y otros.
- FJ: Fundamento Jurídico.
- IEA: Instituto de Estudios Administrativos.
- Ibid: el mismo.
- INE: Instituto Nacional de Estadística.
- JCP: La Semaine Juridique.
- LGDJ: Librairie juridique de référence.
- LJCA: Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (1994).
- LO: Ley Orgánica.
- LODLEE/LOE: Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, tras su modificación por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, LO 11/2003, de 29 de septiembre sobre medidas

concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y por LO 14/2003, de 20 de noviembre.

- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial (1985)
- LOTC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- LRC: Ley del Registro Civil (1957)
- LRJAP-PAC: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (1992).
- MTAS: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- N°, núm, núms. Número, números.
- OBSEI: Observatorio de la evolución de las instituciones.
- OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.
- OIT: Organización Internacional del Trabajo.
- ONU: Organización de Naciones Unidas.
- p, pp: página, páginas.
- PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
- PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).
- PUF: Presses Universitaires de France.
- RAJ: Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia.
- R des C: Recueil des Cours.
- RD: Real Decreto
- RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- RDP/ RDPR: Revista de Derecho Privado.
- Rec.: Recueil des arrêts del TJCE/ Repertorio de jurisprudencia del TJCE.
- REDI: Revista Española de Derecho Internacional.
- Rev. Crit.dr.int.priv: Revue critique de droit international privé.
- RGD: Revista general de derecho.
- Riv. Dir. Int. Priv. Proc: Rivista de Diritto Internazionale Privato e Processuale.
- RJ: Repertorio Jurisprudencial (Aranzadi Westlaw).
- R.L: Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica.
- RLOE: Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería, aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre.
- RMC:Revue du Marché Commun et Unique.
- RRC: Reglamento del Registro Civil.
- RTD civ: Revue trimestrielle de droit civil
- SMI: Salario mínimo interprofesional.
- ss.: siguientes.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

- STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- TC: Tribunal Constitucional.
- TCE: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TJCE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
- T.L: Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social
- TPI: Tribunal de Primera Instancia
- TS: Tribunal Supremo.
- TSJ: Tribunal Superior de Justicia.
- UE: Unión Europea.
- UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
- Vid. Véase
- Vol.: volumen

## **INTRODUCCIÓN**

El fenómeno masivo de la inmigración desde los países del sur hacia el occidente europeo desarrollado nos está obligando a replantearnos la trascendentalidad de algunas cuestiones que la modernidad había puesto en cuarentena como reminiscencias a extinguir de un pasado no liberal y ya caduco. Frente al dogma del laicismo y el secularismo, la religión (la apertura a lo trascendente) crece como valor que otorga sentido, cohesión, raíces, identidad y vigor a millones de personas (aunque desgraciadamente se convierta en algún caso en coartada del fanatismo terrorista). Frente al dogma del individualismo y el paradigma de una vida líquida -una vida de "single" con relaciones débiles, en palabras de Bauman-, la familia crece como ideal, como espacio y entorno necesario para la personalización y el desarrollo moral y afectivo de sus miembros y para su correcta integración social. De manera que quienes afluyen hacia nuestras sociedades opulentas, lejos de adoptar el modelo propuesto por la "modernidad líquida" y asumir las supuestas ventajas de una vida de "single", buscan afanosamente restablecer sus vínculos familiares, reconstruir su entorno afectivo originario (pareja, descendientes, ascendientes), como el medio más poderoso para conseguir una estabilidad personal, emocional, laboral y social.

Nuestro trabajo se inserta en este segundo ámbito: la familia no es una agrupación humana opcional, coyuntural y en declive (una realidad ya superada en la postmodernidad), sino que se configura como un elemento intrínseco, necesario y determinante en el desarrollo de todo ser humano y eso permite calificarla como un bien esencial de la persona. En consecuencia, la realidad familiar del extranjero (su derecho a la vida en familia) debe resultar tan protegido y garantizado como el de cualquier otro sujeto, ya que no se remite a su condición de ciudadano sino a la condición radical de ser humano. De ahí que la vida en familia



no pueda someterse a criterios estatales aleatorios, sino que constituya una exigencia moral que da lugar y convierte la “reagrupación familiar” en un verdadero derecho humano y fundamental.

En efecto, esta “nueva” constatación en occidente del trascendental papel de la familia, como consecuencia de su importancia en el fenómeno migratorio (sin descuidar el aumento de las tasas de natalidad en los países desarrollados), vuelve a situar en el primer plano de nuestra atención la consideración del matrimonio y de la familia como uno de los derechos humanos más básicos, reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos; y por ende, nos recuerda la existencia de un derecho fundamental a la vida familiar, reconocido en el Convenio Europeo, que justificaría la existencia de un auténtico derecho fundamental de los extranjeros a la vida en familia, al menos en nuestro entorno europeo, del que se derivaría la articulación de un derecho incondicionado a la reagrupación familiar, cuyos perfiles vendrían delimitados únicamente en función del concepto de familia que sustentemos.

Hablar de la existencia de un derecho fundamental a la reagrupación familiar cuyos titulares son (sólo pueden ser) los extranjeros; por tanto, cuya titularidad no es universal, nos introduce en uno de los temas que más desarrollo ha adquirido últimamente en el contexto de los Derechos Humanos: el denominado proceso de “especificación” de los derechos, que pretende articular la nota de universalidad que los identifica, con la particularización de determinados titulares. Hablar de derechos específicos del menor, de las mujeres o de los discapacitados, es un argumento habitual en la doctrina. Quizá menos frecuente resulta la inclusión de los extranjeros en este singular proceso.

Ciertamente, la dialéctica entre ser humano y ciudadano ha estado presente desde el comienzo de la reflexión sobre los derechos humanos, pero la realidad de un desmesurado e inesperado incremento de los

## *Introducción*

fenómenos migratorios ha obligado a la concepción liberal y social de los derechos a enfrentar un nuevo planteamiento, plural y multicultural, en nuestras sociedades, que resquebraja de algún modo el clásico planteamiento de la modernidad. En efecto, precisamente porque la afluencia exponencial de inmigración hacia los países ricos de occidente ha remarcado todavía más la insalvable frontera entre el ser humano y el ciudadano, la figura del extranjero reclama con mayor intensidad la categoría de sujeto directamente implicado en el proceso de especificación de los derechos, exigiendo, como consecuencia de su peculiar estatus, la titularidad de, al menos, uno de esos derechos: la *reagrupación familiar* como manifestación del derecho de los sujetos extranjeros a la vida en familia.

El reconocimiento de la familia en el contexto del desarrollo humano de los individuos, como ya apuntamos al comienzo, fue siempre indiscutido y nunca planteó problemas conceptuales, hasta el punto de haber generado en todos los documentos y tratados internacionales un inusitado consenso que se plasmó en su decidida afirmación como “célula básica de la sociedad” y generó la creación de los mecanismos necesarios para la garantía de su libre constitución y para la protección de su desarrollo bajo cualquier forma. Constitución de la familia y vida familiar han sido reconocidos en todos los documentos internacionales como dos de los más importantes derechos fundamentales.

Por otra parte, se trata del reconocimiento de una realidad poliédrica y compleja que, como veremos detalladamente, ha dado lugar a la formulación de diversos derechos amparados en ella: derecho a fundar una familia, derecho a la vida en familia, derecho a la intimidad familiar, etc. En este sentido, cuando insertamos estos derechos en el contexto del proceso de especificación y los enfrentamos a la figura del extranjero inmigrante, podemos concluir afirmando que quienes, como seres humanos, son titulares de un derecho humano a la vida en familia, pero

ostentan la singular categoría de extranjeros (no ciudadanos) en un determinado territorio, sólo pueden ejercerlo (hacerlo efectivo) mediante el reconocimiento de otra realidad ineludible y necesaria: la reagrupación familiar. De ahí la exigencia de otorgar a la reagrupación familiar la categoría jurídica de derecho fundamental y su reconocimiento positivo\_ como tal.

Tal reconocimiento supondría un importante avance en la consideración y tratamiento del extranjero como verdadero ser humano, haciendo posible los presupuestos más básicos de su desarrollo afectivo y emocional, que revertirán en su proyección social, en su integración y en su implicación personal y laboral en beneficio de su comunidad de acogida. Este ha sido el punto de partida y la hipótesis que mueve el presente estudio: la consideración de la reagrupación familiar como un derecho humano y fundamental del extranjero, como exigencia de su condición humana y personal, como resultado del proceso de especificación de los derechos y no simplemente como una concesión, un privilegio o una lotería, dependiente de las políticas estatales o de las veleidades administrativas. Un reconocimiento jurídico pleno que supere, en efecto, las regulaciones legales mezquinas de que viene siendo objeto en los ordenamientos nacionales y su sometimiento a reglamentaciones administrativas con alto índice de arbitrariedad. Consideramos que existe una base doctrinal suficiente para sostener esta afirmación y el suficiente respaldo jurídico de los documentos internacionales en la materia para que el rango de derecho fundamental que le otorgamos no sea calificado de simple “desideratum”.

Para conseguir este objetivo hemos procurado someternos a una rigurosa metodología estructural, mediante la realización de un estudio comparativo y crítico, acudiendo a fuentes doctrinales, legislativas y jurisprudenciales. Partiendo del hecho de que ni en los tratados internacionales ni en la Constitución Española se encuentra

### *Introducción*

expresamente formulada la reagrupación familiar como un derecho fundamental, hemos identificado los fundamentos jurídicos sobre los cuales puede establecerse dicha afirmación, atendiendo en primer lugar al ámbito regional europeo, con un exhaustivo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativa a su interpretación de los arts. 8 y 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en segundo lugar, al ámbito español, analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, relativa a la interpretación realizada por ambos sobre los arts. 18, 32 y 39 de la Constitución española. A partir de estos análisis hemos encontrado indicios que apuntan a la posible existencia en el sistema jurídico español de un derecho fundamental a la vida en familia, plenamente aplicable a los extranjeros, que se deduciría de la conjunción entre el art. 10.2 y el art. 13 de nuestro texto constitucional, y que tendría una manifestación “incuestionable” en el ámbito de la extranjería: el derecho fundamental a la reagrupación familiar.

Desde el punto de vista estructural, el presente trabajo doctoral se articula en torno a dos partes diferenciadas pero íntimamente relacionadas y que responden al desarrollo argumental que hemos realizado. La primera parte analiza la importancia esencial de la familia en el desarrollo personal del sujeto, su tratamiento jurídico como derecho fundamental y los distintos aspectos de la familia y la vida en familia que han dado lugar a la consagración de derechos fundamentales reconocidos en textos internacionales. La segunda parte proyecta esta realidad doctrinal y jurídica sobre la figura del extranjero y sobre los derechos que en materia de familia le son reconocidos en el contexto nacional e internacional, analizando de manera especial el tratamiento de la reagrupación familiar en España y planteando las claves de su auténtico reconocimiento como derecho fundamental.

La primera parte (cap. I-IV) se desarrolla bajo el título general *El concepto de familia y su regulación como derecho*. Aun siendo consciente de la complejidad de un tratamiento de estas características y asumiendo el riesgo de desbordar la temática concreta del presente estudio, hemos considerado imprescindible e inevitable para la aproximación y justificación de la tesis que sostenemos, y que se desarrolla en la segunda parte del trabajo (naturaleza y configuración de la reagrupación familiar como un derecho fundamental de los extranjeros), realizar una aproximación general a la noción de familia desde una perspectiva interdisciplinaria (sociológica, filosófica, política y jurídica), que justifique su importancia trascendental en el desarrollo constitutivo del ser humano. Junto a esto hemos pretendido analizar los problemas que comporta su permanente indefinición por parte del Derecho y su actual definición plural: de la familia a las familias. A continuación hemos realizado un análisis dinámico de su configuración y composición, como una institución en permanente transformación. Transformaciones éstas que se originan como consecuencia directa la modificación de las cruciales funciones (económicas, biológicas, sociales, políticas, etc) que le vienen atribuidas (Capítulo I).

Esas funciones permiten afirmar la importancia de la dimensión familiar de la persona, que se concreta en el establecimiento de una dependencia con diversas manifestaciones (psicológica, trascendente, biológica, económica, política y narrativa) y que resulta fundamental tanto para el desarrollo del ser humano como para la superación de su innata imperfección (Capítulo II). El reconocimiento de su trascendencia para la persona ha tenido su plasmación jurídica en la configuración la familia como derecho humano y el establecimiento de toda una serie de instrumentos y mecanismos para su protección especialmente llevada a cabo por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su lectura del Convenio Europeo (Capítulo III).

## *Introducción*

La primera parte concluye con un análisis sobre la *vida en familia* como derecho fundamental, partiendo de la interpretación que del concepto de familia ha realizado la jurisprudencia constitucional española. En ese sentido, y sobre esos presupuestos, se ha buscado el fundamento constitucional del *derecho a la vida en familia* en el art. 18 de la Constitución y no en la protección genérica ofrecida por el art. 39 CE. A partir de aquí, hemos establecido que, dada su esencial conexión con la dignidad humana, la fundamentalidad del derecho a la vida en familia no puede estar ligada a la condición de ciudadano sino a la de ser humano; de ahí la exigencia de su reconocimiento como derecho a los extranjeros y la proyección de esa fundamentalidad sobre la reagrupación familiar (Capítulo IV).

La segunda parte se desarrolla bajo el epígrafe general de *El derecho a la vida en familia de los extranjeros: la reagrupación familiar*. Como ya apuntamos, en esta parte hemos tratado de proyectar sobre la figura del extranjero inmigrante las coordenadas resultantes de la existencia de un derecho fundamental a la familia y a la vida en familia. En ese sentido, trasladar al inmigrante toda la reflexión doctrinal y el tratamiento jurídico realizado por la jurisprudencia sobre la vida en familia como derecho, llevaría necesariamente a considerar y reconocer la reagrupación familiar como derecho fundamental, dado que es el único instrumento que permite a los extranjeros la efectiva realización de su derecho a la vida en familia.

Para comenzar hemos considerado conveniente realizar una aproximación teórico-filosófica a la cuestión de los extranjeros como sujetos de derechos y, sobre todo, a su condición de protagonistas en el proceso de especificación de los derechos a través de la reagrupación familiar. A continuación, hemos analizado el tratamiento de los derechos específicos que se reconocen a los extranjeros en materia de familia, tanto en el ámbito internacional como en el nivel regional europeo,

prestando especial atención al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al ámbito comunitario de la Unión Europea (Capítulo V).

Sobre este marco general hemos abordado el tratamiento legal y jurisprudencial que la reagrupación familiar y el derecho a la vida en familia reciben en el ámbito de la Unión Europea (en cuanto a su doble consideración como derecho positivo y negativo, reconocimiento de su titularidad, diversa consideración de los familiares reagrupables y requisitos exigibles) y la evolución que se ha producido en este ámbito (Capítulo VI). Un desarrollo importante, porque se ha pasado desde una regulación sectorial y limitada a los ciudadanos comunitarios, hasta la puesta en marcha una regulación general mediante la aprobación y entrada en vigor, tras complejos avatares y con relativo éxito, de una Directiva europea que contempla y delimita la existencia de un derecho a la reagrupación familiar de los ciudadanos de terceros países en la Unión Europea, y que resulta de obligada transposición para los Estados miembros (Capítulo VII).

A continuación se realiza un estudio comparativo del tratamiento jurídico que la reagrupación familiar recibe en algunos Estados europeos que hemos considerado representativos por su índice significativo de inmigración. En este punto se realiza un análisis más pormenorizado de la situación y regulación italiana que encuentra su razón de ser en la naturaleza europea de este doctorado y la investigación realiza en dicho país. Este análisis muestra las sustanciales diferencias existentes en cuanto a sus requisitos y a su ejercicio (Capítulo VIII).

Nuestro trabajo concluye con un análisis crítico y pormenorizado sobre la reagrupación familiar en el ordenamiento jurídico español y las graves deficiencias que comporta su consideración como un simple derecho de origen legal (derivado de la disposiciones de la ley de extranjería) y su no consideración como derecho fundamental. Para ello, hemos profundizado en nuestro ordenamiento jurídico constitucional para

### *Introducción*

extraer los presupuestos sobre los que cabe afirmar la existencia de un auténtico derecho fundamental a la reagrupación familiar. A continuación, hemos proyectado críticamente estos presupuestos sobre el tratamiento que la actual Ley Orgánica de Derechos de los Extranjeros en España y su Integración Social realiza de la reagrupación familiar, poniendo en evidencia sus notables incongruencias en cuanto al concepto y al contenido de este derecho. Finalmente, como conclusión de nuestro itinerario, hemos apuntado una serie de presupuestos inspiradores que, a nuestro parecer, deberían tenerse en cuenta en una futura reforma sobre la regulación del derecho a la reagrupación familiar para ser coherente con su naturaleza de derecho fundamental (Capítulo IX).



## **PRIMERA PARTE**

### **EL CONCEPTO DE FAMILIA Y SU REGULACIÓN COMO UN DERECHO**

Una aproximación al concepto de familia y a las consecuencias que la regulación de la misma implica resulta imprescindible para comprender mejor el instituto de la reagrupación familiar, ya que la familia se encuentra en la base de la misma.

Un análisis de la fenomenología de la familia desde un punto de vista sociológico, nos permitirá acercarnos tanto a las diversas definiciones alternativas de esta institución así como a la constante configuración, evolución y características que la misma reviste en la actualidad.

La filosofía moral, por su parte, presta especial atención a la dimensión familiar del ser humano y a los diversos tipos de dependencia que le unen a la familia. Unas teorías que tendrán reflejo en el reconocimiento y regulación jurídica de la familia como un derecho.

Esta primera parte se concluirá con un análisis de la regulación del concepto de familia y de la protección jurídica como derecho que de la misma se establece tanto a nivel internacional, en especial en la Declaración Universal de Derechos Humanos, a nivel regional europeo, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Unión Europea y en último lugar a nivel nacional, en nuestro propio ordenamiento jurídico y en especial en nuestra Constitución.

## **CAPITOLO I**

### **FAMIGLIA O FAMIGLIE? I MOLTEPLICI ASPETTI DI UNA ISTITUZIONE IN TRASFORMAZIONE**

Nella letteratura sociologica degli anni settanta del secolo scorso si era vaticinata la “morte della famiglia” in quanto istituzione funzionale alla repressione sessuale, all'autoritarismo sociale, alla sottomissione della donna alla volontà dell'uomo<sup>1</sup>. Si affermava la non reformabilità delle istituzioni familiari, individuando un continuum tra il sistema economico, fondato sullo sfruttamento e l'alienazione del lavoratore, e l'apparato politico, con le sue legislazioni autoritarie e repressive. Le discriminazioni subite, e accettate, dalle donne nei luoghi familiari e il loro doppio ruolo subordinato di lavoratrice e di madre venivano quindi inserite come conseguenza, in sede privata, dell'azione coincidente dello sfruttamento economico e dell'autoritarismo politico. Può sembrare eccentrica una simile introduzione, ma riteniamo che il dibattito sulla famiglia oggi, nella cosiddetta “età dei diritti” o al tempo della “costituzionalizzazione” degli ordinamenti giuridici, debba prendere le mosse da quel dibattito, cercando di individuare le debolezze, in primo luogo teoriche, di quei modelli che vedevano il superamento delle istituzioni familiari. Come vedremo in questa ricerca, l'istituzione familiare non è tramontata, al contrario se ne richiede la protezione in diversi documenti costituzionali ed internazionali e la protezione dei nuclei familiari è diventata una priorità delle politiche sociali. Si può dire che non è avvenuta la morte della famiglia, ma si è assistito ad una sua profonda modificazione, ad un profondo ripensamento della sua struttura, delle sue finalità, del suo

---

<sup>1</sup> A. Cooper, *La muerte de la familia* (1971), trad. de J. Alfaya, Ariel, Barcelona, 1978.

rapporto con le altre istituzioni sociali<sup>2</sup>. D'altra parte da quel dibattito si è originata una importante presa di coscienza: che per molto tempo si è confuso un tipo di famiglia, quella nucleare con ruoli politici ed economici differenziati, con l'idea "naturale", indiscutibile, oggettiva, di famiglia. Si è individuata a tal proposito una tendenza lineare che fa rientrare il processo di riduzione del numero dei componenti del focolare domestico con il processo di modernizzazione della società, in particolare con l'ingresso della donna nel mercato del lavoro, il riconoscimento di uguali diritti tra i coniugi, la facilità di separarsi e l'incremento delle prestazioni dello Stato. Questo processo non è però, come vedremo, così lineare. Assistiamo infatti non solo ad una moltiplicazione di famiglie nucleari, che possono però restringersi in famiglie monoparentali, ma ad un rimescolamento di nuclei familiari che si separano, temporalmente o permanentemente, formano altri nuclei, fanno entrare nuovi membri, o fanno rientrare vecchi membri (i genitori ormai anziani e bisognosi di cura o i figli separati privi di abitazione), o a nuove forme di unione che rifiutano il vincolo matrimoniale, o non lo possono stringere, ma pretendono forme di riconoscimento e di tutela, o a nuclei familiari in cui manca ab initio una figura genitoriale maschile o infine ad unioni tra individui dello stesso sesso che pretendono di essere riconosciute come "matrimoni". Questi casi, sempre più frequenti, ma alcuni non certo assenti nello sviluppo dell'umanità, mettono in crisi l'identificazione della famiglia con un'unione riconosciuta socialmente di due persone di diverso sesso con una prole.

---

<sup>2</sup> Questo ripensamento è comune a studiosi di diversa estrazione culturale, che pur partendo da posizioni ideologiche diverse coincidono con il riconoscimento di una trasformazione, piuttosto che di un declino dell'importanza, delle istituzioni familiari. Vd. a titolo di esempio F. D'Agostino, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 9; E. Beck-Gernsheim, *La reinvenzione de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia* (2000), trad. de P. Madrigal, Paidós, Barcelona, 2003, p. 25.

In questo capitolo affronteremo, con una rapida analisi, il problema dell'individuazione del concetto di famiglia a partire da cinque aspetti fondamentali della sua fenomenologia (dimensioni, riconoscimento politico, organizzazione economica, organizzazione affettiva e riproduttiva, ciclo vitale). Ci soffermeremo inoltre sul ruolo della famiglia nell'organizzazione sociale, in particolare come agente del processo di socializzazione e di distribuzione di risorse e concluderemo con un accenno circa il rapporto tra gruppo familiare e diritti individuali.

## **1. LE ALTERNATIVE NELLA DEFINIZIONE DEL GRUPPO FAMILIARE**

In primo luogo è necessario domandarsi che cosa sia una famiglia, in che cosa si possa distinguere da altri gruppi sociali. Sappiamo che di tale istituto si danno diverse, e contraddittorie, concezioni. Partiamo da questa definizione generale: "la famiglia è una forma sociale primaria di unione più o meno stabile e socialmente approvata, di un uomo e di una donna (sposi o coniugi) con i loro figli"<sup>3</sup>. Questa definizione individua delle caratteristiche per il gruppo familiare, in primo luogo l'idea che si tratti di una forma "primaria" di società, con un contenuto proprio distinto da altri gruppi sociali, di una unione più stabile rispetto ad altre unioni, di un rapporto tra persone di sesso opposto, e non di sesso uguale, dipendente da una approvazione sociale e di una specifica regolazione giuridica, e divisibile in due gruppi, i genitori e i figli.

Queste caratteristiche non sono però pacifiche, anche se sono largamente accettate in certe società. Quando dobbiamo approntare una definizione di famiglia ci troviamo di fronte infatti a cinque alternative. 1) Se per famiglia possiamo intendere non solo una coppia di individui legati da rapporti di discendenza/ascendenza biologica, come nel caso di una relazione madre-figlio, ma anche una coppia di individui che intrattengono

---

<sup>3</sup> A. Cicu (et alii), "Voce Famiglia", in *Enciclopedia filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, p. 3948.

rapporti sessuali approvati, come nel caso di coppie legate da matrimonio senza figli. 2) Se oltre all'esistenza di rapporti approvati si debba pretendere che questi rapporti possano produrre una filiazione, cosa impossibile nel caso di coppie in cui entrambi i coniugi sono sterili o soltanto uno è sterile, o nel caso di coppie dello stesso sesso. 3) Se per avere famiglia bisogna convivere nello stesso luogo e non basti invece intrattenere relazioni regolari, economiche ed affettive, come può avvenire nel caso di una coppia unita in matrimonio con un membro che vive fuori dal focolare domestico, per ragioni economiche, legali o mediche. 4) Se un nucleo familiare necessita non solo di convivenza, ma anche, insieme, di rapporti sessuali, di discendenza biologica e di cooperazione economica, oppure se la convivenza e, alternativamente, la cooperazione economica, la discendenza biologica e l'attività sessuale siano una condizione sufficiente per l'esistenza di una famiglia. 5) Se la famiglia può essere considerata una "società naturale" basata su vincoli e necessità biologiche oppure se si tratti di una invenzione sociale avente il fine di dividere il lavoro all'interno del gruppo in modo differenziato tra i sessi e tra le generazioni al fine di garantire la stabilità del gruppo e i rapporti con altri nuclei familiari<sup>4</sup>.

Le differenti risposte alle alternative esposte ci permettono di relativizzare il concetto di famiglia e di individuare alternative a modelli dell'istituzione familiare che vengono date per scontate, o che sono considerate come "naturali", pre-politiche, moralmente giustificate, ed indiscutibili.

## **2. SEI ASPETTI DELLO STUDIO DEI GRUPPI FAMILIARI**

Al fine di evitare, però, di cadere nella trappola di un relativismo sociologico troppo semplice, riteniamo necessario introdurre cinque aspetti del gruppo familiare che ci permettono di dare le coordinate delle

---

<sup>4</sup> Prendiamo queste cinque alternative da L. Gallino, Voce Famiglia, sociologia della , in idem, *Dizionario di Sociologia*, Utet, Torino, 1978, p. 303.

varie concezioni di famiglia. Possiamo parlare di cinque aspetti necessari per lo studio delle unità familiari, o di cinque dimensioni della fenomenologia familiare: 1) le dimensioni e i confini del nucleo familiare, 2) l'organizzazione politica, l'attribuzione di autorità e ruoli decisionali all'interno del gruppo, e il loro riconoscimento da parte dei pubblici poteri, 3) l'organizzazione economica, i ruoli dei membri della famiglia nella riproduzione delle risorse necessarie al sostentamento dei familiari, 4) l'organizzazione affettiva e riproduttiva, il controllo dei processi di procreazione, ma anche dei processi di costituzione e mantenimento della personalità dei membri, 5) il ciclo vitale dei componenti il nucleo familiare, e la correlativa espansione o contrazione dei confini della famiglia<sup>5</sup>.

Si tratta poi di aspetti interconnessi; ad esempio la modificazione del ciclo vitale ha delle conseguenze nell'identificazione dei membri di un nucleo familiare, che possono aumentare o diminuire di numero, così come considerazioni circa la divisione del lavoro o la disponibilità di diversi redditi da parte di più persone appartenenti allo stesso nucleo familiare possono determinare modificazioni nella distribuzione del potere.

In questo senso, se anche si può parlare di una relatività delle istituzioni familiari, nel tempo e nello spazio, non si può evitare di tenere conto di questi aspetti e delle loro interconnessioni nello studiare le varie forme che questa istituzione ha assunto nel tempo. Analizzeremo quindi l'evoluzione del nucleo familiare, il "cambio" che sembra essere ormai all'ordine del giorno nel modo di vedere la famiglia, a partire dalle modificazioni che si possono incontrare circa questi cinque aspetti.

---

<sup>5</sup> L. Gallino, *Voce Famiglia, sociologia della*, in idem, *Dizionario di Sociologia*, cit. p. 305. nel seguente capitolo approfondiremo questi aspetti dal punto di vista della loro importanza morale, individuando sei relazioni di dipendenza tra l'individuo e il gruppo.

È possibile, d'altra parte, distinguere nella definizione di nucleo familiare tra aspetti costitutivi e aspetti variabili<sup>6</sup>. La famiglia presuppone sempre una pluralità di soggetti, almeno due, un criterio di delimitazione tra i membri della famiglia e altri membri di altri gruppi sociali, la presenza di relazioni gerarchiche all'interno del gruppo familiare. Gli elementi variabili, invece, consistono nell'assegnazione alla famiglia di funzioni politiche, per esempio la attribuzione di diritti politici per la discendenza familiare, del compito di regolare l'attività sessuale e procreativa, di garantire la riproduzione economica e socializzazione dei nuovi nati. Questi elementi sono variabili, non essenziali. In primo luogo perchè possiamo avere, come oggi, diritti politici indipendentemente dalla derivazione biologica o parentale. In secondo luogo perchè possiamo svolgere una attività sessuale indipendentemente dal fatto di avere stretto con il partner un rapporto coniugale o anche semplicemente un rapporto di convivenza. Infine, perchè la famiglia ha visto ridurre il suo ruolo nella organizzazione economica e nella sua funzione di socializzazione, diventando una istituzione o una agenzia che concorre, insieme ad altre, al benessere sociale.

Questa distinzione è certamente utile dal punto di vista concettuale, in quanto permette di separare il nucleo del concetto rispetto ai suoi elementi mutevoli. D'altra parte, però, l'interpretazione dei suoi elementi definitivi differisce a seconda delle funzioni che vengono riconosciute alle famiglie. Se per esempio ci troviamo in una società di mercato, con un apparato amministrativo limitato regolato da un ordinamento giuridico liberale, è chiaro che la funzione educatrice e socializzatrice, e quindi il riconoscimento di relazioni gerarchiche all'interno del gruppo, può diventare un elemento costitutivo della concezione di nucleo familiare, in quanto tali funzioni sono riconosciute di competenza, principalmente, delle famiglie, all'interno di una serie di requisiti disposti dallo Stato in

---

<sup>6</sup> P. Talavera Fernández, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Comares, Granada, 2001, pp. 104-105.

modo che non vengano messi in pericolo gli interessi del bambino. In una società socialista si può considerare la funzione educativa e socializzatrice uno dei compiti precipui dello Stato al fine innanzitutto di emancipare la donna dal ruolo subordinato all'interno delle famiglie e di realizzare l'ideale di una società senza classi<sup>7</sup>. In questo caso non si riterrà costitutiva della famiglia l'esistenza di ruoli gerarchici che lo Stato deve rispettare. Ancora, la stessa individuazione dei criteri di appartenenza è soggetta a molteplici variabili, così da presentare molteplici forme di unione familiare. Per il fatto quindi che il nucleo non relativo viene interpretato in maniera differente a seconda delle variabili di riferimento, preferiamo soffermarci su quei cinque aspetti caratteristici prima delineati senza fissare una distinzione tra aspetti variabili ed invariabili, ma soffermandoci sulle modificazioni che ogni aspetto può causare sugli altri. In questo senso analizzeremo i mutamenti della istituzione familiare a partire dalla modificazione di questi aspetti. Ciò non significa che il concetto di famiglia sia essenzialmente contestato, che sia cioè impossibile dialogare circa il significato del termine, in quanto ciascuno ha la sua idea. Al contrario una discussione circa la mutevolezza di questi aspetti ci può aiutare ad individuare che cosa nel tempo rimane costante circa l'idea del nucleo familiare, anche se tale nucleo costante può essere interpretato in maniera differente<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Y. Gómez, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1990, pp. 133- 143. Questi tentativi sono stati visti, generalmente, come contraddittori con l'idea di una democratizzazione della società. Gallino, *Voce Famiglia*, sociologia della, in idem, *Dizionario di Sociologia*, cit. pp. 310-311.

<sup>8</sup> In questo senso come suggerisce P. Talavera, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit. p. 11, partiamo dalla distinzione tra concetto e concezione, pur ammettendo che tale distinzione non è fissa, ma è soggetta anche essa ad interpretazione.



## **2.1. Dimensioni e tipi di nucleo familiare**

In primo luogo dobbiamo tracciare le dimensioni del gruppo familiare, dimensioni che si misurano sia nel numero degli individui, sia nel numero dei gradi di parentela. A tal proposito distinguiamo tra famiglie nucleari, composte cioè da padre, madre e figli e famiglie estese, composte cioè da individui di più generazioni e non sempre consanguinei. L'affermazione del modello della famiglia nucleare, in particolare la riduzione progressiva del numero di componenti e del grado di parentela dei conviventi, è stata posta in correlazione con l'affermarsi della rivoluzione industriale, con la discesa degli indici di natalità e con l'acquisizione da parte della donna di una indipendenza economica e di pari diritti civili e politici<sup>9</sup>.

Questo modello però rischia di presentare una fenomenologia "lineare" dello sviluppo dei gruppi familiari, associando un modello di famiglia ad una particolare situazione economica, lo sviluppo industriale, e ad un processo di indipendenza della donna che soltanto si può apprezzare, anche in modo contraddittorio, negli ultimi anni e in alcuni paesi. A tal proposito si possono presentare due osservazioni. In primo luogo, la demografia storica ha messo in discussione l'identificazione tra l'affermazione della famiglia nucleare e l'affermarsi della rivoluzione industriale. Le analisi di diversi storici mostrano come l'istituto della famiglia nucleare è ben anteriore alla nascita della rivoluzione industriale, e che il trasferimento presso le città industriali, e la relativa scarsità di alloggi, provocò, invece, un ritorno a forme di famiglia allargate<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Questa correlazione è presente in particolare nelle teorie funzionaliste della famiglia, che sembra si soffermino soltanto sul modello della famiglia nucleare come modello proprio delle società industrializzate. In questo modo però non si presta attenzione ad altre forme di famiglia. Vd. E. Roca, *Familia y cambio social (de la "casa" a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 48-49.

<sup>10</sup> T. K. Hareven, "Historia de la familia y la complejidad del cambio social", *Revista de demografía histórica*, vol. 13, 1, 1995, pp. 105-108.

In secondo luogo, si è mostrato come la riduzione dei membri della famiglia e la proliferazione dei nuclei familiari secondo il modello della famiglia nucleare non si sono accompagnate ad un processo di emancipazione della donna, e di un suo maggiore ruolo nella vita economica e politica. Pensiamo per esempio all'ideologia "vittoriana" della famiglia e del ruolo della donna. Come opportunamente si segnala, l'affermazione della famiglia nucleare si accompagna all'ideale di indipendenza economica da parte dei coniugi, sostenuto però dal divieto per la moglie di lavorare, e quindi dalla possibilità di potere essere economicamente indipendente<sup>11</sup>. Inoltre il processo di riduzione della dimensione dei nuclei familiari non sempre è correlativo ad un processo di emancipazione della donna, ma al contrario si è accompagnato ad un preoccupante fenomeno di esclusione di famiglie monoparentali<sup>12</sup>, in cui un solo genitore, soprattutto statisticamente la madre, si occupa dei figli, spesso con una forte riduzione del suo reddito e senza la possibilità di potere contare sull'assegno del marito<sup>13</sup>. La dinamica di esclusione si può notare anche nel caso di famiglie unipersonali in cui rimane in vita soltanto uno dei coniugi e non gode di assistenza da parte di alcun figlio emancipato<sup>14</sup>. In questo caso, l'eccessiva enfasi sul modello nucleare e

---

<sup>11</sup> E. Roca, *Familia y cambio social (de la "casa" a la persona)*, cit., pp. 68 y 87-88.

<sup>12</sup> Le ragioni possono essere diverse, separazione, divorzio, morte del coniuge, incarceramento, trasferimento per lavoro, ospedalizzazione. Il profilo più comune è quello di una giovane donna, con basso profilo professionale e basso reddito, con figli minori di 16 anni. Vd. I. Alberdi, *La nueva familia española*, Taurus, Madrid, 1999, pp. 98-99; M. A. Almendros González, *La protección social de la familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 41-42.

<sup>13</sup> G. Pastor Ramos, *La familia en España. Sociología de un cambio*, Sigueme, Salamanca, 2002, p. 126, afferma che "en el ámbito de las profesiones liberales, se calcula que el 80% de los padres separados o divorciados abonan la pensión de sus hijos". Vd. anche E. Roca, *Familia y cambio social (de la "casa" a la persona)*, cit. pp. 159-162.

<sup>14</sup> Si tratta di gente anziana, spesso che ha perso il coniuge, o di giovani recentemente emancipati dalla famiglia di provenienza. In Spagna, come in Italia, la stragrande maggioranza di questo gruppo è formata da soggetti anziani di più di 65 anni (58.5%, in Spagna, 55.2% in Italia), in maggioranza vedove, mentre i giovani meno di 30 anni corrispondono solo al 6.6 %, in Italia sono il 4%, mentre in Olanda abbiamo una percentuale del 24.8%. una delle cause di queste famiglie unipersonali è il divorzio, dal quale deriva una famiglia monoparentale, e una unipersonale. In ogni

sul processo di riduzione del numero dei componenti rischia di non considerare situazioni di disagio determinate dal modificarsi del ciclo di vita di ciascun nucleo familiare. Non si coglie, in altre parole, il carattere mutevole dei gruppi, che a seconda delle situazioni, biologiche, giuridiche, economiche, possono trovarsi a passare da un modello ad un altro di famiglia con un peggioramento della loro situazione.

Tenendo in conto la diversità di queste condizioni e di queste cause, possiamo parlare di un "pluralismo familiare", di una moltiplicazione di forme di unità familiare<sup>15</sup>. Abbiamo già accennato al caso di famiglie monogenitoriali e monoparentali o a famiglie unipersonali. Il caso però ancora più interessante è quello delle nuove forme di "famiglie estese".

Possiamo avere una "famiglia nucleare estesa", formata da un nucleo familiare semplice (nucleare o monoparentale), con una o più persone imparentate. Le varianti possono essere diverse (genitori con figli e un parente, madri con figli e un parente, padri con figli e un parente, marito e mogli con un parente, ecc.). La forma più comune è data da parenti ascendenti che decidono, per ragioni diverse, ma di solito per cause di dipendenza biologica, cioè per il persistere di uno stato di permanente non autosufficienza, di vivere con il figlio o la figlia che già sono sposati. Tale fenomeno si deve sia all'aumento della speranza di vita, sia alla scarsità di infrastrutture di accoglienza per gli anziani (e il conseguente ricorso a assistenza domiciliare immigrata). È possibile però anche il caso opposto, figli divorziati che ritornano dai genitori, in entrambi i casi si tratta della convivenza tra tre generazioni.

In secondo luogo possiamo avere famiglie multiple o polinucleari: giovani coppie che per ragioni economiche rimangono sotto lo stesso tetto dei genitori, oppure famiglie ricostruite, nelle quali uno dei membri

---

caso in Spagna solo il 10% di famiglie sono famiglie unipersonali. M.A. Almendros, *La protección social de la familia*, cit. pp. 43-44; I. Alberdi, *La nueva familia española*, cit. pp. 101-104.

<sup>15</sup> G. Pastor Ramos, *La familia en España. Sociología de un cambio*, cit., pp. 75-80.

viene da una precedente famiglia rotta. Inoltre possono esserci forme di convivenza in cui la coppia si costruisce portando con sé i figli delle precedenti relazioni, formando così una famiglia costituita da membri di altre famiglie (le c.d. "famiglie patchwork")<sup>16</sup>. In ogni caso sia le famiglie nucleari estese, sia le famiglie multiple sono in riduzione costante per il passaggio da una società rurale ad una industriale<sup>17</sup>.

I dati comunque parlano di un predominio della famiglia tradizionale in occidente, o nucleare. Le famiglie costituiscono l'83% delle comunioni spagnole, di queste l'82% è costituito da un unico nucleo (possono essere coppie senza figli 17.9%, coppie con figli, 55.8%, monoparentali 8.2%, con un assoluto predominio in questo ultimo caso della convivenza della madre con figli- 7.1%- rispetto a quelle di padri con figli, 1.1%). Soltanto l'1.1% delle famiglie è costituita da due o più nuclei familiari. Per quanto riguarda la dimensione si nota una discesa dei tassi di fecondità e delle relative dimensioni della famiglia. Secondo l'INE nel 2005, il 14.18 % dei focolari domestici spagnoli (*hogares*) è composto da una sola persona, il 28.10 da due persone, il 23.76% da tre persone, il 24.82 % da quattro persone, e solo il 6.76% da cinque o più persone<sup>18</sup>. Prima del 1970 più della metà dei focolari domestici avevano quattro o più membri, mentre oggi avviene l'opposto, più della metà è composta da meno di quattro persone. Questo restringimento delle dimensioni del focolare "obedece, por una parte, al proceso de atomización de los núcleos familiares característico de la denominada <segunda transición demográfica> (con la consiguiente aparición y proliferación de hogares

---

<sup>16</sup> E. Beck-Gernsheim, *La reinvencción de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, cit. pp. 70-71

<sup>17</sup> M.A. Amendros González, *La protección social de la familia*, cit. pp. 42-43.

<sup>18</sup> Vedi Encuesta continua de presupuestos familiares. Resultados anuales 2005. [www.ine.es](http://www.ine.es)

unipersonales y de familia monoparentales) y, por otra, a la baja tasa de fecundidad (1.37 hijos por mujer)<sup>19</sup>.

## **2.2. Il riconoscimento politico del nucleo familiare tra matrimonio ed affezione.**

Ci siamo soffermati sulla prima dimensione del nucleo familiare. Questa dimensione è connessa con la questione del riconoscimento del gruppo familiare da parte dei pubblici poteri e con l'attribuzione di particolari ruoli dotati di autorità per i singoli membri del gruppo. È chiaro che questa dimensione è centrale per una definizione del nucleo familiare. La circostanza del riconoscimento delle unioni da parte dei pubblici poteri, indipendentemente dalla dichiarazione di volontà espressa tramite il matrimonio, civile o religioso, il rapporto tra pubblici poteri e relazioni familiari, e la denuncia del ruolo passivo e antipolitico, di semplice angelo del focolare, attribuito alla donna, sono centrali nella polemica circa l'evoluzione dell'istituzione familiare. In questo capitolo ci soffermeremo soprattutto sulla prima e sulla seconda questione, lasciando la problematica della legittimazione del ruolo politico attribuito ai membri della famiglia, al capitolo seguente. In questo paragrafo, specificamente, ci soffermeremo sulla questione del rapporto tra matrimonio e famiglia, se, cioè elemento identificativo del nucleo familiare sia la fissazione di un vincolo matrimoniale, lasciando la questione tra pubblici poteri e famiglia al tema generale del rapporto tra concezione della famiglia e dottrine del diritto di famiglia.

Alcuni autori non distinguono tra famiglia e matrimonio, affermando che non è possibile parlare di famiglia senza la fissazione di un vincolo matrimoniale. Per esempio C. Gala Vallejo afferma:

---

<sup>19</sup> M.A. Amendros González, *La protección social de la familia*, cit. p. 45. Nel 2006 secondo l'INE il tasso di natalità è aumentato fino ad arrivare a 1,37 figli per donna

*“resulta cuestionable llamar con propiedad familia, aun cuando no se ignoren los lazos de sangre, a determinados tipos o modelos considerados normales y presentados como sustitutos o pretendidas alternativas a la institución familiar, tales como las denominadas parejas sentimentales o uniones de hecho, hogares unipersonales, o parejas homosexuales y otros que, si bien, pueden constituir familia, no son nunca la familia, es decir, ese marco estable, fundado en el matrimonio”<sup>20</sup>.*

La stessa posizione è espressa da F. D’Agostino che sostiene che una delle dimensioni proprie della famiglia è la “matrimonialità”, in quanto solo il matrimonio garantisce alla familiarità una durata dell’impegno e della fedeltà dei soggetti che intendono costituire una famiglia. La famiglia senza il matrimonio si riduce ad una associazione di mutuo soccorso priva del requisito dell’impegno indissolubile<sup>21</sup>.

Altri considerano l’identità tra matrimonio e famiglia come necessaria non in sé, ma in quanto strumento imprescindibile e necessario per l’impegno dei coniugi all’educazione della progenie.

*“La cura dello sviluppo fisico dei figli va collegata con l’opera ancora più complessa e delicata dello sviluppo intellettuale e morale. Per compiere tale opera fisica e morale l’assistenza dei genitori ai figli non può avere una misura di mesi e di anni, e perciò l’amore che unisce l’uomo e la donna per essere vero non può essere che perenne...Da ciò scaturiscono l’unità e l’indissolubilità del matrimonio”<sup>22</sup>.*

---

<sup>20</sup> C. Gala Vallejo, *La familia y su protección en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS), Madrid, 2002, p. 35.

<sup>21</sup> F. D’Agostino, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, cit. pp. 73-75. In questo caso, la posizione di D’Agostino sembra essere più che una tesi descrittiva, che individua quali siano gli elementi del concetto di famiglia, una posizione prescrittiva, che cosa si debba intendere per famiglia.

<sup>22</sup> A.Cicu (et alii), “Voce Famiglia”, in *Enciclopedia filosofica*, cit. p. 3951.

Infine si sostiene che il vincolo matrimoniale è una delle condizioni per la giuridicità del vincolo familiare, condizione che invece manca nelle unioni di fatto, o concubinaggio. Le unioni di fatto non sono oggetto del diritto perchè mancando la volontà di contrarre matrimonio si tratta solo di una serie di atti naturali, di esercizio della sessualità, che rientrano nella sfera privata degli individui. Nel matrimonio, invece, i coniugi vogliono che il loro rapporto passi da una dimensione solamente naturalistica ad una giuridica, desiderano che la loro unione sia qualificata giuridicamente, cioè che la loro vita privata sia regolata dal diritto. I concubini, coloro che si considerano una coppia indipendentemente dal fatto che contraggono matrimonio, non vogliono invece una durata o una socializzazione del loro rapporto. I concubini pretendono allo stesso tempo legarsi e non legarsi, desiderano cioè una impossibilità giuridica. In questo modo, secondo Francesco D'Agostino non si può non individuare una differenza di specie e non di grado tra matrimonio e concubinato<sup>23</sup>.

Altri autori invece distinguono tra matrimonio e famiglia sulla base di diversi argomenti.

In primo luogo si afferma che non si può stabilire all'interno dell'ordinamento spagnolo l'identità tra famiglia e matrimonio, o la dipendenza del nucleo familiare dall'esistenza di un legame matrimoniale. In generale, in Spagna, non vi è una definizione univoca, costituzionale<sup>24</sup>, o legislativa, di chi siano i membri di una famiglia. Il concetto di famiglia si differenzia a seconda dell'ambito del diritto. Per esempio nel diritto del lavoro si considerano i lavori familiari come esclusi dallo statuto dei lavoratori (art. 1.3 Estatuto de los Trabajadores), intendendo per familiari anche i parenti per consanguineità, indipendentemente quindi dalla presenza o meno di un legame matrimoniale, o affinità fino al secondo

---

<sup>23</sup> F. D'Agostino, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, cit. pp. 136-139.

<sup>24</sup> Y. Gómez, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, cit. p. 248 segg., E. Roca, *Familia y cambio social (de la "casa" a la persona, )*, cit. p. 41.

grado. Così anche l'art. 10 regolamento CEE 1612/68 relativo alla libera circolazione dei lavoratori riconosce al lavoratore il diritto a insediarsi con la sua famiglia nel paese di residenza intendendo con famiglia i discendenti o gli ascendenti, propri o della moglie, a loro carico<sup>25</sup>.

In secondo luogo è da notare una differenza concettuale tra matrimonio e famiglia, o accertamento dell'esistenza di una famiglia. Il matrimonio è un atto di volontà che può mancare nella dimensione familiare. Per questa basta la presenza di un figlio.

*“Consideramos que el concepto <familia> viene definido por una relación paterno-filial, y no necesariamente por una relación matrimonial (por definición, electiva): <familia> es un concepto que integra a la pareja (constituya matrimonio o no) y a sus hijos. Puede faltar uno de los progenitores, y sigue existiendo una familia (<monoparental> en este caso) pero si falta descendencia no podemos hablar con propiedad de familia”<sup>26</sup>.*

Ciò non significa, comunque che non si possano riconoscere come famiglia le unioni matrimoniali senza figli<sup>27</sup>, significa soltanto che il vincolo matrimoniale non è una condicio sine qua non per l'identificazione di un gruppo familiare<sup>28</sup>.

Infine vi è un argomento di interpretazione costituzionale. Le relazioni familiari, come abbiamo visto precedentemente, possono essere caratterizzate per la presenza di relazioni affettive e di convivenza

<sup>25</sup> M.A. Almendros González, *La protección social de la familia*, cit. pp. 34-36.

<sup>26</sup> Ibid, pp. 36-37; Y. Gómez, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, cit. pp. 257-259.

<sup>27</sup> Anche se L. Gallino, Voce Famiglia, sociologia della , in idem, *Dizionario di Sociologia*, cit. p. 304 indica la presenza di figli come una condizione affinché una coppia “raggiunga la pienezza dello status giuridico, conforme alla classe sociale di appartenenza”.

<sup>28</sup> Y. Gomez, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, cit. pp. 39-40 afferma che il matrimonio non è causa della famiglia perchè è possibile che si richieda la prole prima del matrimonio, se al matrimonio viene attribuita la funzione di mantenere la discendenza. Non vi è quindi nulla di naturale nella famiglia o nel matrimonio, si tratta solo di istituzioni che nascono e si sviluppano in seguito a variabili sociali.



maggiormente stabili rispetto ad altre relazioni. In questo senso tutti hanno diritto a stabilire una convivenza stabile, e il matrimonio è uno dei modi, ma non l'unico, per stabilire una simile convivenza. Le unioni non matrimoniali meritano protezione giuridica, perchè l'art. 32 CE riconoscendo il diritto di contrarre matrimonio garantisce anche il diritto a non contrarre matrimonio, cioè di costituire una famiglia senza il vincolo matrimoniale. In caso contrario si lasciano i conviventi senza regolazione, frustrando il loro desiderio di avere una protezione giuridica anche senza il vincolo matrimoniale<sup>29</sup>. Come afferma Talavera:

*“una vez se abre un nuevo espacio constitucional y adquieren carta de naturaleza los derechos de libertad y con ellos las expresiones legítimas de vida marital no matrimonial, la unión de hecho básicamente debe configurarse como una unión no-matrimonial (que rechaza el matrimonio), pero no como una unión no-jurídica, que rechaza el Derecho. (...) La intervención del Derecho para otorgar efectos jurídicos a la unión de hecho debe plantearse como protectora y garante de los derechos de libertad e intimidad de quienes pretenden desarrollar una convivencia more uxorio sin casarse”<sup>30</sup>.*

Ma, ci si potrebbe domandare, perchè certe relazioni meritano tutela anche se non sono fondate sul matrimonio, o meglio, perchè si *pretende* che certe relazioni siano tutelate dal diritto? Dopo tutto, lo Stato garantisce alcune forme di protezione ai nuclei familiari, soprattutto dal punto di vista di agenti del benessere sociale, come vedremo in seguito, ma non si può cogliere la richiesta del riconoscimento di queste unioni se non si parte dall'assunto che assistiamo ad una trasformazione dell'idea stessa di legame familiare. Come afferma Almendros Gonzalez, “de esta manera, aunque la forma común de organización familiar sea la matrimonial, las políticas de protección a la familia han de tener en

---

<sup>29</sup> P. Talavera, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit. pp. 136-157.

<sup>30</sup> *Ibid*, p. 46.

cuenta otras realidades <cuasiconiugales> construidas por relaciones afectivas y de convivencia”<sup>31</sup>. L’idea di legame familiare sembra trasformarsi seguendo il movimento pendolare costituito dagli estremi della formalizzazione giuridica del rapporto tra i coniugi e, d’altra parte, la richiesta di un affetto non coercibile, libero, non necessariamente fugace, o “liquido”<sup>32</sup>. Ad essere individuato come il nucleo del rapporto familiare non è la presenza di un impegno stabilito con un atto di decisione, ma una continuità affettiva, di convivenza e di aiuto reciproca che può essere resa pubblica, riconosciuta seppur in modo uguale al matrimonio<sup>33</sup>. Si può quindi constatare come l’aspetto politico della famiglia, inteso tra le altre cose come la richiesta di riconoscimento di un legame da parte dei pubblici poteri, manifesti una diversa idea del fondamento di tale legame, non più un atto di scelta sancito dalla legge, ma una costante situazione di affetto e relazione. Si parla a tal proposito di una “esencia familiar”, che si mantiene nelle forme diverse di famiglia, essenza costituita da “valores de lealtad, apoyo, seguridad y estabilidad, en todos los planos, desde el material y económico hasta el emocional o psicológico”<sup>34</sup>, essenza che diventa l’oggetto e il fine delle politiche dello Stato<sup>35</sup>.

### **2.3. Brevi appunti sulla regolazione delle unioni di fatto come nuove famiglie e la sfida del matrimonio per le coppie omosessuali**

Ci si può domandare se alla fine non avvenga una forma di degiurificazione del rapporto familiare, se cioè questa richiesta di riconoscimento di nuove unioni non porti ad una degiurificazione del legame familiare, o, come abbiamo visto nelle posizioni critiche prima

---

<sup>31</sup> M.A. Almendros González, *La protección social de la familia*, cit. p. 59.

<sup>32</sup> Affronteremo nel seguente capitolo il problema se la dipendenza psicologica dell’individuo rispetto al gruppo familiare giustifichi unicamente un legame quale il matrimonio.

<sup>33</sup> P. Talavera, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit. pp. 19-22 parla di “vaciamiento institucional del modelo matrimonial”.

<sup>34</sup> M.A. Almendros González, *La protección social de la familia*, cit. p. 60.

<sup>35</sup> Rimane in ogni caso da discutere l’aspetto di giustificazione degli interventi statali a favore dell’istituzione familiare, aspetto che verrà discusso nel prossimo capitolo.

esposte, ad una riduzione del legame coniugale al concubinaggio "protetto" da norme di protezione sociale che si limitano a registrare una situazione di fatto. Particolari problemi presenta poi l'estensione alle coppie omosessuali dell'istituto matrimoniale, come ha disposto il legislatore olandese e adesso spagnolo. Da parte di alcuni commentatori si è parlato a proposito di una inaccettabile estensione di un istituto "naturalmente" proprio delle coppie eterosessuali, e di un segno di un pericoloso decadimento dei valori.

Come sappiamo diverse comunità autonome spagnole (Cataluña, Aragón, Navarra, Comunidad Valenciana, Islas Balearias, Madrid, Asturias, Andalucía, País Vasco) si sono dotate di strumenti legali per le coppie di fatto. Per essere riconosciuta come coppia di fatto una coppia deve presentare i seguenti requisiti. In primo luogo deve mantenere una convivenza stabile e affettiva di una coppia, affettività analoga a quella coniugale, di forma libera, pubblica e notoria (o tramite un registro specifico, o tramite i mezzi di prova ammessi in diritto, o tramite due testimoni), che deve durare per un tempo ininterrotto di uno o due anni, a seconda delle leggi autonome. In secondo luogo i conviventi devono essere entrambi maggiorenni o minori emancipati. Non è riconosciuta la convivenza di persone affette da patologie che non gli permettono di esprimere validamente il loro consenso. In terzo luogo, i coniugi non possono essere legati da vincolo matrimoniale ad altra persona, elemento che non permette forme occulte di poligamia o poliandria. Inoltre le persone che stringono questo vincolo non possono essere parenti in linea retta o collaterale per consanguineità o adozione.

Ancora, non si può costituire una unione di fatto con carattere temporale e almeno uno dei due deve essere domiciliato o essere residente della comunità autonoma nella quale la coppia si iscrive. Infine possono essere riconosciute coppie omosessuali, anche se la Ley de Uniones Estables de Pareja catalana, sola tra le leggi sulle coppie di

fatto, specifica che gli omosessuali godono del diritto di stipulare una coppia di fatto, ma non del diritto di contrarre matrimonio<sup>36</sup>.

Quali sono i diritti, e i doveri, delle unioni non basate sul matrimonio?

In primò luogo possono adottare figli, non così le coppie gay (art. 6 ley de Uniones Estables de Pareja catalana, art. 10 della legge aragonese). La legge asturiana permette però alle coppie gay l'accoglimento familiare del minore, anche se non l'adozione. Mentre la legge basca 2/2003 all'art. 8, dispone uguali diritti nell'adottare bambini, rispetto alle coppie di fatto eterosessuali e alle coppie basate sul matrimonio<sup>37</sup>.

Vi sono poi una serie di diritti sociali:

- a) il diritto del convivente senza reddito di ricevere in caso di rottura della convivenza una pensione compensatoria.
- b) diritto a essere considerato coniuge in relazione ad alcune materie:
  - I) per tutto ciò che concerne le prestazioni alla protezione familiare;
  - II) in relazione alla legislazione fiscale, in particolare riguardo alla computazione di rendimenti e alla applicazione di deduzioni o esenzioni;
  - III) per quanto afferisce al regime della funzione pubblica (attribuzione di licenze, permessi, riduzioni di giornate lavorative, attribuzione di posti di lavoro, condizioni di lavoro, aiuti familiari, ecc.);
  - IV) nell'aggiudicazione di case di proprietà dell'amministrazione autonoma,
  - V) per quanto relativo al regime giuridico successorio, in quanto il convivente si equipara al coniuge vedovo (nel País Vasco tale diritto è riconosciuto anche alle coppie omosessuali).

Inoltre vi sono alcune obbligazioni che cadono sopra membri della unione di fatto:

- a) prestare tra loro alimenti,

---

<sup>36</sup> Ibid. pp. 48-49.

<sup>37</sup> Ibid. pp. 52-53.

b) responsabilità di entrambi i conviventi nei confronti di terzi per gli obblighi contratti per ragioni di spese comuni, necessarie al mantenimento della casa e per l'attenzione ai figli<sup>38</sup>.

Infine è da citare una importante differenza tra la regolazione delle coppie di fatto e la regolazione dei matrimoni. Nel caso delle unioni di fatto si riconosce il diritto a estinguere l'unione di fatto tramite la semplice cancellazione dell'iscrizione. In questo senso la facilità, la semplicità e il basso o nullo costo dell'annullamento della convivenza costituiscono dei vantaggi rispetto alle unioni matrimoniali e limitano la natura costrittiva della continuazione del rapporto anche se rimangono in vigore le tutele giuridiche per la parte economicamente più debole<sup>39</sup>. Come sostiene Talavera:

*“La ruptura de la convivencia impone, por un lado, la protección de determinados derechos fundamentales (custodia y sostenimiento de los hijos comunes) y, por otro lado, unas exigencias derivadas de la solidaridad dirigidas a las protección de la parte más débil de la relación a través de unas medidas compensatorias e indemnizatorias. Sobre estos aspectos existe un amplio consenso en todas las legislaciones existentes”*<sup>40</sup>.

Da questo punto di vista, ci sembra che la natura giuridica, intesa come limite alle determinazioni individuali, possa riscontrarsi anche in quelle unioni che non intendono sottoporsi al vincolo matrimoniale<sup>41</sup>. La scelta non è tra una unione senza regole e una unione che si basa su

---

<sup>38</sup> Ibid. pp. 54-57.

<sup>39</sup> Si fa notare, d'altra parte, “un acercamiento entre matrimonio y unión de hecho, producto de la desjuridificación del primero y de la progresiva juridificación del segundo”. P. Talavera, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit. p. 19 segg.

<sup>40</sup> Ibid, pp. 361-362.

<sup>41</sup> A tal proposito P. Talavera parla di una transizione della famiglia che “se produce en torno a dos vertientes: a) la difuminación de los límites de la legitimidad e ilegitimidad, que en caso de España ha venido precedida de la desaparición de las diferencias jurídicas entre hijos naturales y legítimos...y b) la tendencia a la equiparación de las situaciones de derecho y de hecho”. Ibid, p. 13. vd. anche L. Flaquer, *El destino de la familia*, Ariel Barcelona, 1988, pp. 86-95.

una particolare regolazione, ma tra modi diversi di tutelare dei diritti, dei bisogni e delle volontà. Non si tratta di una contraddizione, quindi, ma di un modo di regolare una dialettica, tra il desiderio, libero e mutevole, e il bisogno di stabilità e di sicurezza, se non affettiva, almeno economica e giuridica.

Problematiche differenti presenta invece il riconoscimento come matrimonio delle unioni omosessuali. Il diritto a contrarre matrimonio è rivendicato dai movimenti gay che pretendono una legislazione che riconosca il diritto alle coppie omosessuali di contrarre matrimonio, come in Olanda o Spagna. Vi è inoltre una risoluzione del Parlamento Europeo del 8/2/1994 (A3-0028/94) che chiede alla commissione che formuli una raccomandazione agli stati membri affinché si ponga fine alla proibizione di contrarre matrimonio o di accedere a regimi giuridici equivalenti per gay e lesbiche<sup>42</sup>.

Il riconoscimento di uno *ius connubii* alle coppie omosessuali è stato per molto tempo rifiutato dalla dottrina, dalla giurisprudenza del Tribunale Supremo e del Tribunale Costituzionale, così pure dal Tribunale Europeo dei Diritti Umani<sup>43</sup>. Si è sostenuto in ambito costituzionale che l'art. 32.1 CE ("el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica") faccia espresso riferimento unicamente all'unione di due persone di diverso sesso<sup>44</sup>.

Allo stesso modo si è argomentato come i testi di diritto internazionale non lasciassero dubbi circa il carattere unicamente eterosessuale dello *ius connubii*. La Dichiarazione Universale dei Diritti Umani recita all'art. 16.1 "a partire dall'età in cui si può contrarre matrimonio, gli uomini e le donne hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti

---

<sup>42</sup> P. Talavera, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit. pp. 200-205.

<sup>43</sup> M. Linacero de la Fuente, "Leyes de familia y Constitución: ley 13/2005 de 1 de julio y ley 15/2005 de 8 de julio", *Revista de derecho privado*, n.3, 2006, pp. 43-44.

<sup>44</sup> *Ibid* p. 43.

riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento.”

La Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali itera all'art. 12 il contenuto della Dichiarazione Universale: “gli uomini e le donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto”.

In generale si apprezza una uniformità del significato letterale di tali disposizioni. Bisogna però notare come nel tempo si siano sviluppate argomentazioni, soprattutto in sede nazionale, che sulla base di diversi argomenti affermano la costituzionalità di legislazioni che riconoscano il diritto a contrarre matrimonio anche agli omosessuali. In primo luogo si argomenta che la lettera dell'art. 32.1 CE non può essere considerata chiara al proposito della natura esclusivamente eterosessuale della coppia che può contrarre matrimonio. Si afferma a tal proposito che “la plena igualdad jurídica a la que alude el art. 32 Constitución vale tanto para garantizar la igualdad jurídica entre los cónyuges en el seno del matrimonio tradicional, como en el marco de las formas de matrimonio entre homosexuales”<sup>45</sup>.

Inoltre si sostiene che l'art. 32.1 CE non può essere interpretato in modo asistemico. Il significato della disposizione va individuato in modo coerente con altri principi costituzionali, in particolare il principio di dignità della persona e il principio di eguaglianza.

*“Sin necesidad de retorcer su significado, habrá de convenirse que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1) se encuentran menoscabados en cuanto a las personas homosexuales si no pueden obtener la sanción que la ley otorga a las relaciones entre personas de distinto sexo para sus relaciones afectivas. Con el*

---

<sup>45</sup> Ibid p. 42.

*reconocimiento de su derecho a contraer matrimonio los poderes públicos no hacen sino actuar el mandato del artículo 9.2 que les incita a remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, uno de los cuales es el matrimonio*<sup>46</sup>.

Per quanto riguarda poi la giurisprudenza del Tribunale Europeo dei Diritti umani, si è assistito ad una progressiva estensione del riconoscimento del diritto a contrarre matrimonio, almeno nel caso di una coppia in cui almeno uno risulta essere transessuale. In questo caso, si è riconosciuto per queste coppie il diritto di contrarre matrimonio, sanzionando il Regno Unito sia per il rifiuto di modificare il registro anagrafico sia per il diniego a riconoscere il matrimonio tra due persone dello stesso sesso, ma di cui una transessuale<sup>47</sup>.

Il nostro legislatore ha riconosciuto diverse istanze del movimento per l'istituzione del matrimonio omosessuale con una discussa legge di riforma (Ley 13/2005)<sup>48</sup>. Tale legge, come è noto, prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso e il diritto alle coppie omosessuali di adottare bambini. A tal proposito bisogna però individuare due rationes differenti per la legge. Se infatti il diritto di contrarre matrimonio è visto, a partire dal preambolo del testo di legge, come un passo necessario per eliminare una differenza di trattamento tra coppie omosessuali e eterosessuali, nel caso del riconoscimento a adottare un bambino

---

<sup>46</sup> E. Rascón Valladares, *El derecho a contraer matrimonio y la constitución*, Aranzadi Civil, Pamplona, 2005, p. 36.

<sup>47</sup> M. Linacero de la Fuente, "Leyes de familia y Constitución: ley 13/2005 de 1 de julio y ley 15/2005 de 8 de julio", cit. p. 45.

<sup>48</sup> Bisogna precisare che il matrimonio tra persone dello stesso sesso è già previsto in Olanda (legge 21/12/2000) primo paese a legiferare in tal senso, Belgio (legge 30/1/2003), Canada (legge federale 20/7/2005). Particolare è il caso del Sudafrica in cui il massimo organo giudiziario in ambito civile ha dichiarato che la definizione di matrimonio deve includere anche le unioni delle persone omosessuali (*Fourie v. Minister of Home Affairs* 30/11/2004), sentenza poi confermata dal Tribunale costituzionale 1/12/2005. Vd. L.M. Díez-Picazo, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione, Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*. Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 319-321.



bisogna partire dal principio dell'interesse superiore del minore. A tal proposito autori favorevoli a forme di equiparazione del matrimonio omosessuale al matrimonio eterosessuale, affermano che è pienamente giustificata, proprio in base al principio del superiore interesse del minore, una preferenza per le coppie eterosessuali rispetto alle coppie omosessuali<sup>49</sup>. Il problema, come viene segnalato, non è fare in modo che una famiglia trovi un bambino, ma assicurare al bambino una famiglia, cioè un ambiente consono al suo sviluppo. A tal proposito è da citare la sentenza del Tribunale Europeo dei diritti umani (sent. N. 36515/1997, caso Frettè vd. France) che afferma che non vi è discriminazione a negare ad una coppia omosessuale il diritto di adottare un minore.

Prima di concludere bisogna precisare, però, due cose.

In primo luogo diverse Comunità Autonome (Paesi Baschi, Navarra, Aragona, Catalogna) riconoscono anche per le coppie omosessuali di fatto il diritto di adottare o di accogliere bambini.

In secondo luogo l'incidenza statistica di adozioni da parte di coppie omosessuali è piccola, in quanto le norme che regolano l'adozione internazionale, che è maggioritaria in Spagna, costituiscono un ostacolo alla possibilità di una coppia omosessuale di adottare un bambino. Paesi come Russia, Ucraina, Cina, Bulgaria, Colombia, Bolivia, Etiopia, India, Messico e Perù, non riconoscono il diritto alle coppie omosessuali, anche se straniere, di adottare i minori nati nel loro territorio<sup>50</sup>. Se si pensa che in questi paesi si concludono il 90% delle adozioni internazionali che hanno come beneficiarie coppie spagnole si ha un'idea di quanto ristrette

---

<sup>49</sup> Ibid. pp. 48 segg.

<sup>50</sup> Ibid pp. 51-52.

siano le opportunità per coppie omosessuali di accedere ai benefici di questo istituto<sup>51</sup>.

#### **2.4. L'organizzazione economica della famiglia**

I nuclei familiari provvedono a soddisfare diversi bisogni. Tra questi rientrano i bisogni economici, come l'ottenimento e la trasformazione delle risorse da utilizzare per il sostentamento; e la crescita, del nucleo familiare. Possiamo a tal proposito distinguere diversi aspetti.

In primo luogo dobbiamo domandarci se vi siano dei modelli fissi di distribuzione del lavoro tra uomo e donna all'interno del nucleo familiare. A tal proposito bisogna distinguere tra attività lavorative intrafamiliari (domestiche) e ed extrafamiliari (produttive in quanto attività che trae un reddito monetario). È chiaro che entrambe le attività sono necessarie, a meno che non assumiamo il caso di comunità familiari autosufficienti economicamente, cosa piuttosto difficile, tuttavia non è possibile attribuire i due modelli di attività in modo conforme al sesso del membro del gruppo. In generale il modello classico della famiglia nucleare, quello c.d. "vittoriano", assumeva lo stereotipo della divisione sessuale del lavoro, con la donna che svolgeva esclusivamente attività domestiche e l'uomo che svolgeva attività produttive.

Tale modello, come sappiamo, è però troppo rigido, in quanto non coglie l'esatta dinamica del ruolo produttivo della donna. Abbiamo visto come il processo di industrializzazione abbia avuto un corso oscillante. Ai primi stadi infatti la richiesta di mano d'opera porta le donne e i giovani ad avere maggiori opportunità nel mercato del lavoro, opportunità che però

---

<sup>51</sup> Da ciò non bisogna inferire, come fa J. Scala "Uniones Homosexuales y derechos humanos", *Persona y Bioética*, Vol. 9, N°. 24, 2005 p. 96, che le coppie omosessuali non siano interessate all'adozione, magari perché, come sostiene questo autore, rifiutano l'idea stessa della famiglia e della permanenza di un legame affettivo. Il fatto che il numero delle adozioni da parte di coppie omosessuali sia basso può dipendere dalla difficoltà di queste coppie di ottenere un bambino, vista la scarsità, per fortuna, di bambini da adottare e la difficoltà per queste coppie di accedere ai benefici dell'adozione internazionale.

si riducono via via che tale richiesta diminuisce, per esempio per l'aumento del costo del lavoro e per la richiesta di sempre maggiori conoscenze tecniche. Questo porta, come abbiamo visto, ad una riduzione del peso della donna nel mercato del lavoro, o meglio a conferire alle donne i lavori più umili, nel caso in cui queste abbiano la necessità di lavorare, e a considerare come disdicevole, come segno di indigenza, lasciare che le mogli lavorino<sup>52</sup>.

Tale divisione risulta poi fuorviante quando tentiamo di spiegare l'attuale società industriale. Come afferma Gallino:

*"L'altissimo costo del lavoro manuale per la manutenzione dell'abitazione e delle attrezzature familiari, inclusa l'automobile, motiva l'uomo a compiere in misura crescente il lavoro domestico familiare. Inoltre, il gran numero di donne che fanno parte delle forze di lavoro ufficialmente occupate (...) mostra che in un numero considerevole di famiglie la donna svolge al tempo stesso un lavoro produttivo extra-familiare e una ingente quota di lavoro intra-familiare"<sup>53</sup>.*

In secondo luogo dobbiamo considerare come lo sviluppo economico della comunità influenza le modalità di riproduzione economica del gruppo familiare e la distribuzione dei ruoli e delle autorità. Un basso livello di sviluppo economico si accompagna ad una bassa produttività per addetto. In questo caso ogni nuovo membro della famiglia viene considerato una risorsa per la riproduzione materiale, un investimento, piuttosto che, come oggi, un peso, un impegno da onorare<sup>54</sup>. Inoltre l'aumento del reddito per membro della famiglia occupato e la presenza di più redditi all'interno dello stesso nucleo familiare portano ad una

---

<sup>52</sup> Per una indagine di statistica storica vd. J. W. Scott, L. Tilly, "Lavoro femminile e famiglia", in C. E. Rosenberg (a cura di), *La famiglia nella storia. Comportamenti sociali e ideali domestici* (1975), trad. it. di L. Comoglio, Einaudi, Torino, 1979, pp. 185-195.

<sup>53</sup> L. Gallino, Voce Famiglia, sociologia della, in idem, *Dizionario di Sociologia*, cit. p. 307. Naturalmente si presenta un problema di giustizia distributiva, questione che verrà affrontata nel prossimo capitolo.

<sup>54</sup> Ibid. pp. 308-309.

modificazione dei ruoli autoritativi, con un processo di “democratizzazione della famiglia”<sup>55</sup>, e ad una moltiplicazione di unità familiari, o anche ad una frammentazione. L’ottenimento di una indipendenza economica, infatti, costituisce un incentivo per i giovani ad emanciparsi dalla famiglia d’origine ed a costituire un’altra famiglia, anche se non necessariamente tramite il matrimonio. D’altra parte diventa meno onerosa la possibilità per i coniugi di separazione o divorzio, e non implica, per entrambi o solo per uno, il ritorno al focolare domestico originario, o una sensibile perdita di reddito (tenuto conto anche del diritto ad ottenere un assegno familiare)<sup>56</sup>.

Il maggiore ruolo della donna nel mercato del lavoro ha portato ad una sua indipendenza economica? Non si può dare una risposta univoca al proposito. Bisogna notare che il mantenimento di una indipendenza economica, rispetto al partner o anche rispetto ai genitori, dopo una separazione è molto più difficile nel caso delle donne, a cui vengono attribuiti di norma il carico dei figli, (cosa che limita fortemente le loro possibilità di carriera) che nel caso degli uomini. La stessa legislazione che permette la separazione dei beni, è stato dimostrato statisticamente, porta ad un peggioramento dei redditi delle donne, indipendentemente dal fatto che godano di un reddito<sup>57</sup>.

Alcuni dati possono darci un’idea della portata del cambiamento, almeno in Spagna.

---

<sup>55</sup> P. Talavera, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit. p. 17.

<sup>56</sup> G.Pastor Ramos, *La familia en España. Sociología de un cambio*, cit. p. 125.

<sup>57</sup> F. Cabrillo, *Matrimonio, familia, y economía*, Minerva ediciones, Madrid, 2000, p. 87-88; E. Roca *Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)*, cit. pp. 45-47. In questo caso si dovrebbero ripensare le spiegazioni che vedono nel successo lavorativo della donna una delle cause del divorzio. Queste analisi infatti rischiano di attribuire all’indipendenza della donna un fattore scatenante il processo di dissoluzione del matrimonio, senza notare in primo luogo il rischio per la donna di peggiorare comunque la sua situazione economica, e in secondo luogo la necessità di produrre reddito per il rischio di non ricevere dal partner alcun assegno. Non è facile quindi distinguere nelle motivazioni per la donna a mantenere una carriera tra l’autorealizzazione personale ed egoistica e il timore, giustificato, di dipendere da un partner che sfugge alle sue responsabilità, anche nel caso di prole.

Il tasso percentuale di attività delle donne era nel 1975 il 27.85%, mentre nel 2001 tocca la cifra del 39.79%<sup>58</sup>. Negli stessi anni (1974-2001) assistiamo ad una discesa della fecondità, cioè il numero di bambini per donna tra i 15 e i 49 anni di età, da 2.89 alla cifra di 1.24. Un elemento interessante è il fatto che il tasso tocca il punto più basso nel 1998 (1.15), per poi risalire, grazie anche all'aumento delle nascite da parte delle donne immigrate, al 1.24 citato<sup>59</sup>.

Per quanto riguarda le separazioni siamo passati dalle 17.436 del 1982 alle 63.430 del 2000, (un aumento di quasi quattro volte); per quanto riguarda le sentenze di divorzio abbiamo 21.759 sentenze nel 1982, e 38.973 nel 2000<sup>60</sup>.

## **2.5. La famiglia come organizzazione affettiva e riproduttiva.**

### **Sulla mutevolezza della funzione bioculturale del nucleo familiare**

Una delle funzioni riconosciute universalmente ai nuclei familiari è quella di riprodurre il gruppo familiare, sia in senso biologico sia in senso culturale. Si tratta di una serie, enorme, di compiti, che possono però modificarsi nel tempo, a causa di variabili economiche, politiche, tecnologiche. Le funzioni possono essere chiamate funzioni "bioculturali" per una duplice ragione. In primo luogo il fenomeno biologico della procreazione è governato da variabili sociali, come per esempio il valore economico attribuito alla prole, le concezioni della virilità e della femminilità, il grado di istruzione dei coniugi, la disponibilità di mezzi di contraccezione. In secondo luogo, l'esito dei processi sia di formazione della personalità sia di socializzazione dipende anche "dalla sintonia con cui eventi di ordine culturale, come la formazione di divieti, la proposta di

---

<sup>58</sup> Nel quarto trimestre del 2007 si è raggiunto il 49,37% di tasso di occupazione femminile. Vedi <http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0407.pdf>

<sup>59</sup> G. Pastor Ramos, *La familia en España. Sociología de un cambio*, cit. pp. 67-68.

<sup>60</sup> Ibid, pp. 120-123. Secondo l'Informe de la Evolución de la Familia en España 2007, dell'Istituto di Política familiare 2007 si sono prodotti 126.952 divorzi e 18.793 separazioni.

norme, la comunicazione di tecniche di comportamento, si verificano rispetto agli stadi di maturazione biologica e fisiologica dell'organismo umano<sup>61</sup>.

Naturalmente la valutazione dell'esito di questi due processi dipende dal sistema di valori che vige in una certa società. La valutazione dei processi di formazione della personalità e di socializzazione dei membri della famiglia è, quindi, inseparabile dalla giustificazione delle funzioni svolte dai nuclei familiari. Di tale questione tratteremo nel capitolo seguente, quando affronteremo una analisi, etica e metaetica, dei vari sensi della dipendenza del singolo individuo rispetto al proprio gruppo. In questo paragrafo ci soffermeremo soltanto sulla modificazione del legame tra sessualità-procreazione-costituzione di un nucleo familiare, sulla riduzione dei compiti di socializzazione, propri delle famiglie, individuando le contraddizioni di alcune letture di questi processi.

Questi due processi si sono svolti in età differenti e individuano due "cambi" rispetto alla famiglia tradizionale, in un certo senso pre-contemporanea. Ricordiamo che la famiglia tradizionale, infatti, costituiva un modello di governo delle relazioni sessuali, che venivano legittimate nella misura in cui venivano svolte all'interno della relazione familiare o perchè immediatamente finalizzate alla costituzione di una nuova famiglia. In secondo luogo, la famiglia veniva vista, d'accordo con l'ideologia della costituzione "naturale", e non sociale o convenzionale, dell'istituto familiare come il luogo in cui dovevano essere svolte le funzioni di svezzamento, educazione, e assistenza alla prole<sup>62</sup>.

Questi due cambi sono avvenuti in tempi diversi.

---

<sup>61</sup> L. Gallino *Voce Famiglia, sociologia della*, in idem, *Dizionario di Sociologia*, cit, p. 307.

<sup>62</sup> Sulla dialettica tra carattere "naturale" e carattere "convenzionale" dell'istituzione familiare abbiamo accennato in precedenza. Come introduzione filosofica al problema rimandiamo a F. D'Agostino, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, cit. pp. 21-25.

Possiamo parlare di una prima transizione, in senso cronologico, che concerne la limitazione delle funzioni della famiglia a favore soprattutto dello Stato. A tal proposito dobbiamo citare la progressiva "statizzazione" della famiglia. Si tratta di un processo con una duplice forma. Da una parte concerne la sostituzione da parte dello Stato di funzioni educative, tramite sistemi pubblici di istruzione gratuita e obbligatoria, economiche ed assistenziali, tramite l'attribuzione di posti di lavoro in enti pubblici o la distribuzione di sussidi. Dall'altra si tratta di un processo di controllo dei conflitti familiari, di una loro legificazione e di una loro "giudizializzazione" che spinge sempre di più le questioni familiari dall'essere questioni private ad essere questioni aventi carattere pubblico<sup>63</sup>.

La seconda transizione concerne la dissociazione tra istituzione familiare, in particolare quella fondata sul matrimonio, e il governo della sessualità e della procreazione. La diffusione e la disponibilità di efficaci tecniche anticoncezionali e il riconoscimento, in diverse forme e in diversi tempi, di pari diritti ai figli c.d. illegittimi, hanno portato infatti al tramonto dell'idea che considerava legittime, moralmente e giuridicamente, le relazioni sessuali soltanto all'interno del matrimonio (tenuto presente che comunque le relazioni mercenarie sono state tollerate, più o meno, in tutte le società europee). Abbiamo così diversi modelli di governo dell'attività sessuale e riproduttiva conformi a vari modelli di sviluppo del gruppo familiare. Cinque sono gli elementi: il matrimonio, l'attività sessuale, la convivenza, il riconoscimento di una unione di fatto, la presenza di figli. La differenza tra il modello tradizionale e i nuovi modelli è evidente. Nel primo modello le relazioni sessuali e la nascita dei figli sono condizionate dall'esistenza di un vincolo matrimoniale. Nel secondo modello, o meglio nella seconda famiglia di modelli, è possibile separare tutti e cinque i caratteri costituendo forme di famiglia con almeno due dei

---

<sup>63</sup> P. Talavera, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit. p. 15; J. Carbonnier, *Derecho flexible*, trad. de Díez Picazo, Tecnos, Madrid, 1974, pp. 160-162.

cinque caratteri. Possiamo infatti avere le seguenti forme, non tutte riconosciute giuridicamente come famiglie<sup>64</sup>:

- a) matrimonio → relazione sessuale → figli/non figli
- b) relazione sessuale → matrimonio → figli/non figli
- c) relazione sessuale → figli → matrimonio
- d) relazione sessuale → convivenza → matrimonio → figli/non figli
- e) relazione sessuale → convivenza → figli/non figli
- f) relazione sessuale → convivenza → unione di fatto → matrimonio → figli/non figli
- g) relazione sessuale → unione di fatto → figli/non figli
- h) relazione sessuale → figli.

Vediamo quindi come l'attività sessuale si svincola in maniera maggiore rispetto al passato, o almeno rispetto ad alcune visioni della famiglia, in particolare quella vittoriana e puritana. L'attività sessuale viene vista come indipendente rispetto alla volontà di costituire un focolare domestico, tramite convivenza o matrimonio, grazie anche alla maggiore disponibilità e affidabilità degli strumenti di controllo delle nascite.

Inoltre, il governo della sessualità non viene affidato soltanto alle famiglie, ma diventa un elemento nella socializzazione della prole svolto dalle istituzioni educative pubbliche<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> P. Talavera, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit. p. 23-24. Abbiamo arricchito lo schema di P. Talavera distinguendo tra coppie conviventi e coppie conviventi riconosciute come coppie di fatto. Vd. anche M. Delgado, "Cambios recientes en el proceso de formación de la familia", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 64/93, pp. 124-127.

<sup>65</sup> Naturalmente l'educazione sessuale presso le scuole porta a difficili questioni come la differenza di valutazione di particolari attività o la giustificazione morale delle pratiche anticoncezionali per i minori senza permesso dei genitori.



## **2.6. Unità familiare e ciclo vitale**

Abbiamo visto precedentemente come si possa apprezzare nell'analisi sociologica una diffusione massiccia di famiglie "estese", soprattutto con l'aggregazione di due nuclei familiari precedentemente separati. Al contrario delle tesi unilineari che vedono nel processo di industrializzazione e nell'ampliarsi delle prestazioni dello Stato del benessere una spinta irreversibile verso il tramonto di famiglie "estese", possiamo affermare che questo fenomeno non scompare, anzi è destinato, probabilmente ad avere maggiore incidenza, per l'invecchiamento della popolazione, e, in alcuni casi, per la riduzione delle prestazioni pubbliche.

In generale c'è da domandarsi se il modello della famiglia nucleare come modello unico di riferimento non soffra di un mancato riconoscimento di una delle caratteristiche dell'istituzione familiare: il suo avere un "ciclo vitale". Come afferma Gallino:

*"Ogni famiglia attraversa un suo ciclo vitale, della durata di più generazioni, caratterizzato da stadi di espansione e di contrazione delle sue dimensioni...e da profonde trasformazioni della sua organizzazione politica, economica, affettiva, riproduttiva. (...) Se si osserva un campione di famiglia di prima generazione, all'inizio del loro ciclo, e lo si compara accidentalmente a un campione di terza o di quarta generazione, giunte a stadi più avanzati del ciclo, si rischia di inferire- specie se i due campioni provengono da società e/o periodi di tempo differenti- che un certo tipo di famiglia ha subito delle trasformazioni più o meno rilevanti. In realtà il primo campione potrebbe apparire del tutto simile al secondo se le famiglie fossero osservate nelle stesse condizioni, cioè al medesimo stato generazionale del loro ciclo".<sup>66</sup>*

---

<sup>66</sup> L. Gallino, Voce Famiglia, sociologia della , in idem, *Dizionario di Sociologia*, cit. p. 308.

Il tempo vitale delle famiglie concorre a determinare, insieme all'organizzazione politica, quella economica e quella affettiva le dimensioni della famiglia, così come le sue funzioni nel processo di riproduzione della società<sup>67</sup>. L'allungamento della speranza di vita, e quindi l'allargamento del ciclo vitale delle famiglie risulta una opportunità per una maggiore efficacia dell'azione socializzatrice delle famiglie, soprattutto per quanto riguarda la cura della prole, e, d'altra parte, riduce l'attaccamento dei figli verso i genitori, che passano da essere una fonte di esperienza ad un carico di lavoro, soprattutto di tipo assistenziale. In questo senso, il processo di invecchiamento della popolazione e soprattutto la decisione, molto spesso imposta da dinamiche del mercato del lavoro, di postergare il momento della riproduzione rappresentano la maggiore sfida all'immagine di una società fondata su famiglie di tipo nucleare o su previsioni lineari dello sviluppo delle unità familiari.

### **3. IL RUOLO DELLA FAMIGLIA NELL'ORGANIZZAZIONE SOCIALE. SUBORDINAZIONE O SUPPLENZA?**

La famiglia sempre ha svolto un ruolo importante per il benessere sociale, anche se nel tempo questo ruolo è stato più o meno apprezzato. Si possono indicare diversi fattori che hanno diminuito l'attenzione alla famiglia come agente del processo di produzione del benessere sociale: l'attribuzione generalizzata di funzioni dirigiste e paternaliste allo Stato sociale, il discredito di quelle dottrine della famiglia che vedevano il maschio come il soggetto percettore di redditi nella famiglia, il mutato ruolo della donna e la sua incorporazione nel mercato del lavoro, l'apparizione di nuove forme familiari e di relazione tra i sessi, la sfiducia nei confronti della sociologia della famiglia vista come strumentale alle ideologie conservatrici della famiglia. La crisi delle istituzioni dello Stato sociale, crisi sia di efficienza sia di legittimità, porta a riscoprire il ruolo

---

<sup>67</sup> Vd. D.H.J. Morgan, *The Family. Politics and social theory*, Routledge & Kegan Paul, London, 1985, pp. 176-180.

della famiglia come agente del benessere sociale, agente che svolge una funzione, soprattutto affettiva e di mantenimento di relazioni di solidarietà, che né lo Stato né il mercato possono assicurare. Funzioni come la cura e l'educazione del bambino o dell'adolescente, il finanziamento delle spese per l'educazione e della formazione professionale dei giovani, la cura e l'assistenza di infermi e di anziani e handicappati, nonché l'appoggio finanziario per l'acquisto della prima casa, o la protezione economica in caso di disoccupazione, sono funzioni che vengono riconosciute alla famiglia<sup>68</sup>.

### **3.1. Aree di intervento della famiglia**

Tre sono essere le aree di questo intervento: 1) aiuto in situazioni di bisogno economico, dovuto a mancanza di reddito per l'acquisto di beni essenziali o per affrontare spese di formazione professionale, o per cause di disoccupazione, 2) aiuto in situazioni di minorità fisica o psicologico, specialmente nel caso di anziani e bambini, ma anche nel caso di problematiche psicologiche determinate da eventi stressanti, separazioni, lutti, perdita del lavoro, 3) agenzia di educazione e socializzazione del minore (e in generale di tutti i membri del gruppo). In questo senso la famiglia offre a tutti i membri risorse emozionali e razionali necessarie affinché questi comprendano il mondo, e riescano a valutarlo<sup>69</sup>.

Tale ruolo può essere interpretato in due modi, o come il residuo di una società preindustriale priva di un efficiente Stato sociale che soddisfi le esigenze della popolazione, oppure come una istituzione che concorre al mantenimento della qualità della vita di una società. In questo ultimo

---

<sup>68</sup> L. González Seara, "Nuevas formas y políticas familiares en los sistemas de bienestar", in S. Muñoz Mochado, J.L. García Delgado, L. González Seara (directores), *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 692-693.

<sup>69</sup> Riteniamo infatti che il processo di socializzazione come in generale tutti i processi di formazione della personalità si possano interpretare come un processi "senza fine" che non si interrompono al momento di lasciare il focolare domestico.

senso la famiglia non svolgerebbe un ruolo sussidiario a quello dello Stato, ma un ruolo differente: assicurare un particolare compromesso con alcune persone, i membri della famiglia, così che il benessere personale dipende in una certa misura da quello dei propri parenti. In questo senso l'offerta della famiglia è differente rispetto a quella dello Stato, perché non è valutabile solo in termini monetari o di costi di opportunità (quanto si può rinunciare per ottenere un bene)<sup>70</sup>. Tuttavia, non si può affermare che la genealogia dell'istituzione familiare sia coincidente con la sua funzione di assistenza sociale. Si afferma a tal proposito che vi sia un senso originario nella istituzione familiare determinato dalla autocostruzione di relazioni di reciprocità tra i membri della famiglia e tra generazioni.

*“La familia es una relación originaria, autoproducida, en cuanto que se construye a partir de factores sociológicos autónomos, y no puede entenderse sólo como el resultado de factores individuales (motivos psicológicos) o colectivos (motivos económicos, políticos o incluso religiosos), o de su mezcla. La familia socialmente si y en la medida que estos factores adquieren consistencia autonormativa, y como tales generan una dinámica propia. Estos motivos están ligados a la lógica del intercambio simbólico, o bien al don en un preciso contexto, concretamente en el contexto de la relación de reciprocidad plena entre géneros y generaciones.”<sup>71</sup>*

Questa forma di reciprocità, però, non è, a nostro parere, riducibile soltanto ad una interpretazione biologica delle relazioni tra i generi e le generazioni. Non ci sembra che le relazioni omosessuali o i rapporti di una coppia senza figli non realizzino, in una forma particolare, l'ideale della reciprocità familiare, fermo restando i problemi, a cui successivamente accenneremo, del diritto di ogni persona a conoscere la sua discendenza “biologica”.

<sup>70</sup> M.A. Almendros González, *La protección social de la familia*, cit. pp. 60-64.

<sup>71</sup> P. Donati, *Manual de sociología de la familia*, (1998), trad. de M. Herrera Gómez, Sonia Pagés Luis, Eunsa, Pamplona, 2003, pp. 12-13.

### **3.2. Una forma specifica di solidarietà. La solidarietà familiare e le sue contraddizioni.**

Come può la famiglia assolvere queste funzioni con un funzionamento differente da quello proprio delle istituzioni amministrative, o di istituzioni di mercato? In che senso la famiglia è una organizzazione con un funzionamento che sfugge, almeno in parte, come vedremo, a forme di razionalità formale-burocratica o a logiche di massimizzazione del profitto?

Possiamo parlare, a tal proposito di una forma specifica di solidarietà, la solidarietà familiare. Vi sono diverse dimensioni di solidarietà familiare. La prima è la solidarietà relazionale che consiste nel mantenere i contatti tra i membri della famiglia, mantenendo vivo il sentimento di appartenenza ad una stessa famiglia. La seconda è la solidarietà materiale che consiste nella prestazione di servizi di aiuto, in forma di beni (la cessione di appartamenti ai figli) o di servizi personale (la cura ai parenti anziani), che vengono trasferiti senza contropartita monetaria a membri della famiglia. La terza è la solidarietà residenziale, cioè la convivenza nello stesso luogo. Possiamo avere forme di solidarietà residenziale da parte dei padri nei confronti dei figli (come nel caso di un prolungato periodo di formazione professionale) o da parte dei figli a favore dei padri (come nel caso della cura degli anziani)<sup>72</sup>.

In generale, proprio per il ruolo di supporto, affettivo ed economico, socializzazione, e assistenza, le inchieste sociologiche mostrano un sostanziale apprezzamento dell'istituzione familiare, a dispetto della crisi dei valori per il dilagare del c.d. "individualismo". La famiglia viene

---

<sup>72</sup> Ibid pp. 65-66; vd. G. Meil Landwerlin, "Cambio familiar y solidariedad familiar en España", *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales (Economía y sociología)*, 26, 2000 pp. 147-152. In entrambi i casi ci si può domandare quanto questa forma di solidarietà non sia il mantenimento di un legame affettivo tra genitori e figli, ma sia una strategia di adattamento rispetto ad una insufficienza delle politiche di assistenza pubblica, sia a livello di politiche residenziali o assistenziali per gli anziani, sia per quanto riguarda la regolazione del mercato immobiliare.

considerata come l'elemento più importante della vita per il 78,5% degli spagnoli, a grande distanza dal lavoro (54.4%), mentre la salute continua ad essere l'elemento più importante. Il 95% degli spagnoli poi si dichiara soddisfatto o molto soddisfatto della sua vita familiare. È interessante poi notare come, secondo questa inchiesta, le funzioni più importanti della famiglia nella nostra società sono in primo luogo la riproduzione e l'educazione dei figli (39.2%), e in secondo luogo dare amore e affetto ai componenti (18.3%). Inoltre il 54% non considera preferibile che una persona sia curata da un servizio pubblico, piuttosto che dai propri familiari, mentre soltanto il 39% si dichiara d'accordo<sup>73</sup>.

L'intervento familiare a sostegno dei figli o dei genitori non autosufficienti soffre però di due contraddizioni. In primo luogo ad essere soggetti dei doveri di cura sono soltanto le coppie di età media, in quanto si trovano, per ragioni ovvie, a dovere avere cura sia dei genitori, sia dei figli. Per particolari patologie, come l'Alzheimer, si può parlare di un rischio di esclusione sociale di queste coppie. Inoltre il ruolo di cura dei membri della famiglia, estesa o nucleare che sia, spetta, per ragioni di uno storico paradigma patriarcale discriminatorio, alla donna la quale si trova a svolgere un doppio ruolo: di lavoratrice e di "angelo del focolare", con carichi di lavoro doppi e non riconosciuti<sup>74</sup>.

#### **4. SUPERARE LE CONTRADDIZIONI DELLA SOLIDARIETÀ FAMILIARE. IL TRIPLICE RUOLO DELLE POLITICHE DI SOSTEGNO ALLE FAMIGLIE**

In questo paragrafo ci occuperemo di analizzare, in maniera veloce, e inevitabilmente approssimativa, il ruolo che le politiche sociali svolgono al fine di sostenere le famiglie. Abbiamo visto infatti che le famiglie vengono

---

<sup>73</sup> Vd. CIS, Studio n. 2578, *opiniones y actitudes sobre la familia*, Octubre-Noviembre 2004.

<sup>74</sup> E. Beck- Gernsheim, *La reinvencción de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, cit. pp. 126-137, M.A. Almendros González, *La protección social de la familia*, cit. pp. 68-69.

viste come delle istituzioni fondamentali per il funzionamento della società, e vedremo in seguito come la loro giustificazione si leghi ad una natura lato sensu “familiare” dell’essere umano. D’altra parte, il processo di riduzione, o anche di frammentazione e ricomposizione delle unità familiari viene determinato da fattori, come quelli economici, che sono causati dal funzionamento di istituzioni, soprattutto quelle economiche, che seguono logiche che non coincidono, anzi ostacolano, il mantenimento delle istituzioni familiari e lo svolgersi delle funzioni loro attribuite. Vedremo, senza alcuna pretesa di esaustività, tre aree di questi interventi.

In primo luogo vedremo come si possa riconoscere un reddito per il lavoro domestico, considerato, inopportuno, “improduttivo”. In secondo luogo ci soffermeremo sul problema del governo della solidarietà tra le generazioni e in ultimo analizzeremo la questione della distribuzione dei carichi familiari.

In generale una economia di mercato ha un funzionamento che non tiene conto delle esigenze familiari, in quanto i salari non sono adeguati alle esigenze familiari. Al contrario, tali esigenze sono un freno formidabile all’efficienza perchè riducono la disponibilità dei lavoratori, soprattutto donne, data la molteplicità dei carichi familiari. Questa contraddizione è il cuore delle politiche di compensazione dei carichi familiari e di redistribuzione dei redditi soprattutto nel caso in cui uno dei componenti della famiglia si prenda carico degli altri membri non percependo così alcuna fonte di sostentamento. Si parla a tal proposito di salari di sostituzione (salarios de sustitución) che rispondono alla seguente logica:

*“la función <reproductora> es tan importante como la producción de bienes y servicios, lo que justifica que se tome a cargo de la colectividad parte de las consecuencias económicas de dicha función, obedeciendo*

*este apoyo público a la reproducción a una razón de justicia social: el tamaño de las familias no puede repercutir económicamente en su totalidad en las economías privadas*<sup>75</sup>.

Si tratta di una forma di giustizia sociale, ma anche di sostegno, indiretto, all'economia, in quanto:

*“las familias contribuyen con su esfuerzo económico (amén del afectivo y emocional) a preparar y formar a las nuevas generaciones que van a sostener el tejido productivo de los bienes y servicios que demanda la sociedad y que van a financiar con sus cotizaciones e impuestos la política general del bienestar. De esta forma la compensación pública de las cargas familiares permite restablecer la solidaridad intergeneracional, pues de lo contrario las personas con menos hijos o ninguno quedan doblemente favorecidas en perjuicio de las familias con mayor número de hijos, por un lado, por disfrutar de un nivel de vida más alto durante su vida activa; y por otro, luego, al serles pagadas sus pensiones por los hijos criados en otras familias*<sup>76</sup>.

Possiamo dire quindi che le politiche di redistribuzione dei redditi a compensazione dei carichi familiari rispondono ad un principio di parità familiare, secondo il quale ad uguali redditi e remunerazioni il livello di vita delle famiglie con figli e delle famiglie senza figli deve essere uguale.

In secondo luogo le politiche di sostegno alle famiglie puntano ad un equilibrio demografico. Essendo la famiglia il centro del sistema di riproduzione, si punta a ridurre l'impatto della caduta degli indici di natalità. A differenza delle ideologie nazionaliste e fasciste, in cui l'impegno a far nascere figli costituiva uno dei doveri del cittadino nei

---

<sup>75</sup> Ibid. p. 75; F. Cabrillo, *Matrimonio, familia, y economía*, cit. pp. 310-313

<sup>76</sup> Ibid pp. 75-76. Per una introduzione più ampia al problema vd. Cabrillo, *Matrimonio, familia, y economía*, cit. cap. VI.



confronti della propria nazione<sup>77</sup>, si punta invece ad una politica di equilibrio, tenuto conto dell'esigenza di mantenere uguale il livello di contributi al fine di assicurare la stabilità del patto intergenerazionale<sup>78</sup>. Se si pensa che i dati Eurostat 2004 mostrano che in Italia il 19.2 % della popolazione ha più di 65 anni, in Germania il 18%, in Spagna il 16.8 %<sup>79</sup>, risulta necessario il contributo degli immigrati per il mantenimento dell'equilibrio demografico, e soprattutto di quello pensionistico. La situazione poi si aggrava per l'aumento della speranza di vita, presentando un quadro preoccupante non solo per il mantenimento degli attuali livelli di popolazione, considerato che il tasso di sostituzione è di 2.1 figli per donna, ma soprattutto per il problema di assicurare servizi per una nazione sempre più "anziana"<sup>80</sup>.

Il terzo oggetto di una politica di sostegno alle famiglie è la conciliazione tra impegni lavorativi e impegni familiari. Varie misure sono possibili, come sappiamo: sospensione del contratto di lavoro per maternità o per rischio durante la gravidanza, permesso retribuito per la nascita del bambino o per esami prenatali, riduzione della giornata per l'allattamento, aspettativa per cura del bambino, o per cura di altri soggetti bisognosi all'interno del nucleo familiare, riduzione dell'orario di lavoro, orario di lavoro flessibile, servizio di asilo nido e di scuola materna, mensa scolastica ecc<sup>81</sup>. In generale, però, il problema soffre di

---

<sup>77</sup> Y. Gómez, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, cit. pp. 165-166, ma vedi anche gli antecedenti nella Roma di Augusto, sempre in *ibid*, pp. 51-52.

<sup>78</sup> J. Rawls, "Una revisión de la idea de razón pública", in *idem*, *El derecho de gentes* (1999), trad. de Hernando Valencia Villa, Paidós, Barcelona 2001 pp.183-184.

<sup>79</sup> Instituto de Política Familiar, *Informe Evolución de la familia en Europa 2006*.

<sup>80</sup> L.González Seara, a tal proposito paventa il rischio di un conflitto tra generazioni, "Nuevas formas y políticas familiares en los sistemas de bienestar", in S. Muñoz Machado, J.L. García Delgado, L. González Seara (directores), *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, cit. p. 641 segg.

<sup>81</sup> Algunos ejemplos de estas medidas las encontramos en las diversas resoluciones adoptadas por las instituciones de la Unión Europea entre las que se pueden destacar:

-Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el

un inquadramento sessista, essendo ritenuto un problema, una questione che riguarda soltanto un ampliamento delle opportunità delle donne. Al contrario si tratta di una questione di uguaglianza che riguarda la parità tra i sessi, in quanto concerne la distribuzione dei carichi familiari, tra donna e uomo. La distribuzione del carico familiare, quindi, non si riduce alla garanzia di servizi sociali, ma concerne anche legislazioni che riconoscano all'uomo permessi di paternità o forme di lavoro flessibile. In generale, si può dire che le politiche familiari non si riducono ad assicurare una uguaglianza di redditi, o una uguaglianza di servizi, ma concernono in primo luogo l'opportunità, per ciascuno, di realizzare un desiderio di costituire, e mantenere, l'istituzione familiare<sup>82</sup>, contribuendo,

---

trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

-Directiva 97/75/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 por la que se modifica y amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

-Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

-Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.

-Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social

-Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

-Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2006).

-Comunicación de la Comisión, de 21 de febrero de 1996, «Integrar la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias» [COM (1996) 67 final].

-Resolución del Parlamento Europeo sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada (2003/2129(INI)).

-Resolución del Consejo y de los ministros de trabajo y asuntos sociales, reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar [Diario Oficial C 218 de 31.7.2000].

<sup>82</sup> Si potrebbe quindi interpretare la politica sociale come uno strumento per la realizzazione delle opportunità individuali, riducendo però così il carattere autovincolante per i coniugi dell'istituzione familiare. Il tentativo di svincolare le politiche

così, al benessere collettivo, in secondo luogo ad una divisione equa delle responsabilità nel condurre un progetto familiare<sup>83</sup>.

## **5. MOTIVARE AD AVERE UNA FAMIGLIA O NON OSTACOLARE? UN DIBATTITO APERTO**

Ci si può domandare però se le politiche a sostegno della natalità siano efficaci, tenuto conto delle molteplici ragioni, non solo economiche, ma anche culturali e ideologiche, che stanno dietro alla scelta di avere un figlio. In particolare è da tenere in conto il ruolo che una cultura individualistica- che considera come unica fonte di valore, la scelta individuale e la soddisfazione di preferenze egoistiche- può svolgere, e soprattutto il sostegno che a tale cultura viene dato da parte dei mass media e delle industrie di beni di consumo. Data la pluralità di variabili che spiegano la diminuzione della natalità, la politica di equilibrio demografica assume una pluralità di forme, fiscali, territoriali, sanitarie, di sostegno all'occupazione, di investimento in case popolari, ecc. Inoltre il fine di queste politiche non è quello di fomentare la nascita, quanto piuttosto di eliminare, o ridurre, gli ostacoli alla riproduzione. Certamente non sappiamo i motivi per i quali si prende una decisione tanto cruciale<sup>84</sup>, e l'intervento pubblico, almeno in una società liberale, non vuole imporre o favorirne alcuni, a scapito di altri. Si vogliono i figli come un desiderio che si giustifica da sé, e questo è tanto più vero in una società nella quale il fine "assicurativo" dell'avere figli si è ormai perso di vista o meglio viene

---

sociali da giustificazioni "individualiste" è evidente nella ricostruzione offerta da Donati, *Manual de Sociología de la Familia*, cit. pp. 381-389.

<sup>83</sup> M.A. Almendros González, *Familia y trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral. Aspectos laborales*, Comares, Granada, 2002, pp. 11-12 e 28-30. Circa questa legge l'autore lamenta poi il fatto che la legge si applica solo alle famiglie basate sul matrimonio e non sulle famiglie monoparentali o sulle coppie di fatto. Ibid p. 34.

<sup>84</sup> I. Alberdi, *La nueva familia española*, cit. p. 149 nega che la scarsità di risorse economiche sia la prima ragione che spiega la riduzione delle nascite, e invita a considerare la decisione di avere figli come una scelta che matura all'interno del progetto di vita della coppia, in particolare con la volontà della donna di assicurarsi una posizione lavorativa.

ad essere bilanciato con il sacrificio di altre opzioni (in primo luogo la carriera).

Si può dire a tal proposito che il fine di tali politiche è semplicemente ridurre l'impatto di ragioni economiche a sfavore della nascita<sup>85</sup>. Ciò nonostante, la circostanza che vi sia, secondo le inchieste, una discrepanza tra il numero di figli realmente ottenuto e quello desiderato, differenza che si fa maggiore con l'aumentare del livello educativo della donna, ci fa pensare al fatto che vi siano anche ragioni non economiche che stanno dietro alla decisione di avere figli, come per esempio il costo in termini di libertà, in primo luogo di mobilità<sup>86</sup>. Ci si può domandare però, anche qui, se certe limitazioni siano naturali, o non imposte da una certa organizzazione della società che attribuisce alla donna, o nel migliore dei casi, alla coppia l'onere in toto della cura dei figli (non offrendo alle famiglie forme ricreative per i figli che non si riducano a poche ore), o che permette alle aziende forme "legali" di ricatto: o il posto o i figli. In particolare la tesi della contraddittorietà tra vita "buona", come vita priva di figli e ricca di mobilità e libertà, e vita familiare ci sembra contraddetta dall'esperienza scandinava o francese dove si assiste ad una ascesa del tasso di natalità. Si può parlare in questi paesi, di forte tradizione socialista e individualista, di un ritorno a forme di autosacrificio da parte delle coppie? C'è motivo per più di un dubbio<sup>87</sup>.

Inoltre in un processo di riduzione e rimodulazione della spesa pubblica, in seguito anche alla corsa a ridurre i costi per le aziende, con sensibili riduzioni di garanzie sociali, può sorgere anche il sospetto che queste funzioni siano attribuite alle famiglie in modo strumentale, dato

---

<sup>85</sup> M.A. Almendros González, *La protección social de la familia*, cit. p. 79-82

<sup>86</sup> I. Alberdi, *La nueva familia española*, cit. p. 154.

<sup>87</sup> L'esperienza francese, con un aumento deciso della natalità è analizzata da G. Pastor Ramos, *La familia en España. Sociología de un cambio*, cit. pp. 144-146. Come la stessa I. Alberdi ammette, l'impossibilità di conciliare lavoro e famiglia, per la mancanza di una rete sociale efficiente, spiega la differenza negli indici di natalità tra Spagna e Svezia. I. Alberdi, *La nueva familia española*, cit. p. 150.

che molte di queste funzioni dovrebbero essere svolte dallo Stato, almeno secondo particolari interpretazioni delle Carte Costituzionali. Bisognerebbe domandarsi se, dietro al riconoscimento del ruolo "naturale" delle famiglie come principale istituzione di appoggio e di socializzazione, non si nascondano forme di legittimazione di politiche liberiste che riducono sempre più l'intervento regolativo e redistributivo dello Stato nei confronti del mercato.

## **6. CONCLUSIONE. L'ISTITUZIONE FAMILIARE E I DIRITTI DEI SUOI MEMBRI**

Concludiamo il capitolo con una riflessione, che verrà ripresa in seguito, circa il rapporto tra famiglia e istituzioni pubbliche.

Abbiamo visto la pluralità di interventi portati avanti da parte dei pubblici poteri in favore della famiglia. Particolari politiche pubbliche possono aiutare a distribuire il carico familiare, e possono anche incentivare la formazione di nuclei familiari con l'attribuzione di particolari sovvenzioni, servizi, deduzioni fiscali, ecc. Possiamo dire che viene messo in questione il paradigma che vede la famiglia come un'arena aliena all'intervento dello Stato. Questa nozione del rapporto tra famiglia e Stato, che implica un livello minimo di intervento, entra in crisi con la crisi della famiglia nucleare, la diffusione di famiglie monoparentali, e l'entrata in scena della donna nel mercato del lavoro. Abbiamo già visto come alcune forme di liberalismo possono ritenere illegittime molte delle forme di intervento dello Stato nei confronti della famiglia, in particolare quelle che riguardano la redistribuzione dei carichi familiari, in quanto violerebbero il diritto di ogni cittadino a godere di relazioni intime all'interno del nucleo familiare, tali relazioni devono sfuggire alla regolazione dello Stato perchè altrimenti si viola il diritto all'intimità familiare, il diritto cioè di godere di relazioni psicologiche tra genitori e figli, o tra coniugi slegate dal rispetto di norme giuridiche o da interessi

economici. Si pone quindi un dilemma per lo Stato liberale non interventista: o lasciare che il mercato agisca, e distrugga la famiglia nucleare, o intervenire e quindi interferire all'interno delle decisioni familiari<sup>88</sup>.

In ogni modo si possono presentare due argomenti al proposito.

In primo luogo, l'intervento di gruppi più grandi dei gruppi familiari, per esempio le comunità locali, è sempre avvenuto, non è un elemento proprio del processo di regolazione della società tramite il diritto a cui si assiste nella società contemporanea.

Certamente, come nota Carbonnier<sup>89</sup>, ci può essere una differenza tra l'azione di intervento di un gruppo religioso o di una autorità locale, e l'azione di un'amministrazione statale, possiamo avere logiche funzionali differenti, ma ciò non toglie che non si può parlare di una separazione tra famiglia e resto della società, così come sembra che si assuma da parte di questa ideologia politica. Si rischia infatti di separare la società in gruppi privi di relazioni, cosa che nessuna teoria sociologica potrebbe ammettere.

In secondo luogo non si può parlare di un diritto assoluto alla intimità familiare in quanto c'è un interesse dello Stato ad intervenire all'interno della famiglia quando c'è il rischio di pregiudizio per il bambino; inoltre bisogna notare che la famiglia non è una istituzione frutto dell'unione di diverse persone che hanno diritti, alcuni dei quali si mantengono oltre la permanenza dell'unità familiare. In altre parole non intervenire nella famiglia significa lasciare che i diritti di alcuni membri non siano tutelati. La famiglia quindi deve essere considerata "*una sociedad abierta*, porque es una comunidad en la que madura la personalidad de los individuos que la forman y que en esta tarea colabora asimismo el Estado; por ello

---

<sup>88</sup> E. Roca, *Familia y cambio social (de la "casa" a la persona)*, cit. pp. 62-63.

<sup>89</sup> J. Carbonnier, *Derecho flexible*, cit. p. 163.

ni es independiente en el sentido de que puede oponerle una personalidad jurídica con sus propios derechos, ni está oprimida o condicionada por la actuación estatal”<sup>90</sup>.

Le norme del diritto di famiglia in uno Stato sociale non sono norme di interferenza nella famiglia ma norme di sostegno alle necessità dei componenti. In questo caso abbiamo un modello misto di relazione tra stato e famiglia, la famiglia non è indipendente, ma non è neppure una agenzia statale di socializzazione sulla cui attività vigilano i poteri pubblici. Si tratta di un sistema di protezione dei diritti fondamentali dei cittadini<sup>91</sup>. Questo modo di concepire i rapporti tra famiglia e Stato è quello accettato dalla Costituzione spagnola, nella quale la famiglia non è vista come un gruppo autonomo, gode della protezione dello Stato, ma non ha riconoscimento legale differente da quello riconosciuto ai suoi membri, quindi la sua tutela è strumentale alla tutela dei diritti dei suoi membri. In questo modo si può evitare la difficoltà di accettare una limitazione dei diritti dell'individuo in favore dei diritti della famiglia, come *distinta e indipendente* dall'insieme dei diritti dei suoi membri<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> E. Roca, *Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)*, cit. p. 66.

<sup>91</sup> *Ibid.* pp. 66-68; Y. Gómez, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, cit. pp. 285-289.

<sup>92</sup> E. Roca, *Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)*, cit. 70-72.

## CAPITOLO II

### LA DIMENSIONE FAMILIARE DELL'ESSERE UMANO.

#### I VARI SENSI DELLA DIPENDENZA

Finora ci siamo occupati di una ricostruzione sociologica delle forme di famiglia. Al fine di una analisi, ricostruttiva e normativa, dell'istituto del ricongiungimento familiare, è necessaria anche una riflessione circa la *fenomenologia dei legami di dipendenza tra individuo e comunità familiare* all'interno di una analisi più complessiva circa i fondamenti filosofici del *diritto alla vita in famiglia*.

È infatti ormai opinione diffusa nella teoria dei diritti umani che non basta studiare le tecniche di tutela o le dichiarazioni dei diritti al fine di conoscere il contenuto e le garanzie dei diritti, così come invece dichiarava Bobbio<sup>93</sup>.

È necessario domandarsi il fondamento di queste pretese per tre ragioni. In primo luogo perchè così si possono presentare delle ipotesi di codificazione di nuovi diritti, compito tradizionalmente riconosciuto, almeno fino all'età della codificazione, ai giuristi, e in particolare agli scienziati del diritto. In secondo luogo, è necessario domandarsi il fondamento dei diritti, al fine di individuare principi e pretese che appartengono già ad un ordinamento, anche se nella forma di prescrizioni inesprese (questo naturalmente fa sorgere una polemica tra chi sostiene che i principi di tal genere, pur essendo principi morali, appartengono all'ordinamento, e chi invece ritiene che per tale ragione si tratti di norme non giuridiche che diventano tali solo per decisione dell'autorità giurisdizionale, che svolge così una funzione legislativa occulta). In terzo luogo è necessario domandarsi il fondamento dei diritti al fine di giustificare una particolare decisione in caso di conflitto tra diritti.

---

<sup>93</sup> N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 15-16, trad. cast. *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Ed. Sistema, Madrid, 1990, pp. 60-61.



In queste pagine non intendiamo sostenere alcuna tesi circa il difficile problema del rapporto tra diritto e morale e tra concetto e giustificazione dei diritti. Ci vorremmo soffermare su un tema inevitabile in una indagine circa il ricongiungimento familiare: in che senso si debba parlare di una dimensione familiare dell'essere umano. Se indaghiamo infatti la natura, la giustificazione, i limiti e la tutela del diritto alla vita in famiglia, allora non possiamo esimerci dall'analizzare il rapporto che intercorre tra l'individuo e l'istituzione familiare, e tra l'istituzione familiare e le altre istituzioni sociali.

Tenteremo di evidenziare diversi aspetti della fenomenologia della dipendenza di un individuo rispetto alla propria famiglia, alle quali corrisponderanno diverse giustificazioni dell'istituto.

Un individuo può essere dipendente dalla propria famiglia in vari modi, a seconda della sua età e del suo ruolo all'interno del nucleo familiare. La relazione di dipendenza, così come dimostra il proliferare di nuove forme di famiglia, non si riduce al rapporto tra padre e figlio, o tra moglie e marito, ma assume una pluralità di forme che fa pensare ad un universo di soggetti costitutivamente "insufficienti" dal punto di vista psicologico, biologico, economico, politico (l'anziano, la coppia omosessuale, il single, l'adulto padre/madre, ecc.). In altre parole, nonostante una certa vulgata propria di letture superficiali dei classici del liberalismo, la teoria politica e morale non ha dimenticato il bisogno di cura, di prendersi cura e di essere oggetto di cura, o la necessità di una persona di collegare la propria esistenza a quella dei propri predecessori al fine di dargli un senso. Si tratta di bisogni e necessità ai quali anche gli adulti sono soggetti, nonostante abbiano superato la soglia "legale" della maggiore età, o nonostante abbiano un reddito non inferiore alla linea di povertà<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> Riteniamo al proposito che una certa parte dello sviluppo della filosofia politica odierna, in particolare il femminismo e la teoria delle capacità di Amartya Sen, sia da attribuire ad un approfondimento delle situazioni concrete di svantaggio non evidenziate dalla teoria di John Rawls. Sul tema vd. A. Sen, *Inequality Reexamined*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

In particolare ci soffermeremo su sei forme di dipendenza: dipendenza psicologica, dipendenza trascendente, dipendenza biologica, dipendenza economica, dipendenza politica, dipendenza narrativa<sup>95</sup>. Riteniamo che tale relazione di dipendenza, in questa pluralità di forme, costituisca una valida base per la giustificazione, morale, di pretese come il diritto alla vita in famiglia.

## **1. LA DIPENDENZA PSICOLOGICA. OLTRE L'ANIMAL RATIONALIS**

La dipendenza psicologica può evidenziarsi per tutti i membri, minori o adulti del nucleo familiare. La famiglia infatti svolge un ruolo fondamentale per quanto riguarda la soddisfazione di pulsioni emozionali di varia intensità e origine.

Così come opportunamente evidenzia Martha Nussbaum, la dipendenza, fisica e psicologica, dei bambini nei confronti dei genitori è una condizione ineliminabile dell'essere umano. Il non desiderare essere amato non è proprio dell'essere umano, ma di un Dio o di un angelo<sup>96</sup>. Non si tratta soltanto di desiderare un riconoscimento, o di avere bisogno di una educazione, c'è un bisogno di essere amato, di essere oggetto di affetto da parte di una persona. Potremmo parlare a tal proposito di una condizione psicologica di bisogno, tale che si produce anche quando tutti i bisogni fisiologici sono stati soddisfatti.

Certamente queste nozioni sono facilmente accettabili, in quanto nel pensiero filosofico occidentale è riconosciuto il ruolo che l'affetto svolge nello sviluppo psichico del bambino o dell'adolescente. Che dire però del

---

<sup>95</sup> Queste sei forme della dipendenza del singolo rispetto al gruppo familiare sono riprese da W. Ruddick, voce Family, ethics and the, in E. Craig, *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Routledge, London, 1998, Retrieved November 10, 2007, from (<http://www.rep.routledge.com/article/L025>) che le considera dimensioni dell'interpretazione del significato etico della famiglia.

<sup>96</sup> M. Nussbaum, "Aristotelian Social Democracy", in R.B. Douglass, G.R. Mara, H.S. Richardson (eds.), *Liberalism and the Good*, London, Routledge, 1990, pp. 219 y 222-223.

bisogno di affetto di un adulto? Si può parlare di una situazione di bisogno psicologico di un adulto, tale da ipotizzare una forma di dipendenza di una persona nei confronti della famiglia di appartenenza?.

La questione sembra spinosa per più di un motivo.

In primo luogo l'idea che un individuo sia dipendente psicologicamente dalla propria famiglia sembra cozzare con l'idea di un soggetto agente razionale, che decide sul corso d'azione in modo non dipendente da variabili emozionali. Tutt'al più si pensa che questa dipendenza si produca in modo più evidente per le donne, tanto da far pensare ad un modo "femminile", e costitutivamente imperfetto, di approcciare le problematiche etiche.

Secondo una fortunata versione della critica femminista al liberalismo, la donna sarebbe più sensibile al particolarismo etico, in quanto concepirebbe la propria scelta a partire dalla valutazione delle opzioni concrete, non a partire da una classificazione universale delle opzioni sulla base di categorie astratte di valore<sup>97</sup>. Questo modo "differente" di approcciare le questioni morali non sarebbe però costitutivo solo delle donne, nè, soprattutto sarebbe un modo "imperfetto" di ragionare. Avremmo invece due modi diversi di sviluppare una sensibilità morale. La prima si baserebbe su relazioni di responsabilità e cura degli altri, mentre l'altra si baserebbe sull'applicazione di norme e diritti. Carol Gilligan, a tal proposito, critica la teoria dello sviluppo morale di Lawrence Kohlberg. Quest'ultimo aveva affermato che lo stadio finale della riflessione finale coincide con ragionamenti astratti e universalizzabili, nei quali ragioni affettive o legami personali particolari non svolgevano alcun ruolo, e se lo svolgevano ciò impediva di produrre un giudizio morale adeguato, cioè imparziale. Gilligan, invece, nota come una simile classificazione squalifichi automaticamente l'approccio alternativo a problematiche

---

<sup>97</sup> Vd. Per una introduzione critica al dibattito tra femminismo e liberalismo W. Kymlicka, *Filosofia politica contemporanea. Una introducción*, (1990), trad. De R. Gargarella, Ariel, Barcelona, 1995, cap. VII.

morali, un approccio che parte da una concreta e vicina situazione di bisogno, il cui paradigma è la relazione tra donna e bambino, e non da un riflessione astratta sulla vincolatività di una norma indipendentemente dall'identità del soggetto agente<sup>98</sup>.

Questa posizione, che si fa risalire ad una lettura critica dell'universalismo kantiano, riteniamo non faccia giustizia, in ogni caso, del problema del rapporto tra razionalità astratta, concepita a partire da norme universali che non tengono conto di bisogni concreti, in particolare in bisogno di una relazione affettiva. Seguendo la distinzione tra *universal ethics* e *feminist ethics*, o tra *ethics of rights* e *ethics of care*, si finisce infatti per mantenere la questione negli stessi termini nei quali è nata. Da una parte vi è una ragione "fredda" propria degli uomini, con criteri di validità universali, dall'altra una ragione "sensibile ai sentimenti" propria delle donne, con criteri di validità particolari<sup>99</sup>.

Ma è possibile stabilire una simile distinzione, oppure la stessa fenomenologia dei conflitti morali, indipendentemente dalle differenze di genere, ci spinge a evitare rigide classificazioni, tra ragioni e sentimenti, e separazioni tra modelli di decisione, da una parte le emozioni, non universalizzabili, dall'altra le argomentazioni? Abbiamo visto precedentemente come la crisi del modello della famiglia nucleare non ha portato ad una distruzione della famiglia come istituzione, ma casomai ad un suo ripensamento<sup>100</sup>.

Tale ripensamento ha avuto delle conseguenze anche in sede di teoria morale. In questo ambito si è riconosciuto che non è opportuno produrre una gerarchia di ragionamenti morali basandosi sul primato di

---

<sup>98</sup> C. Gilligan, *In a different voice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1982, pp. 18-22.

<sup>99</sup> Bisogna chiarire che neppure Gilligan ritiene che la differenza di ragionamento sia biologica, ma sia semplicemente un modo differente di approcciarsi alle tematiche morali, indipendentemente dal genere. *Ibid.*, p. 2.

<sup>100</sup> F. D'Agostino, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, cit., p. 9. vd. Anche E. Beck-Gernsheim, *La reinvencción de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, cit., p. 25.

giustificazioni imparziali e generali. In primo luogo perchè si è riconosciuto che l'agire morale risponde anche ad una logica particolaristica e sensibile all'identità dell'agente e non soltanto ad una universalistica e imparziale<sup>101</sup>; in secondo luogo perchè si è avvertita l'esigenza di distinguere tra norme universali e applicazioni particolari di tali norme, applicazioni che sono soggette a eccezioni implicite spesso non determinabili a priori<sup>102</sup>. Tra queste eccezioni possiamo far rientrare anche le relazioni familiari di dipendenza e di cura.

Il bisogno di famiglia rimane ancora forte, soprattutto come bisogno psicologico di una istituzione che protegge, che conferisce una stabilità di affetti, che assicura intimità e alla quale rivolgersi quando si è in difficoltà psicologiche. In questo caso, la crisi dei valori, che si ritiene frutto dell'exasperato individualismo, si può dire che produca una vittima illustre: l'individualismo stesso stretto tra richieste di emancipazione dai gruppi sociali e i costi, in termini di solitudine e di disorientamento tra opzioni di valore confliggenti, sempre più alti per ottenere tale indipendenza. In questo caso, però, non si tratta di una questione economica, che pure analizzeremo in seguito, ma di costi psicologici, che per molto tempo la letteratura filosofica non ha considerato, se non come espressioni di un irrazionalismo filosofico duro a morire. In tal modo però si finisce per non dare un quadro plausibile del ruolo delle emozioni nella decisione morale. Il decisore razionale è privo di emozioni, sa cosa sia

---

<sup>101</sup> Sulla questione delle valutazioni dipendenti dall'agente rimandiamo a A.K. Sen, "Rights and Agency", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 11, 1982, pp. 21-37.

<sup>102</sup> Il dibattito di filosofia morale vede al momento un rinascere di argomentazioni particolariste. Vd. J. P. Dancy, "Moral Particularism", in *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, (<http://plato.stanford.edu>)

È da citare il fatto che tali argomentazioni, in filosofia del diritto, si producono all'interno di una riflessione su un luogo classico: il rapporto tra norma universale e giustizia del caso concreto. Tale argomento ha trovato nuova linfa a seguito della riflessione sui criteri di validità delle procedure di bilanciamento tra diritti e tra principi di diritto. Vd. A tal proposito J.J. Moreso, "Conflitti tra principi costituzionali", *Ragion Pratica*, 18, 2002, p. 201-221, B. Celano, "Defeasibility" e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili", *Ragion Pratica*, 18, 2002, p. 223-239, J.J. Moreso, A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano, *Ragion Pratica*, 18, 2002., p. 241-248.

bene fare per sè e la propria comunità, e sa come bilanciare le esigenze individuali, quelle collettive e quelle familiari.

Ma è poi proprio così? Un semplice sguardo alla letteratura filosofica degli ultimi anni, ma anche all'attualità, ci dice di no. Spesso possiamo decidere in modo da tutelare tutti i valori in gioco, sia quelli privati e familiari, sia quelli pubblici, ma talvolta no. Possiamo avere delle scelte tragiche, che ci impongono dei costi, talvolta troppo onerosi, imponendoci di risolvere, in qualche modo, un dilemma (ad esempio possiamo non sapere se dobbiamo accettare un incarico in una fabbrica che produce armi chimiche, e lasciare i nostri figli senza istruzione universitaria, oppure accettare l'incarico derogando ai nostri principi<sup>103</sup>). Oppure ancora possiamo, come nella maggior parte dei casi, operare una scelta, sapere che è quella giusta, ma provare un rimpianto per ciò che non si è potuto fare (possiamo per esempio scegliere di lavorare di più delegando al nostro coniuge la gestione degli affari domestici compresa la cura dei figli, sapere che è la scelta giusta, perchè si tratta di un lavoro utile per la società, ad esempio fare il magistrato in Sicilia o nei Paesi Baschi, ma rimpiangere di non avere scelto un altro mestiere). Al massimo, le emozioni svolgono un ruolo nella decisione di prendersi cura di qualcuno, decisione che, guarda caso, nelle società patriarcali viene convenzionalmente presa dalla donna, che viene ad acquisire il ruolo di angelo del focolare. Eppure la situazione di bisogno psicologico, anche negli adulti maschi, rimane e diventa anche nelle nostre società una pretesa moralmente giustificata e protetta, talvolta, dall'ordinamento giuridico. La promulgazione di legislazioni che favoriscono forme di permesso di lavoro per paternità, infatti, nascono non soltanto da una volontà di equiparare tra i coniugi, o tra i conviventi, o tra i genitori, i carichi dello svezzamento, ma anche per soddisfare una esigenza emotiva, anche maschile, che si considera non una forma di irrazionale

---

<sup>103</sup> J.J.C. Smart, B. Williams, *Utilitarianism, For and Against*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973. pp. 97-98.

desiderio di dare affetto. Allo stesso tempo, forme di assistenza agli anziani, centrate sul ricovero presso centri residenziali, non presentano soltanto costi monetari, ma anche costi psicologici dati dalla frustrazione del desiderio dell'anziano non autosufficiente di potere continuare a vivere una vita a contatto con i membri della propria famiglia, senza però considerarsi un peso<sup>104</sup>.

Si può dire, che la famiglia svolge un ruolo fondamentale nell'economia degli affetti, anche in una società nella quale dominano forme di "amore liquido"<sup>105</sup> o la separazione dei genitori da eccezionale diventa una dinamica normale dello sviluppo individuale<sup>106</sup>. Da ciò derivano posizioni, come quella di D'Agostino, che ritengono che la famiglia sia un'istituzione giuridica proprio perchè, a differenza del concubinato, nasce come un'unione formalizzata, che assicura stabilità ad un legame di comunione a dispetto della mutevolezza degli affetti<sup>107</sup>. La funzione stabilizzatrice dell'unione matrimoniale permette ai coniugi di intraprendere un cammino sicuro nei sentieri accidentati delle relazioni amorose, riconoscendo la fugacità delle passioni umane. Riconoscere la famiglia come unione basata su una norma, come quindi una istituzione formalizzata, significa accettare da parte dei coniugi il carattere limitato, e non assoluto del loro essere, e del loro esperire le passioni<sup>108</sup>.

Tale desiderio spiega, per D'Agostino, come la riduzione del matrimonio come atto privato, senza alcuna funzione pubblica, si

---

<sup>104</sup> A tal proposito P. Donati parla della necessità di una "cittadinanza della famiglia", di una forma di sostegno alle famiglie non come strumenti per l'assistenza, ma ineliminabili strumenti di socializzazione e solidarietà. P. Donati, *Manual de sociología de la familia*, cit. pp. 389 segg.

<sup>105</sup> Z. Bauman, *Amor liquido* (2003), trad. de M. Rosenberg y J. Arrambide, Fondo De Cultura Económica, Madrid, 2005.

<sup>106</sup> E. Beck-Gernsheim, *La reinvencción de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia*, cit. Cap. II.

<sup>107</sup> F. D'Agostino, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, cit. p. 58.

<sup>108</sup> Ibid, pp. 44-45. Vd. anche, D. Pagliacci, "L'amore tra autenticità, affettività e orizzonte comunitario. Il vincolo familiare". in L. Alici (a cura di), *Forme della reciprocità. Comunità, istituzioni, ethos*, Mulino, Bologna, 2004, pp. 309-347.

accompagna ad una "giuridificazione", ad una richiesta di riconoscimento giuridico di decisioni, come l'unione di fatto, che invece appartengono ad un ambito privato di scelta<sup>109</sup>. In questo modo, si assiste ad una pratica contraddittoria: si rifiuta l'istituzione matrimoniale perchè giuridificata, e quindi pericolosa per la spontaneità degli affetti, ma nello stesso tempo si richiede una giuridificazione per forme parassitarie a quella familiare classica, come la coppia di fatto. In altre parole il desiderio di stabilità degli affetti ci fa desiderare nello stesso la giuridificazione e la non giuridificazione del legame.

Questo scontro tra pulsioni contraddittorie non ci sembra però evitabile, a differenza di ciò che afferma D'Agostino. Riteniamo che la dimensione di dipendenza psicologica del soggetto adulto nei confronti dell'unità familiare, che ha contribuito a creare, mantenga un carattere di paradosso inevitabile: il bisogno di dare affetto, al compagno o alla compagna, che come tale si soddisfa soltanto spontaneamente, rimane contraddittorio con il dovere di dare affetto in virtù della libera accettazione di una norma e di un vincolo. Far coincidere stipulativamente la famiglia con il matrimonio, così come sembra fare D'Agostino, attraverso l'affermazione della natura ontologicamente giuridica dell'istituzione familiare<sup>110</sup>, non ci sembra risolvere il problema. Rimane sempre il problema di giudicare il valore di un affetto "autoimposto"<sup>111</sup>, anche se del pari è difficile accettare come valida una relazione "da tasca...che si possa utilizzare solo in caso di necessità" che

---

<sup>109</sup> F. D'Agostino, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, cit. pp. 139-140.

<sup>110</sup> Ibid, pp. 120-123. Dobbiamo precisare che affermare la non identità tra matrimonio e famiglia non significa affermare la natura non istituzionale della famiglia stessa. Il fatto che non vi sia più un rapporto matrimoniale, perchè il rapporto affettivo non si è mantenuto, non significa che non vi siano dei rapporti istituzionalizzati, cioè duraturi e regolati da norme, tra i membri.

<sup>111</sup> A tal proposito può essere utile ricordare la tesi di G. F. Hegel, *Filosofia del derecho*, Dirección General de Publicaciones, Mexico, 1975, p. 163, che faceva dipendere il legame familiare dal permanere di una volontà soggettiva. Mancando la volontà viene a mancare il legame.



sembra caratterizzare l'idea di un affetto costitutivamente fragile incapace di sostenere il peso di un impegno<sup>112</sup>.

## **2. LA DIPENDENZA TRASCENDENTE DELL'INDIVIDUO NEI CONFRONTI DELLA FAMIGLIA. TRASCENDENZA E AUTENTICITÀ.**

Una ulteriore dipendenza dell'individuo nei confronti della famiglia è quella "trascendente"<sup>113</sup>. A differenza della prima forma di dipendenza, questa nasce in modo eteronomo rispetto alla volontà, o alle emozioni, del soggetto. La filiazione non è determinata da un atto di scelta, ma piuttosto da una volontà esterna. Si può parlare a tal proposito di un comando divino. La fecondità viene vista come un obbligo di natura teologica ("siate fecondi e moltiplicatevi", Gen. 1.28) derivante dalla considerazione che "non è bene che l'uomo sia solo (Gen. 2.18)<sup>114</sup>. Si può pensare, ancora, a quelle culture che vedono la fecondazione come un dovere nei confronti dei propri antenati di continuare la propria stirpe, o ancora di un obbligo di mantenere, tramite la filiazione, la propria anima. Abbiamo anche forme più o meno secolarizzate di dipendenza metafisica dell'uomo nei confronti della famiglia: si appartiene alla famiglia in quanto quest'ultima appartiene ad una nazione o ad una razza. Si tratta di forme con gradi differenti di secolarizzazione, in quanto l'appartenenza alla famiglia è determinata da un obbligo di mantenere una nazione<sup>115</sup>, ma questa nazione è a sua volta il frutto di una volontà divina o di una storia *miticamente* connotata<sup>116</sup>. Analogo ragionamento si può fare per forme di razzismo non strettamente biologiche:

---

<sup>112</sup> Z. Bauman, *Amor liquido*, cit. pp. 10-14.

<sup>113</sup> Ruddick, cit., utilizza a tal proposito il termine "metafisica" per descrivere questa relazione. Preferiamo invece parlare di dipendenza trascendente, in modo da evitare l'equivoco di ridurre la prospettiva metafisica alla relazione tra l'individuo e entità spirituali e religiose. Siamo, però, coscienti del peso che le tematiche teologiche hanno avuto, e hanno, sul dibattito circa l'oggetto della metafisica.

<sup>114</sup> F. D'Agostino, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto* cit. pp. 100-103.

<sup>115</sup> Vd. Y. Gómez, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, cit. pp. 51-52.

<sup>116</sup> Questo punto non si applica per quelle concezioni secolarizzate del nazionalismo, come per esempio quella di E. Renan.

l'appartenenza ad una famiglia è mediata dall'appartenenza ad una razza, frutto di un intervento divino o oggetto di un castigo.

In tutti questi casi vi è una doppia forma di dipendenza: la progenie è dipendente dai genitori, ma questi a loro volta sono dipendenti da un'entità trascendente: la divinità, la stirpe, la nazione, la razza, alla quale i membri della famiglia rispondono, sia per quanto riguarda l'educazione dei figli, sia per quanto riguarda la loro condotta sessuale.

Questa relazione di dipendenza metafisica dell'individuo nei confronti della famiglia non è un retaggio di un passato oscuro, ma piuttosto il segno, a nostro giudizio, di un bisogno di cercare un significato trascendente alle nostre azioni e alle nostre decisioni.

Tale bisogno può pure non essere percepito da alcune persone, può anche non svolgere alcun ruolo della determinazione della condotta dei membri della unità familiare, certo è che è parte di un modo di considerare l'appartenenza di un individuo a tale unità. L'idea che l'esperienza della genitorialità non sia un atto di decisione individuale, ma risponda ad un dovere trascendente la nostra volontà, o sia un dono di una divinità o dei nostri antenati, sia ancora il risultato di una "sorte morale", non può essere scartata come influenza di superstizioni, ma può essere considerata come un elemento di costituzione dell'identità personale di ciascun membro dell'unità familiare. Per esempio John Finnis parla dell'esperienza religiosa come una delle attività fondamentali dell'essere umano, come uno dei valori fondamentali della vita pratica<sup>117</sup>.

Così come da parte di Francesco Viola viene individuata nella libertà religiosa una delle fonti storiche della nascita dei diritti umani<sup>118</sup>. La ricerca di una giustificazione trascendente degli istituti familiari, allora, rientra in un processo di costruzione della propria identità personale, di

---

<sup>117</sup> J. Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, (1980) trad. de S. Cristóbal Orrego, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 120-121.

<sup>118</sup> F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000, cap. XI.

riconoscimento della propria "autenticità", a partire da una serie di valori e di questioni, non necessariamente di origine religiosa, che non vengono scelti o creati dall'agente. Lo sviluppo morale dell'individuo è infatti eteronomo in due sensi. In primo luogo perchè egli non sceglie chi essere, ma sviluppa le sue convinzioni attraverso un dialogo continuo con gli altri membri della comunità. In secondo luogo perchè l'individuo trova già un insieme di valori e di significati, un "orizzonte di senso" che non si riduce a ciò che questo vuole o desidera. Nell'orizzonte di senso dal quale partire per sviluppare la propria identità morale può rientrare anche il riconoscimento della appartenenza ad una comunità religiosa, culturale o morale che conferisce significato<sup>119</sup>. In questo caso non si può scartare una interpretazione della famiglia all'interno di una relazione di dipendenza tra i membri della famiglia e una divinità o un'entità metafisica, pena il non considerare una delle dimensioni di giustificazione dei diritti: la richiesta soggettiva di costruzione, o rinvenimento, della propria autenticità.

Bisogna precisare, comunque, che in questa sede non è necessario soffermarsi sulle varie questioni che tale situazione di dipendenza possono far sorgere, in particolare per quanto riguarda l'educazione dei figli o il riconoscimento di particolari unioni. Si può infatti sostenere che il riconoscimento di tale situazione di dipendenza non individua un insieme di principi univoci e non ambigui circa i doveri dello Stato nei confronti delle famiglie, sia a livello di politiche educative sia a livello di legislazioni sul diritto civile.

Si può semplicemente affermare che l'importante sia individuare un insieme di dottrine che riconoscono questa situazione di dipendenza metafisica dei membri di una famiglia nei confronti di una autorità

---

<sup>119</sup> Vd. C. Taylor, *La ética de la autenticidad*, (1991), trad. de P. Carbajosa Pérez, Paidós, Barcelona, 1994, cap. IV e in particolare pp. 75-77.

trascendente, ma che rimangono "ragionevoli", coerenti con un insieme di principi politici e di diritti fondamentali<sup>120</sup>.

Individuare questi principi e il contenuto di questi diritti, precisare i limiti dei bilanciamenti ragionevoli tra libertà d'educazione e tutela del dovere di istruzione, tra uguaglianza di opportunità tra i coniugi e norme consuetudinarie di fonte religiosa, è impresa di tale respiro da non potere essere intrapresa in questa sede.

### **3. DIPENDENZA BIOLOGICA O DIPENDENZA PSICOLOGICA?**

Uno degli elementi fondamentali dell'istituto familiare è la legittimazione della prole, e quindi l'individuazione dei limiti del gruppo rispetto ad altre comunità, di sangue, di cultura, di lingua. Uno dei modi, se non il modo "originario", di distinguere il proprio gruppo da altri gruppi è il criterio della derivazione biologica da una coppia di genitori biologici. Il matrimonio, appunto, ha avuto la funzione di conferire un particolare status giuridico ai nati all'interno di tale relazione formalizzata rispetto a coloro che sono nati da altri tipi di rapporti, per esempio dal concubinaggio. I nati all'interno del matrimonio, infatti, sono de iure figli legittimi, senza bisogno di un riconoscimento, mentre per i nati fuori dal matrimonio è necessario un riconoscimento da parte del padre, riconoscimento che in alcuni ordinamenti può anche essere obbligatorio. Si può parlare a tal proposito di una dipendenza biologica dei nati rispetto ai loro genitori.

Dipendenza in questo caso equivale ad un giudizio di paternità/maternità biologica, da cui non necessariamente scaturisce una relazione di genitorialità, intesa come relazione che porta all'inserimento del nato all'interno del gruppo familiare e sociale e all'assunzione, da parte dei genitori o degli altri membri del gruppo, di una serie di doveri nei

---

<sup>120</sup> Questa è appunto la strategia argomentativa di J. Rawls, *El liberalismo político*, trad. de A. Domènech, Crítica, Barcelona, 1996, pp. 89-97.

confronti del neonato<sup>121</sup>. Sappiamo, per esempio, che a Sparta era diffusa la pratica dell'infanticidio, per i nati non perfettamente sani, al fine di evitare l'inserimento nella comunità di membri non abili<sup>122</sup>. In questo caso la riduzione della fertilità ad una funzione sociale portava alla distinzione tra dipendenza biologica e appartenenza al nucleo familiare. Non bastava essere stati generati da due membri del gruppo per appartenere al gruppo stesso.

La dipendenza biologica, cioè la derivazione di ogni nato da una coppia di genitori, svolge un ruolo non secondario nelle argomentazioni morali a proposito della famiglia, e delle sue giustificazioni. È da considerare, infatti, la questione del diritto all'identità biologica. Mentre il problema prima della diffusione delle tecniche di ingegneria genetica poteva essere risolto convenzionalmente tramite il ricorso o al riconoscimento automatico o alla dichiarazione di paternità, anche se scientificamente non vi erano mezzi per determinare con certezza tale paternità, oggi la questione, come si sa, è ben più difficile. Pensiamo alle tecniche di fecondazione assistita, in particolare alle tecniche di fecondazione eterologa o di impianto di ovuli in "uteri in affitto". In questo caso, nasce il problema dell'identità biologica del nascituro, dell'individuazione dei suoi genitori, anche per diagnosticare particolari problemi genetici<sup>123</sup>. Si parla a tal proposito di una crisi del principio di familiarità, della condizione di conoscenza da parte del bambino della sua identità familiare, in quanto a questi viene sottratta di principio una delle due figure genitoriali<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Sulla relazione di familiarità vd. F. D'Agostino, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, cit. pp. 69-70.

<sup>122</sup> Y. Gómez, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, cit. pp. 44-45.

<sup>123</sup> Lasciamo da parte casi ancora più complicati in cui la donna che mette a disposizione ovuli ed utero, o soltanto l'utero, viene meno alla prestazione concordata.

<sup>124</sup> F. D'Agostino, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, cit. pp. 164-166.

L'argomento della dipendenza biologica, come bisogno moralmente rilevante, non coincide con una giustificazione biologica dell'istituto familiare e in particolare del matrimonio. Una simile giustificazione della relazione familiare, infatti, è fragile per due motivi.

In primo luogo il semplice fatto che una coppia generi un neonato non è un motivo per giustificare l'istituzione familiare. Abbiamo visto, infatti, che non è l'origine biologica l'elemento che giustifica una particolare attitudine verso il neonato, ma piuttosto una serie di valori, di norme, che possono essere cogenti anche nei confronti di bambini che non sono biologicamente nostri figli, o all'opposto, come nel caso di Sparta, possono spingerci a non prestare alcuna cura nei loro confronti. In questo caso, la dipendenza biologica, intesa come filiazione, non giustifica alcuna norma; è piuttosto un altro principio a guidare i nostri comportamenti, cioè la genitorialità, il riconoscimento di una obbligazione nei confronti del neonato.

In secondo luogo, la genitorialità, che D'Agostino considera una delle dimensioni della familiarità, non dipende, non è costitutiva solo dell'esperienza della filiazione biologica, ma è propria anche dell'esperienza dell'adozione, in cui due soggetti accolgono un bambino, o un adulto, come figlio pur non essendo i genitori biologici<sup>125</sup>. È possibile quindi avere una forma di dipendenza nei confronti della famiglia, intesa come riconoscimento di una origine, che esula dalla dipendenza biologica, che non si riduce ad un giudizio di fatto circa la derivazione di un essere vivente da uno spermatozoo e un ovulo. Il valore che viene riconosciuto all'adozione, in particolare il suo essere una pratica con un valore talmente alto da essere una forma di esercizio del principio della genitorialità, dimostra come la dipendenza biologica, come giudizio di fatto, non giustifica alcuna pratica. È soltanto il riconoscimento del

---

<sup>125</sup> Ibidem.

principio di genitorialità, come principio morale da parte di due persone a determinare i criteri della loro condotta.

Possiamo concludere che la dipendenza biologica ha un senso soltanto come esigenza, psicologica più che medica, del nato di conoscere i genitori biologici o di mantenere una relazione con questi. Questa dipendenza quindi rientra, a nostro parere, nel rapporto di dipendenza psicologica con due figure genitoriali, anche se non si tratta di genitori biologici, piuttosto che in una forma di dipendenza con un significato morale distinto<sup>126</sup>. Purtroppo, non è il mero fatto di avere messo al mondo una vita che dimostra che vi sia una volontà di esercitare il principio di genitorialità, e quindi di soddisfare la relazione di dipendenza del bambino nei confronti dei genitori.

#### **4. DUE FACCE DELLA DIPENDENZA ECONOMICA DEL SOGGETTO NEI CONFRONTI DELLA FAMIGLIA.**

Buona parte della filosofia politica contemporanea ha tentato di applicare all'interno dei nuclei familiari principi di distribuzione. Punto di partenza di tali analisi era la profonda insoddisfazione per il trattamento che la teoria di Rawls e l'utilitarismo avevano riservato a problematiche come la distribuzione dei redditi, o dei compiti all'interno delle famiglie. Rawls, infatti, aveva individuato come soggetto della posizione originaria unicamente il "capofamiglia", facendo sorgere il dubbio che la sua teoria eliminasse le problematiche di discriminazione ed ingiustizia all'interno delle unità familiari<sup>127</sup>. Allo stesso modo, l'utilitarismo, spesso, finiva per assumere che, magicamente, all'interno delle famiglie non vi fossero

---

<sup>126</sup> Vorremmo però chiarire che quanto detto non implica che il bambino, diventato adulto debba avere riconosciuto un diritto a conoscere l'identità dei genitori biologici, nè che i genitori adottivi abbiano il dovere di rivelare al figlio tale identità. Ragioni prudenziali possono infatti negare tale diritto. Per esempio, si potrebbe ritenere che il mantenimento dell'anonimato possa essere un incentivo alla donna a rivolgersi a strutture pubbliche piuttosto che a ricorrere a soluzioni disperate.

<sup>127</sup> Vd. W. Kymlicka, *Filosofia política contemporánea. Una introducción*, cit., p. 271; S. Moller Okin, *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, New York, 1989, cap. V.

forme di conflittualità per l'ottenimento di risorse scarse. A differenza del resto della società, all'interno dei nuclei familiari si cooperava per fini comuni, con distribuzioni regolate da agenti perfettamente altruisti<sup>128</sup>. In entrambi i casi si finiva, inconsapevolmente, per assumere una posizione classica, risalente ad Aristotele: che l'ambito familiare non sia soggetto a valutazioni di giustizia. Per lo Stagirita, infatti, la famiglia era il luogo delle relazioni necessarie, così come necessaria era l'istituzione della schiavitù o la sottomissione della donna al capofamiglia<sup>129</sup>.

Al contrario l'analisi economica, che vede le interazioni regolate da interessi egoisti confliggenti, può svolgere un ruolo anche nell'interpretazione delle dinamiche familiari. È possibile infatti considerare le famiglie come ambiti dove si svolgono "conflitti cooperativi", in cui i membri dell'unità familiare competono per ottenere risorse scarse, in modo però da non mettere in pericolo la tenuta della unità familiare, esercitando una forma di egoismo limitato<sup>130</sup>.

Inoltre, parlando di relazione di dipendenza economica di un individuo nei confronti della famiglia non bisogna cadere nell'errore che tale dipendenza sia naturale. Al contrario si tratta di una dipendenza convenzionale, frutto, come abbiamo visto, di particolari regolazioni della proprietà e di particolari assetti distributivi. Una dipendenza che può manifestarsi in modo diverso, con istituti diversi.

Possono essere portati diversi esempi. L'affermazione della naturale divisione del lavoro secondo il sesso era funzionale, e lo è tuttora, ad una emarginazione delle donne dalle professioni liberali e in generale dalla vita pubblica. Allo stesso modo, la pratica consuetudinaria

---

<sup>128</sup> M. Nussbaum, *Sex and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 33.

<sup>129</sup> H. Arendt, *Vita Activa. La condición humana*, trad. de R. Gil Novales, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 41-47.

<sup>130</sup> A.K. Sen, "Gender and Cooperative Conflicts", in Tinker I., *Persistent Inequalities*, Oxford University Press, Oxford, 1990, pp. 126-127; W. Ruddick, voce Family, ethics and the, in E. Craig, *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Routledge cit.



dell'attribuzione dell'eredità al primogenito era strumentale al mantenimento dell'integrità del patrimonio familiare. Del pari, la situazione di dipendenza di molti anziani verso i nuclei familiari costituiti dai figli era, ed è tuttora, la conseguenza di un'insufficiente accumulazione di capitali necessari ad affrontare un, più o meno lungo, periodo di incapacità a produrre reddito. Infine, la tarda età con la quale i giovani, come in Italia o in Spagna, formano una famiglia distinta è il risultato di una riduzione dei salari d'ingresso, di una precarizzazione del mondo del lavoro e di una sfrenata corsa all'investimento immobiliare.

In generale si può dire che il singolo soggetto risulta dipendente economicamente dal gruppo familiare in modo proporzionale alla limitatezza del ruolo dello Stato nell'economia- cioè nella distribuzione di risorse, di servizi e di posizioni lavorative- e nell'istruzione<sup>131</sup>. È chiaro infatti che il principio liberale dell'eguaglianza di opportunità dipende da un ruolo attivo da parte dello Stato, che assicura da una parte che non vi siano posizioni dominanti nel mercato delle merci e dei servizi, dall'altro che vi siano uguali posizioni di partenza nell'accesso al mercato del lavoro<sup>132</sup>.

Si può quindi affermare che la dipendenza economica del soggetto rispetto alla famiglia sia, in parte, il risultato dell'efficacia delle politiche redistributive e regolative del mercato: maggiore è la disuguaglianza nella distribuzione di risorse e servizi, maggiore sarà il ricorso a reti di protezione familiare in mancanza di reti di protezione ufficiali<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Ci riferiamo ad uno Stato costituzionale di diritto sociale, non a qualunque forma di Stato.

<sup>132</sup> Si può sostenere, a ragione, che l'intervento dello Stato possa ridurre le opportunità dei consociati, e in primo luogo dei giovani, invece che aumentarle. Aumentando per esempio la pressione fiscale sui redditi da lavoro si finisce per rendere poco attraente l'investimento in nuove attività imprenditoriali, con relativo aumento della disoccupazione. La nostra posizione, però, non identifica l'intervento pubblico esclusivamente con il trasferimento di risorse, ma considera l'azione dello Stato sia come intervento redistributivo, sia come intervento regolativo del mercato.

<sup>133</sup> Per questa ragione si ritiene, da parte di molti studiosi, che l'ideale della libertà reale coincida con la distribuzione di un reddito di cittadinanza, o di una somma di denaro iniziale, attribuita in una unica soluzione, da investire a discrezione del

Bisogna però aggiungere che la dipendenza economica di un soggetto rispetto alla propria famiglia dipende anche dalla giustizia tra le generazioni che compongono il nucleo familiare, per lo più esteso. È infatti chiaro, come abbiamo visto, che la disponibilità di risorse da distribuire dipende anche dall'ampiezza dei trasferimenti tra i membri. Per esempio, le politiche previdenziali si basano su un principio di giustizia generazionale, tale per cui la generazione dei giovani paga i contributi in modo da assicurare ai pensionati una vecchiaia, più o meno, serena. Se tale equilibrio tra contributi versati e assegni percepiti salta, per esempio perché la vita media si è allungata oltre le previsioni, è chiaro che si può arrivare ad una dipendenza maggiore, sia degli anziani, sia dei giovani, nei riguardi delle famiglie di appartenenza, con un ritorno a forme di famiglia allargata.

Vi è un secondo senso rilevante di dipendenza economica. Un soggetto, abbiamo visto, è dipendente economicamente dalla propria famiglia in quanto la sua sopravvivenza è data dalla possibilità che l'unità familiare disponga di beni da distribuire, anche se non in parti uguali, a tutti i membri. Nel caso però dei giovani, questi, soprattutto in società fortemente segmentate nelle quali vi è una scarsa mobilità sociale, sono dipendenti anche per quanto riguarda la loro "socializzazione economica". È possibile infatti che la famiglia attribuisca loro un ruolo economico non soltanto all'interno del nucleo familiare, ma anche in società. Questo è tipico di professioni liberali, nelle quali i genitori offrono ai figli un accesso privilegiato a tali posizioni professionali, accesso che normalmente è assai ristretto, così come era tipico che i figli di operai o contadini seguissero la strada dei padri. In questo modo, la famiglia diventa un mezzo di perpetuazione di strutture lavorative e distributive di redditi, molto spesso inegualitarie. È da considerare inoltre nella distribuzione delle risorse e dei carichi di lavoro il fenomeno delle "preferenze adattive",

---

destinatario. Vd. J. Conill, *Horizontes de economía ética*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 45-53.

la circostanza cioè che in situazioni di persistente disuguaglianza i soggetti che subiscono discriminazioni finiscono per accettarle come naturali o come giustificate all'interno di un ordine immutabile<sup>134</sup>. Spesso alle donne è imposto un ruolo all'interno delle famiglie che le porta ad accettare sacrifici e privazioni maggiori degli uomini (non pensiamo solo a situazioni di povertà estrema, ma consideriamo anche il doppio lavoro che oggi viene svolto da quasi tutte le donne nelle società europee). Questi ruoli, madre e lavoratrice, vengono considerati come parti ineliminabili dell'essere donna proprio perchè il processo di socializzazione economica avvenuto all'interno delle famiglie, e continuato in società, ha avuto successo adattando le preferenze individuali a situazioni discriminatorie.

La funzione di socializzazione economica svolta dalle famiglie, inoltre, pone un ulteriore problema rilevante per la filosofia morale. È accettabile il principio della sovranità delle famiglie per quanto riguarda gli indirizzi educativi da impartire ai figli, oppure tale libertà deve essere bilanciata dal principio di uguaglianza di opportunità? Riteniamo che in questa sede non si possa presentare alcuna ipotesi di soluzione di un problema di così ampia portata<sup>135</sup>. Ci basta avere espresso le problematiche del concetto di dipendenza economica di un soggetto, adulto o minore, nei confronti del nucleo familiare di appartenenza.

## **5. ASPETTI DELLA DIPENDENZA POLITICA DELL'INDIVIDUO NEI CONFRONTI DELLA FAMIGLIA**

Si può parlare di una dipendenza politica dell'individuo nei confronti dell'istituzione familiare in diversi sensi.

---

<sup>134</sup> A. Sen, "Gender inequalities and theories of justice", in M. Nussbaum, J. Glover (eds.), *Woman, Culture and Development*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 259-274.

<sup>135</sup> In generale vd. J.S. Fishkin, "Justice, equal opportunity and the family", *Political Theory*, Vol. 11, No. 3 (Aug., 1983), pp. 462-466.

In primo luogo, nel senso più ampio, si può dire che un individuo dipende politicamente dalla famiglia di appartenenza in quanto la stessa società nasce dall'unione di più famiglie. È soltanto il rapporto tra più famiglie che fa sorgere la società civile.

Una variante di questo argomento è quello che vede l'istituto della famiglia, con i relativi tabù del matrimonio endogamico e della pratica dell'incesto, come il momento in cui si consuma il passaggio per l'uomo dallo stadio naturale, con una serie di comportamenti guidati unicamente dall'istinto, allo stadio culturale, con comportamenti guidati invece da norme.

In secondo luogo, l'individuo dipende politicamente dalla famiglia di appartenenza perchè all'interno di questa svolge la sua prima forma di "socializzazione politica". La famiglia attribuisce infatti ai membri uno status e dei ruoli, che, almeno nelle culture tradizionali, si riverberano nella loro posizione in società. La famiglia diventa un laboratorio all'interno del quale i membri applicano, o imparano, le regole di distribuzione del potere che vigono nella società politica. In questo caso, però, la famiglia cambia di fisionomia; non è più il luogo più intimo, in cui la dimensione privata richiede il non intervento dei poteri pubblici al fine di mantenere una sua autenticità, ma è una parte del sistema di legittimazione delle istituzioni sociali.

In terzo luogo, l'individuo dipende politicamente dalla famiglia di appartenenza nella misura in cui l'essere membro di un nucleo familiare è un criterio necessario per essere membro di una comunità politica. Sia negli ordinamenti in cui vige un criterio di *ius sanguinis*, sia negli ordinamenti in cui vige lo *ius soli*, l'appartenenza ad una famiglia

costituisce una condizione automatica di riconoscimento della cittadinanza<sup>136</sup>.

Cominciamo quindi con il primo senso di dipendenza politica.

Come abbiamo visto prima, Aristotele considera la società civile come il risultato di una unione di varie famiglie ( *Politica* 1252b). È la famiglia l'unità politica primigenia o "naturale", così che la polis nasce dall'unione di varie famiglie. A sua volta la polis produce le sue leggi in maniera convenzionale. In questo modo, la famiglia rimane, però, un limite all'azione della vita politica. La sua riproduzione non può essere regolata da leggi positive, ma segue delle regole di natura. L'economia, la legge della casa, non consiste nel governo di azioni che possono non avvenire, non è un campo dell'etica in cui possiamo scegliere il giusto mezzo tra due opposti, ma ha per oggetto leggi necessarie, comportamenti naturali, istituzioni imprescindibili per la sopravvivenza, come la schiavitù (*Politica* 1261a, ma vedi anche *Etica nicomachea* 1132b).

Come segnala Hannah Arendt la famiglia è una istituzione, per Aristotele, che segue una logica opposta a quella politica<sup>137</sup>. Mentre la vita politica segue un principio di isonomia, di libertà ed eguaglianza tra i cittadini, la vita familiare segue principi di gerarchia e subordinazione "naturali". Questa subordinazione è, però, politica perchè è necessaria al mantenimento delle istituzioni civili. Tali istituzioni, come sappiamo, nel tempo si adatteranno a modelli che tenderanno ora ad uniformarsi al modello gerarchico familiare (come nell'età dell'assolutismo), ora ad allontanarsi cercando di realizzare una eguaglianza politica, opposta alla subordinazione che i soggetti soffrono nella loro vita privata.

Anche la prospettiva più "emancipatoria", che vede nell'istituzione familiare il luogo della subordinazione, deve però fare i conti con un

---

<sup>136</sup> Per una differenza tra i due criteri di attribuzione della cittadinanza vd. W. Benedeck, "Nationality", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of public international law*, North Holland, Amsterdam 1995, p. 503.

<sup>137</sup> H. Arendt, *Vita Activa. La condición humana*, cit., cap. I-II.

modello basilare di interazione, modello che secondo alcuni autori, sulla base di importanti contributi della letteratura antropologica, si può intravedere soltanto a partire dalla nascita dell'istituzione familiare<sup>138</sup>. Stiamo parlando del modello normativo dell'azione, della circostanza che l'agire non è regolato soltanto da desideri, da istintivi, da pulsioni, ma da norme, da obblighi che si ritengono vincolanti anche se vanno contro la nostra volontà. In particolare il tabù dell'incesto e il divieto del matrimonio endogamico diventano elementi che spiegano il passaggio da unità familiari a unità più larghe. Per queste ragioni, la dimensione familiare, con le sue istituzioni, diventa un elemento caratteristico del processo di socializzazione ed umanizzazione del singolo che vede gli altri non semplicemente come estranei, ma come membri di altre famiglie con le quali poter entrare in contatto. La dimensione familiare individua quindi alcune modalità fondamentali dell'essere umano: il desiderio di fraternità e la pace con i membri di altre famiglie. La famiglia risulta quindi una forma di *seminarium rei publicae*. La società civile è formata da microsocietà, le famiglie, che ne costituiscono le cellule costitutive, poiché "è nella vita familiare che cresce e giunge a maturazione per il soggetto la consapevolezza del vincolo di più universale familiarità (...) che lo unirebbe ad ogni altro essere umano"<sup>139</sup>. Questa duplice forma di dipendenza politica dell'individuo nei confronti della famiglia, sia per quanto riguarda la nascita della società, sia per quanto riguarda la nascita delle norme, porta, necessariamente, alla tesi della supremazia delle pretese dell'istituzione familiare, rispetto alle pretese delle istituzioni pubbliche. In altre parole, l'intervento statale nella vita familiare è, prima

---

<sup>138</sup> D'Agostino, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, cit., pp. 28-31. il riferimento alla letteratura antropologica è a C. Levi Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, Mouton & Co., Paris, 1968, cap. XXIX. Y. Gómez, invece, sostiene che neppure la proibizione dell'incesto è un elemento universale della regolazione delle famiglie, ricordando come pratiche endogamiche fossero riconosciute positivamente presso le dinastie dei faraoni dell'antico Egitto, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, cit. p. 43.

<sup>139</sup> D'Agostino, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, cit., p. 18.

facie, illegittimo, in quanto le istituzioni familiari sono arbitre circa il benessere dei suoi membri, a meno che non vi siano elementi particolarmente perturbatori, come problematiche psichiatriche, penali o religiose.

Un secondo modo di interpretare la dipendenza politica dell'individuo nei confronti della famiglia consiste nel vedere l'istituzione familiare come una arena del processo di socializzazione, nella quale si insegnano, e si imparano, i ruoli che si seguiranno in società. Questa interpretazione è per certi versi opposta a quella precedente, in quanto mentre nella prima si assume in qualche modo che l'istituzione familiare è la base dell'istituzione sociale, da questa infatti inizierebbe il processo di formazione dei nostri ordinamenti normativi, quest'ultima invece considera l'ambito familiare come un'agenzia particolare del processo di socializzazione. Tale processo non si originerebbe all'interno delle mura domestiche, al contrario l'apprendimento di ruoli, norme, principi sarebbe frutto di una distribuzione di poteri che si applica alla famiglia dall'esterno. In altre parole, l'individuo sarebbe dipendente politicamente dalla famiglia perchè lì egli apprende un particolare ruolo, particolari norme, principi, valori. Tale universo morale non nascerebbe però nella unità familiare, ma sarebbe importato da istituzioni sociali più grandi, economiche, politiche, religiose, culturali, politiche. La famiglia non costituirebbe più soltanto un'isola nella quale l'individuo godrebbe di valori quali l'intimità, l'autenticità, la fraternità, il disinteresse, ma una delle molteplici arene nelle quali ciascun membro gioca un ruolo per ottenere dei benefici in primo luogo in termini di potere, economico e decisionale. Tali ruoli non sono determinati naturalmente, ma socialmente, a seconda dei principi politici che all'interno della comunità si sono venuti affermando. La letteratura femminista, in questo senso, arricchisce l'analisi marxista, che vedeva la famiglia come un elemento nel sistema di produzione

generale<sup>140</sup>, attribuendo all'istituzione familiare un ruolo di legittimazione delle strutture discriminatorie a danno in particolare delle donne, riprendendo la teoria critica della Scuola di Francoforte che aveva provveduto a individuare il ruolo della famiglia nel mantenimento di strutture politiche autoritarie<sup>141</sup>. Scagliandosi contro il dogma della naturalità delle istituzioni familiari, e in particolare contro il ruolo subordinato della donna, il femminismo denuncia il mito della famiglia pacificata in cui ciascun membro esercita felicemente il suo ruolo. Così come nessun individuo è un'isola, e da questa banale assunzione deriva il riconoscimento del ruolo fondamentale della famiglia nel processo di umanizzazione, del pari non è possibile sostenere che all'interno delle istituzioni familiari non si riproducano situazioni di discriminazione, subordinazione, vessazione, di origine sociale, che devono essere considerate questioni non personali, o psicologiche, ma questioni politiche, di distribuzione del potere all'interno della società<sup>142</sup>.

La terza forma di considerare un individuo come dipendente politicamente dalla famiglia consiste nel riconoscere come, in molti ordinamenti, l'appartenenza ad un nucleo familiare sia un condizione automatica, ex lege, di riconoscimento dello status di membro di una comunità politica.

Come è noto per gli ordinamenti nei quali il principio dello *ius sanguinis* risulta il criterio per l'attribuzione della cittadinanza l'essere figlio di madre o padre cittadino è una condizione sufficiente per essere ritenuto membro della comunità politica. In questo caso, la dipendenza biologica diventa condizione della dipendenza politica, l'essere consanguinei risulta avere delle conseguenze anche per quanto riguarda

---

<sup>140</sup> Vd. "Family" en T. Bottonmore, ed., *A Dictionary of Marxist Thought*, Blackwell Reference, Oxford, 1985, pp. 161-162.

<sup>141</sup> M. Horkheimer, "La familia y el autoritarismo", en E. Fromm, M. Horkheimer, T. Parsons y otros, *La Familia*, Península, Barcelona, 1970, pp.177-95.

<sup>142</sup> Vd. per un'introduzione Kymlicka, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, cit. pp. 270-287.



lo status politico. Spesso la dipendenza biologica ha queste conseguenze per il tramite di una dipendenza metafisica. L'essere consanguinei di per sè non ha un particolare valore politico se non nella misura in cui si ritiene che godere di tale rapporto di consanguineità non si riduce ad essere parte di una famiglia, ma consiste nell'appartenere ad un gruppo più esteso, una stirpe o una razza, e solo in virtù di tale appartenenza si può essere membri di una comunità politica<sup>143</sup>.

Il principio dello *ius sanguinis*, quindi, evidenzia una dipendenza politica dell'individuo nei confronti della famiglia: si è cittadini, ex lege, se si appartiene ad un nucleo familiare. Tale dipendenza è meno stringente nel principio dello *ius soli*. In questo caso, infatti, l'attribuzione dello status di cittadino è automatico solo in virtù della decisione dei genitori di far nascere il bambino in territorio patrio o di non attribuire a questi la cittadinanza del territorio nel quale nasce. In questo caso la dipendenza politica dell'individuo nei confronti della famiglia di origine è minore, in quanto lo Stato si arroga il diritto di riconoscere come membri della comunità politica tutti i nati all'interno del suo territorio, indipendentemente dalle decisioni dei genitori. Questi, per il fatto stesso di non evitare di far nascere il figlio in un determinato territorio, accettano che quest'ultimo possa ottenere tale cittadinanza.

## **6. LA DIPENDENZA NARRATIVA. L'ESISTENZA INDIVIDUALE COME CONTRIBUTO AD UN ROMANZO A CATENA.**

Concludiamo questa lunga rassegna di interpretazioni della fenomenologia della dipendenza individuale nei confronti della vita familiare con una nozione peculiare: la dipendenza narrativa<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Chiariamo a questo proposito che stiamo svolgendo una analisi concettuale, e storica, ma non dogmatica dell'istituto dell'attribuzione della cittadinanza tramite il principio dello *ius sanguinis*. Sulla dipendenza del criterio dello *ius sanguinis* dalle dottrine etniche della cittadinanza vd. E. Grosso, *Le vie della cittadinanza*, Cedam, Padova, 1997.

<sup>144</sup> Ci basiamo su questo punto sull'analisi di Ruddick, "voce Family, ethics and the", in E. Craig, *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. cit.

L'istituzione familiare non si limita a dotare l'individuo di un insieme di risorse e servizi, nè fornisce soltanto gli strumenti e le norme necessarie al processo di socializzazione. La letteratura esistenzialista a tal proposito evidenzia una modalità del processo di individualizzazione: il rapporto, spesso conflittuale, tra il soggetto individuale e il gruppo. Da questo rapporto l'individuo ottiene quell'insieme di storie, di esempi, di principi che stabiliscono per il membro della famiglia un codice di condotta al quale aderire. È responsabilità del membro della famiglia conservare, mantenere e riprodurre tale codice. L'istituzione familiare, quindi, presenta una forma di socializzazione morale che si caratterizza non per la presenza di principi impersonali ed imparziali, ma per la virtù di particolari condotte che hanno una autorevolezza maggiore per il fatto che i loro autori sono nostri predecessori<sup>145</sup>. Non si tratta quindi di una forma di socializzazione morale impersonale, ma di un apprendimento di condotte che si basa su una componente motivazionale personale: si riconosce una norma sulla base di una storia della quale in qualche modo anche noi facciamo parte, almeno come discendenti.

In questo modo, riconoscersi dipendenti narrativamente da una unità familiare significa avere il dovere di rileggere e mantenere quel patrimonio di principi, di norme, di esempi che hanno la funzione di guidare la nostra condotta, privatamente e collettivamente. In qualche modo significa continuare quell'esperienza che non parte con noi, ma che attraverso le nostre azioni, i nostri successi e i nostri fallimenti, continuerà ad influenzare la vita degli altri membri dell'unità familiare. L'esistenza individuale, o meglio la ricerca del suo senso attraverso gli esempi dei nostri predecessori, possiamo dire che assume i caratteri di un capitolo di

---

<sup>145</sup> H. Arendt individua uno dei sensi di autorità nel mantenere il valore degli atti dei predecessori che hanno fondato la città. In questo senso una crisi dell'autorevolezza del passato e dei suoi esempi implica una crisi dell'autorità. Vd. H. Arendt, *Entre el pasado y el futuro, ocho ejercicios sobre la reflexión política*, trad. de A. Poljiak, Península, Barcelona, 1996, pp. 133-134, e 205-208

un "romanzo a catena" (chain novel) che non è iniziato da noi, che noi riceviamo e che possiamo continuare, o interrompere<sup>146</sup>.

La dipendenza narrativa di un individuo nei confronti della famiglia non significa cadere nell'equivoco che la soggettività morale sia determinata dall'influenza del gruppo, così che tutte le forme di contestazione dei valori appresi equivalgono a forme di soggettivismo estreme, o al libertinismo. Il rischio è che si ripresenti, anche in questa analisi, una dicotomia molto comune tra liberali e comunitari: che oltre la comunità non vi sono valori, in quanto i criteri di validità sono dipendenti dai singoli ordinamenti sociali, o che il singolo individuo possa costruire, partendo da zero, la propria idea di vita felice e la sua concezione della giustizia. In questo senso la nozione di dipendenza narrativa ci aiuta ad individuare una terza via: l'individuo costruisce il suo ordine di valori attraverso la critica, e il rifiuto anche, dei valori appresi in famiglia. Da questo punto di vista, si può dire che così come le modificazioni negli ordinamenti di valore avvengono spesso a causa di contraddizioni interne tra pretese incompatibili (per esempio la pretesa che la donna debba svolgere un ruolo istituzionalizzato all'interno della famiglia e la pretesa che contribuisca con il suo lavoro allo sviluppo dell'economia), allo stesso modo la socializzazione morale all'interno della famiglia entra in crisi, e si modifica, per il rifiuto dei suoi membri a continuare ruoli, o ad accettare principi che sentono inautentici, strumentali a particolari interessi, o semplicemente inattuali, frutto di condizioni e di convinzioni ormai datate nel tempo<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> Deriviamo l'idea dell'esistenza (o meglio del senso morale di questa) come continuazione di un romanzo a catena dalla felice metafora di R. Dworkin del diritto e dell'ideale dell'integrità. Vd. R. Dworkin, *El imperio de la justicia* (1986), trad. di C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988, pp. 166-172.

<sup>147</sup> Su questa dialettica tra dipendenza narrativa di un soggetto rispetto alla sua famiglia e la necessità, per essere responsabile di sé e del proprio futuro, di scegliere la propria esistenza si è soffermato in diversi suoi scritti J.P. Sartre, vedasi in particolare *Las Palabras*, trad. de M. Lamana, Alianza, Madrid, 1982. Vd. Anche D.E. Cooper, "voce Existentialist ethics", in E.Craig, *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Routledge, London, Retrieved November 10, 2007, from <http://www.rep.routledge.com/article/L024>.

Partendo da questa dialettica tra apprendimento morale e rifiuto dell'autoritatività delle tradizioni familiari riteniamo si possa comprendere ed inquadrare una delle dimensioni della familiarità presentate da D'Agostino: la possibilità dello scioglimento. La dipendenza del soggetto dall'unità familiare infatti è sempre soggetta alla limitatezza temporale della relazione familiare, al fatto che ciascun soggetto svolge un ruolo necessariamente limitato<sup>148</sup>. Il successo della relazione genitori-figli è dato dal rendere indipendenti i figli stessi, in modo che questi possano continuare la narrazione familiare in modo autonomo, anche denunciando parte della storia che gli è stata insegnata.

Anche in questo senso si può interpretare l'evocativo motto di G. Hegel secondo il quale il fine della crescita dei figli coincide con la morte dei genitori. In altre parole, non vi è modo evitare una ineliminabile tensione interna i membri soprattutto per quanto riguarda la continuazione della narrazione familiare<sup>149</sup>. Tale tensione può pure portare alla rottura della narrazione e a cercare una nuova storia da scrivere, con altri eroi.

## **7. CONCLUSIONI. L'INDIVIDUO ALLA RICERCA DEL SENSO DELLA SUA IMPERFEZIONE.**

Riteniamo opportuno a questo punto alcune osservazioni conclusive. I vari sensi di dipendenza che qui abbiamo messo in luce trovano una dimensione complessiva nella ricerca di un senso della limitatezza individuale. Tale ricerca non si interrompe, come abbiamo cercato di mostrare, con l'ottenimento della maggiore età, con il conseguimento di un insieme di diritti, civili politici e sociali, nè si riduce alla disponibilità di alcune risorse. Tale ricerca è per certi aspetti infinita, ineliminabile e necessaria, per questo la dipendenza dell'individuo nei confronti della propria famiglia, biologica o culturale, è un tratto costante del nostro

---

<sup>148</sup> D'Agostino, *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, cit. pp. 75-77.

<sup>149</sup> *Ibid* pp. 35-36.

modo di vedere l'essere umano come razionale, ma dotato anche di bisogni. I bisogni dell'essere umano possono pure restringersi in una età e in presenza di circostanze favorevoli, così come sono destinati ad aumentare in altre età e in circostanze avverse. In ogni caso, non si può non notare che finchè tale pluralità di relazioni di dipendenza si manterrà, allora non sarà plausibile una "morte della famiglia". Non si tratta dell'inefficienza dell'intervento pubblico, inefficienza che può derivare da variabili culturali e amministrative, si tratta anche della natura particolare di tali bisogni. Il bisogno di affetto, di intimità, di condivisione viene soddisfatto soltanto in modo gratuito, non mediato da codici quali il potere o il denaro, e quindi è plausibile che tale bisogno verrà percepito, almeno finchè non si inventerà un prodotto chimico che potrà soddisfare tale necessità. È forse allora che potremo parlare davvero della morte della famiglia, indipendentemente dal ruolo oppressivo dello Stato nell'educazione.

La pluralità delle relazioni di dipendenza dell'individuo rispetto alla famiglia sono, a nostro avviso, altrettante risposte a quelle dottrine che hanno tentato di limitare la loro analisi a singoli aspetti dell'esistenza umana (l'utilitarismo che con la sua enfasi sulla natura razionale-egoistica della scelta non coglie la pluralità delle motivazioni morali, l'universalismo kantiano che per il suo ridurre il giudizio morale ad un giudizio imparziale formale ed universalmente valido non considera la presenza di soggettività morali conflittuali, il liberalismo che ponendo attenzione solo su questioni di giustizia non coglie le questioni politiche che sorgono all'interno della sfera privata, il marxismo che riduce tutte le relazioni di autorità o tutti i sistemi di valore a funzioni del modo di produzione) lasciando da parte le influenze esercitate da altre dimensioni. Così come, ormai da tempo, si afferma che "siamo uguali, ma in modi diversi", si può affermare che siamo bisognosi in modi diversi, e per diverse ragioni nutriamo delle relazioni di dipendenza rispetto all'istituzione familiare.

### **CAPITULO III**

## **LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIDA FAMILIAR EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y REGIONAL**

En este tercer capítulo nos proponemos realizar un análisis general sobre el concepto y la regulación de la vida familiar en el ámbito internacional, tal y como se refleja en los textos y documentos globales en los que se proclaman derechos humanos (la Declaración Universal, los dos Pactos Internacionales y resto de documentos de Naciones Unidas), así como en el documento de ámbito regional europeo por excelencia en este sentido (el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la interpretación que de esos derechos hace el Tribunal de Estrasburgo), además de los elementos de protección que, al respecto, ha ido implementando en el ámbito comunitario de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Como comprobaremos, la vida familiar viene considerada como un derecho en estos instrumentos normativos, si bien ninguno de ellos ofrece una concepción unívoca de familia. En el orden global, se protege primariamente la libertad de *fundar* una familia; sin embargo, no se alude al desarrollo propio de la “vida familiar” como derecho, algo que sí aparece recogido, aunque bajo una formulación peculiar (*respeto a*), en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Analizaremos, pues, los criterios generales ofrecidos por el nivel global, para detenernos con profundidad en el tratamiento específico recibido por la familia en nuestro contexto europeo, a fin de ofrecer un perfil lo más concreto posible de lo que debemos entender por derecho a la familia y a la vida en familia y cuál es su contenido esencial.

## **1. LA FAMILIA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.**

La familia siempre ha estado presente en el ámbito de actuación y protección del sistema de las Naciones Unidas<sup>150</sup>, fundamentalmente porque ha considerado, como se deduce de sus documentos al respecto, que los principios y valores básicos que la familia transmite a sus miembros son esenciales para la consecución básico denominado “las tres D” (desarrollo, derechos humanos y democracia); objetivo que, en opinión de la ONU, son los ingredientes básicos que conforman una cultura de paz<sup>151</sup>.

Como es bien sabido, el art.16 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*<sup>152</sup> estableció que la familia “tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”; principio recogido en similares términos por el art. 23.1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el art. 10 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*: “Se debe conceder a la familia... la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo...”<sup>153</sup>. De estos documentos fundamentales se deduce que la

---

<sup>150</sup> S. Sanz Caballero, *La Familia en perspectiva internacional y europea*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; p. 41.

<sup>151</sup> Sobre la cultura de paz puede consultarse J. Cardona y S. Sanz; “La democracia, el desarrollo y los derechos humanos como fundamentos de la paz”, en *Cultura de paz y medidas para garantizarla*, A. Colomer; (coord.), Punto y Coma, Editorial Nomos, Valencia, 2001, pp. 91 y ss.

<sup>152</sup> En adelante DUDH adoptada por la Asamblea General en su resolución 217A (III) de 10 de diciembre de 1948.

<sup>153</sup> En otros documentos de Naciones Unidas se concreta más los extremos de esta protección que debe dispensarse a la familia. Así en el art. 25 de la mencionada Declaración Universal de Derechos Humanos se establece que, << toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios necesarios >> y que << la maternidad y la infancia tienen derecho a los cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social >>. Por su parte, el art. 9 de la Declaración de los Derechos de la Familia de la Unión Internacional de Organismos

familia es una institución especialmente protegible; que la obligación de protegerla recae sobre los Estados y que tal obligación resulta más intensa en cuanto que mantenga una relación especial con la educación y sostenimiento de los menores<sup>154</sup>.

La familia aparece así en el sistema de Naciones Unidas como objeto de protección (al margen de los derechos individuales que se puedan predicar de sus miembros, en especial de sus miembros más débiles), e incluso, en algún caso, como entidad poseedora de derechos. No obstante, esta consideración no significa que la familia goce de reconocimiento como sujeto o actor internacional<sup>155</sup>.

### **1.1. La noción de familia en los documentos de Naciones Unidas.**

Prácticamente en todos los documentos de alcance universal relativos a los derechos humanos, emanados de Naciones Unidas, se menciona de una u otra forma a la familia y la necesidad de protegerla<sup>156</sup>. No obstante, su presencia no se detecta tan claramente en los instrumentos jurídicamente vinculantes, cuanto en las llamadas prescripciones de *soft law*, tendentes a establecer básicamente guías o principios de orientación. Ahora bien: ¿Cuál es el concepto de familia que manejan las Naciones Unidas?<sup>157</sup> Hemos de partir de una primera constatación:

---

Familiares de 28 de julio de 1951 proclama que <<todas las familias tienen derecho a la seguridad. Los regímenes de Seguridad Social, particularmente en lo tocante al paro forzoso, enfermedades, invalidez, vejez, fallecimiento prematuro, deben organizarse en función de las necesidades de la familia. Los regímenes fiscales deben tener en cuenta las cargas familiares>>. La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en el Ámbito Social de 1969 establece que <<la familia...ha de ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad>>. M.A Almendros, *La protección social de la Familia*, cit. pp. 70 y 71.

<sup>154</sup> Y. Gómez; *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, cit. pp. 286 y 287.

<sup>155</sup> S. Sanz Caballero, *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. p. 347.

<sup>156</sup> *Ibid.* p. 345.

<sup>157</sup> Para una ampliación del concepto y el tratamiento de la familia a nivel internacional se puede consultar: A. Dyer; "The Internationalization of Family Law", en *UC Davis Law Review*, 1997, vol. 30; N. Lowe y D. Gillian (eds.); *Families accross Frontiers*, Martines Nijhoff Publishers, La Haya; 1996, A. Belembaogo; *The Family in*



ninguno de estos documentos incluye una definición de familia, aunque esta ausencia no resulta en absoluto una deficiencia, sino una deliberada y voluntaria manera de actuar<sup>158</sup>.

Las Naciones Unidas han optado por no identificar una idea de familia que pudiera responder al prototipo de alguna civilización. Así pues, han dejado un amplio margen de indeterminación que permite incluir prácticamente cualquier versión y facilita que el principio básico de su protección sea generalmente aceptado<sup>159</sup>. Esto no impide que en algunos documentos, tal y como luego veremos, se deja traslucir que el concepto de referencia utilizado es la familia nuclear<sup>160</sup>; esto es, una estructura formada por dos padres heterosexuales y sus hijos y ascendientes a su cargo. No obstante, la alusión a este tipo de familia no se hace de manera expresa, tan sólo cabe deducirlo indirectamente.

También por precaución y para facilitar el consenso en la adopción de sus resoluciones, Naciones Unidas evita referirse a formas convivenciales como las parejas transexuales, uniones homosexuales, uniones poligámicas, etc.<sup>161</sup>; aunque esto no obsta para que en sus resoluciones aluda a otras realidades familiares como las familias monoparentales, las familias intergeneracionales, las familias con hijo

---

*International and Regional Human Rights Instruments*, Naciones Unidas, Nueva York; 1999, A. Bainham (ed); *The International Survey of Family Law*, Family Law, Bristol, 2001, p. 363.

<sup>158</sup> Así se puede señalar que todos los intentos de la ONU de lograr un consenso sobre la definición y la terminología aplicables a la familia se han saldado siempre en un absoluto fracaso. Como ejemplo se puede consultar el punto 4 del Informe del Secretario General de las Naciones Unidas al ECOSOC sobre Actividades Complementarias del Año Internacional de la Familia (E/CN.5/2001/1).

<sup>159</sup> Esta amplitud en su concepción de la familia no ha estado exenta de polémica, en especial proveniente de la Santa Sede. G. Petrini critica el intento de legitimar la familia "poliforme" en su ponencia en el seminario "Hacia una nueva política familiar en el umbral del III milenio" de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo realizado en Valencia en junio de 2000.

<sup>160</sup> Como por ejemplo el art. 44.2 del Convenio de la OIT sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares de 18 de diciembre de 1990.

<sup>161</sup> S. Sanz Caballero, *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit p. 346.

único, las familias de abuelos y nietos, etc.<sup>162</sup> En este sentido, sus documentos parecen evitar la idea de una “familia modelo”, dejando entrever la existencia de diversos “modelos de familia”.

En conclusión, Naciones Unidas remite la identificación de los grupos familiares a las diversas instancias jurídicas y culturales de ámbito nacional, centrandó su acción en proponer instrumentos y mecanismos para protegerla que sean aceptados por los Estados<sup>163</sup>. Ahora bien ¿cuáles son los instrumentos internacionales para garantizar esa protección y esos derechos?

## **1.2. Principales documentos internacionales de protección de la familia.**

Dentro del sistema de Naciones Unidas, aparte del documento más importante de referencia, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (que luego analizaremos), y de su presencia en el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*<sup>164</sup> y en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*<sup>165</sup>, conviene destacar el *Convenio sobre los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias*<sup>166</sup> donde se define a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad” y, en esa misma línea, el *Convenio sobre los Derechos del Niño*<sup>167</sup>, cuyo preámbulo califica a la familia como el grupo fundamental de la sociedad así como el medio natural para el crecimiento y bienestar de todas las personas y, en particular, de los niños<sup>168</sup>.

---

<sup>162</sup> *Ibid.* p. 36.

<sup>163</sup> *Ibidem.*

<sup>164</sup> Art. 23.1 del PIDCP de 16 de diciembre de 1966.

<sup>165</sup> Art. 10 del PIDESC.

<sup>166</sup> Art. 44 del Convenio sobre los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias de 18 de diciembre de 1990.

<sup>167</sup> Convenio sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

<sup>168</sup> S. Sanz Caballero, *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit p. 44.

Otros documentos del sistema de Naciones Unidas relativos a la familia son:

- A. Por parte de la *Organización Internacional del Trabajo (OIT)*: Convenio n. 156 sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares<sup>169</sup> y la Recomendación de la Conferencia General n. 151 sobre los trabajadores migrantes<sup>170</sup> (donde se identifica a la familia como grupo compuesto por el cónyuge y, en la medida en que estén a su cargo, los hijos y los padres del trabajador inmigrante).
- B. Respecto a las normas de *soft law* que aluden a la familia como célula fundamental de la sociedad: la Recomendación de Naciones Unidas sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonios<sup>171</sup> y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil<sup>172</sup>.
- C. La Recomendación n.1 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, de 4 de febrero de 1994, reconoce la disparidad del término familia<sup>173</sup>.
- D. La Observación General n. 5 sobre las personas con discapacidad, adoptada por el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales

---

<sup>169</sup> Convenio n. 156 sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares de 23 de junio de 1981.

<sup>170</sup> Recomendación de la Conferencia General n. 151 sobre los trabajadores migrantes de 24 de junio de 1975.

<sup>171</sup> Resolución 2018 (XX) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1 de noviembre de 1965.

<sup>172</sup> Resolución 45/112 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1990.

<sup>173</sup> En el párrafo 13 aclara que la forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro e incluso de una región a otra de un mismo Estado. Pero cualquiera que sea la forma que adopte y cualesquiera que sean el ordenamiento jurídico, la religión, la costumbre o la tradición del país, el tratamiento ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia para todas las personas.

y Culturales<sup>174</sup> señala la necesidad de proteger a la familia, indicando que este término debe interpretarse ampliamente y de conformidad con las costumbres sociales apropiadas<sup>175</sup>.

E. La Observación General n. 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada, del Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>176</sup> aclara que pueden existir familias sin la figura clásica y tradicional del cabeza de familia paterno.

F. Algunas resoluciones aluden a aspectos concretos de la realidad familiar como la igualdad de derechos entre los esposos<sup>177</sup>, los derechos socio-económicos de la familia<sup>178</sup>, el derecho a la educación<sup>179</sup>. En otros se abordan los derechos de los miembros

---

<sup>174</sup> Del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 9 de diciembre de 1994.

<sup>175</sup> S. Sanz Caballero, *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit p. 45.

<sup>176</sup> Emitida el 12 de mayo de 1999.

<sup>177</sup> En este sentido destacan la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979, la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada de 29 de enero de 1957, la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de Matrimonios de 2 de noviembre de 1962, la Resolución 48/104 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1993 por la que se aprueba la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, la Recomendación General n. 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer adoptada el 13 de enero de 1997 y relativa a la participación de la mujer en la vida política y pública, la Recomendación General n. 21 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de 4 de febrero de 1994 sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares.

<sup>178</sup> Se trata de los derechos a una vivienda digna, a la nutrición, al vestido, a unos medios de vida dignos y suficientes, a un salario que permita la subsistencia familiar, a la asistencia médica, a los servicios sociales y a las pensiones entre otros. Estos además de aparecer recogidos en diversos artículos de la DUDH (art. 23 y 25), el PIDESC (art. 7, 10 y 11) se pueden destacar: la Declaración 2542 (XXIV) de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre el progreso y el desarrollo en lo social de 11 de diciembre de 1969, la Resolución 1999/24 de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho a la alimentación de 26 de abril de 1999, la Resolución 1999/26 de la Comisión de Derechos Humanos y extrema pobreza de 26 de abril de 1999 y la 1999/25 sobre la realización en todos los Estados de los derechos económicos, sociales y culturales, la Observación General n. 4 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 13 de diciembre de 1991 en la que se consagra el derecho a una vivienda adecuada o la n. 12 de 12 de mayo de 1999 sobre el derecho a una alimentación adecuada.

<sup>179</sup> Destacan a este respecto además de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio sobre

más vulnerables de la familia como los niños<sup>180</sup>, las personas mayores<sup>181</sup> y los los discapacitados<sup>182</sup>.

G. La Declaración 2542 (XXIV) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1969 sobre el progreso y desarrollo en lo social y la Resolución 5/100 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1 de marzo de 2001 sobre el respeto del derecho a la libertad universal de viajar e importancia vital de la reunificación de las familias<sup>183</sup>, abordan específicamente el tema de la reagrupación familiar.

En conclusión, los documentos emanados por Naciones Unidas, contemplan a la familia como la unidad básica de la sociedad, evitan dibujarla según un modelo determinado, y afirman indiscutiblemente la exigencia de su protección y asistencia por parte de los Estados a fin de

---

los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Resolución 36/55 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 25 de noviembre de 1981 denominada Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundada en la religión o las convicciones, la Observación General n. 13 de 8 de diciembre de 1999 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y culturales sobre el derecho a la educación y varias Resoluciones de la UNESCO entre las que destaca la Resolución sobre la educación para todos a lo largo de la vida de 17 de noviembre de 1999.

<sup>180</sup> Sobre la protección de los derechos de los niños se puede consultar el Convenio de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, la Resolución 41/85 de 3 de diciembre de 1986, denominada Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños y la Resolución 3318 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974, denominada protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado y el Convenio de la OIT n. 182 de 17 de junio de 1999 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, entre otros.

<sup>181</sup> Naciones Unidas consciente de este fenómeno declaró el 2002 como el Año Internacional del Envejecimiento. A este respecto destacan tres resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas: Resolución (A/RES/55/58) de 17 de enero de 2001 sobre el seguimiento del año internacional de las personas de edad, la Resolución (A/RES/56/118) de 18 de enero de 2002 sobre el fondo fiduciario de las Naciones Unidas para el envejecimiento y la Resolución (A/RES/56/126) sobre la situación de la mujer de edad en la sociedad.

<sup>182</sup> A este respecto destaca la reciente aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de los discapacitados el 25 de agosto de 2006.

<sup>183</sup> S. Sanz Caballero, *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit p. 47 y 48.

lograr su estabilidad, bienestar y seguridad<sup>184</sup>. No obstante, los Estados no mantienen vigentes sus competencias para regular la convivencia familiar, de ahí las limitaciones y debilidad del sistema internacional de garantía y protección de determinados derechos relacionados con la familia y la vida familiar y la constatación de que la elaboración y ejecución de políticas en materia familiar dependa de la discrecionalidad estatal.

### **1.3. Debilidad de la protección internacional de los derechos.**

En primer lugar hay que señalar que la protección jurídica de los derechos humanos en el ámbito internacional presenta una serie de límites consustanciales a la propia naturaleza de este tipo de organizaciones. Por una parte, la protección efectiva de estos derechos se ve limitada por la deficiencia o carencia de mecanismos de control efectivos y por otra, la reticencia a la cesión de la soberanía nacional plantea un obstáculo en la asunción y cumplimiento de obligaciones por parte de los Estados.

En el orden internacional los Estados son los sujetos por antonomasia<sup>185</sup> por lo que los individuos<sup>186</sup> carecen tradicionalmente de *locus standi* ante las instancias internacionales para el reconocimiento y

---

<sup>184</sup> Ibid. p. 46.

<sup>185</sup> El art. 34 del Estatuto del Tribunal de la Haya establece que sólo los Estados pueden ser partes en los casos de que conozca dicho Tribunal.

<sup>186</sup> A este respecto P. De Sena considera que en lugar de reconocer la auténtica subjetividad de los individuos es más conveniente definir la posición éstos en el ordenamiento jurídico internacional como de "directa destinatariadad" (*diretta destinatarietà*) respecto a un conjunto de normas específicas, como por ejemplo las normas en materia de derechos humanos. Esta autor considera que la personalidad jurídica de los individuos, más que concebirse como un estatus jurídicamente autónomo y de carácter general, tiende a configurarse como una expresión sintética de una serie de situaciones jurídicas específicas en las que se crea y reconoce por una norma específica de derecho internacional una particular situación del individuo, pero que no añade nada a la posición jurídica concreta que con carácter general se deriva ya de estas normas. P. De Sena, "Giustizia Internazionale", *Jura Gentium (Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale)*, <http://www.Juragentium.unifi.it/it/surveys/thil/desena.htm>, pp.315-316,

defensa de sus derechos, lo que produce como resultado que la mayoría de las normas adoptadas constituyan normas de *soft law* con un carácter meramente recomendatorio y que en los pocos convenios existentes con carácter vinculante el reconocimiento de estos derechos se realiza de una forma meramente abstracta sin que se contengan obligaciones concretas y exigibles, pudiéndose establecer diferenciaciones relevantes según la naturaleza política o socio-económica de estos derechos<sup>187</sup>.

Otra de las limitaciones que presenta la protección jurídica de estos derechos a nivel internacional son las consecuencias que su violación o incumplimiento originan. La ONU y sus organismos, en el ámbito de los Derechos Humanos, han desarrollado un complejo entramado institucional y normativo sobre el que se ha construido un sistema de protección internacional de los derechos humanos compuesto de normas sustantivas y procesales<sup>188</sup>. Dicho entramado se traduce en diferentes mecanismos de reclamación ante las presuntas violaciones de derechos humanos<sup>189</sup>:

A. *Mecanismos jurisdiccionales*: consisten en la emisión de una sentencia obligatoria con carácter de *res iudicata*, dictada por un tribunal internacional, en la que se determina la responsabilidad del Estado por la violación de sus obligaciones en materia de derechos

---

<sup>187</sup> Aunque dentro del proceso de humanización del Derecho de Gentes que tiene lugar en nuestros días se aprecia la atribución al individuo de un pequeño grado de subjetividad limitada. Así el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, faculta a los individuos que se consideren perjudicados por una violación de derechos a presentar una comunicación escrita al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. J.A. Pastor Ridruejo; *Curso de derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 8ª ed, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 188-193.

<sup>188</sup> C.Villán, "La protección internacional de los derechos humanos: el sistema universal y su vigencia en España", *Humana Iura*, núm. 10, 2000, pp. 61-110.

<sup>189</sup> A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*, Tesis doctoral, Murcia, mayo de 2006, p. 46-47. N. Ochoa; *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*; Civitas, Madrid, 2004, p.34.

humanos. En el ámbito internacional la única posibilidad consiste en el recurso a la Corte Internacional de Justicia, pero sus posibilidades están condicionadas por el *ius standi* limitado a los Estados, tal y como antes se ha señalado, y por la necesidad de que éstos reconozcan y se sometan a su competencia.

**B. *Mecanismos no jurisdiccionales*** o el procedimiento de informes periódicos. Los Estados deben presentar una serie de informes sobre el cumplimiento de los derechos humanos en su territorio.

**C. *Mecanismos cuasi jurisdiccionales*** o los procedimientos de quejas individuales en el mecanismo convencional cuasicontencioso pueden incoarse una vez agotados los recursos judiciales internos, rigiendo la regla *non bis in idem*, por la que sólo se escogerá el mecanismo más beneficioso para cada caso concreto. En estos casos el órgano examina una comunicación proveniente de un individuo, un grupo de individuos o un Estado imputando a otro Estado el incumplimiento de una obligación convencional. El órgano podrá emitir un dictamen o un informe desprovisto de carácter obligatorio, en el que valore esta actuación y efectúe las oportunas recomendaciones, aunque la eficacia de éste dependerá de la presión política y moral. Esos tres Comités son el de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el de Derechos Humanos para el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Comité contra la Tortura.

**D. *Los procedimientos extraconvencionales*** de quejas individuales son de más fácil acceso por los requisitos exigidos, además de poder iniciarse independientemente de los recursos internos y sin regir la regla *non bis in idem*, entre los que se pueden destacar: los Relatores especiales sobre las Ejecuciones Extrajudiciales, sobre la cuestión de la tortura y sobre las formas contemporáneas de



racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, además del Grupo de Trabajo sobre la Detención arbitraria.

El análisis de todos estos procedimientos revela una debilidad de las sanciones previstas y efectivamente aplicadas en la práctica, que se reducen a advertencias de tipo diplomático o a la mera publicación de estos incumplimientos, que no suponen ninguna garantía para el reconocimiento y restablecimiento de estos derechos de una forma efectiva en la práctica ni un verdadero elemento de disuasión de la reiteración de este tipo de violaciones.

#### **1.4. La DUDH y el derecho a *fundar* una familia.**

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su tercera sesión, podemos afirmar que constituye el documento central de proclamación de los derechos humanos<sup>190</sup>.

Por lo que respecta al matrimonio y a la familia la Declaración, en su artículo 16, reconoce el derecho a casarse y a fundar una familia. Por otra parte, en el tercer párrafo del mismo artículo 16, se otorga a la familia la consideración de elemento natural y fundamental de la

---

<sup>190</sup> La Declaración Universal de Derechos del Hombre aprobada por la Resolución 217/III, de la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York, el 10 de diciembre de 1948, es el fruto de varias ideologías, en un contexto de un orden internacional bipolarizado por la guerra fría: supone el punto de encuentro y de enlace de concepciones diferentes del hombre y de la sociedad y no constituye una simple ampliación, a nivel mundial, de textos nacionales, sino la adaptación de dichos textos a un mundo pluricultural, profundamente heterogéneo y dividido. Roosevelt la definió el 9 de diciembre de 1948 como *la Magna Carta de toda la humanidad*. Su Preámbulo dice que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Para una ampliación puede consultarse: K.Vasak, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Volumen I, Unesco, Barcelona, 1984 y A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 1994.

sociedad y, en consecuencia, se establecen una serie de deberes de protección por parte tanto del Estado como de la Sociedad<sup>191</sup>.

En cuanto al proceso de elaboración de este precepto y la determinación del concepto de familia, hay que señalar que si en algo hubo acuerdo absoluto entre los redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos fue en el papel central que la familia desempeña en todas las culturas. Tanto los cristianos, como los musulmanes, hindúes, etc, estuvieron de acuerdo en la necesidad de plasmar su importancia en la Declaración. De ahí nace, sin duda, el párrafo tercero del artículo 16 que señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad<sup>192</sup>. Si hubo un acuerdo unánime sobre la necesidad de destacar el lugar preferente que la familia desempeña en la historia de la humanidad, este acuerdo se desvaneció frente a la eventualidad de definir el concepto mismo de familia, ya que sus características y funciones difieren bastante entre las diversas concepciones culturales, por lo que la Declaración tuvo que desistir de suministrar una definición de familia en aras de mantener el consenso acerca del destacado papel que se le otorgaba.

Resulta significativo además, que la Declaración conecte el derecho a crear y fundar una familia con el derecho a casarse. Esta conexión hace que nos planteemos la cuestión de si el matrimonio viene reconocido como la única forma legítima de crear una familia. Tal y como han afirmado algunos autores y se incidirá a lo largo del presente trabajo,

---

<sup>191</sup> Artículo 16: 1. Los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

<sup>192</sup> E. H. Carr (et alii); *Los Derechos del Hombre*, trad. M. Nelken, LAIA, Barcelona, 1973, p. 117 y ss.

aunque habitualmente se considera que el matrimonio es la institución que favorece y facilita el nacimiento y crecimiento de los hijos y por lo tanto de la familia, no es el vínculo matrimonial el único elemento generador de la familia, es más para algunos autores no cabe considerar a un matrimonio simple sin descendencia como familia, sino que es la reproducción humana la causa de la existencia de la familia<sup>193</sup>.

A pesar de todo, la Declaración no se manifiesta tan interesada en la familia como en el matrimonio. La regulación que este mismo artículo 16 hace del matrimonio, al que dedica todo el apartado 1 y 2, resulta muy significativa: se puede contraer a partir de la edad núbil, no se podrá limitar por motivos de raza, nacionalidad o religión y se consagra una equiparación de los derechos de los contrayentes durante su duración y en caso de disolución.

Muchos han resaltado la descripción amplia del matrimonio de este precepto, al no exigirse ninguna formalidad determinada para que el matrimonio tenga validez y la enunciación general del hombre y la mujer como titulares de este derecho, sin que se establezca como un requisito sine qua non que se trate de una unión heterosexual.

Así la regulación conjunta en la DUDH del derecho a contraer matrimonio y del derecho a la protección a la familia, como si de una realidad indisoluble se tratara, contrasta, tal y como antes hemos apuntado, claramente con la situación jurídica actual de los Estados occidentales, en la que cada vez más se reconoce que el matrimonio no es la única forma de constituir una pareja afectiva y una familia, abriendo el derecho a nuevos modelos. Así hoy podemos afirmar, tal y como antes se ha visto, la existencia de familias sin matrimonio y matrimonios sin familia.

---

<sup>193</sup> V. Labrada; *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos: Fundamento. Historia. Declaración Universal de 10.XII.1948*; Civitas, 1ª ed., Madrid, 1998, pp. 167-169.

En íntima conexión con el artículo 16 se encuentra el artículo 12 de la Declaración, en el que se protege a la familia frente a posibles injerencias a las que pudiera verse sometida. Estableciendo además el derecho que tiene toda persona a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques<sup>194</sup>.

Muy unida a la protección de la familia se encuentran otra serie de derechos. La DUDH en su artículo 25, reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado para toda persona y su familia que les asegure su salud, bienestar, alimento, vivienda, vestido, servicios sociales y derecho en caso de desempleo, vejez o viudedad así como, la protección de la maternidad y de la infancia, estableciendo el derecho a un nivel adecuado de vida para la familia, así como el derecho a la asistencia y cuidados especiales para la maternidad y la familia<sup>195</sup>. En cambio en su art. 23 contempla el derecho de la persona a una remuneración justa que le asegure a ella y a su familia una vida digna y en su art. 26.3 reconoce el derechos de los padres a escoger el tipo de educación que quieran dar a su hijos.

La noción que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre transmite a lo largo de estos artículos sobre la familia y los derechos que genera, comprende dos elementos clave: su esencia, como elemento natural y fundamental de la sociedad; por un lado; y la exigencia de su

---

<sup>194</sup> Artículo 12 *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*

<sup>195</sup> Para profundizar en la materia pueden consultarse las siguientes obras:  
A. Blanc, *La protección internacional de los Derechos humanos a los 50 años de la Declaración, Universal*, Tecnos Madrid, 2001. L.I. Sánchez Rodríguez y J. González Vega, *Derechos humanos: textos internacionales*. Tecnos, Madrid, 1999. V. Labrada, *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos: Fundamento. Historia. Declaración Universal de 10.XII.1948*, cit., X. Pons y M. Robinson, *La Declaración Universal de Derechos Humanos: comentario artículo por artículo*, Icaria, Barcelona, 1998. T. Risse (et alii), *The power of human rights: international norma and domestic change*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

protección a través de una serie de derechos básicos: el derecho a la vida familiar (art. 12), el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (art. 16), el derecho a la igualdad entre los esposos (art. 16), derechos en materia socio-económica (art.23 y 25) y el derecho a la educación de los hijos (art. 26.3).

De ese reconocimiento, cabe deducir lo siguiente:

- a) la familia es un derecho del ser humano en el que deben protegerse, de manera directa, al menos tres manifestaciones fundamentales: el derecho a casarse, el derecho a fundar una familia y el derecho a vivir en familia;
- b) tal reconocimiento se justifica por el papel determinante que a la familia se atribuye como elemento natural y fundamental de la sociedad;
- c) en la protección de la familia deben habilitarse no sólo mecanismos jurídicos, sino también sociales y económicos.

## **2. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN EL ÁMBITO REGIONAL: EL CONSEJO DE EUROPA Y EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.**

### **2.1. El Consejo de Europa y la protección de los derechos humanos.**

El Consejo de Europa creado en 1949 como una organización de ámbito regional europeo tiene como principal objetivo la instauración en Europa de Estados de Derecho, que sean democracias pluralistas y respeten los derechos fundamentales<sup>196</sup>. Aunque en un principio su misión fue principalmente política, este carácter se fue poco a poco

---

<sup>196</sup> Ibid. p. 77.

transformando para dar lugar a una prolífica fecundidad desde un punto de vista jurídico<sup>197</sup>.

La protección de los derechos fundamentales y la aplicación efectiva de los principios de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en Europa se han convertido en el principal *leitmotiv* de esta organización<sup>198</sup>. Para la protección de los derechos fundamentales el Consejo de Europa cuenta con dos tipos de órganos<sup>199</sup>:

- a) aquellos que no tienen una competencia exclusiva en materia de derechos humanos y que por lo tanto tratan por igual tanto estos temas como cualquier otra cuestión que sea competencia de la organización<sup>200</sup>. Dentro de esta categoría se encuentran los principales órganos de la organización como son el Comité de Ministros<sup>201</sup>, la Asamblea Parlamentaria<sup>202</sup> y la Secretaría

---

<sup>197</sup> F.Vasseur-Lambry; *La famille et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*; L'Harmattan, Paris, 2000, p. 8.

<sup>198</sup> S.Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*, cit. p. 46 y F.Vasseur-Lambry; *La famille et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, cit. p. 8.

<sup>199</sup> S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. pp. 78-81

<sup>200</sup> Entre las competencias asumidas por el Consejo de Europa además de la protección de los derechos humanos se pueden destacar: la salud, deportes, cooperación judicial, cultura, patrimonio histórico, etc..

<sup>201</sup> El Comité de Ministros es el órgano ejecutivo de la organización. En cuanto a su composición éste reúne a los ministros de asuntos exteriores de los Estados miembros, aunque también puede reunirse a nivel de representantes permanentes. Se trata de un órgano con un fuerte carácter intergubernamental y plenario. Entre sus funciones reguladas en los arts. 15 y 16 del Estatuto del Consejo de Europa destaca su facultad de hacer recomendaciones, incluso a los Estados miembros, sobre las medidas adecuadas para realizar la finalidad del Consejo de Europa y entre las que se encuentra la protección de los derechos humanos. También este es el órgano competente para concluir los tratados internacionales en las materias que sean competencia del Consejo, aunque tras la conclusión deberán ser los propios Estados los que los firmen y ratifiquen al no haberse cedido estas competencias a la organización.

<sup>202</sup> La Asamblea Parlamentaria como su nombre indica es el órgano deliberante de la organización. Está compuesta, tal y como se indica en el art. 26 del Estatuto del Consejo de Europa, por miembros de los parlamentos nacionales de cada uno de los Estados miembros en una relación proporcionada a la población de cada uno de ellos. Aunque no está dotada de amplios poderes sus resoluciones están revestidas de una gran autoridad moral por provenir de un órgano que no representa los intereses estatales.

General<sup>203</sup> y otros creados por los anteriores como la Comisión Democracia a través del Derecho, la Comisión de Cuestiones Sociales, de la Salud y la Familia y el Comité de Expertos en Derecho de Familia<sup>204</sup>.

- b) Aquellos que únicamente tienen competencia en materia de derechos fundamentales. La mayoría de estos órganos son de carácter extraestatutario y son creados por convenios auspiciados en su seno. Especial relevancia tienen para el objeto de este estudio el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que instituyó como órganos con competencias específicas en materia de derechos fundamentales a la Comisión Europea de Derechos Humanos, hoy como luego se verá redefinida y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se ha convertido en el mejor y más completo garante de la protección de los derechos humanos a escala regional europea. Por su parte, la Carta Social Europea estableció un Comité de Expertos y el Convenio Europeo para la Prevención.

Los órganos del Consejo de Europa tienen una doble función: por una parte la de aprobar instrumentos jurídicos con valor recomendatorio sobre distintas cuestiones, como los derechos fundamentales y derechos de la familia, que carecen de valor obligatorio para los Estados convirtiéndose en meras guías de actuación para éstos y una segunda fundamental que consiste en la preparación y la proposición de

---

<sup>203</sup> La Secretaria General se contempla como un órgano más de la organización en el art. 10 del Estatuto del Consejo de Europa. Ésta junto a las tradicionales funciones burocráticas y de organización interna que desempeñan este tipo de órganos ha ido progresivamente asumiendo, con su Secretario General a la cabeza, una creciente labor de tipo diplomático y político como mediador de controversias, denuncia de violaciones y atento observador de la realidad social.

<sup>204</sup> Se trata de un órgano cuya misión consiste en promover actividades para la protección legal de la familia y del niño. Esta formada por representantes de los Estados miembros expertos en derecho de familia. Sus trabajos sirven para que el Comité de Ministros adopte recomendaciones sobre el ámbito familiar.

convenios a los Estados. Unos convenios que una vez firmados y ratificados por los Estados se convierten en fuente de derechos y de obligaciones para los Estados y cuyo incumplimiento puede ser sancionado<sup>205</sup>.

## **2.2. El sistema judicial de protección: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**

Entre los Convenios adoptados por el Consejo de Europa destaca el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH) en el que además de proclamarse a nivel teórico los derechos fundamentales ya reconocidos a nivel internacional les dota de un mecanismo efectivo de protección, inédito hasta el momento en la esfera internacional, en este caso en el ámbito regional europeo.

Este convenio no constituye únicamente la expresión más perfecta de la especificidad del derecho internacional de los derechos del hombre sino que además instaura un ordenamiento jurídico *sui generis*, creando un órgano que garantiza la protección efectiva de los derechos que en el mismo se contienen, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un ordenamiento intermedio a modo de bisagra entre el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales que conforma un verdadero ordenamiento jurídico público propio de las democracias de Europa<sup>206</sup>. De esta forma el sistema de garantía de los derechos del hombre previsto en el CEDH se convierte en uno de los más avanzados de cuantos existen en la actualidad, tanto en el ámbito universal como regional<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. pp. 83 y 84.

<sup>206</sup> J. Velu y R. Ergec; *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant Bruxelles, 1990, p. 35, nº16.

<sup>207</sup> I. Arriaga, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Navarra, 2003, p. 13.



El CEDH y la reforma introducida por el Protocolo nº 11<sup>208</sup>, establecen un completo sistema judicial de control del cumplimiento de esta convención. Se crea un órgano jurisdiccional, con jurisdicción obligatoria<sup>209</sup> para las demandas individuales, cuya competencia se extiende a todas las cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del CEDH y de sus Protocolos que le sean sometidas. Las innovaciones más importantes y revolucionarias que introduce este nuevo mecanismo de protección son <sup>210</sup>:

- a) En primer lugar la fuerza vinculante del CEDH respecto a las Altas Partes Contratantes, derivada del sistema de garantía colectiva instaurado por éste. Este sistema se caracteriza por el hecho de que toda violación de los derechos recogidos en el mismo puede ser denunciada por las víctimas, siempre y cuando se hallen bajo la jurisdicción de las Altas Partes Contratantes, obteniendo la restitución que proceda, en caso de que declare dicha violación por el órgano competente.
- b) En segundo lugar, el art. 34 CEDH permite que cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares puedan introducir directamente una demanda contra un Estado, incluso contra su propio Estado, en caso de violación de uno de los derechos reconocidos por el Convenio. Este reconocimiento supuso un paso revolucionario en el Derecho internacional, puesto que hasta ese momento tal y como antes se ha señalado el

---

<sup>208</sup> El Protocolo nº11 entró en vigor en noviembre de 1989.

<sup>209</sup> El sometimiento a la jurisdicción de este Tribunal será obligatoria sin necesidad de hacer una declaración unilateral como ocurría con anterioridad. I. Arriaga, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit. p. 71.

<sup>210</sup> *Ibid.*, pp. 13-14 y 71-72.

individuo no era sujeto de locus standi ante las instancias internacionales<sup>211</sup>.

- c) En tercer lugar, la judicialización de todo el sistema de control, estableciendo el carácter obligatorio de la jurisdicción del TEDH, siendo su aceptación un requisito político impuesto a los nuevos Estados miembros y el establecimiento de un órgano único y permanente.

Respecto a las decisiones del TEDH hay que señalar, en primer lugar, que son siempre motivadas, definitivas, obligatorias o vinculantes y declaratorias o no ejecutorias<sup>212</sup>. Los Estados partes tienen frente a estas sentencias una obligación de resultado que se concreta en que éste ponga fin a la violación y repare el daño causado. La ejecución se llevará a cabo en función del origen de la violación, si ésta se encuentra en un acto jurisdiccional o bien en una norma legislativa o reglamentaria<sup>213</sup>. El encargado de supervisar esta ejecución es el Comité de Ministros, pudiendo requerir en su caso al Estado que le informe de las medidas

---

<sup>211</sup> Este reconocimiento ha ido evolucionando a lo largo del tiempo en un primer momento éste se condicionó a que el Estado contratante lo admitiera expresamente y, en segundo lugar, en que el acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos por el particular continuó vedado, siendo posible tan sólo su acceso a la Comisión. En su segundo momento, tras la entrada en vigor del Protocolo nº11 que entró en vigor en noviembre de 1989 se produce un cambio en el proceso de protección, desaparece la Comisión Europea de Derechos Humanos y se permite el acceso directo del individuo al TEDH convirtiéndose este en la verdadera parte del proceso. Para un análisis más detallado de dicha reforma se puede consultar: I. Arriaga y C. Zoco, "La reforma del sistema de protección de los derechos del hombre instaurado por el Convenio Europeo de 1950: el Protocolo nº 11"; *Humana Iura*, 5, 1995, pp. 11-50.

<sup>212</sup> Vid arts. 44 a 46 del CEDH. I. Arriaga; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit. p. 73.

<sup>213</sup> Esta revisión en el caso en que la violación provenga de un acto jurisdiccional plantea algunos problemas por el establecimiento de la res iudicata de la sentencia recurrida en Estrasburgo, ya que pocos Estados han introducido en su legislación como causa de revisión de una sentencia firme interna la existencia de una sentencia del TEDH. Para una mayor ampliación sobre los problemas que plantea la ejecución de las decisiones del TEDH se puede consultar: *Ibidem.*, J. Velu y R. Ergec; *La Convention européenne des droits de l'homme*, cit. p. 1072 y C. Ruiz Miguel, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un estudio sobre la relación entre el Derecho nacional y el internacional*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 71.

adoptadas y valorando si estas son o no suficientes para el cumplimiento del fallo<sup>214</sup>.

### **2.3. La familia en el sistema europeo de protección de derechos humanos.**

Como sabemos, en el ámbito regional europeo el CEDH y sus protocolos, con carácter general, se ocupan de la regulación de los derechos civiles y políticos, mientras que la Carta Social Europea de 1961 hace lo propio con los derechos socio-económicos<sup>215</sup>.

En la línea de todos los documentos internacionales, tampoco el CEDH incluye una definición de familia. Esa indeterminación del concepto ha facilitado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considerara protegibles a diversas realidades convivenciales alternativas a la familia tradicional<sup>216</sup>. La jurisprudencia del TEDH tampoco ha proporcionado una definición de familia, pero como veremos en

---

<sup>214</sup> J.C Soyer y M. De Salvia; *Le recours individuel supranacional: mode d'emploi*, LGDJ (Librairie juridique de référence), Paris, 1992, p. 222 y REES, G, "Art. 54", en AA.VV, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (sous la direction de Pettiti, L.E, Decaux, E., Imbert, P-H), Economica, Paris, 1999. (2ªed.), p. 859.

<sup>215</sup> En el artículo 16 de la Carta Social Europea se establece que, con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes Contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayudas a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas y en el artículo 19.6, recoge expresamente el compromiso de facilitar la reagrupación familiar a los trabajadores extranjeros a los que se les permite establecerse en el territorio del Estado parte. S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. p. 46 y F. Vasseur-Lambry; *La famille et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*; cit. p. 168. En la Carta Social Europea se establece como sistema de control un mecanismo de supervisión no contencioso basado en la obligación de presentación de informes periódicos y un mecanismo de reclamaciones colectivas. J. Bonet y D. Bondía, " La Carta Social Europea", en F. Gómez Isa, (dir), *La Protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 462.

<sup>216</sup> V. Coussirat-Coustère; "Famille et CEDH", en *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2000, pp. 281 ss.

posteriores capítulos, ha ido desgranando datos sobre lo qué cabe incluir dentro de este concepto y lo que no, constatando una evolución en la que se reflejan los cambios de la sociedad europea y la adaptación del contenido del Convenio a la realidad social de cada momento<sup>217</sup>.

Por su parte, las Resoluciones del Consejo de Europa, al igual que las de Naciones Unidas, tampoco aportan una definición de familia, ni presuponen que deba identificarse con el modelo clásico occidental de la familia nuclear. En general sus textos suelen aludir a la familia "natural", término difuso que permite incluir bajo su significado todas las formas familiares que *de facto* puedan producirse aunque no estén legalizadas<sup>218</sup>. Con ello se muestra muy proclive a aceptar y facilitar la juridificación de los cambios y transformaciones en las relaciones familiares: protección de las familias monoparentales y la tolerancia hacia las parejas formadas por transexuales u homosexuales que conviven con niños.

#### **2.4. El CEDH y el derecho al *respeto de la vida familiar*.**

El CEDH, fue adoptado en el marco institucional del Consejo de Europa<sup>219</sup>. Tal y como se expone en el Preámbulo, su finalidad primordial

---

<sup>217</sup> En este sentido se puede consultar: J. Lddy; "Article 8: the pace of change", *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 5, n.3, 2000, pp. 397 ss; D. Feldman; "The developing scope of Article 8 of the European Convention in Human Rights", *European Human Rights Law Review*, n. 3, 1997, pp. 265 y ss; S. Naismith; "Private and family life, home and correspondence", en *The birth of European human rights law*. Liber amicorum Carl Aage Norgaard, 1998, Salvia, M.Y. Villiger, M (eds), Baden-Baden, Nomos, pp. 141 ss; S. Sanz; "El TEDH y las uniones de hecho", *Repertorio Aranzadi*, 2003, n. 8, pp. 14 y ss.

<sup>218</sup> Family normally represents a safe unit providing affection and protection...Families tend less to the patriarchal model, and have become more democratic and participative, which has both advantages and risks. On the other hand, adolescents live a wide variety of family structures, influenced by family breakdown, single parenthood, the growth of cohabitation, and various new relationships (step-families, etc.). Párrafo 8 del Informe del Secretario General en la Conferencia de Ministros europeos responsables de Asuntos familiares, Viena, 16-18 de junio de 1997, doc. CM (97) 137.

<sup>219</sup> Organización internacional de ámbito europeo dedicada a la cooperación política general, creada por el Estatuto de Londres de 1949.

es realizar una unión más estrecha entre sus miembros y uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y las libertades fundamentales<sup>220</sup>.

El CEDH además de enunciar derechos y libertades fundamentales de la persona humana inspirándose en la DUDH de 1948, como hemos visto en apartados anteriores, ha establecido el mecanismo institucionalizado de protección internacional de los derechos humanos más evolucionado y eficaz en estos momentos: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Se trata de un instrumento que sobresale entre el conjunto de los tratados internacionales creadores de un sistema de protección de los derechos humanos.

El Convenio Europeo se refiere a la familia estableciendo la protección de la "vida familiar", por partida doble, en su artículo 8 (derechos al respeto a la vida privada y familiar) y en su artículo 12 (derecho a casarse y fundar una familia). De manera que su tratamiento es, en parte, paralelo al del a DUDH (derecho a casarse y fundar una familia), pero en parte original (derecho al "respeto de la vida privada y familiar"). Y eso tiene una relevancia importante para nuestro objetivo: ¿puede considerarse integrada dentro del derecho al respeto de la vida familiar, el derecho a vivir en familia? En otras palabras: ¿la reivindicación de un extranjero de traer a su familia al país de acogida puede tener su fundamento en un derecho a la vida en familia, derivada de la formulación de este artículo? Hasta comienzos de los años ochenta, las menciones de estos artículos resultaron completamente pacíficas<sup>221</sup>. No obstante, los redactores del Convenio difícilmente

---

<sup>220</sup> Véase el texto del CEDH en el BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979; y la enmienda introducida por el Protocolo 11 en el BOE nº 152, de 26 de junio de 1998; corrección de errores BOE nº 223, de 17 de septiembre de 1998.

<sup>221</sup> C. Fernández de Casadevante, (coord); *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Dilex, Madrid, 2000, pp.129-141.

podieron sospechar los problemas interpretativos que un término como “vida familiar”, iba a causar a partir de ese momento<sup>222</sup>.

La necesidad de ir afrontando esos problemas interpretativos y contestar a esas preguntas básicas que nos hemos formulado, ha obligado al Tribunal de Estrasburgo a precisar progresivamente en su jurisprudencia la noción de *vida familiar* y, por ende, cuál es la protección específica que el Convenio Europeo dispensa a la familia, precisamente en relación con las situaciones de extranjeros que reclaman vivir junto a sus familias e invocan la protección del Convenio sobre este derecho. Conviene no olvidar que la doctrina del TEDH con respecto a la noción de “vida familiar” (como con relación a cualquier otra) es definitiva en el entorno europeo y debe incorporarse obligatoriamente al derecho interno de los Estados partes. A través de los asuntos que le han sido sometidos, el Tribunal de Estrasburgo ha ido creando toda una teoría sobre el concepto de familia, dando cuenta de su cambiante identidad y de la transformación que está sufriendo<sup>223</sup>. A ello, pues, debemos atenernos y es lo que vamos a analizar a continuación.

En primer lugar, conviene destacar que el Tribunal utiliza una terminología pluriforme para referirse a la familia, valiéndose de

---

<sup>222</sup> M. Lezertua; *El derecho a la vida privada y a la familia en la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 75-77.

<sup>223</sup> Para una ampliación del concepto de interpretación evolutiva de la jurisprudencia del TEDH se puede consultar: S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. p. 85, F. Rigaux, “Interprétation consensuelle et interprétation évolutive” en AA.VV, F. Sudre, (dir), *L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 41-42; O. Jacot-Guillarmod, “Règles, méthodes et principes d’interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, en AA.VV, dir. Pettiti, L.E, Decaux, E., Imbert, P-H., *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*, 2ªed., Economica, Paris, 1999., pp. 41-63. F. Matscher, “Methods of Interpretation of the Convention”, en AA.VV., *The European System for the Protection of Human Rights*, (ed. By Macdonald, R. St. J., Matscher, F., Petzold, H.) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, pp. 68-70, HARRIS, D.J (et alii), *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, Dublin, Edimburgh, 1995, pp.7-9; P. Van Dijk (et alii); *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (3ª ed), Kluwer Law International, The Hague, 1998, pp. 77-80.

expresiones afines como “célula familiar”, “relación familiar” o “vínculos familiares” que plasman el carácter subjetivo (y muchas veces inaprensible) de los criterios en los que fundamenta la existencia de una “vida familiar” a proteger<sup>224</sup>. Por otra parte, debemos subrayar que la noción de *vida familiar* en el Convenio tiene un significado autónomo respecto al concepto de vida familiar presente en los diversos ordenamientos nacionales de los Estados parte de ese Convenio<sup>225</sup>.

#### **2.4.1-El derecho a fundar una familia (art. 12).**

El CEDH, como el resto de documentos internacionales, conecta el derecho a fundar una familia con el derecho a contraer matrimonio y los regula de forma conjunta, de acuerdo con el sentir tradicional.

*Art. 12: A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.*

A pesar de su mención explícita, resulta evidente que el artículo no ha querido recoger una definición específica de familia. Los redactores del Convenio, obviamente, no quisieron formular una definición de familia sino que, siguiendo el uso de los textos y documentos anteriores, optaron por dejarlo indeterminado con el fin de que fuera cada Estado parte quien libremente precisara su propia noción de familia, acogiendo las peculiaridades de su cultura<sup>226</sup>. No obstante, el TEDH ha supervisado siempre que las autoridades nacionales, dentro del margen de libertad de

---

<sup>224</sup> I. Arriaga; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit. p. 82 y M.T. Merlders-Klein, “Internationalisation des droits de l’homme et evolution du droit de la famille: un voyage sans destination”, en AA.VV., *Internationalisation des droits de l’Homme et évolution de la famille* Colloque du Laboratoire d’études et de recherches appliqués du Droit privé, Université de Lille II, LGDJ (Librairie juridique de référence), Paris, 1996, p. 205.

<sup>225</sup> W.J. Ganshof Van der Meersch, “La référence au droit interne des états contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revista Internacional de Droit Comparé*, 1980, p. 333.

<sup>226</sup> F. Vasseus-Lambry, *La famille et la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, cit. pp.16-21.

sus interpretaciones, respeten el mínimo esencial (núcleo básico) del derecho a contraer matrimonio en los respectivos derechos internos de los Estados. Dentro de este núcleo básico se inserta la igualdad entre los cónyuges, la monogamia y la heterosexualidad (como veremos a continuación, las relaciones homosexuales son consideradas por el Tribunal parte del derecho a la vida privada, pero no son consideradas vida familiar.<sup>227</sup>

#### **2.4.2-El derecho a la intimidad personal y familiar (art. 8).**

La línea iniciada por el Convenio de incluir la vida familiar dentro de un ámbito específico, más amplio que el matrimonio, como es el derecho a la intimidad, fue novedosa y posteriormente seguida por los diversos legisladores europeos<sup>228</sup>.

*Art. 8: : Derecho al respeto a la vida privada y familiar.*

*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

*2. 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 de los delitos, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

A este respecto, algunos autores entienden que la intimidad más que un derecho es una categoría, un supra-derecho fundamental, que abarca

---

<sup>227</sup> E. Harremoes, "Le Conseil de l'Europe et le droit de la famille"; en *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, (sous la direction de) R. Ganghofer, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, p. 3.

<sup>228</sup> El legislador español, tal y como se verá en posteriores capítulos a la hora de regular la reagrupación familiar en la Ley 8/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social lo hace atribuyéndole al artículo 16 el título de derecho a la intimidad familiar.



distintos derechos cercanos entre sí, conectados con la idea de interioridad<sup>229</sup>. Paralelamente, la regulación del CEDH y la jurisprudencia del TEDH, parecen abundar en la idea de la existencia de un bien jurídico troncal, el de la intimidad o vida privada en sentido lato, que cuenta con una pluralidad de manifestaciones específicas<sup>230</sup>.

La ausencia de una elaboración teórica rigurosa, repercute en el carácter necesariamente descriptivo de la jurisprudencia y en las dificultades que se detectan para extrapolar principios generales del casuismo imperante<sup>231</sup>. Algún autor ha afirmado que los derechos protegidos por el art. 8 CEDH, están dentro del grupo denominado *qualified rights*, es decir aquellos que recogen una libertad específica cuyo ámbito puede ser limitado por un número de causas enumeradas, taxativamente, en el párrafo 2 del correspondiente artículo<sup>232</sup>.

El artículo 8 del CEDH reproduce prácticamente el art. 12 de la DUDH, suprimiendo las referencias a la reputación y al honor por considerarlas demasiado vagas e imprecisas. El art. 12 DUDH, prohíbe expresamente los ataques contra el honor y la reputación, pero se limita a lo que denomina de manera muy poco precisa "injerencias arbitrarias. Algo similar sucede con el art. 17 del *Pacto Internacional de Derechos*

---

<sup>229</sup> N. González Gaitano; *El deber de respeto de la intimidad: información pública y relación social*, Eunsa, Pamplona, 1990, p. 97.

<sup>230</sup> El art. 18 de la Constitución Española, por ejemplo, parece querer englobar en un derecho único y omnicompreensivo, aunque sin denominación general, la tutela jurídica de la vida privada. A.E Pérez Luño *Los Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit. p. 331 y así lo ha confirmado la jurisprudencia constitucional rechazando una separación tajante de los diversos derechos enunciados en el art. 18 Constitución, atribuyéndoles la común naturaleza de bienes de la personalidad, ligados a la misma esencia del individuo (SSTC 170/1987, 231/1988).

<sup>231</sup> J. López Ortega; *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, Cuadernos de Derecho Judicial; Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 57

<sup>232</sup> A. Drezcmczewski; *The position of aliens in relation to the European convention on Human Rights: A general survey*, Council of Europe, Human Right of Alien in Europe. Proceeding of the Colloquy of Funchal-Madeira, october, 1983, MN, 1985, p. 359

*Civiles y Políticos*: protege contra los ataques al honor, pero recurre de nuevo a la fórmula imprecisa: sólo frente a “injerencias ilegales o arbitrarias”. El art. 8 del Convenio ha incorporado una redacción mucho más adecuada, estableciendo criterios objetivos que disciplinan y perfilan mucho mejor el ámbito de las injerencias<sup>233</sup>.

Una particularidad del art. 8.1 del CEDH es que no enuncia, como otros preceptos, un *derecho a...*, sino un *derecho respeto de...*, noción de la que el TEDH ha extraído importantes consecuencias, que analizaremos con más detalle más adelante. Por otra parte, el bienestar económico del país se convierte en un factor susceptible de limitar este derecho, causa que no se recoge en otros preceptos.

El enunciado de este artículo introduce la categoría “respeto” (toda persona tiene derecho al *respeto* de su vida privada y familiar ...”). Este término ha permitido a la jurisprudencia extraer conclusiones de amplio calado que tienen que ver con las “obligaciones positivas” de los Estados al respecto y también con el llamado “efecto horizontal” de las obligaciones convencionales<sup>234</sup>.

Esto significa que el art. 8.1 del Convenio impone a los Estados la obligación de garantizar la vida privada y familiar de los ciudadanos a través de las medidas legislativas, judiciales o administrativas que sean necesarias. En caso contrario, se podría encausar al Estado por una responsabilidad internacional a través del procedimiento establecido en el propio Convenio<sup>235</sup>.

Titular indiscutible de este derecho es toda persona individual, pudiendo ejercitar la acción de protección ante el Tribunales Europeo,

---

<sup>233</sup> E. Velu, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, cit. p. 530.

<sup>234</sup> J. López Ortega; *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, cit., p. 59.

<sup>235</sup> P. Van Dick y G.J.H Van Hof; *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 372.

independientemente de la edad, la nacionalidad, de la capacidad de obrar y del comportamiento anterior del demandante<sup>236</sup>.

En definitiva, podemos afirmar que el art. 8 CEDH es una disposición novedosa y compleja, porque protege un conjunto muy variado de intereses y derechos estrechamente relacionados entre sí. Redactado en términos un tanto abiertos, deja un amplio margen de maniobra que ha sido aprovechado por el TEDH para llevar a cabo una interpretación evolutiva de este precepto<sup>237</sup>.

A continuación realizaremos una aproximación general al concepto y características de la vida familiar tal y como han sido interpretadas por la jurisprudencia del TEDH, con la finalidad de determinar si, a partir de su contenido, puede hablarse de la existencia de un derecho a la “vida en familia” amparado en el art. 8.1 del Convenio, que avalaría su consideración como derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico.

## **2.5. El concepto de “vida familiar” en la jurisprudencia del TEDH.**

En el CEDH no aparece específicamente formulado el “derecho a la vida en familia”. Como hemos apuntado, lo que literalmente se protege es el “respeto a la vida privada y familiar”. Veamos cómo ha configurado la jurisprudencia del TEDH el concepto de vida familiar que da derecho a ser protegida, en cuanto a sus características propias, a los individuos que pueden desarrollarla y a las condiciones en que pueden hacerlo. Posteriormente veremos si de ese complejo conglomerado de presupuestos puede deducirse también la protección del derecho a la vida en familia.

---

<sup>236</sup> G. Cohen-Jonathan, *La Convention Européenne des Drois de l'Homme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1989, pp. 250 y ss.

<sup>237</sup> D.J Harris (et alii), *Law of the European Convention on Human Rights*, cit. p. 303.

La jurisprudencia del Tribunal no permite extraer una definición clara y rotunda de “vida familiar”, ya que sus pronunciamientos se limitan a declarar su existencia o no existencia a partir de las situaciones y casos concretos que se le presentan. Esto significa que hay multitud de circunstancias diversas que debemos ir agrupando para establecer principios generales al respecto y aportar perfiles más claros sobre el concepto<sup>238</sup>.

### **2.5.1. Vida familiar preexistente y efectiva.**

En primer lugar, hay dos criterios generales que para el TEDH determinan la existencia de “vida familiar”<sup>239</sup>: ésta debe ser *preexistente* (debe haberse verificado con anterioridad al hecho por el que se reclama la acción del Tribunal) y, sobre todo, debe ser *real y efectiva*, (debe haber relaciones reales y estrechas entre sus miembros: vida en común, dependencia económica, como sería el caso de los menores<sup>240</sup>, ejercicio regular de un derecho de visita<sup>241</sup>, etc.). Pero en determinados supuestos la convivencia no siempre es un requisito imprescindible para que podamos hablar de familia.

#### **a) La condición de una vida familiar “real y efectiva”**

En primer lugar, el Tribunal considera que la existencia de una vida familiar es esencialmente una cuestión de hecho (o se verifica o no); de

---

<sup>238</sup> M.E. Villiger, “Expulsión and the right to respect for private and family life (art. 8 of the Convention)- an introduction to the Commission’s case-law”, en AA.VV., *Protecting Human Rights: The European Dimension/Protection des droits de l’homme: la dimension européenne. Studies in honour of/mélanges en l’honneur de: Gérard J. Wiarda* (edited by F.Matscherm H. Petzold), Carl Heymans Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, p.658.

<sup>239</sup> Unas condiciones, cuyo cumplimiento, tal y como se verá en el próximo capítulo, se exigen especialmente a lo ciudadanos extranjeros para el ejercicio de su derecho a la vida en familia.

<sup>240</sup> Petición nº 2991/66, Alam y Khan c. Reino Unido, Anuario nº 2 (1968) p. 789; petición nº 8244/78, Singh Uppal c. Reino Unido, DR 17, p.149 y DR 20, p. 29.

<sup>241</sup> *Berrehab c. Holanda*, decisión de 8 de marzo 1985, informe de 7 de octubre 1986, sentencia de 21 de junio 1988, A nº 138. que puede consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

ahí que determinar si existe o no, en primer lugar, dependerá del carácter “real”<sup>242</sup> de los lazos familiares invocados<sup>243</sup>. Eso exigirá al tribunal determinar qué tipo de vinculación o parentesco debe considerarse apto para constituir un supuesto de vida familiar.

Además de la realidad de los lazos familiares, el TEDH entiende que esa vida familiar debe verificarse con carácter “efectivo”. En efecto, el Tribunal considera necesario pero no suficiente la existencia de un vínculo familiar (aunque éste sea el fundamento de una “vida familiar”): debe ser el demandante quien demuestre que esa vida se estaba desarrollando de manera estrecha y efectiva entre sus miembros. Esto exige que, junto al vínculo de parentesco acreditado (*condicio sine qua non*), deban existir otro tipo de vinculaciones entre los sujetos que además de acreditar la *pertenencia* a la familia, acrediten el desarrollo de una vida familiar de facto. El Tribunal señala, entre otros, fundamentalmente dos factores para que una relación pueda ser considerada constitutiva de “vida familiar”: la cohabitación y la dependencia económica<sup>244</sup>. Respecto a este segundo elemento –la

---

<sup>242</sup> El TEDH abordó esta cuestión en el asunto *Nsona c/. Holanda*, de 28 de noviembre de 1996, Recueil/Reports nº 23, 1996-V, p. 2007 señalando que en el presente caso en el que la demandante, la tía, se hizo pasar por madre de la menor, con la finalidad de que ésta obtuviera un permiso de entrada, la existencia de un pretendido vínculo familiar no se había acreditado. En otras ocasiones la Comisión de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de establecer que el procedimiento de verificación de autenticidad del vínculo sanguíneo es, en principio compatible con el derecho al respeto de la vida familiar. Decisión sobre la admisibilidad 8378/78 /Kamal c./ Reino Unido, DR 20, p. 168. I. Arriaga; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit. p. 85.

<sup>243</sup> La amplitud de la extensión de estos vínculos familiares se determinarán al analizar las características de la vida familiar que el TEDH ha ido estableciendo en su jurisprudencia.

<sup>244</sup> Algunas de estas decisiones son: la decisión sobre la admisibilidad 7229/75 (*X e Y c./ Reino Unido*, DR 12, p. 33, el informe de la Comisión en el caso *Moustaquim c./ Bélgica*, (anexo en Series A, Vol, 193, p. 28), la decisión sobre la admisibilidad 2992/66 (RD 24, p. 116-133). También puede consultarse Y. Madiot y D. Breillat; “La familia, élément des droits de l’homme en Europe”, en AA.VV, *Le droit non civil de la famille*, PUF (Presses Universitaires de France), Paris 1983, p. 217 y I. Arriaga; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit. p. 86.

dependencia- se han planteado otras posibles modalidades (afectiva, emocional, lingüística, etc.); no obstante, el TEDH ha mantenido al respecto un carácter completamente restrictivo, estableciendo para su reconocimiento la existencia de un elemento material o económico ya que únicamente la dependencia meramente emocional es habitualmente considerada como insuficiente<sup>245</sup>.

*b) La condición de la “preexistencia” de la vida familiar*

El Tribunal ha insistido ininidad de veces en que la vida familiar protegida por el Convenio es la “preexistente”. De ahí su afirmación de que el art. 8.1 no garantiza el derecho a fundar una familia; ni a casarse; ni aún menos a establecer la vida familiar en el cualquier lugar elegido por los esposos<sup>246</sup>. En general, pues, la jurisprudencia del Tribunal considera necesario que la vida familiar, cuyo reconocimiento y protección se reclama, exista ya con anterioridad; en consecuencia, no entiende protegida la vida familiar que se pretenda establecer en un futuro. No obstante, este criterio no siempre se ha mantenido. En el famoso caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*, el TEDH consideró aplicable el art. 8 (entendiendo protegida la vida familiar), pese a que los maridos de las demandantes no habían convivido nunca con ellas en el Reino Unido. Con ello, atribuyó eficacia a los simples vínculos jurídicos matrimoniales pre-existentes, a la hora de determinar la vida familiar<sup>247</sup>. En otros casos, por el contrario, como sucedió en el caso de la expulsión

---

<sup>245</sup> Véase decisión sobre admisibilidad 10375/83 (s y S. C./ Reino Unido, DR 40, p. 198) e *Ibid.* p. 85.

<sup>246</sup> Sentencia *Gul contra Suiza*, de 19 de febrero de 1996 que puede consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>247</sup> Caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido*, sentencia de 28 de marzo de 1985, Ser A nº 94 que puede consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

de los inmigrantes de segunda generación, la jurisprudencia fue justamente la contraria<sup>248</sup>.

### **2.5.2. Vínculos familiares admitidos por el TEDH.**

En cuanto a los miembros que forman parte del grupo familiar, la convivencia no siempre ha sido un requisito imprescindible para que el Tribunal los haya considerado aptos para constituir la vida familiar protegible por el Convenio. Veamos qué tipo de vínculos son admitidos por su jurisprudencia.

#### **a) El carácter determinante de los vínculos paterno-filiales**

El TEDH ha afirmado que existe vida familiar entre los padres y los hijos menores aunque éstos no vivan con ellos; igualmente ha considerado que el niño forma parte de la familia *ipso iure*, desde el momento de su nacimiento<sup>249</sup>.

A este respecto, el Tribunal considera, por ejemplo, que existe *vida familiar* entre una madre soltera y su hijo desde el nacimiento<sup>250</sup>; sin embargo, en sentido contrario, considera que la paternidad biológica del varón no entraña *ipso iure* (desde el nacimiento) la existencia de una vida familiar entre padre e hijo<sup>251</sup>. Sin embargo, en el caso *Gül c./ Suiza*<sup>252</sup>,

---

<sup>248</sup> En sentencias como el caso *Bouchelkia c./ Francia*, Recueil/Reports nº 28, 1997-I, p. 63, el caso *Boughaqnemi c./ Francia*, Recueil/Reports nº 8, 1996-II, 35 p. 608 y el caso *Dalia c./ Francia* de 19 de febrero de 1998, Recueil/Reports nº 62, 1998-I, p. 89 el TEDH utiliza diferentes criterios temporales, antes o después de la adopción de la orden de expulsión para determinar la existencia de la vida familiar.

<sup>249</sup> STEDH *Berrehab c. Países Bajos*, 21 junio 1988, STEDH *Gül c. Suiza*, 19 febrero 1996, STEDH *Hokkanen*, 23 septiembre 1994. que pueden consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>250</sup> P.A. Pillitu; "La tutela Della famiglia naturale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo", *Rivista di Diritto Internazionale*, 1989, vol. 72, n. 4, p. 793 y ss.

<sup>251</sup> En la sentencia *Marckx c./ Bélgica* de 13 de junio de 1979 en el que una madre denunciaba al Estado belga en el que nació su hija porque éste exigía a toda madre soltera realizar un acto formal de reconocimiento del menor ante las autoridades, el TEDH declaró que la familia entre una madre y un hijo se crea *ipso iure* desde el momento del nacimiento sin necesidad de ningún otro requisito adicional. En cambio en el asunto *HAAS c./ Holanda* de 13 de enero de 2004 ante la reclamación de un joven exigiendo el acceso a la herencia de su supuesto padre biológico y exigiendo el

resolución de 19 de febrero de 1996, el Tribunal sí consideró que los padres y un menor de edad desarrollaban una vida familiar *ipso iure*, desde el momento del nacimiento de este último, independientemente de que no cohabitaran, es decir, aunque vivieran de modo separado<sup>253</sup>.

La existencia de vida familiar entre una pareja no casada y sus hijos, en los casos en los que existe cohabitación, ha sido aceptada por el TEDH en tres de sus sentencias, en contra de la doctrina general mantenida al respecto. En el caso *Keegan c./ Irlanda*<sup>254</sup>, resolución de 26 de mayo de 1994, estableciendo que, cuando un niño nace de una relación extramatrimonial y consta que ha habido cierto grado de duración y compromiso en esa relación, sí existe vida familiar entre el padre natural y el hijo<sup>255</sup>. En el caso *Kroon c./ Holanda*, de 27 de octubre de 1994, reconociendo la existencia de una vida familiar de facto y reconociendo el vínculo legal de unos padres con su hijo, con independencia de que decidieran casarse, vivir juntos o vivir de un modo más libre y menos comprometido su relación<sup>256</sup>. Por último, en el asunto *Görgülü c./ Alemania*, de 26 de febrero de 2004, estableciendo que el impedimento de las autoridades de que el reclamante recuperara a su

---

reconocimiento de este vínculo biológico, el TEDH declaró que la mera paternidad biológica, si no va unida a otro tipo de indicios de vida familiar, no supone la formación o creación de una familia entre padre e hijo.

<sup>252</sup> El caso *Gül c./ Suiza* de 19 de febrero de 1996 es el de un turco que viaja a Suiza por motivos laborales dejando a su familia en su país. Su mujer es posteriormente acogida en Suiza por razones humanitarias, por ser epiléptica y haber sufrido un accidente doméstico en Turquía. Éstos solicitan la reagrupación familiar con sus hijos, uno de ellos lo consigue por motivos humanitarios dada su discapacidad y el del otro, un menor de 7 años es rechazada.

<sup>253</sup> S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit, pp. 92- 96.

<sup>254</sup> El caso *Keengan c./ Irlanda* de 26 de mayo de 1994 trata sobre la decisión de una madre soltera de dar en adopción a su hijo recién nacido sin informar al padre.

<sup>255</sup> J. Liddy ; "The Concept of Family life under the ECHR", *European Human Rights Law Review*, 1990, p. 24.

<sup>256</sup> En el caso *Kroon c./ Holanda* de 27 de octubre de 1994 la señora Kroon, de nacionalidad holandesa, se casó con un marroquí del que se separó más tarde desapareciendo este posteriormente. Al año siguiente tuvo un hijo al que inscribió como hijo del esposo en paradero desconocido. Posteriormente obtuvo el divorcio y tuvo otros tres hijos a los que inscribió como hijos de su nueva pareja. A continuación su nueva pareja solicita el reconocimiento de la paternidad de su hijo mayor.



hijo quebró toda posibilidad del establecimiento de una vida familiar entre el padre y el hijo<sup>257</sup>. Esta doctrina por la que el TEDH acepta la existencia de vida familiar en casos en los que no existe cohabitación por falta de interés de los propios afectados, obviamente, ha sido muy criticada por algunos Estados y por parte de muchos autores<sup>258</sup>.

En este mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal considera que la vida familiar de los menores con sus padres no depende de la existencia de matrimonio y que ésta no deja de existir en caso de divorcio<sup>259</sup>. Obviamente, el Tribunal no admite distinción en el tratamiento entre hijos matrimoniales o extramatrimoniales y entre hijos naturales y adoptivos<sup>260</sup>.

La relación de los padres con sus hijos, considera el Tribunal, que no está ligada al matrimonio y subsistirá más allá del divorcio o separación de la pareja casada<sup>261</sup>. Pero en estos casos los contactos regulares, que pueden consistir sólo en meras visitas ocasionales y llamadas telefónicas, de los progenitores con sus hijos serán un elemento determinante para tener en cuenta la existencia de vida familiar<sup>262</sup>. El TEDH considera que, en todos estos supuestos, se debe conceder una prioridad al interés del menor y que, por lo tanto, la falta de reconocimiento del derecho de visita del padre natural no debe ser una consecuencia del hecho de que sea un padre divorciado, sino de la decisión que sea mejor para el desarrollo del menor. Ya que, en su

---

<sup>257</sup> El asunto *Görgülü c./ Alemania* de 26 de febrero de 2004 también versaba sobre los derechos de un padre biológico interesado en ejercer de padre de su hijo, cuando la madre del niño lo había dado en adopción a sus espaldas.

<sup>258</sup> Muestra de ello son las opiniones divergente de los jueces Morenilla y Bonnicci en la sentencia *Kroon c./ Holanda*, cit y S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. p. 96.

<sup>259</sup> Nº 7770/1977, dec. De 2 de mayo de 1978, DR 14, pag. 175

<sup>260</sup> STEDH *Berrehab c. Holanda*, decisión de 8 de marzo 1985. que puede consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>261</sup> Sentencia *Ciliz c./ Holanda* de 11 de julio de 2000.

<sup>262</sup> Sentencia *Berrehab c./ Holanda* de 21 de junio de 1988

opinión, nada demuestra que en el caso de que se hubiera tratado de un padre divorciado la decisión habría sido distinta<sup>263</sup>.

Con carácter general puede decirse que el TEDH favorece una visión de la familia en tanto que *entidad vertical*; es decir, en tanto que se verifica la existencia de un menor dependiente de sus padres. En ese sentido, desde el momento del nacimiento y por ese mero hecho, entre los padres y sus hijos, existirá siempre vida familiar independientemente de su efectiva convivencia<sup>264</sup>. En cambio, el Tribunal aplica una exigencia superior para determinar la existencia de vida familiar cuando se trata de *lazos horizontales* (relación no filial). En tales casos, quienes invoquen la protección del art. 8 del Convenio tendrán que acreditar otros vínculos como la convivencia o la dependencia financiera.

No obstante, también para el reconocimiento de *lazos horizontales* la jurisprudencia ha ido ampliando el concepto de vida familiar: si antes se exigía el elemento adicional imprescindible de la dependencia económica, en una reciente sentencia (caso Ezzouhdi), el Tribunal reconoce la existencia de vida familiar entre un adulto y su familia de origen, reconociendo incluso la inexistencia de una dependencia

---

<sup>263</sup> STEDH *Elsholz c. Alemania*, 13 julio de 2000, en este caso un padre reclama su derecho a visitar a su hijo nacido de una unión extramatrimonial. Tras el nacimiento el padre estuvo conviviendo con el niño hasta que este alcanzó la edad de un año y medio, posteriormente se ocupó de su mantenimiento económico y mantenía un contacto regular con él mediante un régimen de visitas. Hasta julio de 1991, fecha en que la madre se opone a que continúen estas visitas. El antiguo código civil alemán en su artículo 1711.2 establecía una diferenciación de trato en los casos que los hijos fueran fruto de una unión extramatrimonial. Además en este caso el niño manifiesta su oposición a mantener contactos con su padre, probablemente influenciado por su madre, por lo que el Tribunal Alemán considera que el interés del menor exige que no se produzcan estas visitas, que puede consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>264</sup> C. Russo, "Article 8, paragraphe 1" en L.E Pettiti *La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, p. 316.

económica, basada sobre la relación de afectividad contrastada de la relación<sup>265</sup>.

*b) El vínculo matrimonial y la vida familiar*

La jurisprudencia del TEDH ha establecido que el vínculo matrimonial por sí mismo no es suficiente para la existencia de vida familiar<sup>266</sup>

El art. 12 del propio Convenio, como sabemos, configura el matrimonio como una libertad fundamental y la jurisprudencia del Tribunal lo considera como un marco privilegiado para el desarrollo del menor y la estructura que mejor se adapta para su desarrollo<sup>267</sup>. No obstante, la libertad de contraer matrimonio comprende a su vez la vertiente negativa de no hacerlo<sup>268</sup> y por ello, junto a la forma más extendida y tradicional de fundar una familia, el matrimonio, el TEDH ha admitido otros modelos: el concubinato (o unión libre) y la situación de madre o padre soltero<sup>269</sup>.

---

<sup>265</sup> SETDH *Ezzouhdi c. Francia*, 13 febrero 2001. Célibataire et sans enfant, le requérant n'a pas démontré entretenir des relations étroites avec ses frères et soeurs. Ses relations avec sa mère, chez qui il réside depuis le mars 1999, paraissent a priori plus étroites, mais le requérant n'a fourni aucun renseignement à cet égard et l'on ne saurait donc considérer qu'il existe entre ces deux personnes des éléments particuliers de dépendance. La Cour rappelle que *les rapports entre adultes ne bénéficieront pas nécessairement de la protection de l'article 8 sans que soit démontré l'existence d'éléments supplémentaires de dépendance, autres que les liens affectifs normaux* ( n° 31519/96, Kwakie-Nti et Dufie c. Pays-Bas, décision du 7 novembre 2000 première section); n° 10375/83, S et S c. Royaume-Uni, décision du Commission du 10 Décembre 1984, Décisions et rapports 40, p. 196 " Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que la mesure d'interdiction définitive du territoire français était disproportionnée aux buts légitimes poursuivis. Il y a donc eu violation de l'article 8", puede consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>266</sup>Para una mayor ampliación sobre el concepto de esposo y matrimonio en la jurisprudencia del TEDH puede consultarse S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. p. 114-122 y I. Arriaga; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit. p. 92.

<sup>267</sup>F. De Singly ; "La famille réinventée", *Cultures en mouvement*, n° 12, novembre 1998, p. 14.

<sup>268</sup>F. Luchaire: "La protection constitutionnelle des droits de l'homme", *Económica*, 1987, p. 102.

<sup>269</sup>STEDH *Elsholz c. Alemania*, 13 julio 2000, n° 25735/94.y STEDH, *B c. Reino Unido*, 8 de julio de 1987, serie A n° 121 y STEDH *Marckx c. Belgica*, cit. en la que se

En su célebre sentencia *Marckx* de 1979, el TEDH afirma que el art. 8 de la CEDH obliga a los Estados a actuar de forma que se permita a cualquier persona, esté o no casada, llevar una vida familiar normal<sup>270</sup>. Esta vida familiar, habitualmente se plantea en su origen como una relación bilateral de pareja, establemente vinculada.

A pesar del trato preferencial que se otorga al matrimonio, el Tribunal establece una serie de requisitos que deben darse para que una unión matrimonial pueda tener la consideración de vida familiar.

a) En primer lugar, el matrimonio debe ser legal, celebrado según la ley del Estado demandado o la ley personal de los esposos, y no y no ficticio<sup>271</sup>.

b) En segundo lugar, la cohabitación puede ser efectiva o simplemente debe existir un deseo sincero de efectividad. Con esta matización, la vida conyugal proyectada también se considera protegida por el Convenio<sup>272</sup>.

Por lo que es posible concluir que, aunque no exista un vínculo matrimonial real y efectivo, la relación de una pareja que cree

---

afirma que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe voit dans la mère seule et son enfant une famille parmi les autres (résolution (70) 15 du 15 mai 1970 sur la protection sociale des mères célibataires et de leurs enfants, par. I-10, par. II-5, etc) en este supuesto el Tribunal tuvo que determinar si la relación entre una madre soltera y su hija constituía vida familiar. El derecho belga preveía que con la finalidad de determinar esta relación se produjera un reconocimiento por parte de la madre tras el nacimiento y además no permitía a la madre natural transmitir libremente sus bienes a su hijo natural ni a título de herencia ni por donación y en la STEDH *Johnston y otros c. Irlanda*, de 18 diciembre 1986, Serie A, nº 112 en la que se afirma ...in the present case, it is clear that the applicants, the first and the second of whom have lived together for some fifteen years (...) constitute a family for the purpose of Article 8. They are thus entitled to its protection, not with standing the fact that their relationship exists outside marriage..., que pueden consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>270</sup> STEDH *Marchx c./ Bélgica*, cit. relativa a una madre soltera G. Lebreton; *Libertés publiques e droits de l'Homme*, Armand Colin, Paris, 1997, p. 268.

<sup>271</sup> A este respecto las sentencias *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c./ Reino Unido*, cit. y *Berrehab c./ Holanda*, cit.

<sup>272</sup> A este respecto las sentencias *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c./ Reino Unido*, cit.

sinceramente estar unida por un vínculo conyugal, atrae la protección del CEDH como vida familiar.

*c) Vida familiar y parejas de hecho*

Cuando se redactó el CEDH el fenómeno de las uniones libres ya existía, pero numerosos Estados habían arrinconado a estas uniones en una zona de no Derecho, en nombre de la protección del matrimonio<sup>273</sup>. Pero el desarrollo de las uniones libres después de la mitad del siglo XX es, sin lugar a dudas una de las consecuencias más visibles del individualismo y símbolo de una desafección manifiesta de aquellos que consideran la unión matrimonial como demasiado formal. Pero con la elección de este tipo de unión aparecen serios inconvenientes con relación a los bienes en común y, sobre todo, a los hijos, derivados de la falta de una protección jurídica generalizada en todos los países. Con la finalidad de proteger especialmente los derechos de los niños que viven en estructuras familiares atípicas, el TEDH ha reconocido legitimidad a estos modos alternativos de fundar una familia, con el objetivo de que los menores no sufran las consecuencias de la elección de sus padres o progenitores. Por este motivo, el TEDH ha comenzado a reconocer los mismos derechos y beneficios a las parejas no casadas que a las casadas, pero sin perder de vista que no lo hace con la intención de equiparar ambas situaciones convivenciales, sino en función del interés del menor, único y exclusivo factor que permite otorgar igual protección a los padres con independencia de su vínculo de unión<sup>274</sup>.

Amparado en el art. 8 del Convenio, el Tribunal ha considerado que toda familia en la que existan hijos menores, sea cual sea la relación jurídica que vincule a los padres, goce de la protección y respeto a la

---

<sup>273</sup> J. Carbonier, "L'Etat dans une vision civiliste", *Droits*, nº 15, 1992, p. 37.

<sup>274</sup> F. Boulanger, *Doit civil de la famille, tome I, Aspects comparatifs et internationaux*, 3<sup>o</sup> éd., Economica, Paris, 1997, p. 121.

vida familiar<sup>275</sup>. No obstante, el Tribunal continúa excluyendo la equiparación directa entre parejas casadas y no casadas. En definitiva, es el principio de igualdad jurídica de los hijos matrimoniales y no matrimoniales el que justifica la igualdad de tratamiento de sus progenitores, estén o no casados<sup>276</sup>. Sin embargo, existen claras y diferentes exigencias en cuanto a la existencia de vida familiar entre las parejas casadas y las no casadas<sup>277</sup>, aunque la Comisión y el TEDH han reconocido en diversas resoluciones que el concubinato, al igual que el matrimonio, puede ser también constitutivo de una vida familiar<sup>278</sup>. En el caso de los extranjeros inmigrantes, la relación de pareja estable no matrimonial todavía resulta insuficiente para obtener el reconocimiento de vida familiar ante la jurisdicción europea<sup>279</sup>.

El Tribunal no considera indispensable el vínculo matrimonial para la existencia de vida familiar, pero sí afirma que una diferencia de trato entre las parejas casadas y no casadas, está justificada por su diferente situación de partida<sup>280</sup>. Los Estados pueden realizar las discriminaciones positivas que estimen convenientes respecto del matrimonio. Así se puso

---

<sup>275</sup> STEDH *Johnston y otros c./ Irlanda*, cit., *G.A.B c./ España*, decisión de 30 de diciembre 1993, que pueden consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>276</sup> STEDH *Hoffman c. Austria*, 23 junio 1993, Serie A n. 255-C, STEDH *Sommerfeld c. Alemania*, de 11 octubre 2001, n.º. 31871/96, STEDH *Elsholz c. Alemania*, cit, que pueden consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>277</sup> I. Arriaga; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit. p. 93-96 y S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. p. 97.

<sup>278</sup> STEDH, *B c. Reino Unido*, cit y STEDH, *Marckx c. Belgica*, cit, y STEDH, *Elsholz c. Alemania*, cit. : *La Cour rappelle que la notion de famille au sens où l'entend cet article ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens <<familiaux>> factuels lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage*, que pueden consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>279</sup> STEDH *Airey c/ Irlanda*, sentencia de 9 octubre 1979, Serie A n.º 32, *Rees c/ Reino Unido*, sentencia de 17 octubre 1986, Serie A n.º 106; *B c/ Francia*, sentencia de 25 marzo 1992, Serie A n.º 232-C, que pueden consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>280</sup> Demanda n. 11089/84 *Lindsay c./ Reino Unido* de 11 de diciembre de 1986 y demanda n. 21173/93 *Gab c./ España* de 3 de agosto de 1993.

de manifiesto en la sentencia Johnston, en la que los demandantes retenían que ciertos aspectos del derecho Irlandés eran contrarios al art. 8 CEDH, por negar a las parejas no casadas los derechos familiares fundamentales. El Tribunal afirmó que Irlanda no estaba obligada por el art. 8 a dotar a las parejas no casadas del mismo estatus que a las parejas casadas.

Esta postura inicial ha evolucionado hasta el punto de reconocer que el Estado tiene un deber mínimo de respeto de esta forma natural de familia, que consiste en abstenerse de intervenir arbitrariamente en la vida familiar, pero sin que este reconocimiento implique una obligación positiva a cargo del Estado. En algún caso sí se ha reconocido la existencia de vida familiar entre una pareja no casada (sentencia G.A.B c/ España) atribuyéndole consecuencias jurídicas, como el derecho a recibir una pensión<sup>281</sup>.

Para el reconocimiento de la existencia de vida familiar en el seno de una pareja de hecho, el TEDH exige que la relación sea estable y alcance una intensidad y duración suficientes. Para probar la existencia de tal relación el Tribunal ha tenido en cuenta no sólo el hecho de la cohabitación, sino también la duración en el tiempo de la relación y, sobre todo, el nacimiento de hijos<sup>282</sup>.

#### *d) Vida familiar y parejas homosexuales y transexuales*

Como principio general, el Tribunal ha establecido un reconocimiento limitado de la vida familiar en las uniones transexuales y su exclusión en las parejas homosexuales<sup>283</sup>.

---

<sup>281</sup> Req. nº 21173/93, decisión de 30 agosto 1993

<sup>282</sup> Sentencia *Boughanemi c./ Francia*, cit.

<sup>283</sup> I. Ariaga; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit. pp. 95-96 y S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. p. 97.

Las parejas homosexuales, privadas en la práctica totalidad de países, del derecho al matrimonio, en nombre de la naturaleza de las cosas, están abocadas a la constitución de uniones libres<sup>284</sup>. En efecto, la Comisión Europea rechaza el reconocimiento de las parejas homosexuales como beneficiarias del derecho al respeto de la vida familiar, ya que considera que el motivo de la unión de estas parejas afecta únicamente al ámbito de la vida privada.

En las sentencias del TEDH, no obstante, se aprecia una evolución que hace presagiar un cambio en esta orientación. Actualmente, a este tipo de uniones se les reconoce el derecho a su vida privada, pero este reconocimiento se proyecta sobre su dimensión sexual, excluyéndose la dimensión afectiva y familiar<sup>285</sup>. El TEDH considera que estas parejas no tienen el derecho a contraer matrimonio, porque este se concede sólo a una unión entre un hombre y una mujer, así como tampoco tienen derecho al respeto a su vida familiar porque su unión no reúne los requisitos básicos constitutivos de una familia<sup>286</sup>.

Las jurisprudencia europea mantiene una posición unánime ante esta interpretación del CEDH<sup>287</sup>. En el asunto X & Y contra el Reino Unido, en el que un ciudadano de Malasia había mantenido relaciones estables con un hombre de nacionalidad británica, la Comisión afirmó que a pesar de la evolución contemporánea frente a la homosexualidad (...) las

---

<sup>284</sup> C. Mecary y G. De la Pradelle; *Les droits des homosexuel/les*, collection *Que sais-je?*, PUF (Presses Universitaires de France), Paris, 1998, p. 75.

<sup>285</sup> Sentencia STJCE, *Lisa Jacqueline c/South West Trains Ltd*, de 17 de febrero de 1998, C-249/96. Y el comunicado de prensa nº 5/98 del TEDH, D. 1998, IR, p. 85.

<sup>286</sup> En esta materia se puede profundizar B. De Lamy, "Les transsexuels ont-ils un droit à la vie familiale?", *JCP (La Semaine Juridique) famille*, marzo 1998; STEDH, *X y otros c. Reino Unido*, de 22 abril 1997, nº 21830/93, Reports 1997-II.

<sup>287</sup> El Tribunal de Justicia de las comunidades europeas secunda también esta afirmación TJCE, 17 febrero 1998; *JCP famille*, mayo 1998, 8, nota H.L.



relaciones de los recurrentes no suponen la existencia de un derecho de respeto a la vida familiar<sup>288</sup>.

Esto no supone que los extranjeros homosexuales no puedan beneficiarse de la invocación del art. 8 del CEDH, pero no a través del derecho al respeto de la vida familiar, sino a través del respeto a la vida privada<sup>289</sup>. En el caso antes mencionado, la Comisión considera que a pesar de que la decisión obliga a uno de los miembros de la pareja a abandonar el Reino Unido, esta decisión atenta contra el derecho al respeto de la vida privada garantizado por el mismo art. 8 CEDH. La Comisión consciente de la dimensión ética y social de la familia, hace un esfuerzo por contener las mutaciones limitando el concepto tradicional de familia<sup>290</sup>. Se considera, pues, que este tipo de uniones duraderas, sí generan el derecho al respeto de la vida privada, evitando con ello la expulsión, tal y como se ha puesto de manifiesto en diversas sentencias<sup>291</sup>.

Tampoco ha sido aceptada la existencia de vida familiar en el caso de una pareja homosexual formada por dos mujeres con descendencia nacida mediante inseminación artificial<sup>292</sup>. La idea implícita que preside la decisión de la Comisión es que las parejas homosexuales no pueden considerarse como una pareja de hecho tradicional, porque no están orientadas por naturaleza a la procreación y constitución de una familia;

---

<sup>288</sup> STEDH X & Y c. *el Reino Unido*, 3 mayo 1983, que puede consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>289</sup> Para ampliar la cuestión ver B. De Lamy, "Une frontière du droit au respect de la vie familiale: l'éloignement des délinquants du territoire français", *JCP (La Semaine Juridique) éd. Famille*, junio 1998, p.4.

<sup>290</sup> V. Coussirat-Coustere, *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ, (Librairie juridique de référence), Paris, 1996, p. 65.

<sup>291</sup> Req. Nº 9369, X y Y c/ *Reino Unido*, decisión de 3 de mayo 1983, DR 32, p. 220, Req. Nº 16106/90, B c/ *Reino Unido*, decisión de 10 febrero 1990, DR 64, p. 278 y Req. nº 14753 C. y L.M., decisión de 9 de octubre 1989.

<sup>292</sup> Req. Nº 15666/89, C. Kerhoven, A. Hinke y S. Hinke, c/ Países Bajos, decisión de 1992.

en tanto en cuanto que elemento natural y fundamental de la sociedad, la familia reviste una dimensión de fecundidad<sup>293</sup>.

En definitiva, el Tribunal europeo no ha reconocido todavía en ningún caso la existencia de vida familiar entre homosexuales, reconduciendo este tipo de uniones hacia la protección de la vida privada que también cae dentro del ámbito del art. 8 del CEDH<sup>294</sup>.

Con relación a los transexuales, sin embargo, el TEDH ha matizado la exclusión planteada sobre las uniones homosexuales, estableciendo que la unidad formada por una pareja y un niño, en la que uno de sus miembros es un transexual, puede en ciertas circunstancias constituir vida familiar. Aunque precisa que esto no implica una concepción unitaria para todos los Estados del tratamiento que deban recibir los transexuales<sup>295</sup>.

#### *e) Vida familiar y matrimonio poligámico*

En Europa la celebración del matrimonio poligámico está prohibida por todas las legislaciones<sup>296</sup>. No obstante, dichas uniones<sup>297</sup>, contraídas

<sup>293</sup> J.L. Aubert, *Droit de la famille*, Armand Colin, Paris, 1997, p. 111.

<sup>294</sup> Casos *X e Y c. / Reino Unido* de 26 de marzo de 1985, caso *Salgueiro da Silva Mouta c. / Portugal* de 21 de diciembre de 1999, nº 33290/96, caso *Kamer c. / Austria* de 24 de julio de 2003, nº. 40016/98 y P. Pallaro, "I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani nel diritto comunitario", *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, n.1, 2000, pp. 104 y ss y R. Wintermute; "Lesbian and gay Britons, the two Europes and the Bill of Rights debate", *European Human Rights Law Review*, n. 5, 1997, pp. 466 y ss.

<sup>295</sup> En el caso *XYZ c. / Reino Unido*, cit. se solicita la inscripción de X como padre de Z en el Registro Civil. X era un transexual convertido del sexo femenino al sexo masculino mediante una operación quirúrgica y el cual convivía con Y, una mujer que había quedado embarazada mediante inseminación artificial de un donante anónimo.

<sup>296</sup> En la actualidad existen en el mundo medio centenar de países donde la poligamia es aceptada. En la mayor parte de los casos se trata de países africanos y de religión musulmana, pero también el judaísmo permite la poligamia en sus comunidades de Yemen o Marruecos. Véase "Pensiones de poligamia", *El País*, 17 de febrero de 2008, p. 38.

<sup>297</sup> El matrimonio polígamo islámico supone la unión simultánea de un hombre con varias esposas, hasta un máximo de 4. Aunque de una forma más precisa debería aludirse a este tipo de uniones como poliginias. El fundamento jurídico de esta institución reside en el Corán. La Sura 4:3 establece: "Entonces, casaos con las

en el extranjero conforme a la ley personal de los esposos, podrían en algún caso reivindicar su legalidad y producir efectos en el país de acogida<sup>298</sup>, aplicando las reglas del derecho internacional privado<sup>299</sup>. No obstante, las uniones poligámicas son consideradas en el contexto europeo contrarias al orden público<sup>300</sup>. El art. 12 del Convenio no permite

---

mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro. Pero, si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras esclavas. Así, evitaremos mejor el obrar mal".

En la actualidad las legislaciones de algunos países islámicos han tratado de limitar los matrimonios polígamos, a través de la promulgación de leyes en el ámbito familiar como por ejemplo Túnez donde se prohíbe expresamente. Pero esto supone una excepción ya que la poligamia se admite en la mayoría de los países musulmanes, aunque progresivamente su ejercicio se ha ido sometiendo a condiciones concretas; además hoy en día puede ser excluida dicha posibilidad a través de pacto entre los cónyuges, antes de celebrarse el matrimonio. M<sup>a</sup> L. Labaca; "El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español, *Noticias Jurídicas*, enero 2005.

<sup>298</sup> En cuanto al reconocimiento de efectos a este tipo de uniones matrimoniales en Francia, Inglaterra e Italia, se ha tratado de reconocer ciertos efectos (como las obligaciones alimenticias entre los cónyuges e hijos, derechos sucesorios, reagrupación familiar y en materia de pensiones) a los matrimonios celebrados en forma legal en el país de origen y que posteriormente se encuentran en su territorio. Si bien en un principio la posición que adoptaron los tribunales fue de reconocer, al menos de forma selectiva, ciertos efectos a los mismos, hoy día se está por el cierre de cualquier reconocimiento de derechos. En cambio en España nuestros Tribunales han optado por una interpretación flexible del principio de orden público. En diversos casos pioneros se ha reconocido la pensión de viudedad por partes iguales a las dos esposas legítimas y simultáneas de varios trabajadores polígamos que residían en forma legal en nuestro país. Véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, del 2 de abril de 2002 (AS 899/2002), que resuelve un recurso de suplicación que impugna la sentencia del 13 de julio de 1998 (as 1493/2001) del Juzgado de lo Social núm. 3 de La Coruña (De Val Tena, 2003:47-58 y 2002:68-70) y sentencia (núm. 456/2002) de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, del 29 de julio de 2002. Además hay que destacar que existe un criterio por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social, fruto de la firma de sendos convenios en materia de reconocimiento de prestaciones con Marruecos y Túnez, a través del cual se reconocen ciertos efectos a las uniones poligámicas. En concreto se reconoce la pensión de viudedad a las esposas simultáneas de polígamos. M<sup>a</sup> L. Labaca; "El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español", *Noticias Jurídicas*, enero 2005 y M. Lema; "Matrimonio polígamico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España", *Migraciones Internacionales*, Vol. 2, núm. 2, julio-diciembre de 2003, pp. 149-170

<sup>299</sup> J. Carbonnier, *Terre et ciel dans le droit du mariage, Le droit privé français au milieu du Xxe siècle*. Etudes affectées à G. Ripert, tome I- La famille. LGDJ (Librairie juridique de référence), 1950, p. 341.

<sup>300</sup> La poligamia presenta graves conflictos en los ordenamientos europeos a la hora de tratar de reconocer ciertos efectos a sus integrantes, ya que conculca los principios fundamentales de su ámbito matrimonial, como son: la libertad y la igualdad, así como la dignidad de la mujer; pero en realidad la causa que realmente justifica la

contraer más de un matrimonio y excluye toda posibilidad de admitir la existencia de dos matrimonios válidos contraídos por uno de los cónyuges<sup>301</sup>.

A pesar de ello, ha habido dos importantes sentencias que han dado carta de naturaleza al matrimonio poligámico, aplicadas a supuestos de reagrupación familiar de extranjeros. En esos casos, el criterio seguido no fue la naturaleza de la unión poligámica existente sino, como ya hemos expuesto anteriormente, la protección del interés de los menores implicados en la reagrupación. En el primer caso, se trataba de un menor que se reagrupaba con su padre y la segunda mujer de éste y, en el segundo, de la reagrupación de la segunda mujer de un hombre con su hijo y no con su marido. Ambas situaciones avalaban la existencia de una vida familiar que debía ser protegida por encima de la existencia de una unión poligámica contraria al orden público europeo<sup>302</sup>.

Aunque la Comisión ha permitido implícitamente que, en estos casos, las familias poligámicas puedan beneficiarse de la protección del artículo 8 CEDH, eso no significa en absoluto reconocerles categoría de vida familiar. En consecuencia, toda legislación interna de los Estados que limite el derecho a la reagrupación familiar de los miembros de las uniones poligámicas, permitiendo reagrupar a una sola de las esposas y

---

negativa a cualquier reconocimiento por parte de los ordenamientos occidentales a las familias polígamas reside, en cuestiones de índole económico (posiblemente por los efectos que puede generar en el incremento de los gastos económicos para los Estados Europeos). Por otra parte no existe unanimidad en la doctrina a la hora de determinar si la poligamia es una manifestación religiosa o cultural. M<sup>a</sup> L. Labaca; "El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español", *Noticias Jurídicas*, enero 2005 y M. Lema; "Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España", *Migraciones Internacionales*, Vol. 2, núm. 2, julio-diciembre de 2003, pp. 149-170

<sup>301</sup> Sentencia *Johnston*, Req. nº3898/68 c/ Reino Unido, X c/ Reino Unido decisión de 22 julio 1970.

<sup>302</sup> Req. nº 14501/89, *Alilouch El Abasse c/Países Bajos*, decisión de 6 enero 1992 ( se rechazaba el derecho de establecimiento de un niño para vivir con su padre bígamo y su segunda mujer en los Países Bajos); req. nº 19628/92, *Rabia Bibi c/ Reino Unido*, decisión 29 junio 1992 ( se rechaza la oposición a que una segunda mujer se reagrupe con su hija que vive en el Reino Unido).

sus hijos, no viola el del art.8 CEDH<sup>303</sup>. El Tribunal europeo considera como un fin legítimo la preservación de la cultura monógama dominante para excluir el reconocimiento de la poligamia como vida familiar por parte de los Estados<sup>304</sup>.

*f) Vida familiar y uniones extraconyugales*

Según la jurisprudencia europea, la unión libre se constituye entre dos personas que son aptas para contraer matrimonio<sup>305</sup>. Los órganos de control del Convenio europeo distinguen entre la unión libre y las relaciones extraconyugales. Las relaciones se consideran extraconyugales cuando existe un impedimento que imposibilita el matrimonio<sup>306</sup>. En el caso Johnston, el TEDH aplica este criterio y considera que puesto que el demandante no podía divorciarse según el Derecho irlandés, no podía volver a casarse, y ello justificó el reconocimiento de la vida familiar.

---

<sup>303</sup> En este sentido nos parece interesante mencionar la evolución que el tratamiento de la poligamia ha experimentado en Francia. La jurisprudencia francesa durante una primera etapa dio muestras de una cierta apertura. Ante el silencio de la ley, una sentencia del Consejo de Estado, sentencia *Moncho* consideró que el hecho de una unión poligámica constituye una vida familiar normal para aquellos esposos de países en los que se admitan este tipo de uniones. Esta jurisprudencia permitió durante un tiempo reconocer a los extranjeros residentes en Francia un derecho a la reagrupación familiar poligámica. Pero hoy en día la creación de una unión poligámica se encuentra estrictamente prohibida y no se permite la reagrupación de más de un cónyuge. Esta orientación se justifica por el Consejo Constitucional francés, ante una posible inconstitucionalidad de esta disposición, afirmando que *si los extranjeros tienen una residencia estable y regular en Francia, tienen como los nacionales, el derecho a desarrollar una vida familiar normal (...) pero las condiciones de una vida familiar normal son las que prevalecen en Francia, país de acogida y en el que se excluye la poligamia*. F. Monéger, "Aspects théoriques et pratiques du mariage polygamique en France", en *Islam et en laïcité*, Presses Universitaire de Perpignan, 1992. pp. 54-108.

<sup>304</sup> Decisión de admisibilidad 19628/92 (R.B c./ Reino Unido de 29 de junio de 1992.

<sup>305</sup> Sentencia *Keegan.c./ Irlanda*, cit

<sup>306</sup> Sentencia *Johnston y otros c/Irlanda*, cit. req. nº 21173/93, GAB c/ España decisión de 30 agosto, que pueden consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

La virtualidad de la unión adulterina va más allá, y en la sentencia G.A.B c./ España se reconoció la unión adulterina de dos individuos como “unión de hecho”, a pesar de que uno de los demandantes continuaba casado<sup>307</sup>. La jurisprudencia europea no aplica al concubinato el principio monogámico del matrimonio, tal conclusión se deriva de la libertad individual que comprende el art. 8. Podría observarse una contradicción en el hecho de que el TEDH no reconozca a las uniones poligámicas el derecho al respeto de la vida familiar, pero en cambio sí reconozca ese derecho a las uniones extraconyugales, con tal de que la situación sea estable y duradera<sup>308</sup>.

<sup>307</sup> Req. nº21173/93, GAB c./ España de 30 agosto 1993.

<sup>308</sup> El primer requisito que consideran las instancias europeas es la cohabitación, pero este criterio no tiene un carácter absoluto, así que van más lejos y admiten el criterio de la afectividad caracterizada por lazos personales estrechos. El TEDH considera que los esposos tienen que convivir o tener el deseo sincero de hacerlo, sino se corre el riesgo que el matrimonio se califique como carente de intención matrimonial. La vida en común se perfila como un criterio determinante para una convivencia de hecho. Si la cohabitación material constituye un aspecto primordial, por el contrario la duración sólo tiene una importancia relativa. No existen en la jurisprudencia unos parámetros de duración predeterminada.

Otro de los criterios que el TEDH considera en su valoración es la existencia de lazos personales estrechos así pues en la sentencia *Kroon y otros c./ Países Bajos*, a pesar de no existir convivencia reconoce que la existencia de cuatro hijos nacidos de dicha relación es un elemento suficiente para asegurar la existencia de esta relación.

De lo expuesto se deduce que la alegación de cualquier tipo de vínculo no es suficiente para reconocer el derecho a la vida en familia sino que el TEDH exige que estos vínculos reúnan a su vez una serie de requisitos. Estos criterios son numerosos pero se pueden agrupar alrededor de estas dos categorías que se presentan como las reveladoras de la efectividad de las relaciones de pareja o de la buena fe de los interesados:

-*el criterio de efectividad*. Que como hemos visto es una noción de hecho. Como antes mencionábamos no es necesario que los interesados estén unidos por un vínculo de derecho para poder invocar su derecho al respeto de su vida familiar. La Comisión ha señalado que por el contrario deben existir ciertos vínculos de hecho entre las personas para que se pueda considerar que sus relaciones constituyen una vida familiar, según lo dispuesto por el art. 8 CEDH. En este sentido, los jueces europeos consideran que la existencia de una vida familiar supone la existencia de vínculos materiales y afectivos, en especial la existencia de una comunidad de vida entre los miembros de la pareja. Estos elementos se deben combinar con la finalidad de apreciar la realidad y sobre todo la intensidad de la vida familiar que se invoca, a pesar de que ninguno de ellos por sí sólo es determinante.

-*La cohabitación*, no puede constituir más que un elemento, como los otros, a tener en cuenta para la apreciación de la intensidad de la vida familiar de los interesados. En la práctica, es verdad que se trata de un elemento de apreciación privilegiado. La

En conclusión, aunque la vida familiar protegida por el Convenio, con carácter general, es la “preexistente” (el art. 8 CEDH no garantiza el derecho a fundar una familia, ni a casarse, ni a establecer la vida familiar en el lugar elegido por los esposos<sup>309</sup>); en estos cincuenta años la protección de la vida familiar se ha extendido a diverso tipo de relaciones alternativas a la familia nuclear de origen matrimonial, fundamentalmente con la intención de proteger a los menores presentes en estos ámbitos, y en tales casos sin que incluso se verifique un una convivencia efectiva.

*g) Diversa posición de los hijos menores y mayores de edad*

La especial incidencia en la protección del menor ha generado que los Estados europeos apunten a una nueva reivindicación: el derecho del niño a una familia, no enunciado como tal derecho subjetivo en el Convenio europeo. Esta construcción de la familia alrededor del niño proviene de una mitificación de sus dos componentes clásicos: la pareja

---

cohabitación constituye todavía hoy la mejor prueba y la forma más fácil de probar, mediante el juego de las presunciones fundadas sobre la base de la *plerunque fit*, la realidad de los sentimientos que los individuos prueban en su fuero interno. Pero hay que admitir que la cohabitación no es hoy en día necesaria para la existencia de una vida en pareja susceptible de ser protegida por el art. 8 del CEDH. Así pues, puede no haber cohabitación pero esto no debe suponer la ausencia de solidaridad y afectividad que sienten los individuos. Esta es la tesis que se utiliza para afirmar que continua existiendo vida familiar en los casos de expulsión del país de ciudadanos extranjeros, en la STEDH *Mehemi contra Francia*, 26 septiembre de 1997, el recurrente prueba que a pesar de las dificultades por su expulsión él en todo momento había mantenido el contacto con su esposa y sus hijos.

-*la existencia de un vínculo de dependencia económica* entre los interesados. En este caso no se trata más que de comprobar la existencia de una solidaridad entre los miembros de la pareja y parece improbable que los tribunales utilicen sólo este criterio en su valoración. (STEDH X e Y *contra el Reino Unido*, cit.).

-*La duración de la vida en común* es otro criterio que utilizan los Tribunales para medir la intensidad que la violación supone para la vida familia de los interesados y permite que las medidas que atentan contra la integridad de la pareja se puedan apreciar de una forma más o menos severa en función de la duración de su vida en común. El TEDH considera en el asunto *Beldjoudi*, que la decisión de expulsar al interesado constituye una violación del art. 8, a pesar de su grave pasado penal ya que la medida impuesta entraña el riesgo de destruir una pareja casada desde hace 20 años.

<sup>309</sup> Sentencia *Gul contra Suiza*, cit..

y el menor<sup>310</sup>. Para los redactores de la CEDH la familia, en sentido amplio, sólo constituye el lugar ideal y privilegiado para que el menor pueda desarrollarse y convertirse en un adulto responsable<sup>311</sup>. Sin embargo, para la Convención Internacional de Derechos del Niño, es una exigencia ineludible: “el niño, para el desarrollo armonioso de su personalidad, debe crecer en el ambiente familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión”<sup>312</sup>.

Según hemos visto, la jurisprudencia del TEDH establece que la vida familiar de los padres con sus hijos no depende de la existencia de un matrimonio y no deja de existir en caso de divorcio. Se establece el principio de no discriminación entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales (incluyendo los adulterinos)<sup>313</sup>, garantizando el reconocimiento de los distintos modelos de familia en función del interés superior del menor<sup>314</sup>.

Para establecer la presencia de vida familiar en el caso de los hijos, al igual que sucede con otros familiares, el TEDH examina no sólo la existencia de vínculos de parentesco, sino también la existencia de un

---

<sup>310</sup> F. Dekeuwer-Defossez, “Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille”, *RTD civ (Revue trimestrielle de droit civil)*, 1995, pp. 249-270.

<sup>311</sup> Párrafo 6 del preámbulo de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

<sup>312</sup> S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. pp. 124-129 y I. Arriaga; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, pp. 97-101.

<sup>313</sup> Algunas de estas sentencias en las que se trata esta cuestión y que se han mencionado en anteriores apartados son: sentencia *Marckx c./ Bélgica*, cit., sentencia *Keegan c./ Irlanda*, cit, el caso *Vermeire c./ Bélgica* de 29 de noviembre de 1991, nº 214-C en el que una hija natural es excluida de la herencia de sus abuelos al fallecer éstos sin haber hecho testamento, a pesar de que éstos se habían hecho cargo de la educación de su nieta tras la muerte de su propia hija y madre de la niña., el asunto *Camp y Boumyj c./ Holanda* de 3 de octubre de 2000, nº 28369/95 en el que se plantea el problema sucesorio de un hombre que muere en un accidente y que cohabitaba con su novia de la cual esperaba un hijo y los casos *Elsholz c./ Alemania*, cit, *Sommerfeld c./ Alemania* y *Hoffman c./ Alemania*, cit. en los que se plantea la posible discriminación de un padre de hijo natural con respecto a un padre divorciado en relación con los derechos de visita.

<sup>314</sup> Nº 7770/1977, dec. De 2 de mayo de 1978, DR 14, pag. 175



vínculo de dependencia y cohabitación. Aunque la consideración de estos requisitos adicionales al vínculo parental reciben una modulación diferente dependiendo de la edad de los hijos. La idea defendida por el Tribunal es que el menor, con independencia de sus circunstancias, debe beneficiarse de una familia en la medida de lo posible<sup>315</sup>. No obstante, en cuanto a su consideración como miembros de la unidad familiar, su jurisprudencia establece diferencias según se trate de hijos mayores o menores de edad<sup>316</sup>.

Respecto a los hijos menores, como ya vimos, el Tribunal no considera la cohabitación como elemento indispensable para la existencia de vida familiar<sup>317</sup>. Incluso en los casos en los que el hijo nazca de una pareja de hecho y no exista cohabitación entre ellos, la relación estará protegida por el art. 8 CEDH<sup>318</sup>. En cuanto a los hijos adultos, el Tribunal recuerda que la existencia de “vida familiar” no es una cuestión de hecho y dependerá de la existencia real, en la práctica, de vínculos personales cercanos. En consecuencia, para que se pueda obtener la protección del art. 8, además de los lazos emocionales, será necesario verificar la existencia de elementos evidentes de dependencia (interpretada en el sentido restrictivo de dependencia económica)<sup>319</sup>. De

---

<sup>315</sup> STEDH *Hoffman*, cit; STEDH *Sommerfeld* cit; STEDH *Sahin* cit; STEDH *Elsholz*, cit; STEDH *Johansen* cit; STEDH *Mn Michael*, cit. que pueden consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>316</sup> En el caso *Mazurek c./ Francia* de 1 de febrero de 2000 en el que un hijo adulterino de una mujer recientemente fallecida reclama sus derechos sucesorios el TEDH estableció, tras un alegato a la familia tradicional en su sentencia, que esta situación no debe llevar a perjudicar a quien no es culpable de que la madre incumpliera sus deberes conyugales, esto es, su hijo adulterino.

<sup>317</sup> Decisión de admisibilidad 1401/89 (A y A c./ Holanda, DR 72, p. 122) en este caso, el de un padre bígamo cuya primera mujer vivía con los hijos comunes en otro país, consideró las visitas que éste realizaba y las llamadas telefónicas para establecer la existencia de una vida familiar. De igual modo se ha pronunciado en otras sentencias como *Gül c. Suiza*, cit, *Berrehab c./ Holanda*, cit y *Sen c./ Holanda* de 21 de diciembre de 2001.

<sup>318</sup> Sentencia *Boughanemi c./ Francia*, cit.

<sup>319</sup> A este respecto se pueden consultar la decisión de admisibilidad de la demanda 10375/83 S y S c./ Reino Unido, DR 40 p. 198, la decisión sobre admisibilidad de la demanda 8157/78 *Mistri, Prajapati y Patel c./ Reino Unido* de 5 de diciembre de 1979 y

modo que, la falta de convivencia efectiva durante años ha excluido la existencia de vida familiar al no constatarse la dependencia.

#### *h) La inclusión de otros familiares*

Aunque el TEDH viene realizando una interpretación restrictiva de la noción de vida familiar, esto no ha impedido que en determinados casos reconozca su existencia entre consanguíneos que no forman parte estricta de la considerada la tradicional familia nuclear (padres e hijos)

320

En este caso el TEDH es todavía más exigente y además de los tradicionales vínculos de parentesco o emocionales requiere el cumplimiento de requisitos como la cohabitación y la dependencia económica o física<sup>321</sup>, llegando incluso al extremo de que éstos sean los únicos vínculos familiares existentes para que se produzca tal reconocimiento<sup>322</sup>.

Con relación a los vínculos fraternales, el Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones en cuanto a su consideración como vida familiar, sobre todo en los casos de los inmigrantes de segunda generación. Su criterio ha estado siempre en función del principio ya expuesto de la dependencia<sup>323</sup>.

---

la decisión de admisibilidad de la demanda 5532/72 X c./ Reino Unido, CD7RD 43, p. 119-121 en la que la Comisión consideró que aunque la dependencia era relevante no era un factor concluyente dada la falta de cohabitación.

<sup>320</sup> I. Arriaga; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit. pp. 102-106.

<sup>321</sup> C. Russo, "Article 8, paragraphe 1" en L.E Pettiti, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article*, cit. p. 316.

<sup>322</sup> En este sentido decisión de admisibilidad 14416/88, B., S., y K c./ Reino Unido de 9 de mayo 1989 y la decisión de admisibilidad 22806/93 A. y familia c./ Suecia en los que considera que al existir otros miembros de la familia más próximos residiendo cerca, no existía un vínculo familiar suficientemente próximo.

<sup>323</sup> Sentencias *Moustaquim c./ Bélgica* de 18 de febrero de 1991, serie A, nº. 193; *Beldjoudi c. /Francia* de 26 de marzo de 1992, serie A, nº. 234-A; *Boughanemi c./ Francia*, cit., *Mehemi c./ Francia* de 26 de septiembre de 1997, serie A nº. 51; *Baghli c./ Francia* de 30 de noviembre de 1999, nº 34374/97; *Boujlifa c./ Francia* de 21 de octubre de 1997, serie A, nº. 54, *Ezzoudhi c./ Francia*, cit. Aunque algunos autores

Por lo que respecta a la relación tíos-sobrinos y a la de primos hermanos, sólo se ha considerado constitutiva de vida familiar en supuestos muy excepcionales, cuando ha podido demostrarse la existencia de un vínculo fuerte, siendo para ello la cohabitación un factor decisivo<sup>324</sup>.

El Tribunal europeo también ha considerado incluidos a los abuelos en la noción de vida familiar, a partir del asunto *Marckx* contra Bélgica, entendiéndose que se verifica entre abuelos y nietos<sup>325</sup>. También la Comisión de Derechos Humanos, ha otorgado protección a los abuelos como miembros putativos legítimos de la familia en el sentido del art.8 CEDH, reconociéndoles legitimidad para invocar su derecho a la vida familiar en relación con sus nietos<sup>326</sup>.

### **2.5.3. El respeto a la vida familiar.**

El término "respeto" que se enuncia en el art. 8 CEDH ha permitido a la jurisprudencia extraer conclusiones de amplio calado que tienen que ver con aquello que se ha dado en llamar las obligaciones positivas o también con el llamado efecto horizontal de las obligaciones convencionales<sup>327</sup>.

El art. 8 CEDH impone dos tipos de obligaciones diferentes a los Estados. La primera, la de no interferir en el ejercicio de los derechos reconocidos, esto traduce la concepción jurídico liberal de obligación negativa de abstención de comportamiento. En su sentencia *Airey*, el

---

consideran que estos vínculos más que vida familiar deberían considerarse vida privada. I. Arriaga; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit. p. 104.

<sup>324</sup> Decisiones sobre admisibilidad 3110/67 X. c./ Alemania CD/RD 27, p. 91, 7912/77 Singh y Bains c./ Reino Unido de 28 de febrero de 1997 y 7768/77 Singh c./ Alemania de 28 de febrero de 1997.

<sup>325</sup> Sentencia *Marckx* c. Bélgica, cit.

<sup>326</sup> Nº 8924/1980, DR24, pag. 183, dec. De 10 marzo de 1981, y Nº 12402/1986, DR55, pag. 224, dec. De 9 marzo de 1988.

<sup>327</sup> M. Lezertua; *El derecho a la vida privada y a la familia en la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos*, cit, pp. 75-77

TEDH reconoció que el objeto esencial del art. 8 CEDH es el de proteger al individuo contra las interferencias arbitrarias de las autoridades públicas<sup>328</sup>.

Además el art. 8 CEDH impone una obligación de “respeto” de los diferentes derechos o intereses plasmados en el mismo. Esta exigencia no se satisface con la mera abstención sino que impone la adopción de medidas positivas que garanticen un ejercicio efectivo de tales derechos por los ciudadanos. Lo enunció el TEDH en la sentencia X y Y contra los Países Bajos cuando dijo: *El art. 8 CEDH no solamente obliga al Estado a abstenerse de interferir: además de esta obligación primaria negativa, pueden existir obligaciones positivas que son inherentes a un respeto eficaz de la vida familiar.... Estas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas destinadas a garantizar el respeto de la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones entre personas privadas*<sup>329</sup>.

No está muy claro cuáles son las circunstancias que exigen del Estado la adopción de tales medidas positivas, en su sentencia Abdulaziz, Cabales y el Balkandali, en respuesta al argumento de las demandantes que sostenían la existencia de una obligación positiva de permitir la reunión de las parejas casadas en el territorio del Reino Unido, manifestó lo siguiente: *En relación especialmente con las obligaciones positivas, la noción de respeto no tiene contornos bien definidos, teniendo en cuenta la diversidad de las prácticas seguidas y de las situaciones que se producen en los Estados parte, las exigencias derivadas de esta noción variarán considerablemente de un caso a otro*<sup>330</sup>.

<sup>328</sup> STEDH -Airey c. Irlanda, cit.

<sup>329</sup> STEDH X e Y c. Holanda, de 26 de marzo de 1985, serie A 91, nº 8978/80 que puede consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>330</sup> STEDH Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido, cit.

Por ello, los Estados disponen de un margen de apreciación a la hora de decidir cuál es el respeto exigido por las circunstancias. La doctrina ha puesto de manifiesto que estas generalizaciones no permiten adelantar mucho en cuanto al conocimiento del alcance de la protección ofrecida<sup>331</sup>. En efecto, en relación con las obligaciones positivas de los Estados, la existencia de un “margen de apreciación”, no es idéntico al que otorga a los Estados el párrafo 2, puesto que en ese segundo caso, el Estado tendrá que justificar que su injerencia fue legítima y necesaria. En el caso de las medidas positivas el Estado tendrá que ponderar los intereses individuales con los generales. El margen de apreciación del que dispondrán los Estados a la hora de adoptar una medida positiva es más amplio que aquel del que disponen a la hora de justificar una interferencia directa. Así pues, en caso de incumplimiento del deber de respeto efectivo por inacción o pasividad del Estado no cabe justificar la vulneración de esta obligación, pues el párrafo 2 se refiere únicamente a “injerencias”.

Este planteamiento encaja perfectamente con el enunciado del artículo 8 del CEDH, donde en ningún momento se reconoce de una forma expresa, como hemos visto, el derecho a la vida en familia, sino que únicamente se habla del respeto a la vida en familia. Por lo que, como ya dijimos, una interpretación estricta de este precepto no permite incluir en su núcleo esencial el derecho a formar una familia. Se limita esta disposición a establecer la protección y el respeto de una realidad preexistente. No obstante, el TEDH a lo largo de su jurisprudencia ha ido poco a poco ampliando el ámbito de aplicación del término respeto<sup>332</sup>.

---

<sup>331</sup> D.J. Harris, M. O'Bayle, C. Warbrick; *Law of the European Convention on Human Rights*, cit. pp. 322 y s

<sup>332</sup> STEDH *Abdulaziz, Cabales, Balkandali*, cit, STEDH *Jonhston y otros*, cit. STEDH *W c. Reino Unido* de 8 de julio de 1987, nº 121 que puede consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

### **3. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN EL ÁMBITO COMUNITARIO DE LA UNIÓN EUROPEA.**

La Unión Europea no tiene competencia explícita en el derecho de familia, por lo que el tratamiento de la familia en la UE es parcial y muy limitado. La política familiar y el reconocimiento de derechos de la familia es un ámbito en el que todavía los Estados miembros no han renunciado a ninguna sus competencias.

#### **3.1. Tratamiento indirecto de la familia en el derecho comunitario.**

En origen los tratados constitutivos no hacían alusión a la familia ni, menos aún, a los derechos que a ésta se le reconocen. No es hasta la década de los años sesenta cuando aparecen las primeras regulaciones sectoriales en el campo de la igualdad entre hombres y mujeres y sobre la libre circulación de los trabajadores que de una forma indirecta afectan a la regulación de la familia a nivel europeo<sup>333</sup>.

El Tratado de Maastricht sólo menciona a la familia indirectamente; y no fue hasta el Tratado de Ámsterdam cuando se incluyó en el derecho originario una referencia a los niños.

Hoy en día la política de la Unión Europea en materia de familia ha dejado de ser una política parcial y carente de una estrategia general, para ir dando pasos hacia el diseño de una política europea coordinada en ciertos aspectos. Como ejemplo de estos nuevos avances cabe citar el *Reglamento n. 1347/2000* de 29 de mayo<sup>334</sup> relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental y la *Directiva 2003/86/CE* sobre el derecho a la reagrupación familiar, que analizaremos con detalle más

---

<sup>333</sup> S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. p. 233.

<sup>334</sup> DOCE L 160/19 de 30 de junio de 2000.

adelante. Además, en 1989 la Comisión Europea estableció un Observatorio Europeo de las Políticas Familiares Nacionales<sup>335</sup>.

A pesar de estos avances la Unión Europea, aunque quisiera, no podría dar una visión completa, coherente y global de la familia teniendo en cuenta la naturaleza sectorial y limitada de los poderes que le vienen atribuidos por los Estados que la componen<sup>336</sup>. En consecuencia, la UE carece de una concepción unitaria de la familia y de su protección.

A la UE sólo le interesan los derechos de la familia en la medida en que alguna cuestión familiar afecte a un objetivo específico de la Unión, como pueda ser la libre circulación de personas o de bienes, la creación del mercado único o la libre competencia entre las empresas. De ahí que su actuación sobre la familia es tan sólo indirecta e instrumental, limitada a los ámbitos en los que tiene competencias cedidas por los Estados, con incidencia directa o indirecta en la temática familiar<sup>337</sup>.

En este sentido, los únicos documentos en los que la UE se ocupa de la familia de una forma más pormenorizada y desarrollada son declaraciones exclusivamente políticas, no lo hace en ninguna norma jurídica vinculante<sup>338</sup>. Como hemos dicho, las referencias a la familia que

---

<sup>335</sup> Para una mayor ampliación se pueden consultar: C. McGlynn; "The europeanisation of family law", *Clid and Family Law Quarterly*, 2001, n. 13, p. 35 y ss; C. McGlynn; "A family law for the EU?", *Social law and policy in an evolving European Union*, J. Shaw, (ed), Hart; Oxford, 2000; L. Hantrais; *Gendered policies in Europe: Reconciling employment and family life*, Macmillan, Londres, 2002, M.I Garrido Gómez: *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, 2000, Madrid; J. Fernandez de la Hoz; *Families and social exclusion in the European Union*, European Observatory of the Social Situation, Viena, 2001; W. Dumon; *Changing family policies in the member states of the European Union*, European Observatory on National Family Policies, Bruselas, 1997.

<sup>336</sup> S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. p. 243.

<sup>337</sup> *Ibid.* p. 233.

<sup>338</sup> Una situación que puede verse modificada con la adopción el 13 de diciembre de 2007 del Tratado de Lisboa al que posteriormente haremos referencia. En este nuevo Tratado, tras el fracaso del proyecto de Constitución Europea se realiza una remisión y se reconoce el valor vinculante de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza. En ésta se alude a la familia en tres artículos, reproduciendo en

pueden encontrarse en los reglamentos, directivas y otras decisiones con carácter vinculante, lo son indirectamente a propósito del tratamiento que se hace de alguna materia específica o algún objetivo comunitario, que afecta de alguna manera al entorno o a la vida familiar<sup>339</sup>.

Este tratamiento instrumental de la familia provoca como resultado la falta de universalidad en la protección de todas las familias, con especial incidencia en las formadas por extranjeros no comunitarios. Con carácter general, en el ámbito comunitario, las familias destinatarias de protección suelen coincidir con aquellas que provienen de algún Estado miembro o de un país que tiene firmado un acuerdo de cooperación. Mientras que la protección de las familias procedentes de terceros países se dispensa sólo en aquellos casos en los que conviene al interés económico comunitario<sup>340</sup>.

### **3.2. Escasa protección jurisdiccional comunitaria de la familia.**

La inexistencia de un catálogo de derechos fundamentales vinculante en el ámbito comunitario, que sirva como guía y como presupuesto de actuación comunitaria, ha condicionado desde un principio la protección jurídica de la familia en este contexto<sup>341</sup>.

---

parte el contenido que a este respecto realizan otros documentos internacionales reguladores de los derechos humanos ya analizados.

En un primer momento en el Capítulo II en concreto el art. 7 establece el respeto de la vida privada y familiar estableciendo que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones. Por otra parte en el art. 9 se reconoce el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

En un segundo momento en el Capítulo IV en el art. 33 bajo el título vida familiar y vida profesional en un primer punto se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social y en un segundo con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, se afirma que toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.

<sup>339</sup> Ibid. p. 244.

<sup>340</sup> Ibid. p. 352.

<sup>341</sup> S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. p. 236.



Con el fin de suplir esta carencia e intentar paliarla el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en los años sesenta, comienza una etapa activa de protección de los derechos fundamentales utilizando para ello los principios generales del derecho comunitario<sup>342</sup>. Según este Alto Tribunal, los derechos fundamentales estarían contenidos en algunos de los principios generales del derecho comunitario, y para localizarlos, el tribunal utiliza como criterio de inspiración, además de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, los tratados internacionales de derechos humanos que los Estados hubieran ratificado; muy especialmente el CEDH<sup>343</sup>.

Otro intento de paliar esta ausencia de regulación de los derechos fundamentales a escala comunitaria, fue la redacción de una declaración propia para la Unión Europea. Los diversos intentos realizados en este sentido<sup>344</sup>, entre los que destaca la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* no han producido como resultado hasta la fecha más que declaraciones políticas carentes de todo valor vinculante (incluido el fracaso del proyecto de Constitución Europea en 2004). Esta situación puede verse modificada a raíz de la adopción, el 13 de diciembre de 2007, del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el

---

<sup>342</sup> Otras instituciones como la Comisión y el Parlamento Europeo propusieron en los años setenta para resolver esta limitación que las Comunidades Europeas se adhirieran al CEDH y a sus protocolos adicionales. Esta adhesión hasta el momento aún no se ha producido porque plantea una serie de complicaciones desde el punto de vista jurídico y técnico. Por una parte, el CEDH sólo permite la incorporación como parte de Estados y no de organizaciones internacionales y por otra, una posible adhesión supondría situar al TEDH por encima del TPI y TJCE en la interpretación de las cuestiones referentes a los derechos humanos. A pesar de estas dificultades el frustrado proyecto de Constitución Europea en su art. I.7.1 afirmaba que "la Unión se adherirá al Convenio europeo de derechos humanos y de las libertades fundamentales".

<sup>343</sup> S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. p. 237.

<sup>344</sup> Estas declaraciones fueron la Declaración conjunta sobre derechos fundamentales de 5 de abril de 1977, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores adoptada por el Consejo Europeo el 9 de diciembre de 1989, la Declaración de Luxemburgo sobre derechos humanos de 29 y 29 de junio de 1991, la Resolución sobre derechos humanos, democracia y desarrollo de 28 de noviembre de 1991.

Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, cuyo artículo 6 asume como propios los derechos enunciados en la *Carta*<sup>345</sup>.

En todo caso, la Unión Europea carece de una visión general y completa de los derechos fundamentales porque no los ha considerado hasta ahora como un asunto prioritario. No obstante, en sus últimas actuaciones se aprecia una evolución hacia los individuos y sus derechos, frente al que hasta ahora había sido su objetivo prioritario: los operadores económicos y la consecución del mercado interior. Por lo que

---

<sup>345</sup> En este nuevo tratado europeo, a diferencia del anterior proyecto constitucional, no se incluye en la Carta de Derechos Fundamentales, sino que se modifica el art. 6 del Tratado de la Unión Europea que queda redactado de la siguiente manera:

*"1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.*

*Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.*

*Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.*

*2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.*

*3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales".*

A la espera de que esta nuevo tratado obtenga mayor éxito en su proceso de ratificación que el anterior, para lo que habrá que esperar a finales del 2008 o principios del 2009, conviene realizar una serie de observaciones. J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 37-135:

- Aunque se le atribuye a la Carta el mismo valor jurídico que los tratados éste continuará teniendo un carácter separado al margen de los mismos, al no incorporarse su contenido como sí hacía el malogrado proyecto constitucional.
- Una obligatoriedad jurídica que se verá limitada en el caso tanto del Reino Unido y de Polonia, tal y como se establece en el Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido
- En último lugar, conviene señalar los problemas que pueden ocasionar las divergencias jurisprudenciales entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación de los Derechos en el ámbito europeo contenidos tanto en la Carta como en el CEDH.

a nosotros interesa, la familia deja de ser percibida como mera consumidora de servicios y simple acompañante del trabajador comunitario, para pasar a ser titular de derechos y acreedora de servicios sociales<sup>346</sup>.

En todo caso, a pesar de las limitaciones que hemos señalado, la protección jurídica de la familia a nivel comunitario cuenta con dos factores importantes en el Derecho de la UE: por una parte, el reconocimiento del principio de primacía y de eficacia directa del derecho comunitario sobre los ordenamientos jurídicos nacionales y, por otra, el establecimiento de un novedoso y completo sistema jurisdiccional de garantía del Derecho Comunitario.

Este segundo factor supone la puesta en marcha de un complejo sistema por medio del cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea colabora con las instancias judiciales nacionales, para garantizar el respeto del Derecho comunitario<sup>347</sup>. La naturaleza de este sistema convierte al TJCE en el Tribunal Constitucional y Contencioso-Administrativo de la Unión Europea<sup>348</sup> y le concede competencia para el conocimiento de todas aquellas cuestiones<sup>349</sup>, de cuyo estudio se deducirá

---

<sup>346</sup>C. McGlynn; "Families and the European Union Charter of Fundamental Rights: progressive change or entrenching the status quo?", *European Law Review*, 2001, vol. 26, n. 6, pp. 582 ss..

<sup>347</sup> E. Linde (et alii); *Principios de Derechos de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2000, p. 437

<sup>348</sup> G.C Rodríguez Iglesias; "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en G.C. Rodríguez Iglesias, y D.J Liñán, *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 373 y ss.

<sup>349</sup> *Los recursos de anulación o de nulidad* interpuestos contra determinados actos comunitarios de derecho derivado. La *excepción de ilegalidad* que supone un control incidental de la legalidad de un reglamento comunitario o de otro acto comunitario de alcance general cuya ejecución requiera actos de aplicación singular, en el marco de un litigio en el que se cuestiona su ilegalidad. Los *recursos por omisión* interpuestos contra la inactividad de una institución comunitaria. Las *cuestiones prejudiciales* de validez planteadas por órganos jurisdiccionales nacionales en el marco de litigios en que se cuestiona la legalidad de un acto comunitario de Derecho derivado aplicable en dicho proceso. Los *recursos por responsabilidad extracontractual* de las comunidades por daños causados por las instituciones comunitarias o el Banco Central Europeo o por sus respectivos agentes en el desempeño de sus funciones. *Los litigios entre las*

la compatibilidad de las disposiciones nacionales con el derecho comunitario a través de la cuestión prejudicial.

La institución de este nuevo sistema de protección en el ámbito comunitario supone, por una parte, establecer en el derecho originario una jurisdicción obligatoria y vinculante para los Estados parte y, por otra, reconocer la legitimación, aunque con algunas limitaciones todavía<sup>350</sup>, de las personas físicas y jurídicas establecidas en el territorio de la Unión Europea, con independencia de su nacionalidad, además de los Estados miembros y las propias instituciones comunitarias, para reclamar ante los posibles incumplimientos.

### **3.3. Protección de la “vida familiar” en la jurisprudencia del TJCE.**

En el ámbito de la Unión Europea, tal y como se ha señalado anteriormente, el tratamiento de la vida familiar reviste un carácter instrumental. En este sentido, el concepto ha sido objeto de tratamiento y de pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la medida en que los asuntos afectan a un objetivo comunitario. En consecuencia, el análisis que el TJCE ha realizado de la familia es todavía muy limitado y sectorial, dejando patentes las diferencias de tratamiento entre las familias comunitarias y extracomunitarias<sup>351</sup>. Veamos brevemente sus principios fundamentales.

La Unión Europea carece de una concepción de familia y no reconoce su protección como un derecho<sup>352</sup>. En todo caso, de sus

---

*Comunidades y el personal a su servicio. Y sobre la compatibilidad con el derecho comunitario de posibles acuerdos* E. Linde (et alii); *Principios de Derechos de la Unión Europea*, cit. p. 438

<sup>350</sup> La interpretación que la jurisprudencia ha realizado de esta legitimación requiere que los particulares sean destinatarios o que la decisión que se plantean recurrir les afecte directa o individualmente.

<sup>351</sup> S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. p. 354

<sup>352</sup> S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit.; p. 245.

pronunciamientos se deducen los siguientes principios de tratamiento de la familia<sup>353</sup>:

*a) Diferencia de trato entre familias comunitarias y extracomunitarias*

La creación en la Unión Europea de un espacio sin fronteras interiores para los nacionales de los Estados miembros, en el que éstos puedan circular, trabajar y establecerse libremente junto con sus familias<sup>354</sup>,

---

<sup>353</sup> Para ampliar esta cuestión se puede consultar: M. Cremona; "Citizens of third countries: movement and employment of migrant workers within the European Union", *Legal Issues of European Integration*, 1995, n.2, p 87 y ss; J. Sedfrey; *A handbook on the rights and remedies of migrant workers in the European Community under the ECHR*, Institute of International and Legal Studies, Diriman, 1993; T. Hoogenboom; "The status of non-Community nationals in Community law", *European Journal of International Law*, vol. 36, 1992, pp. 36 y ss; K. Hailbronner; "Third-country nationals and EC law", en E. Allan & Antola, *A citizens's Europe, In Search of a New Order*, Sage Publication, London, 1995, p. 182; P. Stangos; "Les ressortissants d'Etats tiers au sein de l'ordre juridique communautaire", *Cahiers de Droit Européen*, 1992, pp. 306 y ss; P.A. Fernández Sánchez; "La circulación de los ciudadanos extracomunitarios en la UE", *Cuadernos Europeos de Deusto*, n. 12, 1995, pp. 11 y ss; W. Alexander; "Free movement of non- EC nationals: a review of the case-law of the Court of Justice", *European Journal of International Law*, vol. 53, n. 3, pp. 53 y ss, C. Grewe; "Les droits fondamentaux des étrangers dans les pays de l'EU", *Working Paper*, Instituto Universitario Ortega y Gasset, 1995; J.F. Akandji-Kombé; "Les droits des étrangers et leur suvergarde dans l'ordre communautaire", *Cahiers de Droit Européen*, , n. 3-4, 1995, pp. 351 y ss.

<sup>354</sup> La creación de este espacio libre de fronteras se contiene en: Reglamento CEE 1612/68 ( DOCE L 257 de 19 de octubre de 1968) relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, la Directiva 68/369/CEE de 15 de octubre de 1968 ( DOCE L 257 de 19 de octubre de 1968) sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad; Directiva 73/148/CEE de 21 de mayo de 1973 ( DOCE L 172 de 28 de junio de 1973) relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y prestación de servicios; Directiva 77/486/ CEE de 25 de julio de 1977 (DOCE L 199 de 6 de agosto de 1977) relativa a la escolarización de los hijos de los trabajadores inmigrantes, Directiva de 28 de junio de 1990 (DOCE L 180 de 13 de julio de 1990) relativa al derecho de residencia; Directiva 90/365/CEE de 28 de junio de 1990 (DOCE L 180 de 13 de julio de 1990) relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional. Respecto a ciudadanos de terceros países destaca la Decisión de 16 de diciembre de 1996 relativa al seguimiento de los actos adoptados en materia de inmigración ilegal, de readmisión, de empleo ilícito de nacionales de terceros países y de cooperación en la ejecución de órdenes de expulsión sobre medidas de lucha contra la inmigración ilegal, la Decisión 97/340/JAI de 26 de mayo de 1997 (DOCE L 147 de 5 de junio de 1997) relativa al intercambio de información en materia de ayuda a la repatriación voluntaria de nacionales de terceros países y la Directiva 2001/55/CE de 20 de julio de 2001 (DOCE

conlleva el alejamiento del concepto tradicional de extranjero. Los extranjeros ya no son los ciudadanos de un país distinto del de referencia, sino de aquellos Estados que no forman parte de la Unión Europea.

En estos casos, el TJCE considera justificada una diferencia de trato<sup>355</sup>, salvo con una excepción, aquellos supuestos en los que la UE haya suscrito un acuerdo bilateral y voluntario que permita que los ciudadanos de éste tercer Estado puedan acceder a los beneficios comunitarios<sup>356</sup>. Y al mismo tiempo establece la obligación de no discriminación por razón de nacionalidad en el caso de nacionales de la Unión<sup>357</sup>.

*b) La cohabitación no es una condición necesaria para la existencia de una familia*<sup>358</sup>.

El TJCE, al igual que el TEDH como antes se ha señalado, considera que pueden existir vida familiar sin cohabitación<sup>359</sup>. Para ello se basa en

---

L de 7 de agosto de 2001) relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

<sup>355</sup> Esta discriminación aparece en el caso *Razanatsimba c./ Francia* C-65/77 de 24 de noviembre de 1977 en el que el Tribunal deniega a un abogado de Madagascar un trato favorable en materia laboral y el derecho a establecerse en Francia con su familia.

<sup>356</sup> Así lo consideró el TJCE en la sentencia *Yousfi c./ Bélgica* C-58/93 de 20 de abril de 1994 en la que reconoció el derecho a una asignación para minusválidos a un trabajador marroquí residente en Bélgica junto con su familia y que se había quedado inválido por un accidente laboral, en la sentencia *Zoulika Krid c./ Francia* C-103/94 de 5 de abril de 1995 en el que se reconoció el derecho a una prestación complementaria a la viuda argelina de un antiguo trabajador migrante argelino y en la sentencia *Birden c./ Stradtgemeinde Bremen* C-1/97 y C-245/94 de 26 de noviembre de 1998 en el que se rechaza la expulsión de un ciudadano turco al disolverse su matrimonio con una alemana, al haber firmado Turquía un acuerdo de colaboración.

<sup>357</sup> Así se establece en los casos *Comisión c./ Grecia* C- 185/96 de 29 de octubre de 1998 y *Eila Pävikki Maahimo/ Kansaneläkelaitos* C-333/00 de 7 de noviembre de 2002 en las que estableció la obligación de aplicar los beneficios de la legislación griega sobre familias numerosas a una familia de la UE, en concreto danesa y el derecho de la esposa de un trabajador finlandés a seguir percibiendo el subsidio por guarda de hijo a domicilio que establece la legislación finlandesa aunque se haya trasladado a vivir temporalmente a Alemania.

<sup>358</sup> S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. pp. 252-256.

la existencia del vínculo matrimonial<sup>360</sup>, con independencia de que medie una separación. A pesar de que la convivencia no sea un requisito imprescindible para la existencia de una vida familiar, el TJCE considera que la cohabitación puede constituir un claro indicio de vida en familia<sup>361</sup>. El TJCE ha reconocido la obligación de extender los beneficios y prestaciones que el Estado otorga a las familias tradicionales también a las monoparentales<sup>362</sup> y en algunos supuestos también a las uniones entre personas del mismo sexo<sup>363</sup>.

*c) El tratamiento de los hijos<sup>364</sup>*

La jurisprudencia del TJCE ha prestado una especial atención los hijos. Ha establecido una equiparación de los hijos naturales o matrimoniales dependientes económicamente del trabajador migrante

---

<sup>359</sup> Así lo declaró el TJCE en el asunto *Diatta c./ Land Berlín* C- 267/83 de 13 de febrero de 1985 en la que se le deniega el permiso de residencia a una senegalesa al haberse separado de su cónyuge comunitario. En este pronunciamiento el TJCE establece una interesante doctrina que será tratada en el siguiente capítulo al estudiar el derecho a la vida en familia de los extranjeros, en esta sentencia establece que la desaparición de los vínculos particulares de parentesco, en este caso el matrimonio, con el trabajador inmigrantes lleva consigo también, para los miembros de la familia, la supresión de la libre circulación reconocida por el Derecho comunitario. En la sentencia *Cirotti c./ Office Nacional des Pensions* C-144/96 de 2 de octubre de 1997 en la que se reconoce, a una ciudadana italiana separada de su marido, que había ejercido su actividad laboral en Bélgica su derecho a percibir una parte de la pensión de jubilación de su marido.

<sup>360</sup> Sobre el concepto de matrimonio y esposo en la jurisprudencia del TJCE puede consultarse S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. pp. 257-265.

<sup>361</sup> En la sentencia *Sezgin Ergat c./ Stadt Ulm* de 16 de marzo de 2000, C- 329/97, reconoce la importancia de la convivencia para reconocer la existencia de la vida familiar. En este caso el hijo de unos trabajadores turcos residentes en Alemania no solicita la prórroga de su permiso de residencia cuando este expira y el Tribunal considera la convivencia efectiva como prueba irrefutable de la reagrupación familiar llevada a cabo.

<sup>362</sup> Sentencia *Meyers c./ Adjudication Office* C-116/94 de 13 de junio de 1995 en la que se reconoce el derecho de una madre soltera a percibir una ayuda económica que se otorga a las familias tradicionales o con bajos ingresos.

<sup>363</sup> Sentencia *Tadeo Maruko y Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06 de 1 de abril de 2008 donde se reconoce el derecho del miembro superviviente de una pareja inscrita a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge superviviente siempre y cuando exista una situación comparable.

<sup>364</sup> S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. p. 265-269.

comunitario. Reconoce los derechos de los hijos naturales o matrimoniales dependientes económicamente de ciudadanos comunitarios, tanto residentes como trabajadores en un Estado miembros<sup>365</sup>.

En materia de acceso a la enseñanza el TJCE ha reconocido la protección de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales de un trabajador migrante comunitario, incluso si no dependen económicamente de sus padres<sup>366</sup>. Tal y como luego se verá en el siguiente capítulo, al tratar el derecho a la vida en familia de los extranjeros, la protección de los hijos de los ciudadanos comunitarios se extiende hasta los 21 años.

Son pocas las oportunidades que el Tribunal ha tenido para pronunciarse sobre la protección del derecho a la vida privada y familiar, teniendo en cuenta que siempre se ha efectuado de manera indirecta al tratar de cuestiones relacionadas con objetivos comunitarios<sup>367</sup>. El Tribunal sostiene que puede existir vida familiar pese a que no haya

---

<sup>365</sup> En las sentencias *Bernini c./ Minister Van Onderwijs en Wetenschappen* C-3/90 de 26 de febrero de 1992 reconoció el derecho de una estudiante italiana que vivía con sus padres en Holanda donde estos trabajaban a obtener una beca para estudiar en Italia y en la sentencia *Meeusen c./ Hoofddirectie Van de Unbtormatie Beheer Groep* C- 337/97 de 8 de junio de 1999 en el caso de unos trabajadores Belgas, pero que residen y trabajan en los Países Bajos, también reconoció el derecho de su hija de obtener una beca para realizar estudios superiores en Bélgica.

<sup>366</sup> En la sentencia *Landesamt Fuer Ausbildungen-Foerderung c./ Lubor Gaal* C-7/94 de 4 de mayo de 1995 el Tribunal reconoció el derecho a una ayuda de formación de un belga residente en Alemania que percibe una pensión de orfandad tras la muerte de su padre y que tampoco depende económicamente de su madre. En cambio en la sentencia *Baumbast y R c./ Secretary of State for the Home Department* c- 413/99 de 17 de septiembre de 2002, el TJCE afirma que los hijos de un ciudadano de la Unión que ha ejercido su libertad de circulación tienen derecho a seguir escolarizados en el país de acogida hasta el fin de la enseñanza general incluso si dicho progenitor ya no es trabajador migrante en ese Estado o incluso si los hijos, matrimoniales o no, no son ellos mismos ciudadanos de la Unión.

<sup>367</sup> En otros pronunciamientos como el caso *Stanley Adm. C./ Comisión* C- 145/83 de 7 de noviembre de 1985 el TJCE estableció que revelar información confidencial que pueda perjudicar a la familia supone una violación del derecho a la vida familiar.



convivencia entre sus miembros<sup>368</sup>. Aunque hay que tener en cuenta que el Tribunal en este pronunciamiento se refería a una familia comunitaria, seguramente otra habría sido su decisión en el caso de encontrarse ante otro tipo de familia.

---

<sup>368</sup> En la sentencia *Stallone c./ Onem* C- 212/00 de 16 de octubre de 2001 reclama el derecho de un ciudadano italiano residente en Bélgica donde había trabajado a una prestación de desempleo incrementada por familiares a cargo pese a que su familia no reside con él y viven en Italia.

## CAPÍTULO IV

### PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA: RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA EN FAMILIA

El reconocimiento y la protección jurídica de la familia forman parte de la tradición constitucional de nuestro país<sup>369</sup>. Son varios los preceptos de nuestra carta magna en los que se menciona a la familia, tanto desde el punto de vista de los derechos como de las obligaciones<sup>370</sup>; nos referimos a los artículos 32, 39 y 18 CE<sup>371</sup>. Tampoco nuestro sistema constitucional contiene una definición de familia, en aras de una mayor flexibilidad y una mayor atención a la evolución social de la institución<sup>372</sup>.

No obstante, la Constitución española ha seguido la estela del Convenio Europeo y ha consagrado un derecho fundamental específico a la "intimidad familiar" en su art. 18.1. Dedicaremos la última parte de este capítulo a analizar cuál es el alcance y el contenido esencial de ese derecho y así poder determinar si existe o no fundamento en la afirmación de un derecho a la vida en familia.

---

<sup>369</sup> Así ya se encontraba presente en normas anteriores como: la *Constitución de 1937 (artículo 43)*, *Fuero del Trabajo 1938 (Declaración III)*, *Fuero de los Españoles de 1945 (artículo 22)*, *Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958 (principio V)*, *la Ley Orgánica del Estado de 1967 (artículo 3)*.

<sup>370</sup> Así el art. 18 CE garantiza el derecho a la intimidad familiar; el art. 35.1 reconoce el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y las de su familia, el art. 50 alude a las obligaciones familiares en relación con los ancianos y por último, el art. 39.1 CE dispone que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

<sup>371</sup> F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, 2ª Ed, Civitas, Madrid, 1985, 1ª 1980, pp. 757-763.

<sup>372</sup> M. A. Almendros González, *La protección social de la familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 88.

## 1. LA NOCIÓN CONSTITUCIONAL DE FAMILIA.

Al igual que ocurría con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Constitución Española tampoco ha introducido una definición de familia. Se refiere a ella ordenando expresamente a los poderes públicos su protección en art. 39.1 CE: *“los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*. La ubicación de este precepto en el Capítulo III del Título I de la Constitución, hace que esa protección no se configure como un derecho subjetivo fundamental, sino como un principio de la política social y económica y, consecuentemente, necesitado de un posterior desarrollo jurídico<sup>373</sup>. Separadamente, en el art. 32, el texto constitucional alude al matrimonio, estableciendo el derecho del hombre y la mujer a contraerlo con plena igualdad jurídica. Del tenor de ambos preceptos y de su posición sistemática en la Carta Magna, el Tribunal Constitucional ha deducido que la noción de familia está abierta y que no es el matrimonio el único origen de la familia<sup>374</sup>.

Muchos interpretan esta ausencia de definición como un hecho positivo, que evita los problemas que se derivarían, en tal caso, a la hora de proteger tipos culturales de familia diversos del tradicional, que coexisten en la mayoría de las sociedades actuales<sup>375</sup>. Por consiguiente, la ausencia de definición es una vía de atención a las nuevas realidades

---

<sup>373</sup> Algunos autores han criticado esta ubicación afirmando que supone una visible y sensible desvalorización en la escala de valores constitucionalmente protegidos. También señalan que el hecho de que se formule como el primero de los principios rectores convierte a la protección de la familia en el eje interpretativo de toda la protección social, el punto de conexión entre la acción impulsora de la protección del trabajo, la cultura, la vivienda, la sanidad, etc que inspira este capítulo. Ver G. García Cantero; “Familia y Constitución”, en *Desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 1982, p. 199 y A. Botella; *La protección laboral de la familia*; Universidad de Jaén, Jaén, 1966, pp. 57 y 58.

<sup>374</sup> C. Chinchilla; “La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Aranzadi Civil*, núm. 6 junio 1995.

<sup>375</sup> Y. Gómez, *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, cit. p. 248.

sociales. Nuestro constituyente mantuvo, pues, una voluntaria neutralidad conceptual y valorativa sobre la institución familiar.

Aunque no se parta de una definición o modalidad específica de familia, ni de un planteamiento sobre su significación en la sociedad<sup>376</sup>, ello no impide apreciar la concurrencia de ciertos rasgos subyacentes en el texto constitucional. Así, de la consideración global de los artículos 18, 32, 39 y 50 de la Constitución, puede llegarse a la conclusión de que el modelo inspirador ha sido claramente el de la *familia nuclear*, es decir, la constituida esencialmente por los cónyuges e hijos menores y, solo con carácter excepcional, por otros parientes. Hoy se habla del fenómeno de la contracción de la familia, es decir, el paso desde una noción amplia, que incluye a todos los parientes que provienen de un tronco común, correspondiente a una determinada estructura social, hacia a una noción nuclear o estricta, limitada a la pareja inicial y a los descendientes directos de ésta<sup>377</sup>.

De otra parte, aunque el texto constitucional no lo exprese abiertamente, asume también el significado de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad española<sup>378</sup>. Esta última conclusión se deriva de los criterios interpretativos sentados en el artículo 10.2 de la Constitución, cuya remisión a los Tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por España, entre los que se

<sup>376</sup> F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, cit. pp. 757-763.

<sup>377</sup> E. Roca (Coord), *Derecho de Familia*, 3ªed, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 16.

<sup>378</sup> Vid. Diario de Sesiones del Senado, núm. 46, Comisión de Constitución, p. 2056, intervención del senador Gamboa Sánchez-Barcaiztegui: *Si tienen algún sentido asegurar constitucionalmente la protección jurídica, económica y social de la familia, es precisamente en cuanto se le reconoce como elemento fundamental de la sociedad. Más aún, como elemento natural, previo y superior al propio Estado, que es la organización política de la comunidad nacional....Más discutido es el tema de si es preciso o conveniente su reconocimiento expreso en el texto constitucional, ya que podría considerarse como una apreciación valorativa innecesaria o implícita- Sin embargo, creo que es conveniente ese reconocimiento expreso de la familia como el elemento natural y fundamental de la comunidad ....No es novedad que quiera introducir en nuestra Constitución, sino que, sin pretensión de originalidad alguna, me limito a pedir que se incluya literalmente el apartado 1 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966<sup>379</sup>, supone la plena vigencia en nuestro Derecho de su artículo 23.1, como ya apuntamos, en el que se reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad<sup>380</sup>.

En todo caso, la Constitución al dejar abierta la posibilidad de asumir que cualquier tipo de transformación que pueda experimentar la familia en cuanto que realidad social, genera una peligrosa indeterminación jurídica: ¿cualquier grupo humano puede aspirar a ser familia? ¿Se pueden establecer algunos perfiles básicos que distingan lo que es familia de lo que no lo es?<sup>381</sup> No es tarea fácil la que se impone al Derecho con la exigencia de establecer criterios que a la hora de otorgar a un grupo humano la calificación de familia. No obstante, sí cabe constatar la existencia de una algunos elementos imprescindibles sin los cuales ningún grupo humano podría ser calificado como grupo familiar. Serían al menos tres, que deberán darse de forma cumulativa<sup>382</sup>:

- A. En primer lugar, toda relación familiar precisa para existir de la *alteridad*, y por lo tanto, de una *pluralidad de sujetos*. Sin alteridad no hay familia.
- B. Tal elemento hace surgir el problema de un criterio de delimitación de la extensión del grupo familiar. El único criterio

---

<sup>379</sup> Ratificado por Instrumento de 27 de abril de 1977.

<sup>380</sup> En el mismo sentido, el artículo 10, 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, ratificado por instrumento de 27 de abril de 1977.

<sup>381</sup> Desde un punto de vista sociológico, señala A. De Miguel; *La familia en la sociedad industrial*, en Univ., tomo III, Barcelona, 1972, p. 195, que la civilización actual no está destruyendo a la familia; lo que ocurre dice es que se están transformando las obligaciones familiares, surgen nuevas formas de organización familiar, pero el grupo familiar es tanto o más importante que antaño. Muchos de los problemas y tensiones sociales, el funcionamiento de muchas instituciones, la marcha general de la sociedad, todo ello depende hoy más que nunca añade de como se organice la familia. L. Martínez Calcerrada: "La familia en la Constitución española", *RDP (Revista de Derecho Privado)*, noviembre de 1981, p.972, estima que la familia retratada [en la Constitución] es la legal o jurídica, es decir, la familia normal prevalente en nuestra sociedad, surgida por el matrimonio de los cónyuges.

<sup>382</sup> Vid. Y. Gómez, *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, cit. p. 248 y ss y P. Talavera Fernández, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit., pp. 105 y ss.

jurídicamente válido que puede delimitar el número de miembros de un grupo familiar, es la relación de *parentesco*. Sin consanguinidad en algún grado no hay familia.

C. En tercer lugar, resulta imprescindible la existencia de una relación de *jerarquía y dependencia* dentro del grupo. Allá donde sólo existen relaciones de igualdad y, por tanto, no son exigibles ni la tutela, ni los deberes jurídicos de solidaridad, no cabe afirmar la existencia de familia<sup>383</sup>

La Constitución española no pretende conformar dicha institución, sino formalizar la cambiante realidad social de la familia. Pero esta formalización sólo está justificada en cuanto fenómeno social que entrañe un interés merecedor de la protección jurídica. Pues bien, el interés merecedor de la protección de referencia hay que localizarlo en las funciones que deba desempeñar la institución familiar. Cierto que

---

<sup>383</sup> Ambos requisitos nos llevan a planteamos la hipótesis de si el matrimonio se puede considerar como una familia en el ordenamiento jurídico español teniendo en cuenta las consideraciones que acabamos de exponer, es cierto que en la mayoría de ocasiones existe una relación causa efecto entre el matrimonio y la familia, pero faltaría la concurrencia del segundo elemento, es decir la existencia de una relación de jerarquía y dependencia dentro del grupo. Ya que tal y como viene configurado el matrimonio por nuestra Constitución y en nuestro Código Civil, existe una igualdad total entre los cónyuges por lo que se refiere a los deberes y obligaciones que se desprenden del vínculo matrimonial. Otro elemento que nos permite concluir que no podemos entender el matrimonio como familia, es que ambas instituciones cumplen funciones diferentes: la familia es básicamente un grupo de apoyo del ser humano durante un periodo de tiempo, en circunstancias normales desde el nacimiento a la edad adulta. Así pues, podemos encontrar elementos variables como son la asignación de una serie de funciones a la familia, entre estas podemos destacar: la económica, la sexual, la reproducción ordenada de la especie, la socializadora, etc. Vid. P. Talavera Fernández, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, cit., pp. 105 y ss. El Tribunal Supremo en sentencia de 29 de octubre de 1997 (R. 7.341), ha declarado que *la denominada sociológicamente unión de hecho, como familia natural, debe ser merecedora de la misma protección por parte de los poderes públicos que para la familia establece el art. 39.1.* Si bien ha declarado en reiteradas ocasiones que estas uniones no son equiparables al matrimonio y tampoco se pueden someter, en ausencia de reglas específicas, a las normas reguladoras del régimen económico de sociedad legal de gananciales o de la comunidad de bienes. (Auto TC 156/1987; SSTC 184/1990, de 15 noviembre; 29, 30, 31, 35, 38 y 77 todas de 1991; 29 y 222/1992, de 11 de diciembre; Auto TC 321/1996, de 8 de noviembre y STC 155/1998, de 13 de julio y el Tribunal Supremo STS 21 octubre y 11 diciembre 1992; de 18 febrero y 22 julio 1993; 30 diciembre de 1994; 18 marzo 1995, 4 marzo y 29 octubre 1997 y 4 junio 1998)

estos cometidos pueden variar a lo largo de los distintos periodos históricos: si hasta hace poco tiempo la familia cumplía funciones económicas de integración social, hoy el aspecto afectivo y de cooperación se ha convertido en el eje central de la institución. La definición jurídica de las funciones familiares que han de ser objeto de protección, ha de llevarse a cabo partiendo de unos criterios objetivos que reparen más en sus consecuencias sociales que en las motivaciones personales que cada miembro de la familia pueda establecer. Lo que en verdad es relevante para el Derecho es el cumplimiento de los fines objetivamente asignados a la familia, finalidades que se concretan en la satisfacción de las necesidades comunitarias más elementales del individuo y en la asistencia y educación de los hijos a su cargo.

Esta realidad ocasiona que muchas veces sean las normas tributarias, como por ejemplo el Reglamento del Impuesto de Renta de las personas físicas, las que establezcan una serie de consideraciones de tipo práctico para determinar que podemos entender por familia. En base a estas consideraciones podemos afirmar que en nuestro ordenamiento tendrán también la consideración de familia los siguientes grupos:

- La familia formada por un solo adulto sustentador, bien porque éste sea viudo, separado, divorciado o haya recurrido a la adopción o a las técnicas de reproducción asistida.
- Los grupos familiares no basados en la descendencia, grupos de hermanos, sujetos del que dependen sus ascendientes, grupo formado por un sujeto y uno o varios parientes de distinto grado<sup>384</sup>.
- La simultaneidad de relaciones familiares, la Constitución no prohíbe la pluralidad de familias ni determina que el que sea miembro de una familia no pueda serlo de otra<sup>385</sup>.

---

<sup>384</sup> K. E. Boulding; "Reciprocidad e intercambio. El individuo y la familia en la sociedad", en *La mujer en la sociedad mercantil*, obra coordinada por Michel A, Siglo XXI, México, 1979, p .21.

<sup>385</sup> Es este modelo de familia, en nuestra opinión, el que nos permitiría reconocer la posibilidad a los extranjeros que están casados mediante un matrimonio poligámico de

- Siendo más problemático el reconocimiento como familia de la formada por adultos sustentadores del mismo sexo. En general no existe un reconocimiento en la doctrina de este tipo de uniones como familia<sup>386</sup>.

La delimitación del concepto de familia es importante ya que es lo que garantizará que los grupos humanos que cumplan estos requisitos puedan beneficiarse de la protección que la Constitución establece en su articulado. Esta protección, como ya vimos, abarca el ámbito social y económico.

No es infrecuente que algunos consideren que la redacción de este precepto provoca una cierta desvalorización en cuanto a los preceptos contenidos en el Capítulo III del Título I en comparación con los contenidos en los Capítulos I y II del mismo Título. Pero debemos matizar, tal y como se ha señalado en apartados anteriores, que los poderes públicos quedan igualmente sujetos a lo establecido en los artículos comprendidos en el Capítulo III. Si bien estos principios sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con su desarrollo legal, también es cierto que puede plantearse la inconstitucionalidad de una norma con rango legal que los vulnere.

## **2. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN EL ART. 39 DE LA CONSTITUCIÓN.**

Contrariamente a la fórmula habitual utilizada por los tratados internacionales, nuestra Constitución realiza un tratamiento diferenciado entre el matrimonio y la familia<sup>387</sup> que permite otorgar a ésta una

---

ejercer el derecho de reagrupación familiar no circunscribiéndolo sólo a una mujer y a los hijos de ésta, tal y como prevé la Ley de extranjería que luego analizaremos.

<sup>386</sup> Situación ésta que ha cambiado recientemente con la modificación de nuestro Código Civil, Ley 13/2005 y el reconocimiento del matrimonio homosexual.

<sup>387</sup> Art. 39 Constitución Española:

1. *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*



interpretación más amplia de la que puede denominarse como tradicional<sup>388</sup>.

En el artículo 39, la Constitución solo hace referencia a la familia (el derecho al matrimonio se plasma en el artículo 32), y únicamente insta al legislador ordinario a velar para que exista una protección económica, social y jurídica de la familia. Ante la ausencia de una definición precisa, la Constitución permite sostener el más amplio criterio sobre este punto. La familia existirá donde quiera que exista un previo vínculo conyugal o de filiación, aun cuando éste no tenga relación con el estado matrimonial o tenga su origen en un hecho ilícito<sup>389</sup>. El grupo así constituido ha de estimarse como familia a todos los efectos, incluido, como es obvio el de la protección<sup>390</sup>. El Tribunal Constitucional ha avalado que dicho precepto ampara tanto a las familias de origen matrimonial como a las de origen extramatrimonial, precisando que eso no supone por sí mismo, la exigencia de una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales.

Aunque resulte paradójico, por una parte asistimos a una reducción del concepto de familia pero por otra se extiende su ámbito de aplicación, al considerar tanto nuestro legislador y como el Tribunal Constitucional<sup>391</sup>

---

2. *Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*

3. *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda.*

4. *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

<sup>388</sup> En el art. 43 de la Constitución de 1931 hacía un tratamiento conjunto de la familia y el matrimonio. Y. Gómez, *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, cit. p. 184.

<sup>389</sup> Una excepción a este respecto la constituye el matrimonio poligámico cuyo reconocimiento y efectos, tal y como luego se verá en sucesivos capítulos, se ve limitado por la vigencia del principio de igualdad entre los cónyuges en el ordenamiento jurídico español.

<sup>390</sup> J. De Esteban y L. López Guerra; *El régimen constitucional español*, Vol I, Labor, Barcelona, 1980, p.319.

<sup>391</sup> STC 184/90, de 15 de noviembre, 29, 30, 31, 35 y 38/91, todas ellas de 14 de febrero, 77/91, de 11 de abril, STC 222/92, de 11 de diciembre,

que existen modelos diversos de familia dignos de protección<sup>392</sup>. Baste mencionar a modo de ejemplo las diversas normas autonómicas que regulan las parejas de hecho: Ley 1/2001 que regula las parejas de hecho en la Comunidad Valenciana, Ley 10/1988, de 15 de julio, de uniones estables de parejas en Cataluña, Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas en Aragón, Ley Foral 6/2000 para la igualdad jurídica de las parejas estables en Navarra, Ley 18/2001, de 19 diciembre de parejas estables de Baleares, Ley 11/2001, de 19 diciembre, Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, etc<sup>393</sup>.

La existencia del art. 39.1 CE, como también afirma el TC, supone la plasmación de una obligación positiva de proteger a la familia por parte de los poderes públicos. El reconocimiento de esta obligación positiva del Estado, sin embargo, no genera en sentido estricto, la correlativa existencia de un auténtico derecho subjetivo por parte del grupo familiar a la hora de su exigencia; y ello debido a que, como sabemos, su ubicación sistemática fuera del capítulo II del Título I, excluye tal posibilidad, al reducirse únicamente a principio rector (inspirador) de las políticas familiares<sup>394</sup>. Si bien es cierto que su exigencia ha ido progresivamente intensificándose hasta convertirse en un eje principal de toda la acción del Estado<sup>395</sup>.

---

<sup>392</sup> Parte de la doctrina como: J. De Esteban y L. López Guerra afirman que la Constitución contempla una visión de la familia que *no se limita a la nacida de vínculos matrimoniales*. J. De Esteban y L. López Guerra; *El régimen constitucional español*, Vol I, Labor, Barcelona, 1980, p.319.

<sup>393</sup> La familia no ha sido a través de los tiempos una realidad estática, sino que, por el contrario, ha sufrido continuas transformaciones, en su forma y en sus funciones desde sus orígenes hasta nuestros días. Y. Gómez, *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, cit. p. 250

<sup>394</sup> J. De Lucas, (Coord), *Introducción a la teoría del Derecho*, 2ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 53

<sup>395</sup> El carácter orgánico del reconocimiento legislativo otorgado al derecho a la vida en familia como posteriormente se verá supone una primera aproximación a la posible consideración de derecho fundamental, pues si el legislador no lo hubiera considerado así, lo habría incluido en la relación de artículos no orgánicos de la Disposición Final 4ª Ley de Extranjería A. Quirós; *La reagrupación familiar de los extranjeros en España: Régimen aplicable y propuestas*; cit. p.25.

Aunque el respeto y la protección de estos principios deben ser tenidos en cuenta por la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos directamente, sin necesidad de desarrollo alguno<sup>396</sup>, es indudable que su inclusión en el Capítulo III del Título I (hubiera sido preferible hacerlo en el Capítulo II<sup>397</sup>) supone un nivel de reconocimiento constitucional sensiblemente menor que el otorgado por documentos internacionales como el Convenio Europeo<sup>398</sup>. De aquí se deriva una consecuencia importante: el art. 39 CE no puede servir como base para fundamentar un hipotético derecho a la vida familiar. Su alcance máximo acaba allá donde llegan los efectos de un principio inspirador de políticas, que han de ser materializadas por el legislador ordinario de acuerdo con criterios de oportunidad, situación lejana al poder otorgado por un derecho fundamental. No obstante, aunque la sistemática y la literalidad del art. 39 limitan su alcance, debemos tener presente que, en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, la configuración y protección de la familia y la vida familiar derivadas del Convenio Europeo forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Y esto genera una segunda e importante consecuencia, como veremos a continuación: en nuestro sistema existe un derecho fundamental al *respeto de la vida familiar*, como consecuencia del art. 8 del Convenio, que permite colmar las lagunas planteadas por el art. 39 CE.

### **3. INTIMIDAD FAMILIAR Y DERECHO A LA VIDA EN FAMILIA: EL ART. 18 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.**

Como ya hemos apuntado muchas ocasiones, el CEDH produce un efecto directo y vinculante en el derecho interno español que obliga a tenerlo como punto de referencia junto al texto constitucional, de manera

---

<sup>396</sup> Y. Gómez; *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, cit. 180

<sup>397</sup> La enmienda núm. 481 del Grupo parlamentario Mixto, propuso que se regulara la materia en un artículo 28 bis (nuevo), encuadrado consiguientemente en el capítulo segundo, referente a las libertades públicas.

<sup>398</sup> G. García Cantero; *Familia y Constitución, en Desarrollo de la Constitución Española de 1978*, cit. p. 199

que toda caracterización de la familia que debamos hacer (como de cualquier otra institución o derecho) exige mirar a ambos lados del tablero jurídico<sup>399</sup>.

Como sabemos, el art. 8 CEDH, habla de “derecho al *respeto* de la vida familiar”. Algunos afirman que este derecho forma parte de un derecho más amplio y complejo que sería el derecho a la intimidad, siguiendo la interpretación brindada al respecto por el TEDH. Así pues, dentro del derecho a la intimidad familiar se incluirían todas las cuestiones referentes a la propia relación familiar en sí misma considerada<sup>400</sup>. Con la finalidad de precisar el doble sentido de esta protección, el Convenio habría utilizado el término *respeto de la vida familiar*, comprensivo de la intimidad familiar no sólo en sentido negativo (es decir, frente injerencias externas que pudieran lesionarla), sino también en sentido positivo, exigiendo la adopción de medidas concretas para protegerla y garantizar su continuidad: un ejemplo de estas medidas positivas, en el caso de los extranjeros, vendría a ser facilitar al máximo la posibilidad de la reagrupación familiar.

La jurisprudencia del TEDH sitúa, pues, la vida familiar dentro del ámbito de un derecho más amplio que es el derecho a la intimidad (una especie de macro-derecho) con diversas manifestaciones (vida privada, familiar, domicilio, comunicaciones, etc..) cada una de ellas con una autonomía y entidad propias. También, como hemos visto, las exigencias

---

<sup>399</sup> Tesis que avala el propio Tribunal Constitucional en invocar las sentencias del TEDH en muchos de sus pronunciamientos a modo de ejemplo se pueden citar: STC 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. Llegando incluso a afirmar en su sentencia 303/1993, de 25 de octubre que la jurisprudencia del TEDH resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE

<sup>400</sup> Entre ellos A. Guilló Sánchez-Galiano, “Intimidad y familia”, en J.J López Ortega (dir), *Cuadernos de derecho judicial*; Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996. pp.236-239

establecidas por el Tribunal para su garantía por el Convenio son la preexistencia y la efectividad de esa relación.

Nuestra Constitución ha optado por plasmar, en su art. 18.1, no directamente la protección de la *vida familiar* sino la protección genérica de la "intimidad personal y familiar". El estudio de este precepto es extremadamente interesante<sup>401</sup> ya que nuestra norma constitucional se sitúa en esa tendencia favorable a la extensión del ámbito de aplicación del derecho a la intimidad, una de cuyas parcelas afecta indudablemente a la protección de la vida familiar<sup>402</sup>.

El derecho a la intimidad reconocido en el art. 18 CE, hace referencia primariamente, a un espacio propio, privativo del individuo, que sólo adquiere su pleno sentido tanto para hacerlo valer ante y contra otros (vertiente negativa o defensiva), como para compartirlo con otros y articularlo con el de los demás (vertiente positiva). La intimidad es condición, simultáneamente, de la personalidad-individual y de la personalidad-social<sup>403</sup>.

En este sentido, el derecho a la intimidad se puede definir como un ámbito de la vida en el que el ser humano puede existir *sui iuris*, conforme a su idea y concepción de lo privado<sup>404</sup>. La estrecha vinculación de la intimidad con la persona, que es una realidad vital y su carácter marcadamente inmaterial, sólo parcialmente aprehensible por el derecho, explican la extrema dificultad de conceptualizarlo jurídicamente, y su dependencia de las concepciones e ideas vigentes en cada

---

<sup>401</sup> F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, cit. pp. 757-763.

<sup>402</sup> Artículo 18.1 de la Constitución Española: Garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

<sup>403</sup> J. López Ortega; *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, cit. p. 17.

<sup>404</sup> L. Rebollo; *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, 2ª Ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 28.

momento histórico; es decir, su carácter variable y evolutivo y, más concretamente, su constitución y determinación colectivas o públicas<sup>405</sup>.

La protección de la intimidad garantizada por el art. 18.1 de la Constitución, se refiere tanto a la dimensión primaria y más nuclear de la existencia, la “personal”; como también a la social más inmediata a ésta, es decir, la “familiar”. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional, a partir de su sentencia 231/1988, de 2 de diciembre, cuando señala que: *“... en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la Constitución protegen...”*<sup>406</sup>.

El Tribunal Constitucional ha excluido toda posible equiparación entre las uniones de hecho y las uniones matrimoniales debido a la denominada “protección institucional” de que goza el matrimonio por su categorización como instituto en el art. 32.1 CE. De ahí que, supuestos específicos, como por ejemplo la pensión de viudedad, entienda que no son aplicables a las uniones extramatrimoniales, debido a su expresa vinculación legal al matrimonio. No obstante, la STC 231/1988 reconoce que la esencia de la intimidad familiar, protegida por el art. 18 CE, y presente en la “especial y estrecha vinculación” entre padres, hijos y cónyuges entre sí, puede reconocerse también, sin demasiado esfuerzo, en otras formas de convivencia distintas a la matrimonial.

---

<sup>405</sup> J. Martínez de Pisón; *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 25 y ss

<sup>406</sup> J. López Ortega; *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, cit. p. 28 y P. Santolaya; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch – Institut de Dret Públic, Valencia, 2004, p.17

La *Ley Orgánica de Protección al honor y a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, permite definir el derecho a la intimidad familiar, como la tutela de un ámbito relacional concreto de la persona. Es decir, el derecho a que permanezcan en el ámbito privado aspectos no de la persona individualmente considerada, sino en cuanto que perteneciente a un grupo de personas entre las que existen determinados vínculos y que denominamos familia<sup>407</sup>.

La diferencia entre la intimidad personal y la familiar sólo se traduce en el sujeto que sufre las intromisiones o en la modalidad de éstas. En consecuencia, existirá violación del derecho a la intimidad familiar cuando se produzca una intromisión en la vida de un individuo, en su calidad de miembro de una familia. Como acertadamente se ha manifestado no se trata solo de ampliar la legitimación activa a otras personas respecto del mismo derecho, sino de la consagración de un derecho a la intimidad en supuestos distintos que trascienden de la esfera meramente individual de la persona y se conectan con las relaciones que ésta mantiene dentro de su núcleo familiar<sup>408</sup>.

Pero no todos los autores comparten esta opinión; otros consideran que el derecho a la intimidad familiar es un derecho que se tiene en virtud de la pertenencia a una familia y no en cuanto que persona individualmente considerada. De esta forma, no existen actos que en sí mismos sean objeto de protección en virtud de la intimidad familiar, sino que dichos actos caerán bajo ese concepto en tanto en cuanto se produzcan en el contexto de una familia. Esto se debe a la concepción institucional que la familia tiene para esta parte de la doctrina, en la que la familia se configura como un sujeto distinto e independiente de los individuos que lo conforman, siendo a su vez el instrumento y el cauce

---

<sup>407</sup> L. Rebollo; *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, cit. p. 179.

<sup>408</sup> A. Guilló Sánchez-Galiano, "Intimidad y familia", en J.J López Ortega (dir), *Cuadernos de derecho judicial*, nº 22, 1996, p. 241.

idóneo para el ejercicio de una serie de derechos distintos a los que se atribuyen al individuo singularmente considerado<sup>409</sup>.

Hay quienes, sin embargo, afirman la existencia de un derecho autónomo a la intimidad familiar<sup>410</sup>. En este caso el concepto no se agota en la intimidad familiar, sino que comprende otra serie de aspectos relacionados con el ámbito familiar del individuo que van más allá de la simple transposición de la intimidad personal a las relaciones familiares. Dicho de otro modo, se trataría de incluir dentro del derecho a la intimidad familiar, en un sentido amplio, todas las cuestiones referentes a la propia relación familiar en sí misma considerada, de forma que éstas también deban ser preservadas de una injerencia externa. Ello significa que dentro del derecho a la "intimidad familiar" quedarían comprendidas y se podrían proteger, frente a injerencias externas, la totalidad de las relaciones familiares en sus distintas dimensiones. Esta interpretación, en la que el concepto de intimidad familiar se amplía, para incluir no solamente la protección de los miembros de la familia frente a injerencias exteriores que lesionen su intimidad, sino también la protección de la vida familiar en sí misma considerada, daría cabida a importantes consecuencias en relación con el propio estatus constitucional de la vida en familia.

En efecto, el art. 18 de la Constitución considera la existencia de un ámbito propio de la intimidad que se proyecta más allá del individuo, sobre la familia, y que protege la vida familiar de toda injerencia indebida en el ámbito de su intimidad (la mayor o menor amplitud de su protección depende de la amplitud del término "intimidad")<sup>411</sup>. Obviamente, afirmar la existencia de un derecho fundamental a la intimidad familiar, que debe

---

<sup>409</sup> J. Vidal Martínez; "Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar", *Revista General de Derecho*, 1980, p. 1.402

<sup>410</sup> Entre ellos A. Guilló Sánchez-Galiano; en "Intimidad y Familia", cit. p. 241 y J. López Ortega; *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, cit. p.236-239

<sup>411</sup> *Ibidem*.



ser jurídicamente protegida, presupone aceptar la condición *sine qua non* de esa protección: la existencia de una vida familiar que genera un ámbito propio de intimidad. Ahora bien: ¿qué sentido tendría proteger la intimidad familiar con las garantías propias de un derecho fundamental si no fuera porque previamente se considera fundamental, a su vez, el derecho a la vida familiar? Carecería de lógica jurídica y de técnica legislativa el reconocimiento como derecho fundamental de la consecuencia o manifestación de una realidad que no se considerara, a su vez, como bien esencial, constitucionalmente protegible. En ese sentido, cabría hablar de un *prius* lógico e institucional que se derivaría necesariamente de la consideración de la intimidad familiar como un derecho fundamental: la consideración, a su vez, de la vida familiar como derecho fundamental. He ahí nuestro principal argumento y el presupuesto sobre el que se cimenta toda nuestra ulterior reflexión acerca del derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros.

Por otra parte, el reconocimiento de la vida en familia como un derecho fundamental no plantea ningún tipo de problema en otros ordenamientos como el italiano, por ejemplo, donde el Tribunal Constitucional afirma sin ningún reparo lo siguiente<sup>412</sup>:

*“ il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con se, e il diritto dei genitori e dei figli ad una vita comune nel segno della unità della famiglia sono infatti diritti fondamentali della persona...”*

Un reconocimiento que también puede deducirse de alguna jurisprudencia del TEDH<sup>413</sup> y que la Unión Europea ha enunciado, como

---

<sup>412</sup> Sentencias 28/1995, 203/1997, 379/2000, 376/2000, 224/2005 y C. Tripodina, Il diritto del genitore extracomunitario al ricongiungimento col figlio minorenne, en Giur. It. 1998, pags 205 y 207.

<sup>413</sup> “Para un padre y su hijo el estar juntos representa un elemento fundamental de la vida en familia” y además un derecho fundamental del hombre, el derecho a ocuparse de sus propios hijos”. STEDH *McMichael c. Reino Unido* 24 febrero 1995,

veremos, en los considerandos de algunas de las Directivas adoptadas en la materia.

#### **4. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LA VIDA FAMILIAR EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.**

La Constitución contempla a los extranjeros en tres planos diferentes. En primer lugar, al enumerar los derechos fundamentales y los principios rectores de la política social y económica. En segundo lugar, al equiparar a los españoles y a los extranjeros en el plano de los derechos. En tercer lugar, al incorporar al ordenamiento interno el derecho internacional y, especialmente, los Tratados sobre Derechos humanos.

##### **4.1. Referencias implícitas a derechos fundamentales de los extranjeros.**

En los apartados del Título I dedicados al reconocimiento de los derechos fundamentales (Cap. II) y a los principios rectores de la política social y económica (Cap. III), encontramos referencias que indirectamente pueden aplicarse con independencia y más allá de la condición de ciudadano:

- a) Preceptos que, en su literalidad, trascienden la órbita estricta de la ciudadanía ya que consagran derechos de carácter universal que se atribuyen a toda persona, con independencia de su nacionalidad o de su condición, pues son consecuencia directa de dignidad de la persona, como el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), la libertad ideológica y religiosa (art. 16); la intimidad (art. 18) y la tutela judicial efectiva (art. 24).
- b) Artículos que constitucionalizan derechos en términos genéricos e impersonales, bajo fórmulas como: *se reconoce el derecho a...* o

se garantiza el derecho de... En este grupo se incluyen derechos de trascendencia evidente como: la libertad de expresión y reunión, derecho de asociación, derecho a la intimidad, etc.<sup>414</sup>. Un elevado número de preceptos constitucionales reconocen derechos a todos, ya sea directamente<sup>415</sup>, ya sea mediante una formulación invertida<sup>416</sup>. Tres derechos de máxima importancia se garantizan a *todas las personas*, como son el derecho de libertad ideológica y religiosa (art. 16.1), el derecho a la libertad y seguridad personales (art. 17) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1). Otros derechos, finalmente, son otorgados a sectores determinados pero tendencialmente omnicomprensivos. Estos derechos que la Constitución no asigna expresamente a *toda persona*, pero que tampoco refiere a los ciudadanos españoles, podrían entenderse como objeto de una protección constitucional amplia (en favor de todos), en función del concreto ejercicio y derecho implicado en el contenido y finalidad de la actividad realizada en cada hipótesis concreta<sup>417</sup>.

- c) En contraste con los anteriores preceptos, el texto constitucional designa como titulares exclusivos de otros derechos a los

---

<sup>414</sup> Derecho a la intimidad y colaterales (art. 18); libertades de expresión, creación, cátedra e información (art. 20); derechos de reunión y manifestación (art. 21); derecho de asociación (art. 22); libertad de enseñanza (art. 27.1); derecho de asociación (art. 22); libertad de enseñanza (art. 27.1); derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33); derecho a la fundación (art. 34); libertad de empresa (art. 38); derecho a la protección de la salud (art. 43.1).

<sup>415</sup> Derecho a la vida e integridad física y moral (art. 15); derechos procesales (art. 24.2); derecho a la educación (art. 27.1); libertad sindical (art. 28.1); deber de contribuir al levantamiento de los gastos públicos (art. 31); derechos y deberes respecto a la tutela de la salud pública (art. 43.2); derecho a la cultura (art. 44.1); derecho al medio ambiente (art. 45.1).

<sup>416</sup> *Nadie* puede ser privado del correspondiente derecho. Así: derecho al secreto ideológico (art. 16.2); derecho a una detención legal (art. 17.1); derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1); derecho a una expropiación legal (art. 33.3)

<sup>417</sup> Así los trabajadores (arts. 28.2, 37.1, 40.2), o los trabajadores y empresarios (art. 37.2), los profesionales (arts. 52 y 36); los diversos miembros de la familia (art. 32, 39, 27.3 y 7); la juventud (art. 48); los consumidores (art. 51).

españoles<sup>418</sup> o a los ciudadanos<sup>419</sup>. Su contenido viene referido a derechos medulares de la ciudadanía (derechos políticos) y a los beneficios derivados de la Hacienda pública.

El Tribunal Constitucional ha consagrado la legitimidad de establecer estos diferentes planos en el ordenamiento jurídico español: *“Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual; existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio; y en último lugar, existe una categoría que no corresponde en absoluto a los extranjeros”* (Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, Sala 2ª).

#### **4.2 Referencias explícitas a derechos fundamentales de los extranjeros.**

El texto constitucional dedica los art. 11, 12 y 13 del Capítulo I de su Título I a establecer unas normas específicas básicas sobre *los españoles y los extranjeros*<sup>420</sup>. Lo primero que llama nuestra atención es que la Constitución del 78 remite a *la Ley* las cuestiones relativas a la nacionalidad española, en contraste con lo que hicieron el resto de nuestras Constituciones históricas. El artículo 11 de la Constitución se limita, por lo tanto, a establecer una “reserva de ley” en la materia; a

<sup>418</sup> El derecho a la igualdad (art. 14); la libertad de circulación y residencia (art. 19); el derecho de petición (art. 29); el derecho y deber de defender a España (art. 30); el derecho y deber a trabajar (art. 35).

<sup>419</sup> Derecho a la limitación del uso público de la informática ( art. 18.4); derechos a participar en los asuntos públicos, y a acceder a los cargos y funciones públicas (art. 23.1 y 2); deberes de protección civil (art. 30.4); derecho a la Seguridad Social (art. 41); derecho a la atención y amparo a los disminuidos (art. 49); derecho a la suficiencia económica en la tercera edad (art. 50).

<sup>420</sup> Artículos 11 al 13. Vid. I. De Castro, *Derecho Civil de España*, tomo II, reed. Civitas, Madrid, 1984, cap V, pp. 387-389; A.M. López y López, “Nacionalidad” en O. Alzadaza (Dir): *Comentarios a las leyes políticas*, II; Edersa, Madrid, 1984, pp. 171-189; J.M. Serrano, en F. Garrido Falla (Dir); *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid ( 2ª ed. 1985), pp. 195-253; M. Peña, “De los españoles y los extranjeros”, en M. Albaladejo (Dir); *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo II, Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, pp. 545-805.

regular las causas de privación de la nacionalidad y a prever la posibilidad de obtener la doble nacionalidad.

La Constitución dedica un precepto específico a los extranjeros, el artículo 13, cuyo primer apartado expresa lo siguiente: *Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley.*

Desde una perspectiva *iusprivatista* el art. 13.1 de la Constitución exige para el reconocimiento de los derechos y libertades del Título I de la Constitución a los extranjeros es imprescindible una conexión territorial del sujeto, esto es, que el extranjero se encuentren en España, aunque inicialmente no se especifica en qué condiciones (más adelante abordaremos esta cuestión)<sup>421</sup>. En principio, pues, el reconocimiento de los derechos fundamentales y las libertades públicas a los extranjeros no parece absoluto e incondicional (el legislador no ha equiparado a españoles y extranjeros en su titularidad), y tampoco parece directo (sin intermediación) sino que somete a los extranjeros a un ulterior escalón, más allá del texto constitucional: la concreción que de estos derechos hagan la ley y los Tratados suscritos por España<sup>422</sup>.

No obstante, estas interpretaciones quedan a su vez matizadas por la remisión del propio texto a la vigencia y validez de los Tratados internacionales celebrados por España (también presente en el art. 96 CE) y, sobre todo, al condicionar la interpretación de los derechos y libertades que ella misma enuncia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art.10.2). Este realce constitucional de las normas internacionales convencionales reviste una

---

<sup>421</sup> I. Borrajo; "El status de los extranjeros", cit., pp. 697-766.

<sup>422</sup> E. Pérez Vera; "La Constitución de 1978 y el Derecho internacional privado español: normas en materia de nacionalidad y extranjería", en *Revista de Derecho Público*, 86, enero-marzo 1982, p.23.

gran significación respecto a los extranjeros. En primer lugar, porque dentro del contenido de estos instrumentos normativos, elaborados desde una perspectiva internacional para afrontar normalmente problemas internacionales, se comprende generalmente a todos los sujetos sometidos a la jurisdicción de los Estados partes, ya sean nacionales o extranjeros. Los Tratados son, por consiguiente, fuente prolífica de normas que atañen a los extranjeros residentes o relacionados con cualquier país. En segundo lugar, la eficacia *cuasi-constitucional* que el apartado 2 del artículo 10 otorga a los Convenios sobre Derechos Humanos, donde se contemplan garantías específicas en favor de los extranjeros residentes en un Estado, e inserta en nuestro ordenamiento un nutrido conjunto de normas dotadas de vigencia preeminente<sup>423</sup>.

Con el reconocimiento de Derechos y libertades que se realiza a lo largo de todo el Título I (arts. 10-55), la Constitución Española cumple de sobra el estándar mínimo internacional de derechos, esta postura extensiva descarta las posiciones partidarias de reconocer únicamente los derechos y libertades de la Sección 1ª. Este estándar mínimo internacional de derechos viene determinado por los compromisos internacionales suscritos por España, como son el CEDH, la DUDH, los Pactos Internacionales de 1966, y que pasan a formar parte de nuestro ordenamiento convirtiéndose en normas de *ius cogens* de obligada observancia tanto para el legislador español como para el poder judicial en la aplicación e interpretación práctica de nuestro ordenamiento jurídico<sup>424</sup>.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1985, al interpretar este precepto señala que los extranjeros no gozan sólo de los derechos que establecen los tratados y las leyes, sino todos los del Título I, cuyo

<sup>423</sup> I. Borrajo; "El status de los extranjeros", cit .pp. 697-766.

<sup>424</sup> C. Polo; *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, CES (Consejo Económico y Social), Madrid, 1994, pp.55 y ss.

contenido habrá de atemperarse según lo dispuesto en los tratados o la ley. Así pues, *“el legislador no ha pretendido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyen los tratados y la ley, sino que las libertades que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados de la protección constitucional”*. En consecuencia, deberemos acudir tanto a la Constitución como a los tratados y la ley para saber cuales son los derechos de los que son titulares los extranjeros en nuestro ordenamiento jurídico<sup>425</sup>. Por otra parte, el Tribunal Constitucional en diversas sentencias (SSTC 99/1985, 115/1987, 112/1991 y 242/1994) ha marcado los límites de las restricciones de los derechos y libertades de los extranjeros. El art. 13.1 de la Constitución autoriza al legislador a limitar estos derechos, si bien éste no tendrá una total libertad, pues deberá tener en cuenta por una parte lo dispuesto en el art. 10.1 de la Constitución, es decir aquellos derechos que son imprescindibles para la dignidad humana y por otra parte el art. 10.2 de la Constitución, los derechos reconocidos por los Tratados internacionales ratificados por España.

Respecto al primer límite, que permitiría el reconocimiento de derechos de titularidad universal, no condicionada por la nacionalidad, las STC 107/1984 y 95/2000 afirman la existencia de derechos que se predicen de la persona en cuanto a tal y no como ciudadano y que son

---

<sup>425</sup> I. Borrajo; “El status de los extranjeros”, cit .pp. 697-766. Pero esta disposición puede hacer surgir dificultades interpretativas, al señalar que deberemos acudir a los Tratados “y” a la ley, por lo que parece deducirse que deberemos acudir a ambas normas, pero tal exigencia nos hace plantearnos una serie de cuestiones como: qué pasaría si en una de estas normas un derecho del que es titular el extranjero se regulara de forma diferente a como lo hace la otra, ¿cual elegiríamos?. En este caso entendemos que aplicando el principio general de *in dubio pro reo*, se debería aplicar aquella norma que es más beneficiosa o que reconoce de forma más amplia el derecho del extranjero

imprescindibles para la garantía de la dignidad humana: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc. El Tribunal Constitucional ha señalado que, dentro de esta categoría de derechos, se incluye también la tutela judicial efectiva art. 24.1 de la Constitución, ya que la dicción literal del precepto habla de *todas las personas* y, por otra parte, su inclusión se deriva de la interpretación del art. 10.2 de la Constitución en relación con el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este reconocimiento no es baladí ya que implica como consecuencia la extensión de las garantías judiciales vinculadas a los derechos fundamentales (art. 53.2º Constitución), derecho de amparo que se predica en su literalidad únicamente de los ciudadanos<sup>426</sup>. En esta misma línea el Tribunal Constitucional en su STC 115/1987, ha incluido también la libertad individual como un derecho inherente a la persona humana<sup>427</sup>.

Por otro lado, hay derechos que únicamente se atribuyen a los españoles en virtud del art. 13.2 y de los que se excluye a los extranjeros<sup>428</sup>; nos referimos a los derechos políticos y el acceso a las funciones y cargos públicos (art. 23 CE). En estos casos, el legislador esta imposibilitado para extender su titularidad a los extranjeros. Por otro

---

<sup>426</sup> Este reconocimiento ya había sido predicado por parte de la doctrina: A.L Calvo Caravaca y F. Castillo Rigabet; "El extranjero ante el recurso de amparo", *La Ley* *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 397, 1982, pp. 824-831.

<sup>427</sup> Un catálogo que en fechas recientes se ha visto ampliado por el Tribunal Constitucional que en una serie de importantes sentencias ( STC 236/2007, de 7 de noviembre y STC 259/2007, de 19 de diciembre) ha declarado por vez primera la inconstitucionalidad de algunos apartados de la Ley de Extranjería 8/2000, de 22 de diciembre que negaban el ejercicio de determinados derechos a los extranjeros que no disponían de la correspondiente autorización de estancia o residencia, en concreto art. 1.5 (derecho de reunión y manifestación), art. 1.6 (derecho de asociación), art.1.6 (educación de naturaleza no obligatoria), art.1.9 (derecho a sindicarse libremente y derecho de huelga) y el art.1. 16 (asistencia jurídica gratuita). El fundamento de estas decisiones se encuentra en que se trata de derechos que son inherentes a la dignidad humana, reconocida en el art. 10 de la Constitución y por lo tanto de obligado reconocimiento a cualquier persona, independientemente de la situación en la que se encuentre. Erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador.

<sup>428</sup> O. Alzaga; *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Cortes Generales, Editorial de Derecho reunida, Madrid, 1997, p. 200.



lado, la Constitución también atribuye derechos a los españoles, pero sin impedir que el legislador pueda extenderlos a los extranjeros (ya que el art. 13.1 no impone un núcleo mínimo de derechos). En estos casos, cabe regularlos de desigual manera para los españoles y los extranjeros. El art. 14 CE, cuando proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a los españoles; pero tal y como se afirma en la STC 107/1984, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos dependerá en todo caso del derecho afectado. Por último, encontramos derechos como el derecho a la defensa nacional o algunos derechos sociales (derecho a la salud, a la educación, a la protección social, etc.), que sin ser auténticos derechos subjetivos para los españoles, pueden extenderse también a los extranjeros a través de Tratados o de la ley<sup>429</sup>.

Recapitulando lo establecido en la Constitución y en la interpretación que de la misma ha venido realizando el Tribunal Constitucional, podemos concluir que la titularidad de los derechos fundamentales se sitúa en tres planos:

- a) Aquellos que tienen un carácter universal y que se atribuyen a toda persona con independencia de su nacionalidad o de su condición, puesto que son exigencias esenciales de la dignidad de la persona, como el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), la libertad ideológica y religiosa (art. 16); la intimidad (art. 18) y la tutela judicial efectiva (art. 24).
- b) Aquellos que únicamente se reconocen a los ciudadanos de determinados Estados, por estar íntimamente relacionados con el ejercicio del poder político: como la libertad de residencia y circulación (art. 19), derecho de igualdad (art. 14), derecho al

---

<sup>429</sup> A. Borrás; "Evolución de la condición del extranjero en el medio social", en *Diez años de la Ley de Extranjería: balance y perspectivas*, Fundación Paulino Torras Domenech, Barcelona, 1995, pp. 213-236.

trabajo (art. 35) y derecho a una vivienda (art. 47), así como los derechos estrictamente políticos.

- c) Otros derechos en los que se permite una diferenciación de trato entre españoles y extranjeros y cuyo reconocimiento y disfrute por parte de estos dependerá de su configuración legal: como es el caso del derecho a la libertad y la seguridad (art. 17), derecho a la educación (art. 27), derecho de reunión y asociación (arts. 21 y 22), derecho de sindicación (art. 28)<sup>430</sup>.

La conclusión evidente que se desprende de este análisis es que el derecho a la intimidad personal y familiar (fundamento del derecho a la vida familiar), cuyo carácter fundamental es indudable en nuestra Constitución, tiene una titularidad universal, de ahí que no pueda restringirse solo a los ciudadanos nacionales, debido a que representa un bien esencialmente ligado a la dignidad de la persona. Eso significa que, en nuestro ordenamiento, su titularidad debe reconocerse a los extranjeros en sentido pleno y sin restricciones, en las mismas condiciones que a los nacionales. Como consecuencia, si consideramos que la reagrupación familiar es la manifestación necesaria del derecho a la vida familiar del extranjero, debe afirmarse igualmente su carácter fundamental<sup>431</sup>.

Una tesis que no comparte el Tribunal Constitucional, al negar el derecho a la vida en familia como un componente esencial de la dignidad humana, al considerar que nuestra Constitución no reconoce un "derecho

---

<sup>430</sup> Una configuración legal que respeto a estos cuatro últimos derechos, tal y como antes se ha señalado, recientemente se ha visto rebatida en dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional. ( STC 236/ 2007, de 7 de noviembre de 2007 y STC 259/ 2007, de 19 de diciembre)

<sup>431</sup> Con esta tesis no pretendemos sostener que la fundamentación en cadena de un derecho sobre otro derecho pueda mantenerse hasta el infinito sino que el contenido de un derecho como en este caso pueda ser delimitado por referencia a derechos codificados en otros documentos jurídicos no constitucionales. Se puede hablar en este sentido de derechos sin fronteras. M.R Ferrarese; *Diritto sconfinato, Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*; Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 103-106

a la vida familiar<sup>432</sup> y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, ya que a su parecer ninguno de dichos preceptos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18 CE<sup>432</sup>.

Una interpretación cuanto menos sorprendente y criticable si tenemos en cuenta que el propio Tribunal Constitucional reconoce que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha deducido del art. 8.1 CEDH un derecho a la vida familiar y que el ordenamiento europeo ha reconocido y regulado un derecho a la reagrupación familiar en la Directiva 2003/86/ CE<sup>433</sup>. Regulaciones e interpretaciones que no deben resultar ajenas a nuestro ordenamiento jurídico y su interpretación ya que en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, tal y como ha sido interpretado por el propio Tribunal Constitucional, cuando estos derechos se encuentran consagrados en nuestro texto constitucional, tal y como ocurre con el art. 18, derecho a la intimidad, éstas obligan a interpretar los correspondientes preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios<sup>434</sup>, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del Título I de nuestra Constitución.<sup>435</sup>

---

<sup>432</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 10º).

<sup>433</sup> Ibidem.

<sup>434</sup> Interpretación que no puede limitarse únicamente al texto de estos tratados y convenios sino que debe extenderse también a la exégesis realizada por los órganos instituidos por los mismos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al constituir un componente nuclear de los mismos.

<sup>435</sup> STC 64/1991, de 22 de marzo (FJ 5º)

## **SEGUNDA PARTE:**

### **EL DERECHO A LA VIDA EN FAMILIA DE LOS EXTRANJEROS: LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR**

La reagrupación familiar se configura como la manifestación del derecho a la vida en familia de los extranjeros. Se trata de un derecho que encuentra su justificación en el proceso de especificación de los derechos humanos. Junto a las categorías tradicionales como las mujeres, los niños o los discapacitados aparece una nueva categoría los extranjeros que reclaman una tutela específica en sus derechos para superar una situación de desventaja existencial. Una especial atención que se ha visto plasmada en el reconocimiento y especificidad en la regulación de los derechos y del régimen de los extranjeros que se contiene tanto en los instrumentos internacionales como nacionales.

En cuanto a la configuración y regulación de la reagrupación familiar. El Convenio Europeo de Derechos Humanos no contiene regulación alguna sobre la reagrupación familiar y ha sido su jurisprudencia la que ha elaborado esta importante construcción que ha tenido una gran importancia práctica para la protección del derecho a la vida en familia de los extranjeros.

A nivel comunitario encontramos una ampliación progresiva de su ámbito de aplicación que alcanza su máxima expresión con la aprobación recientemente de una Directiva que reconoce y regula este derecho en el caso de nacionales de terceros países y cuyos abatares tendremos ocasión de analizar pormenorizadamente. Además se verán los puntos comunes y divergencias que presentan las legislaciones europeas a este respecto.

En último lugar se analizarán los perfiles y la regulación que presenta la reagrupación familiar en el ordenamiento jurídico español atendiendo un especial interés a su posible configuración como un derecho fundamental.

## **CAPÍTULO V**

### **GLI STRANIERI E IL PROCESSO DI SPECIFICAZIONE DEI DIRITTI UMANI**

#### **1. L'ESSERE UMANO COME TITOLARE DI DIRITTI.**

In questo capitolo affronteremo il tema della specificazione dei diritti come quadro teorico entro il quale far rientrare la questione del diritto alla vita in famiglia. Il riconoscimento di diritti agli stranieri sarà interpretato come caso particolare di questo processo di specificazione. Si parlerà quindi di diritti da riconoscere a persone che si trovano in una particolare condizione esistenziale, gli stranieri appunto. Parlando di diritti fondamentali e diritti umani, in ogni caso, riteniamo necessario presentare un paragrafo introduttivo circa il rapporto tra diritti umani e diritti "naturali". Tale rapporto non soltanto è chiaramente individuabile sul piano storico, sul piano delle convinzioni ideologiche di coloro che parteciparono alla stesura delle dichiarazioni, nazionali ed internazionali, dei diritti ma lo è anche sul piano concettuale. Non vi è dubbio, infatti, che la tematica dei diritti umani e dei diritti fondamentali ha presentato la maggiore sfida alla tesi della separabilità concettuale tra diritto e morale, propria del positivismo giuridico, all'idea cioè che si possa individuare ed applicare il diritto senza fare riferimento ad alcuna pretesa o principio morale<sup>436</sup>. In questo caso, al fine di presentare un quadro completo della tematica dei diritti umani e dei diritti fondamentali riteniamo necessario introdurre la questione della natura dei diritti naturali, come pretese morali rilevanti per la giustificazione degli ordinamenti giuridici<sup>437</sup>.

---

<sup>436</sup> Per un'approssimazione al tema generalissimo rimandiamo a N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* (1979), trad. de R. De Asis, A. Greppi, Debate, Madrid, 1993; ma anche a C. S. Nino, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994; A. Ollero, *Diritto "positivo" e diritti umani*, a cura di I. Trujillo Perez, Giappichelli, Torino, 1998.

<sup>437</sup> Precisiamo che il riferimento alla tematica dei diritti naturali in questa sede non vuole essere un argomento a favore della tesi che il ricongiungimento familiare sia un "diritto naturale". Si potrebbe anche argomentare che lo sia, ma, più modestamente,

### **1.1. In che senso possiamo parlare di diritti naturali?**

Che i diritti naturali siano una delle fonti storiche del processo che ha portato alla produzione delle dichiarazioni dei diritti non sembra si possa nutrire alcun dubbio<sup>438</sup>. Diverso è però il caso della individuazione dei diritti umani, cioè della loro natura. Possiamo affermare che sono diritti umani tutti quei diritti che possiamo definire naturali? E soprattutto che differenza passa tra un diritto naturale e un diritto umano? I positivisti negano che i diritti umani siano diritti naturali, i primi infatti sono positivizzati, i secondi no, ma soprattutto i primi, in quanto diritti frutto di decisioni di autorità umane sono mutevoli nel tempo e nello spazio. Ogni ordinamento può avere una sua concezione dei diritti umani, così da garantire differenti pretese. Al contrario i diritti naturali sembrano essere delle pretese immutabili, valide in ogni tempo e in ogni luogo, conoscibili attraverso la ragione e indipendenti dallo sviluppo delle civiltà e dei loro costumi<sup>439</sup>. Inoltre i diritti naturali sembrano giustificarsi esclusivamente sulla base di una derivazione immediata da un dato biologico-naturale: essendo una certa proprietà propria della natura umana, allora vi deve essere una pretesa alla difesa di tale proprietà. In questo caso però si incorre nella cosiddetta fallacia naturalistica, o nella violazione della c.d. "legge di Hume", nell'errore di scambiare un fondamento naturale con un fondamento morale o nella pretesa di derivare una norma esclusivamente da premesse di fatto<sup>440</sup>. Certamente l'uomo ha la necessità biologica di nutrirsi, ma ciò non significa che questi abbia il diritto di ottenere il cibo in tutti i modi. Se affermiamo che si ha il diritto a nutrirsi è perchè riteniamo che vi siano modi corretti di ottenere nutrimento, così come modi sbagliati, considerata anche la circostanza che si ha bisogno del cibo.

---

intendiamo soltanto chiarire i connotati della nozione di "diritti naturali" al fine di distinguerli dai "diritti umani".

<sup>438</sup> Vd. F. Viola, *Etica e metaetica*, cit. cap. II.

<sup>439</sup> Vd. A tal proposito N. Bobbio, *El positivismo jurídico*, cit. cap. 1 e F. Viola, *Etica e metaética dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000.

<sup>440</sup> Bobbio a tal proposito collega la fallacia naturalistica con l'argomento della "natura della cosa". Vd. N. Bobbio, *El positivismo jurídico*, cit. pp. 182-187.

Non è una circostanza biologica a determinare, da sola, quali siano i nostri obblighi e le nostre pretese, ma un giudizio morale che attribuisce un valore alla circostanza biologica.

Ma è proprio vero che la dottrina dei diritti naturali è soggetta alla fallacia naturalistica? Oppure vi sono delle interpretazioni della legge, e dei diritti naturali, che sfuggono alla fallacia naturalistica? Allo stesso tempo, non si può argomentare che il tema dei diritti naturali cambia con la storia, cioè anche l'elenco dei diritti naturali muta con il sorgere di nuove pretese e con il bisogno di proteggere la natura umana da nuove minacce?

Partiamo dalla prima questione. La filosofia morale contemporanea si è soffermata sul problema del rapporto tra morale e altre discipline filosofiche, e in particolare sullo statuto epistemologico delle proposizioni normative. Abbiamo detto che l'affermazione che una certa condotta è moralmente sbagliata non deriva dalla circostanza che questa condotta produce delle conseguenze "naturalmente" dotate di valore. Questa affermazione non rientra, necessariamente, in una teoria dei diritti naturali. Che vi siano dei diritti naturali può significare: 1) che vi sono dei valori presupposti nelle nostre argomentazioni morali, 2) che tali valori sono soggetti ad una evoluzione storica, 3) che vi sono delle condizioni ontologiche dell'essere umano che determinano l'immagine che abbiamo di noi stessi e della società. Vediamo in ordine queste tre posizioni.

Il fatto che vi siano dei valori presupposti nelle nostre argomentazioni morali non equivale a dire che tali valori dipendono dall'osservazione della natura. Non è l'osservazione biologica che ci dice che la conoscenza sia dotata di per sé di valore. È piuttosto la circostanza che nelle nostre argomentazioni presupponiamo che vi è un valore nel conoscere, altrimenti non potremmo realizzare una esistenza degna di essere vissuta, in quanto mancherebbe un valore costitutivo del nostro agire, che ci dice che conoscere è una attività dotata di valore. In questo



caso il valore assume una caratteristica: è irriducibile ad altri valori, non rientra all'interno di una scala omogenea, ed è presupposto come intrinseco alle valutazioni delle nostre azioni e istituzioni<sup>441</sup>.

L'idea dei diritti naturali si riduce, quindi, all'asserzione, meno esigente senza dubbio dal punto di vista epistemologico, che i partecipanti ad una pratica sociale vogliano realizzare, magari anche sbagliando, dei valori che giustificano tale pratica. Tali valori, però, sono tali non per decisione o volontà dei partecipanti alla interazione, ma perchè danno senso alla pratica stessa, conferiscono ai partecipanti i criteri di valutazione della pratica stessa. In questo senso il diritto, come pratica sociale, avrebbe una serie di valori presupposti, che rientrano nell'ideale complessivo della giustizia<sup>442</sup>.

In secondo luogo, i diritti naturali possiedono un "evidente carattere pratico", in quanto si tratta di una "realtà morale", di qualcosa che esiste indipendentemente dal giudizio di qualcuno, che però ha una dimensione storica. La natura della giustizia è quella di una "realtà storica", di un insieme di pretese che vengono interpretate a seconda dell'evoluzione dei tempi. A tal proposito si argomenta che i diritti naturali non sono "a-storici", ma sono soggetti alla storia in due modi: "a) *por ser derechos realmente existentes son derechos que se tienen en el tiempo, en la historia; no son derechos supratemporales o intertemporales, sino temporales e históricos, del mismo modo que la persona está inmersa en la historia; b) en cuanto, al suponer un ajustamiento entre cosas o entre personas al cambiar personas y cosas, el cambio les afecta*"<sup>443</sup>.

---

<sup>441</sup> J. Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, cit. capp. III e IV. Egli parla di valori fondamentali caratterizzandoli come "principios indemostrables pero evidentes que informen nuestro razonamiento práctico". Ivi p. 113.

<sup>442</sup> Vd. F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990.

<sup>443</sup> M. Cruz Diaz de Terán, "La similitud con los derechos naturales", in J.J. Megías Quirós (coordinador), *Manual de derechos humanos*, Thomson Aranzadi, Cizur Nevar (Navarra), 2006, p. 44. Vd. J. Hervada, *Introducción crítica al Derecho Natural*, EUNSA, Pamplona, 1994, pp. 98-100; A.E. Pérez Luño, *Los Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 49. vd. Anche Ollero Tassara che attribuisce al positivismo giuridico una attitudine antistorica in quanto

In terzo luogo, da parte di autori contemporanei, come M. Nussbaum, si è provveduto ad indagare le presupposizioni ontologiche, l'immagine della persona, che assumiamo nelle nostre argomentazioni morali. Secondo l'autrice, come abbiamo accennato in precedenza, possiamo individuare alcune condizioni ontologiche dell'essere uomo, condizioni che nelle nostre argomentazioni riteniamo ineludibili al fine di individuare ciò che ci rende "umani", particolari soggetti morali differenti dagli angeli, dagli dei, o dagli animali. Queste condizioni, che in parte ricalcano altre antropologie, come quella aristotelica<sup>444</sup>, ci portano a riconoscere come le teorie morali possono essere valutate a partire da una concezione "vaga e spessa" del benessere umano. Tale concezione è vaga, perché non pretende di essere esaustiva e non intende fissare una volta e per tutte le condizioni della vita felice, condizioni che differiscono nella storia e che sono oggetto di una decisione individuale. Nello stesso tempo è spessa, perché, a differenza della teoria liberale di Rawls, fissa alcune dimensioni tipiche dell'essere uomo stabilendo una antropologia di riferimento con alcuni fini imprescindibili per l'azione, e quindi rifiutando la dicotomia tra teorie della giustizia e teorie del bene o tra questioni politiche e questioni metafisiche<sup>445</sup>.

Le tre precisazioni circa il concetto di diritti naturali permettono di ridurre la cesura tra questo tipo di pretese e i diritti umani. Abbiamo detto che i diritti umani si ritengono distinti dai diritti naturali per il fatto che i primi sono soggetti alla fallacia naturalistica, mentre i secondi no, in quanto non hanno come fonte la natura, ma un giudizio morale.

---

attribuisce validità ad una norma indipendentemente dal mutamento delle condizioni storiche, *Diritto "positivo" e diritti umani*, cit. p. 69 segg. Non si può quindi facilmente attribuire una dicotomia tra dimensione storica/dimensione antistorica alla controversia tra diritto naturale e giuspositivismo.

<sup>444</sup> M. Nussbaum, *Aristotelian Social Democracy*, en R.B. Douglass, G.R. Mara, H.S. Richardson (eds.), *Liberalism and the Good*, cit.; "Human functionings and social justice. In defense of Aristotelian Essentialism", *Political Theory*, 20, 2, 1992; M. Nussbaum "Non relative virtues, an Aristotelian Approach", en A. Sen (eds.), *The quality of life*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

<sup>445</sup> M. Nussbaum, *Aristotelian Social Democracy*, cit., pp. 217 y 234-236.

Abbiamo visto, però, che questa affermazione è affrettata, in quanto è possibile presentare dottrine della legge naturale e dei diritti naturali che non hanno come fonte un giudizio di fatto, ma un giudizio morale. In secondo luogo, abbiamo affrontato la presunta dicotomia tra diritti naturali come pretese storiche e i diritti umani come pretese storicamente determinate. Abbiamo visto che questa distinzione è affrettata, in quanto si può sostenere che i diritti naturali hanno una dimensione storica, determinata dalla maniera in cui le diverse comunità morali interpretano il contenuto di questi diritti e come individuano i criteri di giustificazione delle decisioni politiche. Il riferimento alla natura dell'uomo, quindi, non coincide con una fissazione storica dei caratteri rilevanti dell'essere uomo, ciò che non è disponibile al legislatore perchè costituisce la dignità umana.

Si può sostenere ancora che i diritti umani non sono diritti naturali per il fatto che essendo i primi diritti positivi, possono essere individuati senza far ricorso a argomentazioni filosofiche. Ritornando alla famosa considerazione di Bobbio, già presentata prima, si può sostenere che i diritti umani non hanno bisogno di giustificazione, perchè per il fatto che sono positivizzati in dichiarazioni internazionali sono già oggetto di un consenso universale. In questo caso, seppur possiamo considerare la tematica dei diritti naturali un discorso con un senso, e non un parlare di entità come gli unicorni o le fate, questo rimane un senso morale e non giuridico. Oggetto della scienza giuridica rimane soltanto l'individuazione e la garanzia delle pretese, non la loro giustificazione.

Su tale questione ritorniamo perchè ci sembra di capitale importanza per un ragionamento circa lo sviluppo del catalogo dei diritti umani e dei diritti fondamentali.

È vero che l'individuazione e la protezione dei diritti, umani e fondamentali, non necessita di una argomentazione filosofica, tendente ad indagare la giustificazione di tali diritti?

Una risposta affermativa ci permette di mantenere la nostra analisi all'interno della fortunata tradizione del positivismo giuridico, ma ci lascia con una serie di problemi rilevanti per la teoria dei diritti.

Affermando che il diritto può essere riconosciuto attraverso la dichiarazione di volontà di chi lo produce rischiamo di ridurre tutta la produzione normativa alle decisioni del giudice. È infatti chiaro che il diritto esiste nella misura in cui può risolvere delle controversie, altrimenti rimane una serie di dichiarazioni, di prescrizioni senza alcuna efficacia, ciò che gli inglesi chiamano *law in the books*. La dottrina realista del diritto, e l'ultima produzione di Kelsen, hanno mostrato come la produzione giuridica non risponde ai dogmi della tradizione della dogmatica giuridica. Il giudice non applica meccanicamente il diritto, seguendo i canoni dell'interpretazione letterale. In primo luogo il giudice attribuisce un significato alle disposizioni, che come sappiamo sono ambigue e vaghe, scegliendolo tra i vari possibili; in secondo luogo tale significato viene scelto sulla base di una serie di presupposti, anche valoriali, che il giudice ritiene imprescindibili per la soluzione del caso concreto<sup>446</sup>. In generale, quindi, l'affermazione della separabilità del diritto dalle argomentazioni morali rischia di affidare tutta l'applicazione del diritto, compresa la scelta delle premesse normative per la decisione del caso concreto, all'arbitrio del giudice. La fonte del diritto, quindi, non sarebbe più la legge, generale ed astratta e quindi necessariamente soggetta ad ambiguità e vaghezza, ma la discrezionalità del giudice<sup>447</sup>.

L'ambiguità e la vaghezza delle norme giuridiche è evidente nel linguaggio dei diritti, sia umani sia fondamentali. Ciò porta ai problemi di individuazione del significato delle disposizioni. Affermando che non vi è modo per criticare le decisioni del giudice circa l'interpretazione delle

---

<sup>446</sup> C.S. Nino, *Derecho, moral y política* cit. cap. III; B. Celano, "Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXV, 1, 2005, pp. 165 ss

<sup>447</sup> A. Ollero, *Diritto "positivo" e diritti umani*, cit. pp. 24-25.

disposizioni, finiamo per rendere il giudice il vero produttore di diritto, con un rischio particolare di squilibrio tra i poteri nel caso di democrazie costituzionali<sup>448</sup>.

I problemi di applicazione, poi, sono ancora più rilevanti in condizioni di pluralismo sociale. In questi casi una particolare interpretazione necessita di una giustificazione accettabile da parte degli appartenenti ai gruppi sociali con diverse concezioni della vita buona. Si pretende che i diritti siano una lingua franca, una comune base di intesa per regolare i conflitti di valore. Se però non ci domandiamo del loro fondamento e della loro giustificazione rischiamo di cadere nella trappola dell'irrelevanza dei diritti: siamo d'accordo su un catalogo dei diritti perchè non discutiamo del perchè siamo d'accordo (come faceva notare J. Maritain<sup>449</sup>). In questo caso, i diritti non servirebbero a risolvere i conflitti, ma potrebbero anche rinfocolarli, in quanto si potrebbe sostenere che grazie al diritto particolari posizioni morali vengono sostenute con la forza. In particolare non si potrebbe mai sostenere che una soluzione di un conflitto tra diritti sia migliore di un'altra, se non sulla base del fatto che tale soluzione è prodotta da una autorità competente.

Infine separare la questione dell'individuazione dalla questione della giustificazione dei diritti umani conduce ad una eterogenesi dei fini: considerare i diritti umani e i diritti fondamentali come pretese storiche, che derivano la loro validità da una decisione presa da un legislatore storico, magari di duecento anni fa. In questo modo, il diritto positivo, o meglio il diritto che da parte dei giudici si ritiene il significato da attribuire

---

<sup>448</sup> Da ciò deriva l'intento di R. Dworkin di ridurre la discrezionalità del giudice sottoponendo la sua attività a giudizi di moralità politica. Vd. R. Dworkin, *Tomar los derechos en serio* (1977), trad. De M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. cap. III

<sup>449</sup> Vd. G. Robles, "La olvidada complementariedad entre deberes y derechos humanos", en J.J Megías Quirós (coord.), *Manual de derechos humanos : los derechos humanos en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, p. 39

alle disposizioni normative, diventa un insieme di norme indipendenti dalla realtà storica e dall'evoluzione dei costumi<sup>450</sup>.

Chiudiamo questo paragrafo tirando le somme del discorso. La distinzione tra diritti naturali e diritti umani rimane utile, in quanto si basa su una distinzione tra un diritto morale e un diritto positivo. Allo stesso tempo, però, non bisogna cadere nell'errore di considerare i diritti naturali come pretese che hanno una fonte naturale, nel senso di biologica, e che sono astoriche. Al contrario si tratta di pretese morali, nel senso che non sono determinate da un giudizio di fatto, e di pretese storicamente mutevoli nella loro interpretazione e applicazione. Tale carattere è condiviso dai diritti umani, che sono oggetto anch'essi di una argomentazione morale. I diritti umani infatti non sono individuabili esclusivamente tramite i canoni dell'interpretazione propri della dogmatica giuridica, né si riducono alla decisione delle autorità competenti. Al contrario, la loro individuazione e la loro applicazione, da parte dei giudici, viene operata sulla base di argomentazioni morali, non dissimili da quelle operate in sede filosofica quando si parla di diritti naturali. Ciò non significa che i diritti naturali potrebbero sostituire i diritti umani. I diritti naturali costituiscono un campo ideale tramite il quale valutare il reale insieme delle norme giuridiche esistenti, ma non possono sostituire il diritto positivo. In un certo senso l'idea che vi siano diritti naturali non implica che esista un diritto naturale superiore al diritto positivo, significa soltanto che il diritto positivo viene valutato sulla base di un insieme di principi, di natura morale, ineliminabili per la sua giustificazione<sup>451</sup>.

---

<sup>450</sup> A. Ollero, *Diritto "positivo" e diritti umani*, cit. pp. 62-63.

<sup>451</sup> Teniamo presente che i diritti naturali costituiscono una possibile strada per giustificare i diritti umani, o i diritti fondamentali, ma non esauriscono tutti i possibili modi di giustificare una pretesa giuridica. È possibile anche una forma di morale costruttivista che non parta da una considerazione dei valori come entità reali, ma costruzioni della ragione. Vd. per un esempio di costruttivismo J. Rawls, *Liberalismo politico*, cit. p. 40 y 128.

## **1.2. Diritti umani e diritti fondamentali. Come distinguerli?**

Fornire una approssimazione teorica al concetto di diritti fondamentali non è compito facile. Abitualmente si utilizzano, infatti, diversi termini in maniera indistinta per alludere a questa nozione, mentre invece ciascuno di questi termini presenta sfumature differenti. Se diamo uno sguardo ad un rinomato dizionario giuridico, ciò che richiama la nostra attenzione è il fatto che non appare la voce *diritto fondamentale* come tale, ma bensì si allude a questa nozione nella voce *diritti umani o dell'uomo*. Ciò in parte si deve, così come riconosce lo stesso dizionario, al fatto che in Spagna si è soliti utilizzare come sinonimi di questa espressione le locuzioni: *libertà fondamentali, diritti pubblici soggettivi, diritti essenziali e diritti naturali*<sup>452</sup>.

Di fronte a tale diversità terminologica è necessario che ci domandiamo quale sia il contenuto essenziale di questo vocabolo e se in fondo le differenze siano significative o soltanto apparenti. In generale, quando parliamo di diritti fondamentali facciamo riferimento principalmente a diritti che sono stati codificati in sede internazionale, mentre quando parliamo di diritti fondamentali, al contrario, ci riferiamo a diritti intra-statali, diritti codificati e garantiti all'interno di un ordinamento statale<sup>453</sup>.

Abitualmente si utilizza la nozione di *diritti fondamentali* per far riferimento a quei diritti che si trovano nello scalino più alto della gerarchia normativa. Alcuni autori pensano che, per differenziarli dai diritti umani, quindi, dobbiamo far riferimento al loro differente grado di positivizzazione. Il termine diritti umani avrebbe come principale caratteristica dei contorni più ampi e imprecisi della nozione di *diritti*

---

<sup>452</sup> *Diccionario Espasa Jurídico*, Espasa Calpe, Madrid 2001, pp. 567-568

<sup>453</sup> Vd. a tal proposito J. De Lucas (et alii), *Introducción a la Teoría del Derecho*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1994, p. 380; B. Martínez de Vallego Fuster, "Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual", in J. Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 58-60.

*fondamentali*. I diritti umani di solito si riferiscono ad un insieme di facoltà e di istituti che in ogni momento storico rendono concrete le esigenze di dignità, libertà e di uguaglianza tra gli esseri umani, esigenze che devono essere riconosciute dagli ordinamenti giuridici a livello nazionale ed internazionale<sup>454</sup>. I diritti umani, quindi, sono parte del diritto positivo, ma, a differenza dei diritti fondamentali mancano di garanzie giurisdizionali.

Per questa ragione alcuni parlano dei diritti umani come di mere enunciazioni di principio, di diritti morali o di diritti "non giustiziabili". Possono essere considerati un possibile sviluppo del diritto positivo, ma soffrono di un deficit di implementazione per la mancanza di una giurisdizione internazionale che ne tuteli la garanzia e che sia azionabile su richiesta di un soggetto individuale e non uno Stato<sup>455</sup>.

I *diritti fondamentali*, al contrario, hanno un significato più preciso e delimitato, in quanto descrivono solo l'insieme di diritti e libertà giuridiche istituzionalmente riconosciuti e tutelati dal diritto positivo di uno Stato. Si tratta sempre di diritti con una validità spaziale e temporale limitata che fondano un sistema giuridico determinato e che solitamente vengono inseriti tra le norme costituzionali. Per questa ragione godono di una tutela rafforzata.

La differenza sostanziale tra diritti fondamentali e diritti umani si trova nella circostanza che i primi enumerano in forma dettagliata e precisa i diritti riconosciuti e garantiti dal diritto positivo nazionale, mentre tra i diritti umani rientrano anche i diritti e le libertà riconosciuti in dichiarazioni e trattati internazionali, così che tra questi possiamo trovare anche pretese che, pur essendo espressione di esigenze inerenti alla dignità umana, non possono essere considerati diritti fondamentali, perché mancano di garanzie e non possono essere oggetto di ricorso giurisdizionale. I diritti

---

<sup>454</sup> A.E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid 1984, pp. 46 y 47.

<sup>455</sup> Sul punto vd. tra i tanti, G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 176-177.



fondamentali, infatti, hanno un sistema di protezione e garanzia molto più elevato di quello di cui godono i diritti umani, i quali soffrono dei limiti propri dell'ordinamento internazionale: hanno solo un carattere inter-statale, sono sottoposti al riconoscimento degli Stati e mancano di un tribunale a livello internazionale che garantisca il loro rispetto.

Le due nozioni differiscono poi circa il rapporto che stabiliscono con la nozione di sovranità. Dei diritti umani, pur dipendendo da trattati internazionali, si predica il loro carattere imprescrittibile, inalienabile, irrinunciabile e universale. In altre parole i diritti umani non possono essere oggetto di decisione del sovrano statale. Questi diritti nascono come limite all'esercizio della sovranità, sia nella relazione tra lo Stato e i suoi cittadini (sovranità interna) sia nella relazione tra lo Stato e gli stranieri<sup>456</sup>. Il riconoscimento e la positivizzazione dei diritti fondamentali, al contrario, dipenderà in ultima analisi sulla sovranità dello Stato. Portata all'estremo tale differenza potrebbe portare al caso, così come di fatto accade, che certi diritti fondamentali si riconoscono solo ai cittadini di uno Stato, per cui si rompe la tradizionale concezione universale dei diritti umani.

Bisogna però non enfatizzare questa differenza tra diritti umani e diritti fondamentali.

Non è vero che i diritti umani non possano essere considerati anche diritti fondamentali, cioè diritti riconosciuti dai singoli ordinamenti. Alla riduzione dei diritti fondamentali a pretese riconosciute solo ai cittadini e allo svuotamento dei diritti umani come semplici dichiarazioni di principio si oppone L. Ferrajoli. Egli fornisce una definizione di diritti fondamentali come pretese garantite universalmente ad una certa classe, i cittadini, i capaci di agire, gli esseri umani. Secondo Ferrajoli, nella storia si sono sempre riconosciuti diritti fondamentali, almeno dal diritto romano, ciò che

---

<sup>456</sup> L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pp. 152 segg.

però ha fatto la differenza è stata la differenziazione del catalogo di tali diritti a seconda dei soggetti<sup>457</sup>. Vi sono quindi, ancora oggi, diritti fondamentali riconosciuti ai cittadini, ai soli capaci di agire o a tutti gli esseri umani.

La differenziazione più rilevante rimane quella tra cittadini e stranieri, essendo questi sottoposti a differenti trattamenti, alcuni dei quali, come nel caso dell'attribuzione di libertà, discriminatori<sup>458</sup>. Inoltre i diritti fondamentali godono di una protezione giurisdizionale rinforzata rispetto a quella propria dei diritti codificati tramite la legislazione. Tali diritti sono infatti fondamentali perché, indipendentemente dalla loro fonte, non possono essere modificati dal legislatore, neppure tramite modifica della costituzione. Si tratta, in altre parole, di pretese che garantiscono l'identità di un certo ordinamento. In questo senso, la loro modifica, la loro restrizione, o la loro abrogazione equivale ad un mutamento rivoluzionario dell'ordinamento<sup>459</sup>. Infine per Ferrajoli, anche gli stessi diritti umani sono da considerare diritti fondamentali perché sono parte di un documento vincolante giuridicamente tutti gli ordinamenti statali. In questo senso, anche gli stranieri godono di diritti fondamentali che non possono essere riconosciuti, per decisione del legislatore, ai soli cittadini. In questo modo la nozione di diritti umani viene ad essere identificata, in quanto categoria giuridica, a quella di diritti fondamentali<sup>460</sup>.

---

<sup>457</sup> Ivi, p. 41.

<sup>458</sup> Ibidem. Vd. anche J. De Lucas, "Inmigración, ciudadanía, derechos: el paradigma de la exclusión", en M. E. Rodríguez, A. Tornos (editores), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Comillas, Madrid, 2000, pp. 21-26

<sup>459</sup> Ivi, pp. 47-50.

<sup>460</sup> Ivi p. 55. Un elemento importante, e molto criticato, della teoria di Ferrajoli è il suo carattere esclusivamente, nelle intenzioni del suo autore, descrittivo e non prescrittivo. Si tratterebbe quindi di un insieme di giudizi di fatto (come gli ordinamenti costituzionali sono) e non di giudizi di valore (come dovrebbero essere gli ordinamenti costituzionali). In altre parole l'attribuzione del carattere di fondamentale ad una pretesa non è il frutto di un giudizio morale, ma di un giudizio avalutativo della scienza giuridica. L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit. pp. 37-38. La posizione di Ferrajoli, quindi, si iscrive all'interno del positivismo giuridico, in particolare per la sua tesi della separazione tra giudizi di fatto e giudizi di valore nella scienza giuridica, anche se da questa si allontana per il rifiuto della tesi statalista, che reduce tutto il diritto a diritto di produzione statale, e volontarista, che reduce tutto il

PECES-BARBA dal canto suo afferma che è meglio parlare, invece di diritti umani e di diritti fondamentali, soltanto di diritti fondamentali, in quanto:

- 1) la seconda nozione è più precisa e meno ambigua di quella di *diritti umani*;
- 2) i diritti fondamentali condividono con i diritti umani un riferimento alla moralità e alla giuridicità fondamentale di un ordinamento senza cadere nel riduzionismo giusnaturalista o positivista.

Per questo autore il termine *diritti fondamentali* tiene in conto tanto i presupposti etici come le componenti giuridiche: da una parte la rilevanza morale di una idea connessa con la dignità umana e i suoi obiettivi di autonomia morale, dall'altra la rilevanza giuridica propria di norme fondamentali dell'ordinamento giuridico, essendo tali diritti uno strumento necessario affinché l'individuo sviluppi nella società tutte le sue potenzialità e si realizzi come essere umano<sup>461</sup>.

I diritti fondamentali appaiono, quindi, come la fase più avanzata del processo di positivizzazione dei diritti naturali nei testi costituzionali degli Stati di diritto, processo che avrà come punto intermedio i diritti umani<sup>462</sup>. In definitiva, è certo si possono incontrare diritti umani fuori dalla Costituzioni, ma non diritti fondamentali, in quanto questi nascono e muoiono con tale documento normativo<sup>463</sup>. Il carattere "fondamentale" dei diritti, come abbiamo segnalato, presenta quindi una doppia funzione: da

---

diritto all'ordine del sovrano. Che questa posizione sia coerente, è un'altra questione che qui non affrontiamo, rimandiamo soltanto a D. Zolo, "Libertà, proprietà ed eguaglianza in Ferrajoli", *Teoría política*, XV, 1, pp. 6-8.

<sup>461</sup> G. Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales*, cit. pp. 36-38.

<sup>462</sup> E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, cit. p. 44.

<sup>463</sup> P. Cruz Villalón, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, in *idem*, *La curiosidad del Jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1999, p. 29 segg. Tuttavia, E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, cit. pp. 44-51, preferisce riservare il termine diritti umani per il campo della morale e diritti fondamentali per il campo giuridica.

un lato la prova che il sistema giuridico contempla l'articolazione giuridica di determinati valori nella forma di pretese a base dell'ordinamento; dall'altro la missione di individuare la portata e il significato di alcuni diritti in un particolare ordinamento giuridico attraverso le tecniche di protezione e riconoscimento degli stessi<sup>464</sup>.

Questa differenziazione tra diritti non è quindi discrezionale per il legislatore. Al contrario questi diritti hanno per oggetto una serie di condizioni e caratteristiche innate all'essere umano, condizioni necessarie per la sua dignità e al suo libero sviluppo come persona. Per questa ragione si tratta di diritti che ricevono il grado più alto di riconoscimento e protezione da parte dell'ordinamento giuridico.

Per questa ragione, i diritti umani condividono con i diritti fondamentali il carattere dell'inalienabilità e dell'intangibilità<sup>465</sup>. Si afferma da più parti che i diritti fondamentali non sono tangibili dal legislatore, almeno nel loro contenuto essenziale, neppure attraverso un procedimento democratico. In altre parole i diritti fondamentali, come quelli umani, sono inalienabili, perchè costituiscono una protezione necessaria alla dignità umana e non sono disponibili alle decisioni della volontà individuale, a differenza della nozione di diritti soggettivi. In questo senso si consumano due passaggi che stabiliscono una differenza tra le teorie dei diritti soggettivi, di stampo ottocentesco, e le teorie dei diritti fondamentali e dei diritti umani.

Mentre nelle prime il titolare del diritto aveva possibilità di alienare tale titolarità, come nel caso del diritto di proprietà che costituiva il prototipo di tutte le situazioni soggettive di vantaggio, nelle seconde il soggetto non può disporre del diritto di cui gode, in quanto questo costituisce una

---

<sup>464</sup> J. Ballesteros, *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 53.

<sup>465</sup> B. Marínez De Vallejo Fuster, "Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual", en J. Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*. cit. p. 58-60; A.L. Martínez Pujalte, "Los derechos humanos como derechos inalienables", en J. Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*. cit. p. 86-99

garanzia per il soddisfacimento dei suoi bisogni<sup>466</sup> e per il mantenimento di una eguaglianza sostanziale<sup>467</sup>.

Nel caso spagnolo questi diritti sono codificati nel titolo I della costituzione, e a questi si garantisce una speciale protezione, così che il nostro legislatore opta per costituzionalizzare e inserire nel nostro ordinamento, attraverso l'articolo 10.2, la maggioranza dei diritti umani esistenti che si raccolgono in diversi trattati e accordi internazionali, con le conseguenze giuridiche che tale inserimento produce.

Come conclusione a questa breve sintesi del dibattito circa la nozione di diritti umani e di diritti fondamentali, possiamo dire che, se anche esiste a priori una differenza concettuale tra i due termini, nell'ordinamento spagnolo tale differenza si attenua per la ricezione dei diritti umani che il costituente spagnolo realizzò nell'articolo 10.2 della costituzione.

## **2. UNA CASSETTA DEGLI ATTREZZI PER IL PROCESSO DI SPECIFICAZIONE DEI DIRITTI.**

### **2.1. Il quadruplice sviluppo dei diritti soggettivi.**

I diritti soggettivi, l'insieme di pretese riconosciute da un ordinamento ad un soggetto, hanno subito un quadruplice processo di sviluppo. Tali pretese, come è stato spiegato tra gli altri da Peces Barba, sono state oggetto di positivizzazione, generalizzazione, internazionalizzazione e specificazione<sup>468</sup>. In primo luogo, i diritti soggettivi sono stati positivizzati in Carte dei diritti, dichiarazioni, costituzioni o sono stati riconosciuti parte

---

<sup>466</sup> J. De Lucas, "Algunos equívocos sobre el concepto y fundación de los derechos humanos", in J. Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*, cit. pp. 19-20; J. García Añón, "Los derechos humanos como derechos morales; aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez", in J. Ballesteros, *Derechos humanos* cit., pp. 62-63.

<sup>467</sup> L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit. pp. 50-55. E.J. Vidal Gil, "Los derechos humanos como derechos subjetivos", in J. Ballesteros, *Derechos humanos*, cit. pp. 40-41, riconosce che l'essere inalienabili rende i diritti umani una forma distinta da quella dei diritti soggettivi, ma paventa anche il rischio di derive paternaliste.

<sup>468</sup> G. Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales*, cit. pp. 154-199.

del diritto consuetudinario di uno Stato. I diritti, quindi, sono passati da essere una parte di un patrimonio morale di ciascun soggetto (maschio) da cui originavano pretese come il diritto di proprietà, così come pretendeva il giusnaturalismo moderno<sup>469</sup>, ad un insieme di norme efficaci e vincolanti l'azione dello Stato, o come norme consuetudinarie o come atti di autolimitazione dello Stato stesso. Senza la positivizzazione i diritti rimangono soltanto pretese morali prive di alcuna garanzia giuridica<sup>470</sup>. In secondo luogo abbiamo assistito ad un processo di generalizzazione dei diritti. Diritti civili come la libertà religiosa sono stati riconosciuti anche alle minoranze, in primo luogo gli ebrei, in seguito al tramonto del carattere confessionale dello Stato e al processo di secolarizzazione delle istituzioni pubbliche. Anche i diritti politici sono passati dall'essere delle pretese riconosciute soltanto in virtù del censo, così come buona parte dei teorici liberali dell'ottocento richiedevano<sup>471</sup>, a diventare dei diritti universali, anche se spesso le donne hanno dovuto attendere fino alla fine della seconda guerra mondiale<sup>472</sup>.

Infine la vicenda dei diritti soggettivi ha visto anche un processo di internazionalizzazione, con la nascita delle Nazioni Unite e con la promulgazione della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo. Con tale atto è cominciata una nuova fase dello sviluppo dei diritti, una fase che punta alla tutela di alcune pretese non solo all'interno dei singoli Stati, ma anche su scala planetaria. Tale fase è, però, limitata dalla difficoltà di garantire tali diritti. Il dogma della sovranità dello stato, il carattere autovincolante di simili dichiarazioni, la mancanza di istituzioni

---

<sup>469</sup> F. Viola e G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Mulino, Bologna, 2003, pp. 81-85, e P. Talavera Fernandez, "Historia de su nacimiento", en J.J Megías Quirós, *Manual de derechos humanos: los derechos humanos en el siglo XXI*, cit. pp. 63-68.

<sup>470</sup> G. Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales*, cit. p. 160. A. Sen, "Elements of a theory of human rights", in *Philosophy and Public Affairs*, n. 4, 2004, pp. 318-320, argomenta come i diritti umani abbiano un significato, morale e politico, anche nel caso in cui non siano positivizzati.

<sup>471</sup> D. Losurdo, *Democrazia o bonapartismo. Trionfo e decadenza del suffragio universale*, Bollati Boringhieri, Milano 1993, pp.11-54.

<sup>472</sup> G. Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales*, cit. pp. 163-167.

giurisdizionali sovranazionali<sup>473</sup>, o la stessa dipendenza delle corti dal potere politico, con forme di autolimitazione del loro operato per quanto riguarda questioni di politica estera<sup>474</sup>, in alcuni ordinamenti hanno sensibilmente diminuito, fino quasi ad annullarlo, il potenziale emancipatorio di tali pretese.

Si è arrivati ad un duplice paradosso. Da una parte i diritti "universali" vengono tutelati in quei paesi dove meno vengono violati, come è chiaro nei paesi della Unione Europea, dall'altra i diritti umani vengono utilizzati come uno strumento di giustificazione di interventi umanitari di dubbia legittimità, in quanto funzionali a logiche di potenza militare e politica<sup>475</sup>, e condotti in spregio delle convenzioni di tutela dei civili. Il quarto processo è dato dalla specificazione dei diritti. Si tratta di un processo che corregge il processo di generalizzazione, in quanto punta a diversificare le situazioni soggettive di vantaggio in virtù del riconoscimento di differenti situazioni esistenziali. Sappiamo, infatti, che lo sviluppo delle dottrine dei diritti ha subito, inevitabilmente, una pesante ipoteca da parte delle antropologie di riferimento delle varie ideologie politiche.

L'idea del razionalismo giusnaturalista, che ha fatto da sfondo filosofico per le dichiarazioni dei diritti del settecento, è quella di un soggetto di diritto che gode di alcune pretese morali, così come affermava Grozio, ma che inoltre decide autonomamente perchè libero da

---

<sup>473</sup> G. Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales*, cit. pp. 174-177, Bobbio, *El tiempo de los derechos*, cit. pp. 126-127 parla di mancanza di due condizioni affinché i diritti umani passino da diritti in senso morale, mere enunciazioni di principio, a diritti in senso giuridico: il rispetto di tali diritti come requisito per appartenere alla comunità internazionale, mancanza di un potere che prevenga le violazioni dei diritti, o le sanzioni.

<sup>474</sup> Pensiamo alla political question doctrine seguita dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, e in generale il tema del segreto di Stato per questioni di sicurezza. In generale si può parlare per le questioni legate alla politica estera di un mantenimento del dogma della sovranità e della modalità di esercizio del potere secondo i canoni dell' arcana imperii.

<sup>475</sup> D. Zolo, *Chi dice umanità*, Einaudi, Torino, 2003, pp. 41-71.

ogni bisogno, in primo luogo economico<sup>476</sup>. Non è un caso che la restrizione del suffragio era determinata dall'idea che chi era salariato non poteva che essere dipendente dalla volontà del padrone. Il processo di positivizzazione dei diritti, quindi, non si accompagnava ad un processo di generalizzazione, in quanto giocava un forte ruolo limitativo quell'armamentario dottrinale che vedeva l'azione politica e tutta la vita pubblica un mondo che doveva essere abitato soltanto da persone autonome<sup>477</sup>.

In questo caso, la generalizzazione dei diritti si accompagnava ad una distinzione tra i titolari dei diritti. Da una parte i cittadini, coloro che godevano dello status *activae civitatis*, dall'altro i semplici membri della comunità, che godevano semplicemente dello status *libertatis*, di una serie di libertà. Soltanto grazie all'avvento dirompente dei movimenti operai, in particolare in Europa, e dei movimenti dei diritti civili negli USA, si percepisce, anche a livello dell'agenda politica e culturale, come dietro il processo di generalizzazione dei diritti si nascondano forme di omogeneizzazione e discriminazione di gruppi sociali. Il soggetto di diritto è tale perchè gode di una particolare situazione di fatto, appartiene ad una classe sociale, la borghesia<sup>478</sup>, perchè è maschio, perchè è bianco, perchè è protestante, o cattolico, ecc<sup>479</sup>.

---

<sup>476</sup> In particolare si è posta la questione del legame tra teorie dei diritti e individualismo egoista. Vd. J. Ballesteros, "El individualismo como obstáculo a la universalidad de los derechos humanos", *Persona y derecho*, tomo 2, 1999, pp. 15-28.

<sup>477</sup> Un esempio della forza di tale tradizione, di fonte aristotelica, è il pensiero di H. Arendt che accetta l'idea che la vita politica sia l'ambito della libertà. H. Arendt, *Vita Activa. La condición Humana*, cit. pp. 41-42. In questo caso le questioni politiche sono le uniche che possono essere decise secondo convincimento, mentre le questioni economiche e sociali non possono che venire decise secondo criteri di necessità. Da ciò deriva la sua profonda avversione per esperienze rivoluzionarie, come quella francese e quella russa in cui non era in gioco la costruzione di istituzioni politiche che avessero come fine la libertà della società, ma la risoluzione di problemi sociali urgenti. A causa di tale urgenza tali esperienze si tradussero in forme di oppressione. H. Arendt, "Sobre la revolución (1963)", *Revista de Occidente*, cap. II, Madrid, 1967.

<sup>478</sup> G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 31, parla a proposito di "Società politica monoclasse".

<sup>479</sup> Sulla nozione di cittadinanza come nozione che annulla le differenze tra i vari gruppi, e le loro necessità, vd. I.M. Young, "Justice and the Politics of Difference", *Princeton U.P.*, Princeton, 1990.



Si viene a manifestare, perciò, una contraddizione tra la missione emancipatrice dell'istituto dei diritti soggettivi, sia nella sua forma di diritti civili sia nella forma di diritti politici, e la sua realizzazione pratica. La positivizzazione e la generalizzazione dei diritti cristallizzano, talvolta, situazioni di svantaggio, giuridificando status sociali di secondo ordine: la donna, il nero, l'appartenente ad una particolare minoranza religiosa, ecc.

A tal proposito si rende necessario un processo di specificazione dei diritti. Non basta che vi siano diritti universali e positivi, perchè si realizzi la missione civilizzatrice, emancipatrice ed inclusiva dei diritti; è necessario che si riconoscano nuove pretese e nuovi soggetti di diritto<sup>480</sup>. Si tratta infatti di un processo dalle molteplici facce: si individuano bisogni che precedentemente non erano considerati degni di tutela, si identificano nuovi soggetti di bisogno che non sono titolari di diritti soggettivi, si approntano nuove giustificazioni per il riconoscimento di nuovi diritti o per l'allargamento della platea dei titolari.

## **2.2. I tre sensi della specificazione dei diritti.**

Il processo di specificazione può essere distinto, per comodità d'analisi<sup>481</sup>, in tre aree interconnesse<sup>482</sup>. In primo luogo dobbiamo domandarci se il processo di specificazione dei diritti ha per oggetto la concretizzazione di diritti già codificati o concerne anche la nascita di nuovi diritti.

In secondo luogo bisogna capire se tale processo individua nuovi soggetti di diritti con particolari esigenze. In questo caso bisogna analizzare quali sono le caratteristiche di questi nuovi soggetti. Inoltre ci soffermeremo sulla differenza tra concezioni dei diritti basate sulla

---

<sup>480</sup> E. Fernandez Ruiz-Gálvez, *Igualdad y derechos*, Técnos, Madrid, 2003, pp. 66-69.

<sup>481</sup> Come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, infatti, non si può separare la questione dell'individuazione, dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto, in senso soggettivo, dalla questione della sua giustificazione.

<sup>482</sup> Seguiamo la tripartizione di G. Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales*, cit. pp. 180-196.

volontà e concezioni dei diritti basate sull'interesse. Ci domanderemo se il passaggio da una concezione choice based ad una interest based dei diritti soggettivi sia uno dei risultati del processo di specificazione del soggetto titolare di diritti.

In ultimo, è necessario individuare i fondamenti morali di queste specificazione, in che senso queste nuove esigenze siano dotate di valore. In particolare indagheremo se il processo di specificazione dei diritti si basi su forme di giustificazione particolaristiche e quindi implichi il rifiuto di etiche universalistiche.

### **2.2.1. I nuovi soggetti di diritto.**

Come è noto N. Bobbio individua nell'evoluzione della nozione di diritto soggettivo un processo di specificazione dei titolari dei diritti. Per la chiarezza e l'autorevolezza della sua posizione ci permettiamo due lunghe citazioni.

“Questa moltiplicazione è avvenuta in tre modi: a) perchè è andata aumentando la quantità dei beni considerati meritevoli di essere tutelati; b) perchè è stata estesa la titolarità di alcuni tipici diritti a soggetti diversi dall'uomo; c) perchè l'uomo stesso non è stato considerato come ente generico, o uomo in astratto, ma è stato visto nella specificità o nella concretezza delle sue diverse maniere di essere nella società come, infante, come vecchio, come malato ecc”.<sup>483</sup>

Bobbio individua due ambiti dello sviluppo di specificazione secondo il soggetto di diritto. In primo luogo si tratta del processo di individuazione di esigenze proprie della donna, o di altri soggetti con differenti esigenze rispetto a quelle del soggetto “astratto” di diritto; in secondo luogo si tratta del riconoscimento del mutamento dei bisogni dei cittadini a seconda delle varie fasi della vita. Afferma Bobbio:

---

<sup>483</sup> Bobbio, L'età dei diritti, cit. p. 68, trad. cast. *El tiempo de los derechos*, cit. p. 114.

“Eguaglianza e differenza hanno una diversa rilevanza secondo che vengono in questione diritti di libertà o diritti sociali, ciò fra l'altro è una ragione per cui nel campo dei diritti sociali, più che in quello dei diritti di libertà sia avvenuta quella proliferazione dei diritti di cui ho parlato all'inizio, giacchè attraverso il riconoscimento dei diritti sociali sono comparsi, accanto all'uomo astratto o generico, al cittadino senz'altre qualificazioni, nuovi personaggi come soggetti di diritti prima sconosciuti alle dichiarazioni dei diritti di libertà: la donna e il bambino, l'anziano e il molto anziano, il malato e il demente e così via.”<sup>484</sup>.

La specificazione secondo i soggetti, poi, non riguarda soltanto le legislazioni nazionali, al contrario assistiamo ad un proliferare di documenti normativi di fonte internazionale che vengono recepite dai singoli ordinamenti giuridici nazionali.

“Basta dare un'occhiata alle carte dei diritti che si sono succedute in ambito internazionale, in questi ultimi quaranta anni, per rendersi conto di questo fenomeno: nel 1952 la Convenzione sui diritti politici della donna; nel 1959 la Dichiarazione dei diritti del fanciullo; nel 1971 la Dichiarazione dei diritti del minorato mentale; nel 1975, la Dichiarazione dei diritti delle persone handicappate”<sup>485</sup>.

Il processo di specificazione dei soggetti di diritti ha portato ad aprire una serie amplissima di questioni che in questa sede non possono che essere accennate. Ci si domanda se è possibile individuare i limiti di questo processo di specificazione, in particolare se possono essere considerati soggetti di diritto entità collettive, i gruppi, o entità non ancora venute alla luce, come per esempio l'embrione o le generazioni future, o entità non umane, come gli animali o l'ambiente. I problemi infatti sono evidenti, e ne accenniamo soltanto alcuni.

---

<sup>484</sup> Ivi pp. 72-73, trad. cast. pp. 117-118.

<sup>485</sup> Ivi, p. 70, trad. cast. pp. 115-116.

Come stabilire i diritti individuali all'interno dei gruppi? In particolare i membri dei gruppi, se decidono di abbandonare la comunità, hanno diritto ad una compensazione per il lavoro fin ora svolto i cui frutti sono stati goduti dalla comunità? La tutela dell'embrione implica una restrizione all'esercizio del diritto di interruzione di gravidanza? Come risolvere quindi i conflitti tra diritti individuali e diritti collettivi? Come bilanciare le pretese giuridiche che si ritiene sia titolare il concepito con i diritti della madre? La specificazione del soggetto di diritto implica quindi, come vedremo, un allargamento del catalogo dei diritti e la necessità di approntare soluzioni per nuovi conflitti tra diritti.

### **2.2.2. Nuovi diritti per nuovi soggetti. Alcune problematiche.**

La proliferazione dei soggetti di diritto, o meglio la richiesta di riconoscere nuovi soggetti di diritto, si accompagna a nuove generazioni di diritti, non più civili politici o economici, ma anche diritti delle nuove generazioni, del feto, degli embrioni, dei nativi ecc. L'idea che non vi sia un unico soggetto di diritto, ma molteplici, e che questi soggetti godano di diritti diversi, anche contraddittori, ha portato ad individuare due modi di intendere i diritti soggettivi e quindi due classi di dottrine dei diritti. Da una parte vi sono le dottrine dei diritti come "scelta" (choice based theories), dall'altra le dottrine del diritto come "interesse tutelato" (interest based theories)<sup>486</sup>. Le prime individuano la natura giuridica dei diritti, e il loro fondamento, la loro giustificazione morale, nell'essere queste pretese l'oggetto di una scelta, di una manifestazione di volontà che deve essere riconosciuta dall'ordinamento.

Queste dottrine, quindi, partendo dall'idea individualistica e volontaristica del diritto soggettivo, affermano che vi è un diritto quando lo

---

<sup>486</sup> In generale sulla differenza vd. B. Celano, "I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz", in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 2002, ([http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi\\_2001](http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2001).)

Stato riconosce un particolare ambito di scelte come intangibile alla sua azione. Posso leggere ciò che voglio, senza temere di subire una sanzione, perchè godo di una libertà, di una pretesa di non interferenza da parte dello Stato. Allo stesso tempo un simile diritto è giustificato, anche come pretesa morale, perchè ogni individuo gode di certe libertà, che se non fossero garantite costituirebbero una violazione della sua autonomia di scelta.

Queste dottrine sono state attaccate da diversi autori. In questa sede ci soffermeremo su N. MacCormick e sulla sua teoria del diritto come interesse tutelato, in quanto coincidente con il processo di specificazione dei diritti a partire dalla moltiplicazione dei suoi titolari. Secondo MacCormick, i diritti dei bambini costituiscono una prova per la sostenibilità delle teorie dei diritti.

Secondo la teoria dei diritti basata sulla volontà i diritti dei bambini sono soltanto pretese morali, non sono diritti legali. Questa conclusione si può trarre dall'idea che vi sono doveri correlati a diritti solo se vi è qualcuno che ne pretende il compimento tramite una manifestazione di volontà. I bambini, quindi, non hanno diritti, hanno diritti soltanto i loro rappresentanti dei bambini, i tutori. Questa strategia argomentativa è fallimentare, per tre ragioni. In primo luogo i genitori o i tutori non hanno doveri che loro stessi pretendono verso se stessi, in virtù della loro volontà, ma li hanno perchè i bambini hanno diritti. In secondo luogo il bambino non può rinunciare ai propri diritti e quindi affrancare il padre dai propri doveri. Inoltre i poteri pubblici possono imporre doveri ai genitori, i quali quindi non sono titolari dei diritti dei figli.

Ma non basta, la teoria del diritto come scelta non può che offrire una interpretazione sbagliata di istituti come la sottrazione di un minore alla custodia familiare. Un simile provvedimento non è un affrancamento del minore da una situazione di dipendenza rispetto alla volontà dei genitori,

o del genitore, ma un provvedimento a tutela del bambino<sup>487</sup>. Infine la dottrina del diritto come volontà non spiega chi sia il titolare del diritto alla cura, all'educazione, al sostentamento, o meglio attribuisce il diritto non al bambino, ma al genitore o al tutore. Tuttavia, se i bambini hanno diritto all'educazione e alla cura, allora di tale diritto sono loro i titolari, non i soggetti di tale custodia. Se sono loro i titolari, allora il diritto non è l'espressione di una volontà, ma un interesse. È il riconoscimento del diritto che giustifica la tutela giurisdizionale, non è la previsione di una tutela giurisdizionale a giustificare un diritto<sup>488</sup>.

Possiamo notare come la modificazione della concezione dei diritti parte da una diversa concezione del soggetto del diritto, visto non più come soggetto già autonomo che gode di diritti perchè questi esprime la volontà di ricorrere in giudizio. Si godono dei diritti, anche se non si ha tale volontà, o se non la si può avere, perchè minori o perchè handicappati<sup>489</sup>. I diritti tutelano interessi che non si riducono nè alla tutela di particolari scelte, nè sono garantiti soltanto tramite una dichiarazione di volontà.

La proliferazione delle pretese pone però diversi problemi. Per brevità ne introdurremo quattro.

In primo luogo, queste sono davvero nuove pretese, o sono pretese classiche declinate in maniera differente a seconda dei nuovi soggetti? Vi sono diverse posizioni a tal proposito. Da una parte vi è la posizione di Bobbio che vede nel processo di specificazione dei diritti specialmente

---

<sup>487</sup> N. MacCormick, "Los derechos de los niños", in idem, *Derecho legal y socialdemocracia* (1982), trad. De M. L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 294-298. Vd. Anche Celano, "I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz", cit. pp. 35-41.

<sup>488</sup> Ivi, p. 298.

<sup>489</sup> Non è un caso che i sostenitori dei diritti dell'embrione o del feto siano sostenitori della teoria del diritto come interesse. Vd. A.P Garibo; *Los derechos de los niños: una fundamentación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pp. 228-230

una moltiplicazione di diritti sociali<sup>490</sup>. Questa posizione è però, a nostro parere, limitativa rispetto al processo di moltiplicazione dei diritti. La specificazione dei diritti, infatti, come ammette lo stesso Bobbio, è data dallo sviluppo della società. Se si modifica la società e si costituiscono nuove forme di potere tramite lo sviluppo di tecnologie informatiche o biologiche, per esempio forme di controllo delle informazioni, di violazione della privacy, di modificazione del nostro patrimonio genetico, allora è implausibile pensare che il processo di specificazione concerne specialmente nuove pretese di intervento a carico dello Stato e non anche nuove tutele di libertà, intesa come non interferenza, a favore dell'individuo, soprattutto per quanto riguarda fenomeni di manipolazione della volontà o di controllo delle informazioni da parte di poteri privati.

D'altra parte, si argomenta che i diritti mantengono la stessa struttura pur evolvendosi nel tempo; o sono pretese di non interferenza, i classici diritti di libertà, o sono pretese di intervento nei confronti dello Stato, i diritti sociali. La richiesta delle donne di orari di lavoro flessibili al fine di contemperare le esigenze familiari con quelle lavorative non è altro che una faccia dell'intervento statale in economia. Cambiano alla fine le situazioni di bisogno, così come la platea di soggetti titolari di situazioni di vantaggio, ma lo strumento giuridico rimane lo stesso. La stessa posizione è sostenuta da Bobbio quando afferma: "per quanto le richieste dei diritti possano essere disposte cronologicamente in diverse fasce, o generazioni, le loro specie sono sempre, rispetto ai poteri costituiti, soltanto due: o impedirne i malefici o ottenerne i benefici"<sup>491</sup>.

In generale, le due posizioni nascondono, a nostro giudizio, l'idea che il diritto, inteso come diritto oggettivo, abbia soltanto due funzioni: da una parte limitare il potere pubblico con sfere d'azione intangibili alla sua azione, le cosiddette libertà, dall'altra garantire alcune prestazioni. È però

---

<sup>490</sup> N. Bobbio; *L'età dei diritti*, cit., p. 70, trad. cast. *El tiempo de los derechos*, cit., p. 116.

<sup>491</sup> Ivi, p. XV, trad. cast. p. 19.

vero che lo sviluppo dei diritti ha portato anche alla richiesta di distribuire il potere politico, attribuendo ai cittadini, e oggi ai residenti, la possibilità di partecipare alla gestione della cosa pubblica, o di prendere posizione circa questioni sul bene pubblico<sup>492</sup>. Il punto ci sembra rilevante proprio perchè una delle rivendicazioni dei gruppi svantaggiati, in primo luogo degli immigrati, non è tanto quella di ottenere più risorse, ma soprattutto di ottenere più riconoscimento, e quindi non solo diritti di libertà e diritti sociali, ma anche diritti politici e di associazione<sup>493</sup>. La finalità delle politiche redistributive non è quella di attribuire delle risorse, ma di rendere capaci di agire politicamente i soggetti, compresi i gruppi, di includere in una società diverse voci, non semplicemente di soddisfare dei bisogni rendendo i cittadini dei clienti<sup>494</sup>.

In secondo luogo, la moltiplicazione delle pretese, non nasconderà forse una loro progressiva perdita di tutele? Su questo punto, buona parte della dottrina non sembra nutrire dubbi. I diritti soffrono di una effettività decrescente: i diritti civili costano meno dei diritti politici e quelli politici costano meno di quelli sociali<sup>495</sup>. Avendo i diritti un costo per la loro

---

<sup>492</sup> G. Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales*, cit. pp. 198-199.

<sup>493</sup> J. De Lucas, "Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes", in M. José Añón (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 27-28, parla dei diritti sociali come ultimo scalino dell'inclusione sociale. Vd. anche J. García Añón, "Medidas antidiscriminatorias y derechos de los inmigrantes", in M<sup>a</sup>.J. Añón *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, cit., p. 173.

<sup>494</sup> Il processo di generalizzazione dei diritti, con il riconoscimento di diritti politici indipendentemente dal reddito, e la tutela di libertà sindacali e di sciopero, storicamente è stata una priorità nell'agenda del movimento operaio. P. Costa, *Cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 105-108. L'idea era quella che senza una tutela dei diritti politici non si sarebbe avuta alcuna tutela di altri diritti. Per questo si parla dei diritti politici come il "diritto ad avere diritti". J. Waldron, *Derecho y desacuerdos* (1999), trad. de J.L. Martí, A. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005, cap. XI. A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003, cap. III, segnala come le teorie costituzionalistiche del diritto, in particolare quelle di Dworkin e di Ferrajoli, attribuiscono tutta la tutela dei diritti alle corti, dimenticando che i primi soggetti che devono difendere i loro diritti sono i cittadini tramite la partecipazione politica.

<sup>495</sup> D. Zolo, "Teoria e critica dello Stato di diritto", in P. Costa-D. Zolo, *Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002, pp. 63-64.



implementazione, è chiaro che verranno garantiti quelli che meno costano, o che meno costituiscono un vincolo all'azione del mercato.

Anche qui è necessario evitare un fraintendimento. La limitata tutela dei diritti non è data soltanto dal loro oggetto, così che i diritti sociali costano di più dei diritti di libertà, che invece hanno per oggetto soltanto pretese di non interferenza. Come già è stato argomentato<sup>496</sup>, i diritti, anche quelli di libertà, dipendono da un apparato di riscossione di imposte che permette allo Stato di garantire, tramite polizia, vigili del fuoco, vigili urbani ecc. l'esercizio di diritti di libertà, come il rispetto della vita, della proprietà, la libertà di coscienza, di espressione del pensiero, di movimento e tanti altri. In questo senso, non è la moltiplicazione delle pretese, da sola, a rendere tali pretese inefficaci, ma piuttosto il fatto che non si riesce, o non si vuole, distribuire le risorse in modo da garantire tali pretese. È chiaro infatti che una forte concentrazione di risorse, o una riduzione delle tutele dei diritti dei lavoratori, porta a rendere inesigibili anche i diritti di libertà<sup>497</sup>. Inoltre, così come ci mostra l'esperienza cinese, e di altri paesi del sud est asiatico, è possibile che la tutela del mercato si accompagni a forme di tutela di diritti sociali, ma non a tutela di diritti politici o di associazione. Non è il costo, quindi, ad spiegare la tutela dei diritti sociali, ma piuttosto, talvolta, la distribuzione del potere all'interno di una comunità politica.

In terzo luogo, la proliferazione dei diritti porta ad una diminuzione della certezza del diritto e alla difficoltà di individuare una tavola dei

---

<sup>496</sup> S. Holmes e C. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la nostra libertà dipende dalle tasse* (1999), trad. it. E. Cagliari, ed. it. a cura di C. Fusaro, ed. il Mulino, Bologna 2000, pp. 37-53.

<sup>497</sup> Questo punto è drammaticamente chiaro nel caso degli immigrati senza permesso di soggiorno, i quali si riducono allo stato di semi-schiavitù per la circostanza di non essere tutelati nei loro luoghi di lavoro, poichè nel caso di denuncia rischiano l'espulsione, a meno che la denuncia di violazione della legislazione sul lavoro da parte dell'immigrato annulli il decreto di espulsione. A. Solanes, "Sujetos al margen del ordenamiento jurídico: inmigrantes sin papeles", S. Peña (coordinador), *Inmigrantes. Una aproximación jurídica a sus derechos*, Germania, Alzira, 2003, p. 79.

diritti<sup>498</sup>. La nascita di nuove pretese, infatti, implica il rischio di nuovi conflitti tra i diritti, in quanto si producono discipline contraddittorie per la stessa condotta. Pensiamo, in seguito all'affermarsi della società dell'informazione, e alla diffusione di periodici interessati ai lati più intimi e personali dei personaggi pubblici, alla questione della privacy e della libertà di informazione. È chiaro che una proliferazione di norme, a tutela della privacy dell'individuo, possono anche limitare il diritto di cronaca e il diritto di informazione, soprattutto se ad essere rilevante non è la condotta privata del soggetto ma la contraddizione tra tale condotta e la sua figura pubblica. In questo caso la tutela della privacy, mettiamo di un parlamentare di un partito conservatore sorpreso in una camera d'albergo a consumare stupefacenti, limita fortemente il diritto di cronaca.

Infine è da considerare il rischio di rendere indistinto il diritto dal "non diritto", di non potere più separare il campo del diritto, in particolare l'interpretazione delle disposizioni e la loro applicazione, da considerazioni morali o dalla metafisica, e di rendere quindi incerte, non prevedibili, tali attività. Per esempio, il conflitto circa l'esistenza o meno di diritti dell'embrione, in particolare l'intangibilità di tali diritti e la loro nascita, deriva da un conflitto circa il modo di interpretare disposizioni circa il diritto alla vita come diritto umano o fondamentale, codificate in varie carte costituzionali. Pensiamo anche alle interpretazioni del principio di dignità della persona e alle sue applicazioni alle tecniche di riproduzione assistita. In ogni caso la difficoltà di trovare interpretazioni condivise di tali disposizioni o di tali principi, da chiara fonte giusnaturalistica, riapre il campo in sede giuridica a quel pluralismo morale e filosofico che invece la dottrina positivista voleva lasciare fuori dalla porte dei tribunali, e che il liberalismo rawlsiano ha tentato di emarginare nelle argomentazioni politiche. In entrambi i casi, si è tentato di depurare il campo giuridico da dibattiti considerati "irrisolvibili", perchè

---

<sup>498</sup> D. Zolo, "Teoria e critica dello Stato di diritto". cit., p. 53.

metafisici e quindi privi di soluzioni razionali (come afferma la teoria realista di Ross<sup>499</sup> o il normativismo di Kelsen<sup>500</sup>) o perchè frutto di libere e diverse convinzioni che non possono essere ridotte ad unità se non tramite un intervento coercitivo da parte dello Stato (come sostiene la dottrina del pluralismo ragionevole di Rawls<sup>501</sup>).

A tale distinzione tra questioni politiche e questioni metafisiche si possono replicare due argomenti.

Separare questioni politiche da questioni metafisiche, come la concezione della persona, non è risolutivo, non risolve il problema del pluralismo, anzi rischia di peggiorarlo. Abbiamo già visto come i tentativi di depurare il dibattito politico dalla questione delle concezioni del soggetto del diritto portano con sè il rischio di partire, in modo surrettizio, non manifesto, da concezioni della persona considerate "naturali" o indiscutibili. Al contrario abbiamo visto come ideologie particolari (per esempio l'idea che il soggetto di diritto sia un soggetto autonomo e non dipendente da legami personali o sociali, come presuppone certo liberalismo) conducano a specifici modi di intendere la divisione della società, per esempio ritenendo che vi sia, o meglio vi debba essere, una separazione tra sfera privata e sfera pubblica. In questo senso arricchire l'idea del soggetto di diritto significa rendere esplicite nella scienza giuridica quelle nozioni di ascendenza metafisica, quell'immagine della persona, che sono presenti nell'azione sia di creazione, sia di interpretazione sia di applicazione del diritto<sup>502</sup>, così come le discussioni circa la differenza tra concezioni dei diritti basate sull'interesse e concezioni dei diritti basate sulla volontà hanno manifestato.

---

<sup>499</sup> A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (1958), Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1963, pp.63-69.

<sup>500</sup> H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, trad. De R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra, Comares, Granada, 2002, pp. 103 y segg.

<sup>501</sup> J. Rawls, *Liberalismo político*, cit. pp. 40 y 128.

<sup>502</sup> G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit. pp. 105-106, parla della necessaria presenza dietro al costituzionalismo di una immagine dell'uomo, come premessa che giustifica una dottrina giuridica basata sui diritti, e non sui doveri.

In secondo luogo aprire all'interno delle scienze giuridiche un dibattito circa il valore che attribuiamo a particolari caratteristiche della persona, o ad individuare le particolarità del "soggetto di diritto", non significa aprire le porte al caos delle argomentazioni. Come ha già mostrato R. Alexy la scelta non è tra una scienza giuridica e una pratica giuridica libere da argomentazioni morali, e quindi prevedibili, e una scienza e una pratica giuridica soggette all'influenza dirompente della morale. Il discorso giuridico, al contrario di ciò che pensano i giuspositivisti, può essere considerato un caso speciale di ragionamento pratico, con sue regole istituzionalizzate<sup>503</sup>. Affermare il contrario, significa accettare un ruolo totalmente discrezionale dell'attività di interpretazione e applicazione del diritto da parte del giudice o ritornare all'immagine del giudice come applicatore meccanico di un diritto coerente, completo e unitario<sup>504</sup>.

### ***2.2.3. Due considerazioni circa la giustificazione dei diritti "specifici".***

Il processo di specificazione dei diritti può essere giustificato a partire da diverse considerazioni. Per brevità accenneremo a due questioni. In primo luogo la dipendenza della giustificazione del diritto "specifico" dalla concezione della persona. In secondo luogo, la natura particolare, o universale di tale giustificazione.

Per quanto riguarda la specificazione dei destinatari dei diritti, come abbiamo visto ogni teoria del diritto presuppone una particolare antropologia, una particolare idea della persona e della società che vengono presupposte come date. Sappiamo che alla base dell'ideologia della codificazione vi era una particolare nozione di persona, l'individuo maschio, titolare di diritti politici in quanto proprietario di mezzi di produzione. I diritti sociali non erano contemplati in quanto il primo

---

<sup>503</sup> R. Alexy, *Teoría del razonamiento jurídico*, trad. De M. Atienza, I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 205 segg. e. 272 segg..

<sup>504</sup> G. Zagrebelsky parla a tal proposito di un passaggio dalla scientia iuris, alla iurisprudentia, *El derecho dúctil*, cit. pp. 122-126.

attributo del cittadino era la possibilità di diventare proprietario. La proprietà era considerata un diritto intangibile, naturale appunto, e quindi limitate erano le possibilità per lo Stato di soddisfare i bisogni della popolazione. L'irruzione però di soggetti politici differenti dalla borghesia, con differenti esigenze sociali, porta, abbiamo visto, a nuovi bisogni degni di tutela. Ma, ci si potrebbe domandare, sono questi bisogni anche giustificati? La giustificazione di tali diritti dipende in primo luogo dalla plausibilità delle concezioni della persona. È chiaro che una concezione propria della dottrina patrimonialista del diritto soggettivo<sup>505</sup>, che vede i diritti come frutto della capacità naturali di un individuo alienabili tramite un atto di volontà, è dipendente da una particolare idea della persona e della società. Si tratta di un soggetto che da sé riesce a soddisfare i suoi bisogni, tramite transazioni patrimoniali con altri, e se non vi riesce non può che affidarsi alla carità altrui, in quanto i poteri pubblici non hanno il dovere di soddisfare le sue necessità.

La diffusione di diverse dottrine politiche, in primo luogo il socialismo, e di nuovi movimenti, come il femminismo, porta in evidenza nuove concezioni della persona e della società. Queste concezioni contribuiscono alla giustificazione di nuovi diritti, in primis i diritti sociali, in quanto evidenziano come le concezioni della persona precedenti non siano accettabili, perchè non tengono conto della specificità della situazione sociale della donna o del lavoratore salariato. Una concezione della persona, quindi, può essere rifiutata perchè non tiene conto di situazioni esistenziali diverse da quelle ritenute rilevanti; in altre parole, non si riconosce che il valore di una persona non si riduce all'essere proprietario. L'essere proprietario non è una condizione necessaria e

---

<sup>505</sup> F. Viola, *Le ragioni del diritto*, cit. pp. 81-82; E. De Mora, "Derechos humanos y derechos subjetivos", en Megías Quirós, *Manual de derechos humanos : los derechos humanos en el siglo XXI*, cit. pp. 53-54, J. Ballesteros, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 60-64.

sufficiente per essere considerato titolare di diritti. Anche chi non è proprietario può godere di alcuni diritti, fatte salve alcune condizioni<sup>506</sup>.

Vi è però una considerazione metaetica da tenere presente nella giustificazione del processo di specificazione.

Si può pensare che man mano che si procede nella codificazione di diritti specifici ad una situazione, tanto più si finisce per fornire giustificazioni particolari della norma che conferisce diritti. Si potrebbe sostenere che la specificazione dei diritti porta con sé il rischio di fornire sempre giustificazioni insufficienti del diritto perchè ogni situazione di bisogno viene giustificata da una considerazione particolare, a cui si contrappone una considerazione particolare opposta. Per esempio ad un diritto di prestazione nei confronti di un gruppo etnico svantaggiato, come per esempio il conferimento di borse di studio per gli studenti di tale gruppo, si può replicare che così si discriminano, non si riconoscono i diritti di coloro che non sono appartenenti a tale gruppo e che possono avere maggiori meriti.

Una certa situazione esistenziale può essere considerata una condizione necessaria e/o sufficiente per la titolarità di un diritto, perchè si tratta di una situazione di svantaggio ingiusto in cui ciascun individuo può trovarsi, suo malgrado. In altre parole, perchè una persona goda di un diritto, specifico, è necessario che tale situazione sia considerata "universale" in un duplice senso. In primo luogo, la considerazione che una persona sia titolare di diritto di prestazione da parte dello Stato è giustificata in quanto il soggetto è visto "oggettivamente" come sofferente di una situazione di svantaggio. In questo caso il diritto, specifico, è giustificato in quanto ripara ad una situazione "oggettiva" di svantaggio

---

<sup>506</sup> G. Peces Barba, *Curso de derechos fundamentales*, cit. pp. 168-171.

precedentemente non tutelata, non perchè per particolarità di carattere o per ideali frustrati non riesce ad essere felice<sup>507</sup>.

In secondo luogo, un diritto specifico è giustificato, e quindi è considerabile come una pretesa universalmente accettabile, perchè il singolo individuo non è responsabile di tale situazione e non poteva evitarla pur prendendo alcune precauzioni, oppure perchè si tratta di una situazione di svantaggio propria dell'essere umano e quindi inevitabile, come per esempio essere un bambino<sup>508</sup>, o esperibile in un particolare momento, come per esempio diventare esule per motivi politici, o perchè soggetto a discriminazioni religiose. La specificazione dei diritti quindi è soggetta a giustificazioni che pretendono di essere universali, in quanto si applicano a oggetti dotati di valore oggettivo, sia perchè sono espressioni di bisogni che tutti possiamo esperire in un particolare momento della nostra esistenza.

Allo stesso tempo, la giustificazione delle misure di vantaggio necessarie per ridurre o annullare la situazione specifica di svantaggio, come l'istituzione di quote di rappresentanza per gruppi di genere o religiosi, come l'attribuzione di speciali servizi, educativi, ricreativi, sanitari o di ristorazione<sup>509</sup>, non è particolare, ma universale, nel senso che si pretende offrire una giustificazione valida anche per coloro che non soffrono di tale situazione di svantaggio.

L'influenza di considerazioni particolari è da riscontrare invece nel possibile bilanciamento tra diritti, allorquando, come abbiamo visto, è

---

<sup>507</sup> Questa è una delle critiche che viene rivolta all'utilitarismo: quella di non potere distinguere tra bisogni oggettivi e bisogni soggettivi. Ciò porta a non potere giustificare le distribuzioni di risorse se non sulla base di soddisfazione di preferenze. Vd. W. Kymlicka, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, cit., pp. 27-28. J. Rawls, *Una teoría de la justicia* (1971), trad. De M. D. González, Fondo de Cultura Económica, Madrid 1995, pp. 93-95, afferma che l'utilitarismo non può giustificare la pretesa che l'utilità sia un oggetto di valore, anche quando si tratti di preferenze altruistiche.

<sup>508</sup> E. Fernández; "Derechos humanos del universalismo abstracto a la universalidad concreta", *Persona y derecho*, 41, 1999, pp. 81-83

<sup>509</sup> Pensiamo al diritto a ricevere servizi di mensa scolastica conformi alla propria religione.

necessario operare un compromesso tra pretese in conflitto. In questo caso, è possibile affermare che non si possono produrre gerarchie stabili tra valori che siano generali, gerarchie che non possano trovare delle eccezioni implicite, eccezioni che si riconoscono soltanto in un caso concreto<sup>510</sup>.

### **2.3. Lo straniero tra specificazione e generalizzazione dei diritti fondamentali.**

L'idea che lo straniero sia titolare di diritti specifici non è per nulla banale, ma anzi necessita di alcune considerazioni.

In primo luogo bisogna chiarire come sia possibile che vi siano diritti fondamentali dei cittadini e diritti fondamentali specifici per gli stranieri a dispetto del carattere di universalità che, abbiamo visto, sembra proprio dei diritti fondamentali.

Ci possono essere delle pretese fondamentali, anche se non generali. Possiamo affermare, per esempio che in un determinato ordinamento il cittadino goda di determinati diritti fondamentali, per esempio la libertà di movimento, a differenza degli stranieri, che invece per godere di tale diritto devono possedere un permesso della autorità amministrativa, il c.d. permesso di soggiorno. Si tratta quindi di diritti fondamentali non riconosciuti a tutti gli uomini. Ciò non significa che assumiamo la correttezza delle distinzioni tra stranieri e cittadini operate dal legislatore spagnolo o individuate nel diritto comunitario, in particolare per quanto riguarda l'identificazione della cittadinanza con la nazionalità<sup>511</sup>; ci

---

<sup>510</sup> Si potrebbe sostenere che il ragionamento morale, come ragionamento che vuole arrivare ad una decisione in un determinato caso, è un ragionamento che non può che essere particolarista, perchè la decisione di applicare un principio universale e non particolare è già una decisione particolare, che vale per quel caso concreto. Vd. B. Celano, "Possiamo scegliere tra particolarismo e generalismo?", *Ragion Pratica*, 25, 2005, p. 479. Ciò non toglie che sia possibile giustificare in maniera universale situazioni particolari di bisogno.

<sup>511</sup> In particolare per quanto riguarda le questioni circa la natura dei residenti nella Unione europea, se questi abbiano un diritto, morale, ad essere considerati cittadini europei, anche se non cittadini di uno stato membro. Vd. su tale questione, M. La



possiamo limitare a considerarle un dato dogmatico, sempre soggetto a esame anche critico.

Riteniamo che una semplice ricognizione dell'ordinamento spagnolo, e dell'ordinamento comunitario, porti ad una risposta affermativa. Gli stranieri godono, così come è chiaro dalla lettura delle costituzioni europee, di diversi diritti, nonostante non siano cittadini. Si tratta di quei diritti fondamentali riconosciuti a tutti gli uomini, che in maniera differente vengono tutelati dai vari ordinamenti. L'individuazione di tali diritti è però talvolta dipendente dall'individuazione delle pretese che l'ordinamento riconosce soltanto ai cittadini. Non si tratta infatti soltanto dell'attribuzione agli stranieri degli stessi diritti dei cittadini, ma dell'attribuzione a questi di diritti in quanto stranieri<sup>512</sup>.

Per esempio, del diritto al ricongiungimento familiare, come diritto umano, come una particolare situazione di vantaggio nell'ottenere un permesso di soggiorno per i propri familiari, sono titolari tutti gli stranieri, comunitari ed extracomunitari, con particolari differenze di trattamento<sup>513</sup>. Le norme hanno per oggetto una situazione soggettiva che concerne soltanto gli stranieri, e non può concernere i cittadini, se non nel caso in cui questi si trovino ad avere un legame familiare con cittadini di altri paesi, e vogliano stabilirsi con loro in un territorio terzo in cui sono residenti, in questo caso però sarebbero pur sempre stranieri seppur in

---

Torre, "Citizenship: A European Wager", in M. La Torre (ed.), *European Citizenship*, Hague, Kluwer, 1998, pp. 120-122

<sup>512</sup> Questa è la posizione di autori appartenenti al campo del cosiddetto "nazionalismo liberale", come per esempio D. Miller, *Sobre la nacionalidad : autodeterminación y pluralismo cultural*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 95-104. che riconoscono che gli stranieri godono di diritti umani, differenti dai diritti dei cittadini. Sulla giustificazione di forme parziali di riconoscimenti di diritti a favore dei cittadini, vd. I. Trujillo, *Imparzialità*, Giappichelli, Torino, 2003, cap. III.

<sup>513</sup> J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de derecho internacional Público y organizaciones internacionales*, cit., pp. 232-233, considera il diritto al ricongiungimento familiare è un diritto proprio di tutti gli stranieri in quanto parte dello standard minimo dei diritti da riconoscere agli stranieri. Vd. anche I. Lázaro González, "Inmigración y derecho internacional privado español. Apuntes para uno estudio", in M.E. Rodríguez y A. Tomos, *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Universidad Pontificia de Comillas, Comillas, 2000, pp. 112-114.

un altro Stato. Ciascuna persona quindi sarebbe titolare di questo diritto soltanto in quanto straniero. L'oggetto di tale diritto sarebbe la specificazione di un diritto fondamentale: il diritto alla vita in famiglia. Si tratta del diritto di stabilire la residenza nello stesso luogo in cui vivono i propri familiari o di stabilire la loro residenza nel luogo in cui un particolare membro è residente. È chiaro che si tratta di una specificazione, in quanto riguarda una situazione di vantaggio riconosciuta a tutti i cittadini, ma che richiede una tutela specifica nel caso degli stranieri. Questi infatti non godono di libertà di movimento, ma per vivere con i loro familiari devono soddisfare particolari requisiti, come avere il permesso di soggiorno. Un diritto al ricongiungimento familiare consiste nell'attribuire una particolare condizione di vantaggio, esercitabile in particolari modalità, per lo straniero che voglia ricostruire la sua comunità familiare nel paese di residenza. I suoi familiari infatti hanno la possibilità di ottenere la carta di soggiorno in maniera agevolata. Tale diritto inoltre è specificato, quindi gode di particolari garanzie, diverse dal diritto di libertà di movimento, perchè quest'ultimo è garantito soltanto ai cittadini. Il contenuto di un diritto fondamentale, quindi, può essere specifico nel caso degli stranieri in modo da non creare antinomie con pretese riconosciute soltanto ai cittadini<sup>514</sup>.

In secondo luogo, è necessario individuare la giustificazione di diritti specifici dello straniero. Tale giustificazione riteniamo si possa individuare all'interno di uno sviluppo della teoria del diritto come "legge del più debole". Come è noto Ferrajoli individua nel diritto una struttura di garanzie, di tutele di pretese azionabili da chi è più debole e non può

---

<sup>514</sup> Questa differenziazione dipende da due condizioni, naturalmente di politica costituzionale, piuttosto che dal contenuto letterale delle disposizioni. È possibile che la corte costituzionale effettui interpretazioni estensive e analogiche delle norme che attribuiscono certi diritti solo ai cittadini. Inoltre l'evoluzione del diritto comunitario ha visto nascere forme di regolazione dello status dello straniero, differenziando tra stranieri comunitari e non comunitari.

perciò utilizzare altri strumenti, come il denaro, la forza, la religione<sup>515</sup>. Lo sviluppo dei diritti fondamentali è per Ferrajoli una tappa della formazione di un diritto che tutela situazioni soggettive di svantaggio. Tali diritti, infatti, sono universali, esigibili da parte dei membri di una certa classe come pretese giuridiche, sia a livello nazionale, sia a livello internazionale. Mancando le garanzie non manca il diritto fondamentale, ma semplicemente abbiamo una lacuna dell'ordinamento<sup>516</sup>.

I diritti fondamentali, quindi, sono strumenti di tutela a favore dei più deboli, strumenti che non sono alienabili neppure da parte dello stesso titolare nè sono limitabili da parte di maggioranze politiche. Soltanto in questo modo, infatti, rendendo tali pretese indisponibili, intangibili e inalienabili, i diritti possono realmente difendere i più deboli. Non vi è una libertà assoluta, ma soltanto una libertà limitata da un insieme di norme che funzionano da garanzie a che non si costituiscano posizioni di potere assoluto, nè politico nè economico. Il potere economico, o dell'informazione, può infatti portare a maggioranze parlamentari schiaccianti, a forme contrattuali vessatorie, a discriminazioni ai danni di minoranze perpetue.

In questo caso gli stranieri sono soggetti ad una duplice fonte di svantaggio. In primo luogo patiscono uno svantaggio economico, simile a quella che colpisce i cittadini con redditi inferiori. Gli stranieri, infatti, oggi sono per la maggior parte immigrati per ragioni economiche, anche se non mancano soggetti che uniscono a situazioni economiche difficili violazioni massicce di diritti di libertà. Gli immigrati extracomunitari, in questo caso, non potendo far affidamento a reti di protezione sociale, sia familiari sia pubbliche, accettano qualunque forma di impiego, in condizioni spesso illegali, che li porta a costituire una forza lavoro di

---

<sup>515</sup> L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit. pp. 26-28. Vd. anche A. Solanes, "Sujetos al margen del ordenamiento jurídico: inmigrantes sin papeles", cit. p. 83.

<sup>516</sup> Ivi, pp. 29-30; 61-62.

secondo ordine, pronta a sostituire i lavoratori nazionali, che godono invece di maggiori tutele.

Questa condizione di sfruttamento porta gli immigrati ad essere oggetto di due accuse, egualmente false. Da una parte si considera l'immigrato il responsabile dell'aumento, vero o presunto, della criminalità, facendo riferimento al suo essere "geneticamente" o "culturalmente" diverso, dall'altra, lo si giudica responsabile della crisi del mercato del lavoro. Il risultato è rendere l'immigrato un soggetto ad uno svantaggio potremmo dire "esistenziale", in quanto viene considerata, da parte di diverse forze politiche, un problema la sua stessa esistenza, invece che una risorsa utile, anzi necessaria all'economia<sup>517</sup>.

L'immigrato extracomunitario allora soffre di uno svantaggio, economico e culturale, che diventa ineliminabile, in quanto si alimenta da sè. La sua esistenza non può che essere, in quanto di questo ha bisogno il mercato del lavoro, quella di una persona che si accontenta di scarse tutele e che non può sfuggire a tale situazione in quanto viene visto come una minaccia, alla sicurezza, alla cultura, al mantenimento di condizioni di lavoro. In questo senso, il processo di specificazione dei diritti, svolge un ruolo fondamentale per la tutela della dignità degli immigrati, in particolare extracomunitari. Con la codificazione di diritti propri degli stranieri, che soffrono di particolari situazioni di svantaggio, e con la generalizzazione di pretese riconosciute soltanto ai nazionali, per esempio l'accesso ai servizi sanitari, si evita il rischio di emarginazione di questi e di riduzione degli stranieri in "non persone".

C'è da domandarsi, in ultimo, se il processo di specificazione dei diritti consista in un processo di generalizzazione dei diritti che prima si riconoscevano ai cittadini e che ora si devono riconoscere a tutti gli esseri

---

<sup>517</sup> A. Dal Lago ha presentato una accurata ricostruzione di come gli immigrati extracomunitari vengono considerati in Italia da parte di alcune forze politiche. Egli ha coniato il termine di "non persone", cioè di soggetti che non hanno alcun diritto. A. Dal Lago, *Non persone*, Feltrinelli, Milano, 2000, pp. 205-228.

umani. In altre parole, se la ratio del riconoscimento dei diritti agli stranieri sia da individuare in una tappa del processo di generalizzazione dei diritti, che precedentemente ha visto allargare la platea dei soggetti di diritto. Si tratterebbe di un'appendice del processo di generalizzazione che elimina le differenze tra cittadini e stranieri circa il godimento dei diritti, così come prima si sono eliminate le differenze tra cittadini di diverso censo o sesso<sup>518</sup>. L'attribuzione di diritti specifici allo straniero, quindi, risulterebbe una tappa del processo di eliminazione delle discriminazioni tra gli esseri umani, piuttosto che una codificazione di specifiche garanzie giuridiche per particolari soggetti.

Riteniamo che questa lettura del processo di specificazione dei diritti, in particolare del processo che porta alla codificazione di diritti specifici per gli stranieri, sia da rifiutare.

Se infatti attribuiamo i diritti riconosciuti agli stranieri soltanto alla generalizzazione dei diritti riconosciuti ai cittadini finiamo per non cogliere come alcuni diritti fondamentali dei cittadini siano un limite all'attribuzione agli stranieri di certi diritti.

Prendiamo a tal proposito il diritto al ricongiungimento familiare. Il riconoscimento di questo diritto deve essere considerato il risultato di una generalizzazione di un diritto attribuito solo ai cittadini, come il diritto di libertà di movimento, così come pretende Ferrajoli, un diritto che in virtù di una discriminazione non viene riconosciuto agli stranieri? Oppure si tratta di una deroga alla legislazione che impone particolari condizioni per l'ottenimento del permesso di soggiorno, in virtù della specificazione del diritto universale alla vita in famiglia? Le due letture dello stesso diritto nascondono una diversa considerazione dei diritti dello straniero.

---

<sup>518</sup> L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit. Considera la libertà di movimento un diritto fondamentale che non viene riconosciuto agli stranieri che per questo soffrono di una situazione di discriminazione, pp. 117-119.

Secondo la prima, gli stranieri godono di uguali diritti fondamentali rispetto ai cittadini, così che un differente trattamento circa una situazione specifica fa pensare alternativamente o al fatto che tale situazione non è oggetto di un diritto fondamentale, oppure al fatto che lo straniero subisca una discriminazione. Il diritto al ricongiungimento familiare sarebbe una generalizzazione di un diritto riconosciuto soltanto al cittadino, per esempio il diritto di libertà di movimento, un suo riconoscimento a tutti, stranieri e cittadini. La seconda lettura, invece, assume che lo straniero non goda di un simile diritto, che viene riconosciuto soltanto ai cittadini, ma goda di un diritto che costituisce la specificazione di un diritto che deve essere riconosciuto a tutti coloro che si trovano nella sua situazione, indipendentemente dall'essere o meno cittadini, cioè il diritto alla vita familiare.

Nel primo caso non vi sarebbe alcuna contraddizione tra diritti fondamentali dei cittadini e diritti fondamentali degli stranieri, in quanto il riconoscimento del diritto dello straniero sarebbe basato sulla generalizzazione di un diritto riconosciuto precedentemente soltanto al cittadino. Nel secondo caso il diritto al ricongiungimento familiare costituirebbe non una generalizzazione del diritto di libertà di movimento, che invece rimarrebbe una pretesa riconosciuta soltanto ai cittadini, ma una specificazione del diritto alla vita in famiglia consistente in una deroga alla legislazione che regola l'ingresso degli stranieri<sup>519</sup>.

Ci sembra che di queste due letture della giustificazione del diritto al ricongiungimento familiare solo la seconda sia corretta. La tesi che la libertà di movimento sia un diritto fondamentale nel senso di un diritto di tutti gli uomini, e non di tutti i cittadini sia il frutto più di una

---

<sup>519</sup> Si potrebbe sostenere che il diritto al ricongiungimento familiare sia una forma di generalizzazione di un diritto riconosciuto soltanto ai cittadini, per esempio il diritto alla vita in famiglia. Ci sembra però una tesi che dipende dallo specifico diritto da generalizzare. In altre parole, mentre riteniamo plausibile affermare che il diritto al ricongiungimento familiare sia interpretabile come una generalizzazione del diritto alla vita in famiglia, d'altra parte non riteniamo corretta la tesi che vede tale diritto come una generalizzazione della libertà di movimento anche per gli stranieri.

argomentazione morale di Ferrajoli che di una argomentazione dogmatica. Egli infatti afferma che il riconoscimento di tale libertà è un atto dovuto per la storia dei paesi europei che hanno goduto della libertà di movimento per tutta l'età moderna e contemporanea, il cosiddetto *ius communicationis*, *ius commerci*, *ius migrandi*, e che oggi la limitano soltanto perchè non sono solo loro a esercitarla<sup>520</sup>. La dottrina afferma invece che il diritto di libertà di movimento è soggetto a restrizioni poste liberamente da ciascuno Stato dato che non è stabilito alcun dovere di accoglienza<sup>521</sup>, fatte salve le norme per il riconoscimento del diritto di asilo, spesso inefficaci considerate le scarse tutele che di questo diritto si sono approntate. In questo caso potremmo parlare di un diritto fondamentale, di natura morale, ma non di un diritto fondamentale "giuridico", cioè riconosciuto dall'ordinamento internazionale.

È possibile quindi che 1) un diritto specifico non sia il frutto di una generalizzazione del contenuto di un diritto, ma soltanto una specifica garanzia di un altro diritto, 2) un diritto fondamentale, dei cittadini, sia un ostacolo al riconoscimento di un altro diritto fondamentale degli stranieri. Entrambe queste possibilità sono contraddittorie con l'idea che il riconoscimento di diritti agli stranieri consista nell'attribuzione a questi degli stessi diritti dei cittadini.

#### **2.4. Diritti specifici degli stranieri nell'ambito internazionale tra standard minimo e trattamento nazionale.**

Nel momento in cui si sta compiendo il sessantesimo anniversario della Dichiarazione dei diritti umani- documento di importanza storica data la sua vocazione all'universalità, al riconoscimento di diritti a tutti gli esseri umani senza distinzione di sesso, razza, religione e nazionalità- la

---

<sup>520</sup> L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit. pp. 118-119.

<sup>521</sup> D. P. Kommers, "Immigration", in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of public international law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Amsterdam, 1992, p. 941.

figura dello straniero, come titolare di diritti, rimane ancora problematica<sup>522</sup>.

La protezione dei diritti degli stranieri nell'ambito internazionale rientra nel campo del diritto internazionale nella forma di trattati tra gli Stati che riconoscono ai cittadini residenti in altri Stati certi diritti o di convenzioni specifiche che regolano aspetti particolari degli stranieri, come nel caso della OIL (Organizzazione internazionale del lavoro), o, infine, nel contesto di dichiarazioni sui diritti umani, nelle quali la condizione dello straniero forma parte del concetto generale ed astratto dell'essere umano. Per queste ragioni si può parlare dello straniero come "soggetto del diritto internazionale"<sup>523</sup>. Alcuni autori hanno segnalato il passo avanti determinato dal riconoscimento di questa soggettività internazionale degli stranieri e l'importante funzione di pressione che queste norme esercitano sulle legislazioni e nazionali. In questo modo lo straniero cessa di essere un potenziale nemico per convertirsi in un essere umano con diritti e doveri<sup>524</sup>.

Il diritto internazionale tutela la condizione dello straniero e in generale di tutti gli esseri umani, stabilendo ciò che viene chiamato lo *standard minimo internazionale*, nel quale rientra una serie di esigenze fondamentali che derivano da norme consuetudinarie riconosciute dalla dottrina e dalla giurisprudenza internazionale<sup>525</sup>. Questo standard

---

<sup>522</sup> P. Aguero; "Derechos Humanos y Legislaciones de Extranjería", en *Inmigración y Derechos*, N. Fernández Sola y M. Calvo García (Coords), Segundas Jornadas de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Mira Editores, Zaragoza, 2001, p.216

<sup>523</sup> Respecto al controvertido reconocimiento de la subjetividad de los individuos en el derecho internacional puede consultarse: M. Díez de Velasco; *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, (15ªed), Madrid, 2005, pp.288 y 289.

<sup>524</sup> E. Sagarra, *La Legislación sobre extranjería e inmigración una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*. Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002, p. 277

<sup>525</sup> J.A. Pastor Ridruejo; *Curso de derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, cit. p. 229



minimo, inoltre, si è consolidato e anche sviluppato a causa di una estesa rete di trattati bilaterali<sup>526</sup>.

Il riconoscimento in astratto di uno standard minimo internazionale non ha costituito un problema, mentre fonte di discussione è il contenuto di tale standard, dato il suo carattere cangiante. Díez de Velasco, a tal proposito, afferma che, nella fase attuale di evoluzione del diritto internazionale, lo standard minimo comprende i seguenti diritti<sup>527</sup>:

- 1) La protezione della vita e la tutela contro azioni di violenza collettiva organizzata contro gli stranieri;
- 2) Il diritto a non essere detenuto arbitrariamente e a che si proceda ad una inchiesta in tempo ragionevole, dando all'interessato la possibilità di essere ascoltato;
- 3) Il diritto a non essere torturato e a che non lo si sottometta a trattamenti inumani;
- 4) Il diritto ad accedere ai tribunali e a non essere discriminato in quella sede in ragione della nazionalità;
- 5) La facoltà di esercitare alcuni diritti civili fondamentali, come quelli relativi a relazioni familiari (genitoriali e filiali) e, in generale di esercitare i diritti ammessi nella maggioranza degli Stati all'interno del diritto di famiglia<sup>528</sup>.

Insieme alla nozione di standard minimo, la dottrina ha elaborato anche la tesi del *trattamento nazionale*, secondo la quale gli stranieri godrebbero nel territorio di uno Stato degli stessi diritti dei cittadini, e di nessun diritto in più<sup>529</sup>. In questo caso, gli stranieri \_ sarebbero

---

<sup>526</sup> V. Abellán; *Normas comunitarias europeas y legislación española sobre establecimiento de personas físicas y sociedades*, IEA (Instituto de Estudios Administrativos), Madrid, 1974.

<sup>527</sup> M. Díez de Velasco; *Instituciones de Derecho Internacional Público*, cit. p.597.

<sup>528</sup> Diritti entro i quali si includerebbe il ricongiungimento familiare.

<sup>529</sup> . Calvo; *Le Droit International Théorique et Pratique*; v. VI, Arthur Rousseau, Paris, 1986, p. 231 y F.V. García Amador; *Principios de Derecho Internacional que*

assolutamente sottoposti al diritto interno di uno Stato. Normalmente la giurisprudenza internazionale applica la tesi dello standard minimo nel quale i criteri di riconoscimento di diritti sono forniti dal diritto internazionale al margine di ciò che disponga il diritto interno dei singoli Stati, per evitare il caso di stranieri che beneficiano di un insieme di diritti più ampio di quello dei cittadini<sup>530</sup>.

Ciò significa che gli stranieri nell'ambito internazionale sono titolari di un duplice catalogo di diritti: da una parte del catalogo minimo di diritti fondamentali che devono essere garantiti a tutti gli esseri umani, e dall'altra di quell'altro catalogo di diritti (generalmente politici e sociali), la cui titolarità generalmente è legata alla cittadinanza o che si è riconosciuta tramite accordo.

Vediamo adesso come questo standard minimo si riflette nei principali trattati e accordi internazionali.

*a) La Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e il Patto internazionale sui diritti civili e politici*

L'articolo 13 della Dichiarazione Universale presenta una questione classica nel diritto internazionale: il diritto di ogni persona a circolare liberamente e a stabilire la sua residenza nel territorio di uno Stato, nonché il diritto a uscire e rientrare da qualunque paese, incluso il suo.

I redattori della Dichiarazione discussero approfonditamente la portata di questo precetto al fine di determinare se tale articolo stabilisse un principio di libera circolazione universale a causa del quale gli Stati

---

*rigen la responsabilidad*, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1963, pp. 85 y 86

<sup>530</sup> A. Verdross; "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers", *R des C (Recueil des Cours)*; Vol. 37, 1931, p. 330, A.H Roth, *The minimum standard of international law applied to aliens*, Sijthoff, La Haya, 1949, p.123; G. Schwarzenberger, "The standard of civilization in International Law", *Current Legal Problems*, Steyens, 1955, p. 212

avrebbero avuto l'obbligo di ammettere tutti gli stranieri che avessero voluto entrare con finalità lecite nel loro territorio<sup>531</sup>. Chiaramente si trattava di una conseguenza di portata inaccettabile per le prerogative di ciascuno Stato a consentire o meno l'entrata e la residenza agli stranieri. Per questa ragione, la pratica attuale del diritto internazionale ha consolidato invece un principio di discrezionalità degli Stati firmatari quanto all'ammissione ed espulsione degli stranieri, anche se con alcuni limiti<sup>532</sup>. Non si potranno stabilire trattamenti discriminatori per l'ammissione nel paese e nel caso di espulsione si dovrà emettere un provvedimento motivato. In ogni caso l'espulsione non potrà avvenire con danni, vessazioni o sofferenze non necessarie che possano considerarsi inumane.

I limiti all'esercizio del potere di espulsione sono reiterati nell'art. 13 del Patto Internazionale sui diritti Civili e Politici: "Uno straniero che si trovi legalmente nel territorio di uno Stato Parte del presente Patto non può esserne espulso se non in base a una decisione presa in conformità della legge e, salvo che vi si oppongano imperiosi motivi di sicurezza nazionale, deve avere la possibilità di far valere le proprie ragioni contro la sua espulsione, di sottoporre il proprio caso all'esame dell'autorità competente, o di una o più persone specificamente designate da detta autorità, e di farsi rappresentare innanzi ad esse a tal fine".

*b) Altri trattati internazionali rilevanti in materia di diritti degli stranieri*

Tra gli altri Trattati internazionali che contengono un riconoscimento specifico di diritti degli stranieri<sup>533</sup>, possiamo citare quelli elaborati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite come la *Dichiarazione sui*

---

<sup>531</sup> G. Biscottini; "L'ammissione ed il soggiorno dello straniero", in *Scritti in memoria di Emmanuele Orlando*, Vol. I, Padova, 1955, pp. 149 y segg.

<sup>532</sup> S. Oda; "El individuo en el Derecho Internacional", *Manual de Derecho Internacional Público*, Soerensen, México, 1973, pp. 462-463.

<sup>533</sup> E. Sagarra, *La Legislación sobre extranjería e inmigración una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*. cit. p. 285

*diritti umani degli individui che non sono cittadini dei paesi dove vivono, la Convenzione Internazionale sulla protezione dei lavoratori immigrati e delle loro famiglie, e i due Protocolli alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata internazionale* adottata nell'anno 2000 e che si riferisce al traffico di migranti e alla tratta di persone. Possiamo infine citare le convenzioni adottate dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro relative ai lavoratori immigrati: la Convenzione n. 97 del 1949 e la Convenzione n. 143 del 1975 sull'immigrazione illegale e la promozione dell'uguaglianza di opportunità tra i lavoratori immigrati<sup>534</sup>.

*c) La Convenzione Europea dei Diritti Umani*

Il testo della Convenzione Europea mostra chiaramente il carattere universale dei diritti lì raccolti<sup>535</sup>. L'articolo primo della Convenzione estende la sua protezione a ogni persona dipendente della giurisdizione di uno Stato firmatario. Il criterio utilizzato per determinare l'ambito di applicazione non è pertanto l'essere cittadini di uno Stato firmatario, ma l'essere soggetti alla giurisdizione di tale Stato e per questo, nella maggioranza dei casi, si segue il criterio della territorialità degli atti realizzati. Si gode di tali diritti poichè si è residente, legale o meno, in uno Stato firmatario<sup>536</sup>.

In certi casi molto precisi, come nella sentenza *Gentilhomme, Schaff-Benhadji y Zerouki*, Il Tribunale europeo dei diritti umani è arrivato ad ammettere l'applicazione extraterritoriale della Convenzione ai cittadini di uno Stato firmatario che si trovavano nel territorio di uno Stato che non

---

<sup>534</sup> Risoluzione 40/31 del 13 dicembre 1985 e Risoluzione del dicembre 1990 entrata in vigore nel 2003.

<sup>535</sup> En la STEDH *Al-Adsani c. Regno Unito*, 21 novembre 2001 la Corte *riconosce a tutte le persone sottoposte alla giurisdizione di uno Stato firmatario, i diritti e le libertà che la Convenzione individua*. La sentenza può consultarsi nella pagina ufficiale del Tribunale Europeo dei diritti umani [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>536</sup> Decisión *Bankovic y otros c. Bélgica y otros 16 Estados Parte*, nº 52207/99, 12 diciembre 2001 y STEDH *Gentilhomme, Schaff-Benhadji y Zerouki c. Francia* 18 agosto de 2002, que pueden consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

rientrava nella Convenzione. In questi casi però si subordina questa possibilità di intervento alla competenza territoriale dell'altro Stato; uno Stato non può esercitare la sua giurisdizione sul territorio di un altro Stato senza il suo consenso, il suo invito o la tolleranza di quest'ultimo.

Allo stesso modo l'articolo 14 proibisce tutte le discriminazioni basate sulla origine nazionale nell'ambito dei diritti e le libertà tutelate dalla Convenzione. Per tanto e salvo per i diritti civili e politici vincolati direttamente alla nazionalità, gli stranieri beneficiano degli stessi diritti dei nazionali di uno Stato firmatario anche se l'art. 16 riconosce che gli articoli 10, 11 e 14 non dispongono divieti per le Alte parti contraenti a stabilire restrizioni all'attività politica degli stranieri.

*d) I diritti degli stranieri nell'ambito comunitario*

La creazione dell'Unione Europea con uno spazio di libera circolazione ha posto in essere una trasformazione della nozione di straniero, riducendo il suo contenuto tradizionale. Fino a quel momento la condizione di straniero si attribuiva a tutte le persone che si trovavano in un paese diverse dal quello di cui erano cittadini. Oggi invece straniero, almeno nell'ambito comunitario, è colui che non è cittadino di uno Stato membro dell'Unione. In questo modo si finisce per identificare la figura dello straniero con quella dell'*extracomunitario*. Bisogna tenere presente però che vi sono tre categorie di soggetti di diritto nell'Unione Europea con differenti status giuridici: i cittadini degli Stati membri, i cittadini comunitari e gli stranieri (o extracomunitari).

Anche se lo status giuridico dello straniero rientra nella competenza statale, tale regolazione diventa progressivamente condizionata dallo sviluppo di un diritto comunitario degli stranieri<sup>537</sup>.

---

<sup>537</sup> M. Díez de Velasco; *Instituciones de Derecho Internacional Público*, cit. p.601.

La politica di immigrazione non rientrava nell'ambito delle politiche contenute nei trattati fondativi dell'Unione Europea, essendo la regolazione dell'immigrazione una questione intimamente legata alla sovranità degli Stati membri. In un primo momento la cooperazione in questa materia si materializzò attraverso la stipula di trattati internazionali e mediante una collaborazione intergovernativa<sup>538</sup>. L'incorporazione delle questioni relative all'immigrazione e all'asilo nei trattati comunitari coincide con la creazione dell'Unione Europea nel Trattato di Maastricht del 1992. Tali questioni rientrano in un primo momento nel terzo pilastro dell'Unione (vd. Titolo VI)<sup>539</sup>, relativo alla cooperazione negli ambiti della giustizia e degli affari interni, e solo a partire dal trattato di Amsterdam nel 1997<sup>540</sup> si comunitarizzano le politiche relazionate con la libera circolazione delle persone, e in generale le politiche di immigrazione e asilo.

Il Consiglio Europeo di Tampere<sup>541</sup> ha segnato una svolta circa la politica migratoria della UE con l'individuazione di un approccio globale al trattamento dell'immigrazione a livello comunitario, conciliando le questioni della sicurezza con le problematiche di integrazione degli stranieri. La minaccia del terrorismo internazionale in seguito agli attentati dell'11 settembre 2001 e dell'11 marzo 2004 ha però causato continue

---

<sup>538</sup> Esempio di tale cooperazione è stata la stipula dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 e la convenzione di applicazione del 14 giugno 1990 che stabiliva la soppressione delle frontiere interne tra gli stati firmatari e la creazione di un spazio di libera circolazione che ha finito per rientrare nei confini dell'Unione Europea. Questo spazio coincide con i 13 paesi della UE (con l'eccezione del Regno Unito e dell'Irlanda) e ai due Stati dello Spazio economico comune (Finlandia e Norvegia). F.J. Carrera y N. Navarro; *El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, Textos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 333 y ss y H. Blanch; "Schengen: le chemin de la libre circulation en Europe"; *RMC (Revue du Marché Commun et Unique)*, num. 352, 1991, pp. 722 y segg.

<sup>539</sup> P.C.H. Müller-Graff; "The legal basis of the third pillar and its position in the framework of the Union Treaty", *CMLRev (Common Market Law Review)*, núm. 3, 1994, pp. 494 y segg.

<sup>540</sup> K. Hailbronner; "Immigration and asylum law under the Amsterdam Treaty", *CMLRev (Common Market Law Review)*, num. 5, pp. 1047 y segg.

<sup>541</sup> Celebrato il 16 e 17 ottobre del 1999. M. Abad; "La política de inmigración en la Unión Europea", en I. Iglesias Canle, (dir); *Inmigración y Derecho*; Titant Lo Blanch, Valencia, 2006, p.155.

oscillazioni nella politica comunitario di immigrazione stretta tra il controllo, la chiusura delle frontiere esterne e la lotta contro l'immigrazione illegale e d'altra parte l'ampliamento dei diritti degli immigrati legali. Il regime giuridico degli stranieri si è mantenuto inalterato con il Trattato di Nizza che è entrato in vigore nel 2003.

La comunitarizzazione della politica di immigrazione produce, in primo luogo, a livello istituzionale<sup>542</sup>, un ampliamento delle competenze della Corte circa tali questioni che fino ad allora era solo tangenziale<sup>543</sup>. In secondo luogo, a livello procedimentale, la maggior parte delle decisioni devono adottarsi all'unanimità e su proposta della Commissione o di uno Stato membro previa consultazione al Parlamento Europeo.

Il carattere principale di tale comunitarizzazione, come dopo vedremo quando analizzeremo la direttiva sul ricongiungimento familiare<sup>544</sup>, è che si tratta di accordi minimi che permettono agli Stati di applicare disposizioni a loro più favorevoli o adottare le misure che ritengono opportune per il mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna. Questo ampio margine di manovra con il quale contano gli Stati si traduce nella difficoltà di realizzare una regolazione unitaria in materia di immigrazione con le disfunzioni che questo provoca e di cui siamo testimoni ogni giorno.

Per questo motivo la politica comunitaria di immigrazione coesiste con le singole politiche nazionali e si limita a definire alcuni principi

---

<sup>542</sup> Si impone l'unanimità nel Consiglio prevista per i primi 5 anni in relazione alla maggioranza delle questioni. Il potere di iniziativa normativa si condivide tra la Commissione e gli Stati membri e si stabilisce poteri di intervento minori per il Parlamento. A. Palomar (coord). *Tratado de Extranjería, Aspecto civiles, penales, administrativos y sociales*, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 37.

<sup>543</sup> La dottrina aveva criticato la protezione che gli stranieri non comunitari avevano ricevuto fino a quel momento da parte della Corte di Giustizia. In questo senso vd. WEILER, J.H.H; "Thou shalt Not Porrees a Stranger": On the Judicial Protection of the Human Rights of Hon-EC Nacional-A Critique, *EJIL (European Journal of International Law)*, vol. 3, 1992. pp. 65-91.

<sup>544</sup> Direttiva 2003/86/CE sul diritto al ricongiungimento familiare.

fondamentali e a favorire la cooperazione tra gli Stati membri. Fino ad ora, con uno sviluppo piuttosto disuguale, le norme comunitarie in questa materia hanno affrontato questioni come l'attraversamento di frontiere, l'attribuzione di visti comuni, l'elaborazione di una lista di Stati non comunitari ai cui cittadini sarà richiesto il visto, la lotta contro l'immigrazione illegale, il rimpatrio degli immigranti illegali e la definizione, come vedremo in seguito, di uno statuto per gli stranieri residenti di lunga durata<sup>545</sup>. Gli obiettivi enunciati nell'art. 63.3. del Trattato dell'Unione hanno dato impulso ad una serie di decisioni che concernono i diritti degli stranieri. Tra queste bisogna segnalare<sup>546</sup>:

- a) La regolazione delle condizioni di ingresso e di residenza e le norme sui procedimenti di attribuzione da parte degli Stati membri di visti di lunga durata e di permessi di residenza anche per causa di ricongiungimento familiare. Per questo si adottano il Regolamento (CE) 539/2001, grazie al quale si stabilisce la lista di paesi terzi i cui cittadini sono sottoposti all'obbligo di visto per passare le frontiere della UE e dei paesi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo<sup>547</sup>. Si adotta altresì il Regolamento (CE) 1030/2002 del Consiglio del 13 giugno del 2002, grazie al quale si stabilisce un modello uniforme di permesso di residenza per i cittadini di paesi terzi<sup>548</sup>, e si emana la Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre del 2003 sul diritto al ricongiungimento familiare<sup>549</sup>.
- b) La lotta contro l'immigrazione e la residenza illegale. A tal fine si è adottata la Direttiva 2003/110/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 sull'assistenza in caso di transito per causa di rimpatrio o di allontanamento per via aerea<sup>550</sup>; la Decisione quadro del Consiglio

<sup>545</sup> M. Díez de Velasco ; *Instituciones de Derecho Internacional Público*, cit. p.601..

<sup>546</sup> A. Palomar (coord); *Tratado de Extranjería, Aspecto civiles, penales, administrativos y sociales*, cit. p. 37

<sup>547</sup> DO, serie L, num. 81, del 21 marzo 2001.

<sup>548</sup> DO, serie L, num. 157, del 16 giugno 2002, p. 1-7

<sup>549</sup> DO, serie L, num 251, del 3 ottobre 2003, p. 12-18.

<sup>550</sup> DO, serie L, num 321, del 6 dicembre 2003, p. 26-31.



del 28 novembre del 2002 destinata a rendere efficace la repressione dell'aiuto all'entrata, circolazione e soggiorno irregolari<sup>551</sup>, e la conseguente Direttiva 2002/90/CE, destinata a definire e circoscrivere tali fattispecie<sup>552</sup> e la Direttiva 2001/40/CE del Consiglio, del 28 de maggio del 2001, relativa al riconoscimento dei paesi dell'Unione delle decisioni in materia di espulsione di nazionali di paesi terzi<sup>553</sup>.

- c) La definizione dei diritti e delle condizioni attraverso le quali gli stranieri extracomunitari residenti legalmente in uno Stato membro possono risiedere in un altro Stato membro e lo status generale degli stranieri residenti. Per questo bisogna segnalare la direttiva 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di paesi terzi residenti di lunga durata<sup>554</sup>.

La codificazione dello status dei cittadini di paesi terzi residenti di lunga durata<sup>555</sup> ha così costituito un grande passo in avanti nel riconoscimento dei diritti agli stranieri<sup>556</sup> nell'ambito comunitario<sup>557</sup>, passo

---

<sup>551</sup> DO, serie L, num , 328, del 5 dicembre 2002, p. 1-3.

<sup>552</sup> DO, serie L, num 328, del 5 dicembre 2002, p. 17-18.

<sup>553</sup> DO, serie L, num 149, del 2 giugno 2001, p. 34-36.

<sup>554</sup> DO, serie L, num 16, de 23 gennaio 2004, p. 44-53.

<sup>555</sup> Per ottenere la concessione dello status di residente di lunga durata è necessario che lo straniero risieda ininterrottamente e legalmente in uno Stato membro per i cinque anni precedenti alla presentazione della domanda (art. 4.1). Inoltre lo straniero dovrà dimostrare che nè lui nè i suoi familiari costituiscono un peso per lo Stato membro. Il riconoscimento dello status potrà essere negato per motivi di sicurezza e ordine pubblico. Lo status protegge il titolare dall'espulsione, eccetto quando il titolare costituisca una minaccia reale e sufficientemente grave per l'ordine o la sicurezza pubblica (art. 12).

<sup>556</sup> Tra i diritti riconosciuti allo straniero residente possiamo citare il diritto all'uguale trattamento con i cittadini dello Stato membro. La parità di trattamento insiste sui seguenti ambiti: accesso al lavoro, educazione e formazione professionale, incluse le borse di studio, riconoscimento dei diplomi professionali, certificati e altri titoli, prestazioni della assistenza e previdenza sociale; benefici fiscali; accesso a beni e servizi e alla fornitura di beni e servizi a disposizione del pubblico; accesso a procedure di attribuzione di alloggi popolari; libertà di associazione, affiliazione e partecipazione in organizzazioni di lavoratori, di impresari o in qualunque organizzazione professionale. Infine è da considerare il riconoscimento della libera circolazione nella totalità del territorio dello Stato membro, anche se il riconoscimento di questo status non implica di principio il diritto di residenza in uno Stato membro diverso da quello che ha concesso tale diritto.

in avanti che si somma alla regolazione parziale e frammentaria di alcuni diritti, come il ricongiungimento familiare già previsto in altri strumenti comunitari<sup>558</sup>.

Infine dobbiamo accennare allo status speciale dei cittadini comunitari: persone che tradizionalmente erano state considerate straniere e alle quali oggi il diritto comunitario attribuisce una nuova condizione, quella di cittadini della UE con le conseguenze che ciò provoca circa il riconoscimento di nuovi diritti<sup>559</sup>. Il Trattato di Maastricht ha codificato la cittadinanza della UE che si configura come una cittadinanza complementaria a quella nazionale e che si concede a tutti i cittadini di uno Stato membro della UE anche se questi risiede in uno Stato membro del quale non è cittadino. L'essere cittadini europei implica il riconoscimento dei seguenti diritti: libertà di circolazione e residenza in tutto il territorio della UE, diritto di voto e di eleggibilità nelle elezioni municipali e al Parlamento Europeo presso il paese di residenza; protezione diplomatica e consolare da parte delle autorità di qualunque Stato membro sempre che lo Stato di cui l'individuo è cittadino non sia rappresentato in un paese terzo, diritto di petizione e di ricorso al Difensore civico europeo.

---

<sup>557</sup> Anche se questo riconoscimento stabilisce una forma di cittadinanza sociale, come è abituale tale passo non è stato esente da critiche. Da una parte si può obiettare la differenza di trattamento che si stabilisce tra gli stranieri in funzione della durata della loro residenza in un paese della Unione Europea. D'altra parte si rileva che questo status non equipara i residenti ai cittadini comunitari. J. De Lucas,; "Ciudadanía europea e inmigración", *Revista CIDOB d'affers internacionals*, núm. 53, 2001, pp. 63 y ss y C. Escobar, "Extranjería y ciudadanía en la Unión Europea", en *Extranjería e inmigración en España y la Unión Europea*, Colección Escuela Diplomática, núm. 3, Madrid, 1998, pp. 103 y segg.

<sup>558</sup> Le principali direttive in materia sono: la Direttiva 2001/40/CE relativa al riconoscimento mutuo delle misure di allontanamento dei cittadini di paesi terzi, la direttiva 2001/51/CE che completa le disposizioni dell'art. 26 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, la Direttiva 2001/55/CE relativa alle norme minime per la concessione di una protezione temporanea in caso di arrivo massiccio di persone profughe e di misure finalizzate a assicurare una collaborazione tra gli Stati membri per accogliere queste persone, la Direttiva 2002/90/CE relativa alla definizione di sanzioni per l'aiuto all'ingresso al transito e alla residenza irregolare.

<sup>559</sup> A. Palomar (coord); *Tratado de Extranjería, Aspecto civiles, penales, administrativos y sociales*, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 73.

## CAPITULO VI

### EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA VIDA FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS EN LA UNIÓN EUROPEA

En este capítulo nos proponemos analizar las peculiaridades que reviste el ejercicio del derecho a la vida familiar, reconocido como fundamental por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en aquellos casos en los que dicho ejercicio se pretende por parte de un extranjero en el Estado de acogida.

Como es bien sabido, tal pretensión ha dado lugar a la implementación de una figura jurídica específica, desarrollada a finales de los 90 bajo la denominación de "reagrupación familiar". Con este instrumento se permite al extranjero poner en acto el derecho a la vida familiar; es decir, reunir en el país de acogida a los miembros de su familia no nacionales, instando para ello un procedimiento específico que debe sustanciarse necesariamente por el Estado en cuestión<sup>560</sup>.

La articulación jurídica de la reagrupación familiar constituye uno de los principales caballos de batalla de los Estados de la UE. Por una parte, siendo el cauce jurídico que posibilita el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la vida familiar de los extranjeros, debe ser

---

<sup>560</sup> La reagrupación familiar se considera como una de las vías más útiles, junto con el acceso a la nacionalidad, para conseguir una efectiva integración de los inmigrantes. R. Aragón; "Balance del proceso de regularización y los nuevos proyectos para la integración de los inmigrantes" en *Regularización de trabajadores extranjeros y reagrupación familiar de inmigrantes extranjeros en España*, Fundación Paulino Torres, Barcelona 1994, pp. 40 y ss; U. Martínez Veiga; *La integración social de los inmigrantes extranjeros en España*; Ed. Trotta, Madrid, 1997, pp. 221 y ss; J. De Lucas, "Propuestas sobre políticas de inmigración en Europa: el debate en España"; J. Janer; "Política de Inmigración y Acuerdos de Readmisión"; M. Pajares; "Una política de flujos migratorios" o N. García Pardo; "El futuro de las migraciones; intenciones y potencial migratorio"; *Ponencias presentadas en el II Congreso sobre Inmigración en España*, Madrid, Octubre 2000.

reconocido y garantizado; por otra parte, sin embargo, su reconocimiento incondicionado comprometería seriamente el derecho los Estados a controlar de sus flujos migratorios. Como es bien sabido, la reagrupación familiar es actualmente la vía legal más importante de entrada de inmigrantes en Europa. Resulta necesario, pues, abordar con rigor los presupuestos sobre los que se cimenta esta figura (el derecho a la vida familiar) y cuál debe ser su contenido mínimo esencial para que respete y responda plenamente a la garantía del derecho fundamental que la sustenta.

Para analizar en profundidad la reagrupación familiar en el ámbito del Consejo de Europa<sup>561</sup>, además de la extensa jurisprudencia del TEDH emanada al respecto, tendremos en cuenta también los siguientes documentos: la Recomendación 1261 de la Asamblea Parlamentaria de 15 de marzo relativa a la situación de las mujeres inmigrantes en Europa<sup>562</sup>; la Recomendación 1327 de 24 de abril de 1997 de la Asamblea que se ocupa de la protección y el reforzamiento de los

---

<sup>561</sup> Aunque en este apartado nos centremos en el estudio de la reagrupación familiar en el CEDH, en el ámbito internacional a este respecto habría que destacar la entrada en vigor en julio de 2003, tras obtener las 20 ratificaciones necesarias entre las que no se encuentra ninguna de un Estado Europeo, de la Convención de las Naciones Unidas para la protección de los trabajadores migrantes y sus familias adoptada el 18 de diciembre de 1992, UN GA Res. 45/158. Ésta menciona la reagrupación familiar en su art. 44. Este derecho a nivel internacional también se reconoce en el art. 10 del Convenio de Derechos del niño adoptada el 20 de noviembre de 1989, UN Doc. A/44/25. Otros documentos en los que se hace una referencia en el ámbito internacional a este instituto son: la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985 que hace una referencia indirecta a la reagrupación familiar en su art. 5.4 y la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 que en su art. 10 se refiere a la facilitación de la reunión del menor con su familia.

<sup>562</sup> En ésta se recomienda que se adopten medidas que faciliten el reagrupamiento familiar en territorio europeo, la concesión de permisos de trabajo y de residencia independientemente de cuál sea la situación familiar, dispositivos de formación profesional adaptados a su cultura, servicios de asistencia social para ellas y sus familias, políticas que inciten su participación social, así como la prevención y represión de prácticas violentas o degradantes. S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. p. 192.

derechos humanos de los refugiados y demandantes de asilo<sup>563</sup> y el Convenio sobre el Status Legal de los Trabajadores Migrantes de 24 de noviembre de 1977<sup>564</sup>.

## **1. DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA Y REAGRUPACIÓN FAMILIAR.**

El reconocimiento y la regulación de la reagrupación familiar en la Unión Europea ha sido objeto de una lenta y progresiva transformación. Desde el principio, ha estado estrechamente vinculado a los avatares y extensión del derecho de libre circulación y de residencia en el territorio comunitario. Este derecho ha experimentado una continua evolución, pareja al propio devenir de la Unión, ampliando continuamente su ámbito de aplicación hasta alumbrar en la actualidad una regulación específica y global para el derecho a la reagrupación familiar, que desarrollaremos en el próximo capítulo.

En los primeros años de la construcción europea, la atribución de este derecho se limitaba a los ciudadanos comunitarios y a aquellos familiares que, por motivos económicos, precisaban cambiar su residencia a otro Estado miembro. Contemporáneamente, se posibilitó también un ejercicio limitado y restringido de este derecho a ciudadanos no comunitarios, cuyos países hubieran suscrito un acuerdo de asociación o cooperación con la Comunidad europea. En un segundo momento, a partir de los años noventa, la libre circulación se desvincula de las actividades económicas<sup>565</sup>, ampliando la titularidad de este derecho a

---

<sup>563</sup> En esta se aconseja incluir en la noción de familia del demandante de asilo a los miembros que pertenecen a ésta de facto como puedan ser hijos naturales o pareja de hecho, así como las personas mayores o enfermas que dependen del demandante. Además reclama el derecho a la reagrupación familiar y la protección del Estado de acogida en forma de permiso de residencia por razones humanitarias.

<sup>564</sup> Que en su artículo 12 detalla el derecho a la reagrupación familiar del trabajador migrantes.

<sup>565</sup> Se atribuye a jubilados o estudiantes.

todos los ciudadanos comunitarios sin restricciones<sup>566</sup>, al tiempo que se incrementan los acuerdos de cooperación y asociación que confirman su reconocimiento a los nacionales de terceros países.

Con posterioridad, y ligado a la asunción de competencias en materia de inmigración por parte de la Unión Europea, se produce una nueva ampliación del derecho a la libre circulación de personas en el ámbito comunitario que obliga a extender la titularidad del derecho de reagrupación a los nacionales de terceros países residentes en el territorio comunitario. En el denominado *mercado legal de los ciudadanos*<sup>567</sup> se pueden distinguir, pues, dos esferas normativas para los no comunitarios: la que afecta a los nacionales de terceros países que entran en el ámbito de aplicación del derecho comunitario; y la que afecta a los nacionales de terceros países excluidos de los beneficios del derecho comunitario de libre circulación, pero sí están afectados por las normas correspondientes del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

Si bien el estadio actual del derecho a la reagrupación familiar en Europa representa un avance impensable hace pocos años, aún hoy adolece de una amplia disparidad de regulaciones, de importantes limitaciones y restricciones (familiares extranjeros de los ciudadanos comunitarios y los nacionales de terceros países residentes en territorio UE) y de la exclusión de los extranjeros que se encuentran en situación irregular<sup>568</sup>. Todo ello lo aleja notablemente de la universalidad que derivaría de su reconocimiento y articulación como derecho humano.

---

<sup>566</sup> E. Pérez Vera ; "Citoyenneté de l'Union européenne, nationalité et condition des étrangers", *R des C. (Recueil des Cours)*; 1996, p. 350

<sup>567</sup> Market citizens es una expresión de J. Shaw y S. Moore; *New Legal Dynamics in European Integration*,: Oxford University Press, Oxford, 1995.

<sup>568</sup> La limitación del régimen a aquellos extranjeros que residan legalmente en el territorio comunitario viene establecida en los documentos que sientan las bases para la definición de la política comunitaria en materia de extranjería. A este respecto puede consultarse el punto 18 de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999). M<sup>a</sup>. P. Canedo; "Reflexiones sobre la reagrupación familiar de

### **1.1. La libre circulación como derecho exclusivo de los trabajadores.**

Con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam esta materia no entraba en las competencias normativas de la Comunidad Europea por lo que permanecía a la entera discrecionalidad de los legisladores nacionales, provocando una disparidad de regulaciones de la reagrupación familiar en los Estados miembros .

La naturaleza esencialmente económica de la Comunidad Europea conllevaba que la reagrupación familiar se regulase a nivel comunitario con el único objetivo de eliminar los obstáculos para la instauración de un mercado común en el que los ciudadanos de los Estados miembros pudiesen circular libremente para desarrollar una actividad económica en cualquier otro Estado de la Unión.

Los primeros intentos de armonizar esta materia se producen con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, sobre la base del tercer pilar a nivel de cooperación intergubernamental. Con la adopción del *Tratado de la Unión Europea*, la Comunidad Económica Europea se transforma en Unión Europea, marcando así el inicio de una nueva etapa, tal y como se señala en el propio art.1 TUE: “una nueva etapa en el proceso de creación de una unión siempre más estrecha entre los pueblos de Europa”.

Producto de esta nueva fase es la introducción de la “*ciudadanía de la Unión*” (arts 17-22). La ciudadanía europea se adquirirá por el simple hecho de ser ya nacional de un Estado miembro y tiene sobre todo un carácter simbólico. Así, pues a modo de contrapeso respecto de las previsiones de carácter económico y monetario del Tratado, el estatuto

---

nacionales de terceros Estados en la Unión Europea”; en A. Calvo García Caravaca y E. Castellanos Ruiz; (Dir) *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos Internacionales*; Colex, Madrid, 1994, p. 199.

de ciudadano de la Unión conlleva la atribución de una serie de facultades objetivas entre las que destaca especialmente (así lo reconoce el art. 18.1 del TEU) el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros<sup>569</sup>. En todo caso, la introducción de la ciudadanía europea no supuso el reconocimiento de un derecho generalizado a la libre circulación y residencia<sup>570</sup> como lo demuestra el hecho de que la normativa vigente al efecto no fue modificada.

Las fuentes normativas que han regulado esta materia a nivel comunitario se ha producido en tres etapas:

- 1) Existencia de una regulación extremadamente sectorial y fragmentaria del derecho a la circulación y a la residencia de las personas en la Comunidad, en la que destacan como fuentes normativas (el Reglamento 1612/68, la Directiva 148 de 1973, el Reglamento 1251/70, la Directiva 75/34 y la Directiva 68/360).
- 2) Gracias a la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la UE, se produce una extensión de los beneficiarios de la reagrupación familiar, destacando las Directivas 90/364, 90/365, 90/366 y la Directiva 90/364.
- 3) El derecho a la libre circulación y residencia ya no se vincula al ejercicio de una actividad profesional o a los conceptos económicos marginales establecidos en las Directivas de la década de los 90, sino al concepto fundamental de ciudadanía. En esta tercera etapa destaca como fuente normativa de referencia la reciente adopción de la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de

---

<sup>569</sup> M<sup>a</sup> D. Blázquez; *La Ciudadanía de la Unión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 61-86.

<sup>570</sup> Sentencia *Uecker y Jacquet*, de 5 de junio de 1997, asunto 64/96 y 65/96. En el que limita el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia de los familiares reagrupados de un ciudadano comunitario a la condición de que éste último haya ejercitado a su vez su derecho a la libre circulación, limitando la aplicación del ordenamiento nacional en aquellos casos en los que no exista ningún elemento de conexión con el ordenamiento comunitario. Un ejemplo del reconocimiento de esta conexión se encuentra en el caso *Singh*, sentencia de 7 de julio de 1992, asunto C-370/90 y en la sentencia *Knoors* de 7 de febrero de 1979, asunto 115/78



2004, por la que se modifican las anteriores Directivas y que los Estados miembros deberían haber transpuesto a los respectivos derechos nacionales antes del 30 de abril de 2006.

La reagrupación familiar, a nivel comunitario, posee desde el principio un carácter instrumental ligado exclusivamente a la libre circulación de los trabajadores; esto es: faculta a los trabajadores a reunirse con sus familiares en el Estado donde trabajan, exigiendo a los respectivos Estados la pertinente concesión administrativa de la residencia<sup>571</sup>. Puesto que necesariamente se trata de un fenómeno que produce movilidad de las personas, se integra en el ámbito comunitario relativo a la libre circulación de personas<sup>572</sup>. No obstante, en un primer momento, el derecho a la reagrupación familiar no se reguló como una *facultad subjetiva* de cualquier ciudadano europeo, sino que ostentó una naturaleza funcional respecto a la libertad de circulación de los trabajadores. De ahí que su atribución se reservó únicamente a los nacionales de los Estados miembros: en un principio afectó sólo a trabajadores autónomos o por cuenta ajena y sólo, posteriormente, se extiende a aquellos que hubieran cesado su actividad y que hubieran ejercitado efectivamente su derecho a la libre circulación, siendo inaplicable la normativa comunitaria sobre reagrupación familiar a aquellos trabajadores comunitarios que no hubieran hecho uso de este derecho<sup>573</sup>.

---

<sup>571</sup> Tal reconocimiento se recoge entre otros en la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, art. 19, el art 8 del Convenio nº 97, de 1 de julio de 1949, de la Organización internacional del Trabajo relativo a los Trabajadores Migrantes, la Recomendación nº 151, de 4 de junio de 1975, de la Organización Internacional del Trabajo concerniente a los Trabajadores Migrantes, el Convenio europeo relativo al Estatuto jurídico del Trabajador migrante, de 24 de noviembre de 1977.

<sup>572</sup> El art. 39 Tratado CE enuncia la libertad de circulación de los trabajadores por cuenta ajena.

<sup>573</sup> Es lo que el Tribunal de Justicia Europeo ha calificado como "una situación puramente interna de un Estado miembros" y cuya regulación dependerá de lo que la normativa nacional reconozca en este tipo de situaciones a sus propios ciudadanos. Según el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea las disposiciones relativas a la libre circulación de los trabajadores comunitarios no se podrán aplicar a situaciones internas, definiendo a éstas como aquellas en las que falta cualquier factor de

Esta situación dio lugar a lo que el Tribunal de Justicia denominó “discriminación inversa”: aquel ciudadano comunitario que trabajara o hubiera trabajado en otro país de la Unión Europea podría beneficiarse de la aplicación de las normas comunitarias relativas a la reagrupación familiar, mientras que a un nacional que nunca hubiera ejercitado este derecho le sería aplicable sólo la normativa interna relativa a la materia prevista en el propio Estado, cuyo régimen podría ser totalmente diferente<sup>574</sup>. En sus últimas sentencias, el Tribunal ya ha superado esta distinción por los efectos que un tratamiento injustamente diferente pueden producir en el mercado común<sup>575</sup>. De esta forma se ha ampliado la esfera de los posibles beneficiarios de la libre circulación y de las normas que de ella se derivan, incluyendo a las personas que se desplazan a otro Estado por una oferta de trabajo<sup>576</sup> y las que se transfieren a otro Estado con la finalidad de recibir un servicio<sup>577</sup>.

---

conexión a cualquier situación contemplada en el derecho comunitario. Sentencia *Morson y Jhanjan* de 27 de octubre de 1982, asuntos 35/82 y 36/82, Sentencia *Moser* de 28 de junio 1984, asunto 180/83, sentencia *Saunders* de 28 de marzo de 1979, asunto 175/78, sentencia *Dorio* de 23 de enero de 1986, asunto 298/84, sentencia *Zaoui* de 17 de diciembre de 1978, asunto 147/87, sentencia *Oteen* de 28 de enero de 1992, asunto C-332/90, sentencia *Morais* de 19 de marzo de 1992, asunto C-60/91, sentencia *Kraus* de 31 de marzo de 1993, asunto C-19/92, sentencia *Bosman* de 15 de diciembre de 1995, asunto 415/93, sentencia *Uecker* de 5 de junio, asunto C-64/96 y C-65/96

<sup>574</sup> G. Gaja; “Les discriminations à rebours: un revirement souhaitable”, en *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, Bruylant, Bruselas, 1999, p. 993, E. Cannizzaro; “Esercizio di competenze e discriminación “a rovescio”, *Il diritto dell’Unione Europea*, 1996, n. 2 pp. 351 ss, P. Pallaro, “La sentenza Guimont: un definitivo superamento “processuale” dell’ irrilevanza comunitaria “sostanziale” delle “discriminazione a rovescio””, *Revista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, n. 1 pp. 95 ss. y por lo que respecta a la jurisprudencia destacan Sentencia *Kremzow* de 29 de mayo de 1997, asunto C-299/95, Sentencia *Moser* de 28 de junio de 1984, asunto 180/83, Sentencia *Wijzenbeck* de 21 de septiembre de 1999, asunto C-378/97

<sup>575</sup> En esta nueva formulación reviste especial importancia la introducción en el Tratado de Ámsterdam en su artículo 13 de un principio de no discriminación. Sentencia *Rutili* de 28 de octubre de 1975, asunto 36/75 y sentencia *Luxemburgo c. Parlamento Europeo y el Consejo* contra la Directiva 98/5 relativa a la libertad de establecimiento de los abogados, de 7 de noviembre de 2000, asunto C- 168/98

<sup>576</sup> Sentencia *Royer* de 8 de abril de 1976 asunto 48/75, Sentencia *Levin* de 23 de marzo de 1982, asunto 53/81, Sentencia *Antonissen* de 23 de febrero de 1991, asunto C- 292/89.

<sup>577</sup> Sentencia *Luisa y Carbone* de 31 de enero de 1984, asuntos 286/82 y 26/83, sentencia *Cowan* de 2 de febrero de 1989, asunto 186/87

El Reglamento 1612/68 relativo a la libertad de circulación de los trabajadores en la Comunidad<sup>578</sup>, reconocía a quienes desarrollasen un trabajo por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro, la posibilidad de reagrupar a algunos de sus familiares con independencia de su nacionalidad. En este reglamento, tal y como establece en su art. 1, el titular del derecho será el trabajador comunitario que accede al territorio de otro Estado miembro para la realización de un trabajo por cuenta ajena<sup>579</sup>.

La Directiva 148 de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y residencia de los ciudadanos de los Estados miembros en la Comunidad en materia de establecimiento y prestación de servicios, extiende este derecho a los trabajadores autónomos<sup>580</sup>.

El Reglamento 1251/70<sup>581</sup> y la Directiva 75/34<sup>582</sup> establecen las condiciones para el ejercicio, por parte de los trabajadores por cuenta ajena y autónomos y sus familias, del derecho a mantener su residencia en el territorio de un Estado miembro en el que trabajaban una vez cese su actividad. En estos este derecho se atribuye, en los arts 1 y 2, tanto al trabajador como a su familia, incluso en los casos de fallecimiento del trabajador reagrupante siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos.

También hay que señalar la Directiva 68/360<sup>583</sup>, relativa a la supresión de las restricciones en el desplazamiento y la residencia de los

---

<sup>578</sup> Reglamento del Consejo DOCE L 257 de 19 de octubre de 1968.

<sup>579</sup> El trabajo a desarrollar deberá tratarse de un trabajo efectivo y de una cierta consistencia, el Tribunal ha excluido de su ámbito de aplicación las actividades reducidas, precarias, marginales o accesorias. Sentencia *Bettray* de 31 de mayo de 1989, asunto 344/87, Sentencia *Lawrie-Blum* de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, sentencia *Lair* de 21 de junio de 1988 asunto 39/86, Sentencia *Echternach y Moriz* de 15 de marzo de 1989, asunto 389/87 y 390/87

<sup>580</sup> Directiva de 21 de mayo 1973, DOCE L 172 de 28 de mayo de 1973, Sentencia *Carpenter* de 11 de julio de 2002, asunto C- 60/00.

<sup>581</sup> DOCE L 142 de 30 de junio de 1970.

<sup>582</sup> DOCE L 14 de 20 de enero 1975.

<sup>583</sup> DOCE L 257 de 19 de octubre de 1968.

trabajadores de los Estados miembros y de sus familias en el interior de la Comunidad y la Directiva 73/1984, relativa a la supresión de las restricciones en el desplazamiento y residencia de los ciudadanos de un Estado miembro en materia de establecimiento y prestación de servicios.

El 28 de junio de 1990, tras diversas propuestas<sup>584</sup>, se aprobaron tres nuevas Directivas 90/364, 90/365, 90/366; en las que se regula respectivamente el derecho de residencia de los sujetos inactivos, de los trabajadores por cuenta ajena o propia que hayan cesado su actividad profesional y de los estudiantes<sup>585</sup>. Sin duda, la adopción de estas tres nuevas Directivas responde a la evolución jurisprudencial en la materia, que avala una progresiva ampliación de los beneficiarios del derecho de circulación a nivel comunitario y, por lo tanto, del derecho a la reagrupación familiar, desvinculándose su ejercicio de la realización de una actividad económica.

En la Directiva 90/365 se reconoce el derecho de residencia a los ciudadanos de un Estado miembro que hayan ejercitado en la Comunidad una actividad como trabajadores por cuenta propia o ajena. Así pues, se extiende este derecho a todos los jubilados siempre y cuando sean ciudadanos de un Estado miembro, se beneficien de una jubilación anticipada, de una pensión de jubilación o una pensión por incapacidad con la finalidad de evitar que durante su residencia se conviertan en una carga para el sistema social del Estado que los acoge

---

<sup>584</sup> Propuesta de Directiva del Consejo relativa al derecho de residencia de los ciudadanos de los Estados miembros en el territorio de otro Estado miembro, DOCE C 207 de 17 de agosto de 1979, ulteriormente modificada en otras dos ocasiones DOCE C 188 de 25 de julio 1980 y DOCE C 292 de 11 de noviembre de 1980 y DOCE C 171 de 10 de julio de 1985, que no hacen sino que poner de manifiesto la reticencia de los Estados miembros a la hora de reconocer un derecho de residencia generalizado y desvinculado de la realización efectiva de un trabajo

<sup>585</sup> DOCE L 180 de 13 de julio de 1990. Hay que señalar que la Directiva 90/366 sobre el derecho de residencia de los estudiantes fue anulada por el Tribunal de Justicia, sentencia *Parlamento c. Consejo*, de 7 de julio de 1992, asunto C-295/90 y sustituida por la Directiva 93/96, DOCE L 317 de 18 de diciembre de 1993.

y sean titulares de un seguro médico que cubra cualquier riesgo en el Estado de acogida.

La Directiva 93/96 reconoce como beneficiarios de este derecho a los estudiantes de un Estado miembro subordinado a la realización de una declaración en la que se asegure a la autoridad nacional correspondiente de que disponen de los recursos suficientes para no convertirse en una carga financiera para el Estado de acogida, vemos que en este caso a diferencia de la Directiva anterior su regulación es más permisiva y basta con una simple declaración. Además, el estudiante tendrá que estar matriculado en un centro reconocido con la finalidad de recibir una formación profesional y que él o su familia cuenten con un seguro médico que cubra todo tipo de riesgos.

En último lugar, la Directiva 90/364 regula de una forma general y residual, el derecho de residencia de los ciudadanos de los países miembros que no se benefician de este derecho en virtud de otras disposiciones de derecho comunitario, subordinando una vez más, este derecho a la posesión de un seguro médico y de recursos suficientes.

## **1.2. La libre circulación y residencia como derecho de ciudadanía europea.**

### ***1.2.1. Directiva 2004/38/CE: Itinerario de su aprobación.***

El 24 de enero de 1996 la Comisión creó “un grupo de alto nivel para el estudio sobre la libre circulación de las personas” al que le encargó elaborar un informe con todos los problemas y las dificultades jurídicas, administrativas y prácticas que los ciudadanos comunitarios encuentran en el ejercicio de su derecho a instalarse y trabajar en otro Estado de la Unión Europea<sup>586</sup>. El 18 de marzo de 1997<sup>587</sup>, el grupo

---

<sup>586</sup> “Informe Veil” DOUE 1 / 2-1996

<sup>587</sup> DOUE 3-1997

presentó un informe a la Comisión, con más de 80 recomendaciones, dirigidas a garantizar la libertad de circulación de las personas en espacio comunitario<sup>588</sup>. Entre éstas destaca una nueva formulación del derecho de libre circulación, ajustado al concepto de ciudadanía de la Unión, con el propósito de sustituir el tratamiento sectorial y fragmentario del que había sido objeto hasta el momento y garantizar una igualdad de trato a todos los ciudadanos de la Unión Europea.

En ese informe se señalaba que el principio de libertad de circulación de las personas debe tener una eficacia real, por lo que es preciso que los instrumentos comunitarios relativos a la libertad de circulación de los trabajadores se vinculen de una forma más directa hacia el reconocimiento de una libertad de circulación en la Unión reconocida a todos los ciudadanos Europeos<sup>589</sup>. Estas propuestas se tradujeron posteriormente en una comunicación de la Comisión en la que se establecía un Plan de acción para la libre circulación de los trabajadores<sup>590</sup>, con la finalidad de facilitar su seguimiento normativo por parte del Consejo.

El Parlamento Europeo asumió las conclusiones de la Comisión<sup>591</sup> y fue todavía más allá al afirmar que dicha libertad se debe reconocer también a los ciudadanos de otros países que residen en la Unión Europea. Exhortaba, por ello, a la Comisión a recopilar la normativa existente sobre libre circulación y derecho de residencia y elaborar un código general en la materia teniendo en cuenta las observaciones realizadas<sup>592</sup>. La Comisión, siguiendo el encargo del Parlamento, formuló

---

<sup>588</sup> Estas dificultades fueron recogidas por la Comisión en un segundo informe sobre la ciudadanía de la Unión de 27 de mayo de 1997.

<sup>589</sup> A favor de esta tesis se ha manifestado el Comité Económico y Social en su dictamen sobre el programa de acción de la Comisión (DOUE C 235 de 27 de julio de 1998, p. 82)

<sup>590</sup> COM DOC 586 del 12 de noviembre de 1997, no publicado en el DOUE.

<sup>591</sup> COM (97) 586 C 4 – 0650/97, en DOUE C 292 del 21 de septiembre de 1998, p. 145.

<sup>592</sup> COM (98) 403 final 1 de julio de 1998.

una propuesta de Directiva relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros<sup>593</sup>.

El procedimiento elegido para la elaboración de esta Directiva fue el de co-decisión con los siguientes trámites: el 13 de mayo de 2002, dictamen del Comité de las Regiones; el 24 de abril de 2002, dictamen del Comité Económico y Social y, finalmente, el 11 de febrero de 2003, el Parlamento aprueba la propuesta de la Comisión pero con varias enmiendas. Finalmente, el 29 de abril de 2004, tras tres años de elaboración, se aprobó la Directiva 2004/ 38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros<sup>594</sup>.

Con esta regulación se ha unificado el tratamiento del derecho a la libre circulación y residencia, superándose el enfoque sectorial y fragmentario existente<sup>595</sup>. La principal ventaja de esta nueva Directiva es, precisamente, la de tratarse de un Texto único, que sustituye la dispersión normativa antes existente<sup>596</sup> y se convierte en el corpus legislativo de referencia sobre la materia dentro de la UE<sup>597</sup>. Por su parte, el derecho de libre circulación ha pasado a formar parte del patrimonio jurídico de los ciudadanos de la UE. La Directiva, en su primer

---

<sup>593</sup> COM (2001) 257 def. en DOUE C 270 E de 25 de septiembre de 2001, p. 150 SS

<sup>594</sup> DOUE L 158 de 30 de abril de 2004, p. 77 y corregida mediante una corrección de errores publicada en el DOUE L 229 el 29 de junio de 2004 p. 35. Esta se puede consultar en el informe " Free movement and residence of Union citizen within the European Union" elaborado por la Comisión Europea, Dirección General de Justicia e Interior y disponible en la siguiente dirección. [http://www.europa.eu.int/comm/justice\\_home/doc\\_centre/citizenship/movement/doc/free\\_movement\\_281004\\_en.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/citizenship/movement/doc/free_movement_281004_en.pdf)

<sup>595</sup> M<sup>a</sup> D. Blázquez; "El derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 233 septiembre/octubre 2004, pp. 18-32.

<sup>596</sup> Recordemos que tal y como antes se ha indicado hasta entonces la normativa estaba compuesta por nueve directivas y un reglamento

<sup>597</sup> Tercer Considerando

considerando, lo califica como un derecho primario e individual, con independencia del ejercicio de una actividad económica<sup>598</sup>. Esta simplificación tanto formal como material supondrá, sin duda, un reforzamiento del derecho y una agilización de su ejercicio. La Directiva, en efecto, atribuye al derecho fundamental de residencia en otro Estado miembro de la UE, un carácter personal y garantiza su ejercicio directo por parte de los ciudadanos europeos, sin someterlo a ningún tipo procedimiento administrativo<sup>599</sup>.

La consecuencia directa de esta regulación del derecho a la libre circulación y residencia, obviamente, será la ampliación del derecho del ciudadano comunitario a reagruparse con sus familiares, con independencia de cual sea su nacionalidad, en el territorio de otro país miembro.

### **1.2.2. Estructura y contenido de la Directiva.**

La Directiva está dividida en 7 capítulos. En el primero se contienen las disposiciones generales en el que junto con la determinación del objeto y las habituales definiciones se contemplan también los beneficiarios, los tres capítulos siguientes regulan los derechos que en la misma se contienen: el derecho de salida y entrada (cap. II), el derecho de residencia (cap III) y el derecho de residencia permanente (cap IV). En el quinto capítulo se contienen disposiciones comunes al derecho de residencia, en el capítulo sexto se establecen una serie de limitaciones de estos derechos por razones de orden público, seguridad o salud pública y se cierra con el capítulo séptimo relativo a las habituales disposiciones finales.

---

<sup>598</sup> D. Martín, "Loi du 15 décembre 1980. Transposition du droit communautaire", *Revue du droit des étrangers*, n. 91, 1996, p. 722.

<sup>599</sup> Considerando undécimo



Desde el punto de vista material, la Directiva regula un derecho integrado por dos facultades, que se podrán ejercer por separado o simultáneamente. Por un lado, reconoce la libertad de circulación, es decir, el derecho de entrada y de salida en el territorio de un Estado miembro y, por otro, el derecho de residencia tanto temporal como permanente<sup>600</sup>.

Entrando en el análisis de la Directiva en primer lugar, por lo que se refiere al objeto de esta tesis, la importancia que la misma concede a la reagrupación familiar, estableciendo que el reconocimiento del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados de los familiares de los ciudadanos europeos es esencial para que estos puedan a su vez ejercer este derecho en condiciones objetivas de libertad y dignidad<sup>601</sup>. Además, se propugna una definición amplia de unidad familiar (contrariamente a lo estipulado por la Directiva 2003/86/CE sobre los nacionales de terceros países), aunque la interpretación de la misma se deja a la libre discrecionalidad de los Estados siempre que se trate de familiares no incluidos en la propia Directiva.

Una de las principales novedades de la Directiva radica en su definición amplia del término "familiar" con la que se plasma la evolución jurisprudencial y legislativa en la materia experimentada a nivel europeo<sup>602</sup>. La Directiva señala dos categorías de titulares del derecho de libre circulación: los ciudadanos de la Unión que se trasladen a un Estado miembro distinto del suyo (beneficiarios directos) y los miembros de sus familias que les acompañen o se reúnan con ellos en el Estado de acogida, sean o no nacionales de un Estado<sup>603</sup>.

---

<sup>600</sup> M<sup>a</sup> D. Blázquez; "El derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril", cit, pp. 18-32

<sup>601</sup> Quinto Considerando de la Directiva

<sup>602</sup> Como ejemplo de esta evolución se puede citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Eyüp* de 22 de junio de 2000, cuasa C-65/98

<sup>603</sup> Art. 3.2 a)

La Directiva elabora un concepto de miembros de la familia y una vez delimitado lo universaliza, teniendo en cuenta a otras personas que mantienen una relación especial con el ciudadano de la Unión, pese a no reconocerles un derecho automático de libre circulación y residencia<sup>604</sup>. Los familiares que se podrán beneficiar de la reagrupación familiar se enuncian en el art. 2.2 y 3.2 de la Directiva<sup>605</sup>: el cónyuge<sup>606</sup> o la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación del Estado miembro de acogida que otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios<sup>607</sup>. El legislador comunitario, con esta fórmula, continúa sin resolver a nivel comunitario el problema de las parejas de hecho, traspasándole esta responsabilidad a los distintos ordenamientos nacionales, lo que podría dar lugar a efectos discriminatorios con importantes consecuencias para la libre circulación de los ciudadanos europeos.

---

<sup>604</sup> M<sup>a</sup> D. Blázquez; "El derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril", cit, pp. 18-32.

<sup>605</sup> La delimitación del concepto de los familiares ha sido sin duda uno de los aspectos más polémicos y que ha enfrentado a las instituciones comunitarias durante su tramitación. La propuesta inicial de la Comisión incluía al cónyuge, a la pareja de hecho, a los descendientes directos y a los del cónyuge o pareja de hecho, incluyendo como novedades el reconocimiento de las parejas de hecho y la eliminación de la exigencia de que los descendientes o ascendientes tuvieran que estar a cargo del beneficiario ampliando sustancialmente la noción de familia. Por otra parte, el Parlamento Europeo todavía extendió más esta noción al incluir las a las parejas homosexuales dentro de la categorías de cónyuge. Doc A5-0009/2003

<sup>606</sup> Sentencias *Diatta c. Land de Berlin* de 13 de febrero de 1985, asunto 267/83, sentencia *Singh* de 7 de julio de 1992 asunto 370/90, sentencia *Kus* de 16 de diciembre de 1992, asunto C-237/91, sentencia *Kadiman* de 17 de abril de 1997, asunto C-315/95 en las que se puede ver la interpretación que el Tribunal de Justicia Europeo ha realizado del concepto de vida familiar como aquella relación en la que existe una cohabitación efectiva, aunque en ocasiones ha admitido excepciones o la existencia de otros factores indicativos de una auténtica unión entre dos sujetos. También en L.S. Rossi; "I beneficiari della libera circolazione delle persone nella giurisprudenza comunitaria", *Foro italiano*, IV, col, 1994, , pp. 105, ss.

<sup>607</sup> La jurisprudencia del Tribunal Europeo manifestó en un principio la imposibilidad de equiparar a las parejas de hecho al matrimonio aunque parece que en sus últimas sentencias abogue por una superación de esta doctrina vinculando el reconocimiento de la equiparación a su reconocimiento en la respectiva legislación nacional y sólo con referencia a disposiciones comunitarias que tienen como objeto la reagrupación familiar. Vid. Sentencia *Reed* de 17 de abril 1986, asunto 59/85 y sentencia *Eyüp* de 22 de junio de 2000, asunto C-65/98.

Los artículos 2. 2 b y 3.2. b) de la Directiva sólo aluden a la reagrupación de la *pareja*, por lo que se plantea la duda de si ese concepto incluye también a las parejas o matrimonios homosexuales. Hasta al momento el Tribunal de Justicia Europeo ha negado explícitamente esta posibilidad, afirmando que no ha encontrado indicios suficientes de una evolución social de carácter general que permita justificar tal posibilidad<sup>608</sup>. Lo cual resulta significativo a la luz de la resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, relativa a la paridad de derechos para los homosexuales en la UE y la nueva sensibilidad que parece haberse extendido en Europa respecto a esta cuestión<sup>609</sup>.

El art. 2.2 c) contempla la posibilidad de reagrupar a los descendientes menores de 21 años o que estén a cargo del reagrupante<sup>610</sup> y a los de su cónyuge o pareja de hecho. Con esto se amplía el ámbito de aplicación a la reagrupación de los hijos naturales y los nacidos en parejas de hecho. La noción de “ hijos a cargo”, que con carácter general se aplica a los descendientes ya mayores de edad discapacitados<sup>611</sup>, ha sido interpretada de forma extensiva por el Tribunal de Justicia Europeo<sup>612</sup>.

---

<sup>608</sup> En esta línea como ya hemos visto se sigue la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que sólo ha demostrado algún signo de apertura al respecto en relación con una petición realizada por un transexual. Decisión de 22 de abril de 1997, *X, Y y Z. c. Reino Unido*, n. 75/1995. A nivel comunitario cabe resaltar la Sentencia *Grant* de 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96 y Sentencia *D. c. Consejo* de 28 de enero de 1999, asunto T-264/97

<sup>609</sup> DOUE C 61 de 28 de febrero de 1994, p. 10 y sentencia *D y Reino de Suecia/ Consejo* de 31 de mayo de 2001, asuntos C-122/99 y C-125/99

<sup>610</sup> El establecimiento de este límite de edad, como luego veremos al estudiar, la Directiva sobre el Derecho a la reagrupación familiar puede suponer una discriminación ya que los descendientes de un ciudadano europeo sean o no europeos se podrán reagrupar hasta los 21 años mientras que los descendientes de un extranjero que resida en la Unión Europea sólo se podrán reagrupar hasta los 18 años y en algunos casos hasta los 15 como luego veremos.

<sup>611</sup> Sentencia *Inzirillo* de 16 de diciembre de 1976, asunto 63/76, sentencia *Sumid* de 27 de mayo de 1993 asunto C-310/91

<sup>612</sup> Sentencia *Lebon* de 18 de junio de 1987, asunto 316/85 en la que afirma que la condición de familiar a cargo deriva de una situación de hecho. Se trata de un familiar que mantiene el trabajador, sin que sea necesario precisar los motivos ni interrogarse

El art. 2.2 d) de esta Directiva establece la reagrupación de los ascendientes directos a cargo del reagrupante y los del cónyuge o la pareja de hecho<sup>613</sup>. Observamos como en este caso también se produce una extensión del ámbito de aplicación y el art. 3.2 a) dispone que los Estados de acogida facilitarán, de conformidad con su legislación nacional, la reagrupación de cualquier otro miembro de la familia que esté a cargo o viva con el reagrupante, o en caso de que por motivos graves de salud sea estrictamente necesario que el reagrupante se haga cargo del cuidado personal del familiar. Una vez más constatamos como esta extensión de los familiares reagrupables se plantea como una cláusula facultativa que dependerá, en todo caso, de la discrecionalidad de los Estados miembros.

El art. 5 de la nueva Directiva establece que a los familiares reagrupables, en el caso de que sean ciudadanos de la Unión, no se les podrá imponer ningún visado de entrada ni obligación equivalente<sup>614</sup>, sólo necesitarán estar provistos de un documento de identidad o pasaporte válidos<sup>615</sup>. En el supuesto de que no tuvieran la nacionalidad de un

---

sobre la capacidad del interesado para mantenerse por si mismo ejerciendo una actividad retribuida.

<sup>613</sup> Sentencia Kunquian Catherine Zhu e Man Navette Chen de 19 de octubre de 2004, asunto C- 200/2002. En el presente caso se trata de una ciudadana china que decide tener una hija en Belfast de tal forma que según la legislación de este país esta niña adquiere desde el momento de su nacimiento la nacionalidad irlandesa, solicitando posteriormente la señora Chen en base a ello un permiso de residencia permanente en Inglaterra. S. Ninatti, "Il diritto alla vita familiare all'esame della Corte di giustizia" en M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione, Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*. cit, p. 270.

<sup>614</sup> Tal previsión se corresponde con el nuevo régimen de supresión de controles fronterizos en el interior de la Unión introducido por el Tratado de Amsterdam, art. 62.1. "El derecho de los ciudadanos de un Estado miembro de entrar en el territorio de otro Estado miembro y de residir es un derecho que se atribuye directamente por el Tratado, por lo que se adquiere independientemente de que se expida un permiso de residencia por parte de las autoridades competentes de dicho Estado". Sentencia *Pieck* de 3 de julio de 1980, asunto 157/79, Sentencia *Comisión contra Holanda* de 30 de mayo de 1991, asunto 68/89, Sentencia *Watson* de 7 de julio, asunto 118/75, sentencia *Royer* de 8 abril 1976, asunto 48/75, sentencia *MARX* de 25 de julio de 2002, asunto C-459/99

<sup>615</sup> En este sentido hay que resaltar la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2005, asunto C-157/03, *Comisión de la Comunidades Europeas contra el reino de España* en la que se condena a España por

Estado miembro, sólo estarán obligados a obtener un visado de entrada de conformidad con el Reglamento (CE) n. 539/2001 o, en su caso, con la legislación nacional. En el supuesto de que se encontraran en posesión de una tarjeta de residencia válida, se les eximirá de la obligación de obtener visado. Además, los Estados deberán conceder a esas personas todas las facilidades para obtener los visados que precisen (cuya expedición será gratuita y se realizará lo antes posible siguiendo un procedimiento acelerado). En el caso de que el ciudadano comunitario o los miembros de su familia no dispusieran de los documentos necesarios, el Estado miembro tendrá que dar las máximas facilidades para que los puedan obtener o recibir en un plazo razonable o para que se compruebe por otros medios su calidad de beneficiarios del derecho a la libre circulación o residencia. Esta previsión no es, en absoluto, baladí a la vista del amplio número de inmigrantes que en la actualidad carecen de este tipo de documentos.

En último lugar, se establece que el Estado miembro podrá exigir al interesado que notifique su presencia en el territorio en un plazo de tiempo que se determina como razonable y se señala que en ningún caso será discriminatorio.

Por otra parte, la Directiva reconoce el *derecho de residencia* tanto temporal como permanente. El derecho de *residencia temporal* se reconoce al ciudadano comunitario y a los miembros de su familia por un periodo no superior a tres meses<sup>616</sup>, siempre y cuando se cumplan los

---

haber incumplido las Directivas (68/360/CEE, 73/148/CEE, 90/365/CEE, 64/221/CEE) al imponer a los nacionales de un país tercero, que sean miembros de la familia de un nacional comunitario que ha ejercido su derecho de libre circulación, la obligación de obtener un visado de residencia para la expedición del permiso de residencia, y al no conceder el permiso de residencia en el más breve plazo, y a más tardar, dentro de los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud de dicho permiso.

<sup>616</sup> En un primer momento tanto la Comisión como el Parlamento Europeo propusieron propuestas más ambiciosas en las que el periodo máximo de residencia temporal era de seis meses, pero finalmente el Consejo rebajó este plazo a tres meses ante la dificultad de ampliar este plazo para los miembros de la familia que tengan la nacionalidad de un tercer Estado.

requisitos en cuanto a la documentación acreditativa pertinente que se acaban de señalar. Para que esta residencia pueda ser superior a los tres meses, el art. 7 señala que el ciudadano de la UE deberá cumplir una serie de requisitos:

- a) Que sea trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida<sup>617</sup>;
- b) que disponga, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad con el fin de no convertirse en una carga para la seguridad social del Estado miembro de acogida. Los Estados miembros no podrán fijar el importe de los recursos que consideren suficientes, sino que deberán tener en cuenta la situación personal del interesado;
- c) seguir una formación profesional como estudiante;
- d) ser miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que entre dentro de las categorías reconocidas en la Directiva.

En estos casos se simplifican los trámites administrativos y el Estado miembro sólo podrá imponer a los ciudadanos de la Unión la obligación de registrarse ante las autoridades competentes en un plazo que no podrá ser inferior a tres meses a partir de la fecha de llegada<sup>618</sup>. En cambio los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tienen la nacionalidad comunitaria deben solicitar un permiso de residencia, en un plazo que no podrá ser inferior a tres meses a partir de la fecha de llegada. A éstos se les expedirá a más tardar en los seis

---

<sup>617</sup> El art. 7.3 de la Directiva 2004/38/CE afirma que el trabajador que no ejerza ninguna actividad profesional mantendrá la condición de trabajador cuando sufra una incapacidad laboral temporal resultante de una enfermedad o accidente, si está en paro involuntario y resulta inscrito en el servicio de empleo competente con ciertos requisitos y si sigue una formación profesional.

<sup>618</sup> Este requisito tal y como ha tenido oportunidad de reconocer el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia *Watson y Messener* de 12 de diciembre de 1989, asunto C-265/88 es conforme al ordenamiento comunitario siempre que dicho control no sea discriminatorio y no se sancione con la expulsión o la prohibición de entrada.

meses siguientes “una tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión” que tendrá una validez de 5 años.

El art. 12 de la Directiva establece que la muerte, la salida del territorio del Estado de acogida del ciudadano de la Unión, el divorcio o la anulación del matrimonio, no afectan al derecho de residencia de los miembros de la familia, siempre que se respeten determinadas condiciones, estableciendo una ulterior distinción en función de que sean ciudadanos comunitarios o no<sup>619</sup>.

Con esta nueva Directiva la reagrupación familiar adquiere una gran importancia en el ámbito comunitario europeo, como instrumento indispensable para la tutela del derecho fundamental a la libre circulación y residencia, con independencia de que el sujeto en cuestión sea un trabajador, un jubilado o un estudiante<sup>620</sup>; si bien el derecho aparece ligado exclusivamente a la condición de ciudadano comunitario y a los familiares que mantengan determinados vínculos con éste.

Por último, se establece que los ciudadanos de la Unión y sus familiares gozarán del derecho de residencia mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social, pero en ningún caso el recurso a la misma tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión y en el art. 14.4 se restringe la adopción de este tipo de medidas de expulsión.

La *residencia permanente* se adquiere por el ciudadano de la Unión o sus familiares después de haber residido legalmente en el territorio de un

---

<sup>619</sup> Algunas de las condiciones que establece la Directiva en su art. 12 y ss son un periodo mínimo de residencia, que la residencia sea efectiva, obtener la custodia de uno de los hijos o que estén matriculados en un centro de enseñanza entre otros.

<sup>620</sup> S. Peers; “Dazed and Confused: Family members’ Residence Rights and the Court of Justice”, *European Law Review*, 2001, pp. 76 ss

Estado miembro durante un periodo de cinco años<sup>621</sup>. Ésta únicamente se perderá en caso de ausencia por un período superior a más de dos años consecutivos. Con el reconocimiento del derecho de residencia permanente, que supone una novedad respecto a la regulación anterior, se refuerza considerablemente el sentimiento de pertenencia a una ciudadanía de la Unión y es un elemento fundamental para promover la cohesión social (uno de los objetivos fundamentales de la Unión<sup>622</sup>).

También se prevén una serie de excepciones al requisito de residencia establecido<sup>623</sup>. El permiso de residencia permanente tiene una duración ilimitada y es renovable cada diez años. Los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro están obligados a solicitar una tarjeta de residencia permanente, ésta se deberá expedir en un plazo de 6 meses desde la solicitud.

En cuanto a las disposiciones comunes al derecho de residencia, los ciudadanos y los miembros de su familia a los que se les reconozca este derecho, tendrán derecho a trabajar por cuenta propia o ajena<sup>624</sup> y gozarán de igualdad de trato en relación a los nacionales<sup>625</sup>. No obstante, durante los tres primeros meses de residencia, el Estado miembro de

---

<sup>621</sup> En este punto también la Directiva también ha sido más restrictiva que la propuesta de la Comisión en la que se establecía un plazo de residencia de 4 años y en la que los beneficiarios podían ausentarse del Estado miembro de acogida durante cuatro años sin perder el derecho de residencia permanente. COM (2001) 257 final.

<sup>622</sup> Considerando nº 17 de la Directiva

<sup>623</sup> En estas excepciones se recoge al trabajador que en el momento de cesar su actividad adquiere el derecho a una pensión de jubilación o la jubilación anticipada, en los casos de incapacidad laboral permanente a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que de derecho a una prestación, trabajadores pendulares reduciéndose en estos casos el plazo de residencia.

<sup>624</sup> Se trata de una doble innovación de la Directiva ya que antes esta posibilidad sólo se reconocía para determinados familiares (cónyuge y los descendientes menores a su cargo) y sólo respecto a ciertas actividades

<sup>625</sup> Sentencia *Deak* de 20 de junio de 1985 asunto 94/84, Sentencia *Echternach y Moritz* de 15 de marzo de 1989, causas 387 y 390/87, Sentencia *Carmina Di Leo* de 13 de noviembre de 1990, asunto 308/89, Sentencia *Martínez Sala* de 12 de mayo de 1998, asunto C-85/96



acogida no está obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni el derecho a una beca de manutención o estudios<sup>626</sup>.

La nueva regulación de la Directiva mejora también el sistema de notificación de las medidas que limitan el derecho de circulación y residencia y refuerza las garantías procesales y concede una mayor protección contra la expulsión de los menores y las personas que hayan ejercido su derecho de residencia en territorio comunitario durante un periodo determinado con independencia de su nacionalidad<sup>627</sup>.

Los derechos anteriormente reconocidos, tal y como establece el Capítulo VI de la Directiva, podrán ser limitados, cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Con la finalidad de limitar la discrecionalidad de los Estados en la valoración de estos conceptos, se establece que esta decisión nunca podrá justificarse por razones económicas. Estas medidas deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del sujeto y la existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar automáticamente esta medida<sup>628</sup>.

---

<sup>626</sup> Sentencia *Lair c/ Universidad de Hannover* de 21 de junio de 1988, asunto 39/86, sentencia *Brown c/ Secretary of State for Scotland*, asunto 197/86.

<sup>627</sup> M<sup>a</sup> D. Blázquez; "El derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril", cit, pp. 18-32.

<sup>628</sup> La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido constante en la interpretación restrictiva de estos conceptos vid. Sentencia *Bonsignore* de 26 de febrero de 1975, asunto 67/74, sentencia *Rutili* de 28 de octubre de 1975, asunto 36/75, sentencia *Royer* de 8 de abril de 1976, asunto 48/75, sentencia *Bouchereau* de 27 de octubre de 1977, asunto 30/77, sentencia *Adoui y Cornuaille* de 18 de mayo de 1982, asuntos 115 y 116/81, sentencia *Comisión c. Alemania* de 18 de mayo de 1989, asunto 294/86, sentencia *Roque* de 16 de julio de 1998, asunto G-171/96, sentencia *Calfa* de 19 de enero de 1999, asunto G-348/96, sentencia *Carpenter* de 11 de julio de 2002, asunto C-60/00 y sentencia *Orfanopoulos e Oliveri* de 29 de abril de 2004, causa C-482/2001 y C-493/2001. Además hay que señalar en esta materia una Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre los procedimientos especiales en materia de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión justificados por motivos de orden público, seguridad pública y sanidad pública COM (2001) 257

El comportamiento del interesado deberá constituir una amenaza lo suficientemente grave y real que afecte a un interés fundamental de la sociedad<sup>629</sup>. En cualquier caso antes de tomar una decisión de expulsión por estos motivos, el Estado deberá considerar elementos como la duración de la residencia del interesado, su edad, su estado de salud, su situación familiar y económica, su integración social y cultural y la importancia de los vínculos con su país de origen<sup>630</sup>.

La notificación de estas medidas deberá realizarse por escrito y deberá indicar la jurisdicción o instancia administrativa ante la que cabrá interponer el recurso y el plazo.

La expulsión sólo podrá dictarse como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad. El titular de un permiso de residencia permanente y los miembros menores de su familia no podrán ser objeto de una medida de expulsión, salvo motivos imperiosos de seguridad pública<sup>631</sup>. El interesado podrá presentar una solicitud de reconsideración de su situación al cabo de tres años. Además se prevén toda una serie de garantías procesales. Cuando la orden de expulsión vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, el Estado deberá comprobar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido.

En cuanto a las disposiciones finales, la Directiva se aplicará sin perjuicio de las disposiciones nacionales legislativas, administrativas o reglamentarias más favorables. Deroga expresamente las anteriores Directivas en la materia, que se han señalado al inicio de este apartado.

---

<sup>629</sup> Sentencia *Bouchereau* de 27 de octubre de 1977, asunto 30/77.

<sup>630</sup> Con esta disposición se tiene en cuenta una recomendación del Comité de ministros del Consejo de Europa sobre el status jurídico de las personas admitidas a título de reagrupación familiar. Recomendación n. 4 de 26 de marzo de 2002, ([http://77cm.coe.int/stat/E/Decisions/2002/790/d06\\_1x3.htm#TopOfPage](http://77cm.coe.int/stat/E/Decisions/2002/790/d06_1x3.htm#TopOfPage))

<sup>631</sup> En la propuesta inicial de Directiva la prohibición de expulsión estas personas era absoluta pero al final como en tantos otros puntos se rebajó

Los Estados miembros tenían de plazo para su transposición hasta el 30 de abril de 2006 y a más tardar el 30 de abril de 2008 la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre su aplicación<sup>632</sup>.

La Directiva 2004/34/CE, no sólo unifica el tratamiento del derecho a la libre circulación y simplifica los trámites para su ejercicio, sino que además confirma la importancia que tiene para el derecho comunitario la tutela de la vida familiar en los Estados de acogida. Un ejemplo claro de ello es que se permite la entrada de familiares reagrupables aun cuando no estén en posesión de un documento de identidad y puedan acreditarla de otra forma, cuando no existen elementos para considerarlos peligrosos para el orden público, la seguridad pública y la sanidad pública<sup>633</sup>.

Con la adopción de este texto comunitario se abandona la vieja óptica economicista en materia de libre circulación de las personas y se avanza

---

<sup>632</sup> Esta Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero. Una transposición que ha planteado algunos inconvenientes respecto a su corrección tal y como se pone de manifiesto en la queja presentada ante la Comisión Europea el 19 de febrero de 2008 por D. Alejandro Peña Pérez y Doña Mercedes Infante Domínguez y la contestación del 6 de septiembre de 2007 del Defensor del Pueblo de la queja presentada por Doña Margarita Palos Nadal. En estos escritos los aspectos cuestionados son los siguientes:

- El plazo de transposición ya que el límite para la misma concluía el 30 de abril de 2007 y el Real Decreto se adoptó el 16 de febrero de 2007. Motivo por el que la Comisión ya inició un procedimiento de infracción contra España en junio de 2006.
- La discriminación del ascendente del ciudadano español en relación con el ascendente del ciudadano comunitarios. El régimen aplicable a los ascendientes de ciudadanos españoles se asimila al de los familiares de los ciudadanos extranjeros que residan legalmente en España y que se rige por el régimen general. Y por tanto difiere del aplicado en virtud de la Directiva 2004/34/CE a los ciudadanos comunitarios. Una discriminación que a juicio del Defensor del Pueblo carece de justificación y puede constituir una vulneración del art. 14 de la Constitución.
- El derecho a trabajar de los ascendientes reagrupados y de los descendientes mayores de veintiun años que se reconoce en la Directiva 2004/34/CE y se restringe en el Real Decreto.
- La finalización de la condición de familiar a cargo. El Real Decreto excluye al miembro de la familia de la normativa aplicable a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión en virtud de la Directiva.

<sup>633</sup> Sentencia *Capenter* de 11 de julio de 2002, asunto G- 60.

en el reconocimiento de la reagrupación familiar como un derecho autónomo y crucial en coherencia con la protección de la vida familiar ordenada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

## **2. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES BENEFICIADOS POR UN ACUERDO DE ASOCIACIÓN.**

Antes de finalizar con el régimen de la reagrupación familiar de los ciudadanos comunitarios, hay que mencionar el régimen aplicable a los ciudadanos de terceros países con los que la Unión Europea ha firmado un acuerdo de asociación y en los que se establece una regulación especial.

Este tipo de acuerdos tienen su base jurídica en el art. 310 (ex 238) del Tratado CE que permite la posibilidad de que la Comunidad estipule con otros países u organizaciones internacionales acuerdos por los que se constituya una asociación caracterizada por el reconocimiento de derechos y obligaciones recíprocas, acciones en común y procedimientos especiales, que crean vínculos particulares y privilegiados siendo este el elemento distintivo, que tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace que estos Estados participen en parte del "régimen comunitario"<sup>634</sup> reconociendo bajo determinadas condiciones incluso su aplicación directa<sup>635</sup>.

Los acuerdos de asociación con una mayor trascendencia en la materia de circulación de los ciudadanos de terceros países en la Comunidad son:

---

<sup>634</sup> Sentencia *Demirel* de 30 de septiembre 1987, asunto 12/86

<sup>635</sup> Sentencia *Sevince* de 20 de septiembre de 1990, asunto C-192/89, sentencia *Taflan-met y al.* de 19 de septiembre de 1980, asunto C-277/94, sentencia *Gunaydin* de 30 de septiembre de 1997 asunto C-36/96.

## **2.1. Acuerdo con países de la EFTA.**

El acuerdo de creación del Espacio Económico Europeo entre la Comunidad europea y sus Estados miembros de un lado y los siete países EFTA<sup>636</sup> suscrito en Oporto el 14 de mayo de 1992 y que entró en vigor el 1 de enero de 1994<sup>637</sup> (ratificado por todos los países de la EFTA excepto Suiza).

La parte III de este acuerdo se dedica a la libertad de circulación de las personas, de los servicios y de los capitales. En virtud de lo dispuesto en los arts. 28 a 39 los ciudadanos miembros de un país EFTA pueden circular libremente en el ámbito comunitario y residir en el territorio de un Estado miembro con la finalidad de desarrollar una actividad subordinada o autónoma, también se reconoce este derecho a las personas jubiladas y sólo podrá limitarse por motivos de orden público, seguridad pública y sanidad pública. De esta manera toda la normativa comunitaria en materia de libre circulación prevista en el Tratado CE se extiende a los ciudadanos de los países EFTA por lo que la normativa que regula el derecho a la reagrupación familiar será la misma que la de los trabajadores comunitarios.

## **2.2. Acuerdos con Suiza.**

Suiza ha suscrito siete acuerdos bilaterales con la UE en materia de libre circulación de personas, de transporte aéreo y terrestre, contratación pública, cooperación científica y tecnológica, reconocimiento recíproco en materia de valoración de la conformidad y de los intercambios de productos agrícolas<sup>638</sup>.

---

<sup>636</sup> Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega, Suecia y Suiza.

<sup>637</sup> DOCE L 1 del 3 de enero de 1994, p 3-36

<sup>638</sup> Estos acuerdos se firmaron en Luxemburgo el 21 de junio de 1999 y se publicaron en el DOCE L 114 de 30 de abril de 2020, p. 6 ss y entraron en vigor el 1 de junio de 2020.

Por lo que se refiere a la libre circulación de personas, aunque el acuerdo (al igual que ocurría con el acuerdo de la EFTA) tiende a extender a la Confederación Helvética la normativa comunitaria vigente en materia de libre circulación de personas, se diferencia de éste en un extremo de suma importancia: no se limita a copiar las disposiciones del Tratado relativas al derecho de libre circulación o a reenviar a toda la legislación derivada, sino que reformula de forma autónoma tanto las disposiciones del Tratado como las normas derivadas sobre la libre circulación de personas. Por lo que se obtiene un cuadro normativo organizado y bajo algunos aspectos significativos, ligeramente modificado en la sustancia.

El art. 3 del acuerdo introduce una novedad sobre la reagrupación familiar, permitiendo que se puedan reagrupar los descendientes menores de 21 años o que estén a cargo del reagrupante<sup>639</sup>, pero el acuerdo no recoge el principio de la gratuidad de los visados, afirmando que Suiza será libre de subordinar la obtención de éstos por parte de determinados familiares beneficiarios de la reagrupación al pago del coste que discrecionalmente se acuerde.

### **2.3. Acuerdo con Turquía.**

El 12 de septiembre de 1963 la Comunidad Europea firmó con Turquía un acuerdo de asociación que entró en vigor el 1 de diciembre de 1964<sup>640</sup>. Este acuerdo tiene por objetivo promover el desarrollo de la economía turca y elevar el nivel de vida de la población con vistas a una futura adhesión. Se prevé la constitución de un Consejo de asociación y un protocolo adicional de fecha 23 de noviembre de 1970<sup>641</sup> que ha

---

<sup>639</sup> S. Peers; "The EC-Switzerland Agreement on Free Movement of Persons: Overview and Analysis", *European Journal of Migration and Law*, vol. 2, 2000, pp. 127-142

<sup>640</sup> DOCE L 217 de 29 de diciembre de 1964, p. 3687-3700

<sup>641</sup> DOCE L 361 de 31 de diciembre de 1977, p. 2-186

concretado este acuerdo y extiende la gradual aplicación del principio de libre circulación a favor de los trabajadores Turcos<sup>642</sup>.

De esta forma, el acuerdo entre la Unión Europea y Turquía adquiere una especial relevancia en este análisis, a la vista del reconocimiento a los trabajadores turcos inmigrantes y a sus familias de la normativa comunitaria vigente en materia de libre circulación de las personas, siendo por tanto, plenamente aplicables a los trabajadores turcos residentes en el territorio de un Estado miembro de la Comunidad y a sus familias, la normativa comunitaria en materia de reagrupación familiar<sup>643</sup>.

El 19 de septiembre 1980 la Comunidad adoptó la Decisión 1/80 con la que se pretende favorecer la integración gradual de los ciudadanos turcos en el mercado de trabajo<sup>644</sup>, regulando aspectos determinados respecto a los ciudadanos turcos ya residentes<sup>645</sup>. Pero esta Decisión no limita la capacidad de los Estados miembros para decidir las condiciones y las modalidades de reagrupación familiar, ni precisa los familiares a favor de los cuales se reconoce este derecho. Estos aspectos se dejan por lo tanto a la libre discrecionalidad del legislador nacional que deberá definirlos coherentemente de acuerdo con las exigencias establecidas en materia de política migratoria.

En diversas sentencias el Tribunal de Justicia Europeo ha equiparado el régimen de residencia de los familiares de los ciudadanos turcos, que cumplan los requisitos establecidos en la Decisión 1/80, al derecho

---

<sup>642</sup> El art. 36 del protocolo prevé la gradual aplicación del principio de libre circulación de los trabajadores Turcos entre los países de la Comunidad y Turquía una vez pasen doce años y veintiuno desde la entrada en vigor de dicho acuerdo.

<sup>643</sup> Sentencia *Demiral* de 30 de septiembre de 1987, asunto 12/86 en la que se reconoce el efecto directo de las disposiciones de este acuerdo.

<sup>644</sup> ECC-Turkey Association Agreement and Protocols and other basic Texts, Consejo de la Comunidad Europea, 1992, p. 327

<sup>645</sup> Sentencia *Bozhurt* de 6 de junio de 1995, asunto C-434/93, sentencia *Kadiman* de 17 de abril de 1997, asuntos C-351/95, sentencia *Sevince* de 20 de septiembre, asunto C-192/89, . Sentencia *Ergat* de 16 de marzo de 2000, asunto C-329/87.

comunitario de los familiares de los ciudadanos comunitarios que sean beneficiarios de la normativa en materia de libre circulación<sup>646</sup>.

En este sentido, la Decisión 1/80 facilita la reagrupación de los miembros de la familia y facilita el ingreso en el mercado de trabajo de los hijos de los trabajadores turcos, siempre y cuando cumplan una serie de condiciones<sup>647</sup>.

En conclusión, gracias a este acuerdo los trabajadores turcos y sus familias se beneficiarán de la aplicación de un régimen más favorable que el previsto con carácter general en las legislaciones nacionales en materia de inmigración para los extracomunitarios asimilado al previsto para los ciudadanos comunitarios en el ejercicio de su derecho a la libre circulación y al reconocimiento de su derecho a la reagrupación familiar.

#### **2.4. Acuerdos con otros países.**

La Comunidad Europea ha firmado también numerosos acuerdos con los países del Zagreb (Argelia<sup>648</sup>, Marruecos<sup>649</sup>, Túnez<sup>650</sup>), con muchos países del Este europeo ( Hungría<sup>651</sup>, Polonia<sup>652</sup>, Rumania<sup>653</sup>, Bulgaria<sup>654</sup>,

---

<sup>646</sup> Sentencia *Eroglu* de 5 de octubre de 1994, asunto C-355/93, sentencia *Akman* de 19 de noviembre de 1998, asunto C-210/97.

<sup>647</sup> Estas condiciones se establecen en el art. 7 de la Decisión 1/80. Los familiares de un trabajador turco que forme parte del mercado de trabajo legal de un Estado miembro que hayan sido autorizados a reunirse con él

-Tendrán derecho, sin perjuicio de la preferencia que debe concederse a los trabajadores de los Estados miembros de la Comunidad, a aceptar cualquier oferta de empleo, siempre que lleven residiendo legalmente en el Estado miembro al menos tres años;

-Podrán acceder libremente a cualquier actividad laboral por cuenta ajena de su elección, siempre que lleven residiendo legalmente en el Estado miembro de que se trate desde al menos cinco años.

<sup>648</sup> DOCE 1978, L 263, p. 2

<sup>649</sup> DOCE 1978, L 264, p. 2 sustituido por un nuevo acuerdo en DOCE 2000 L 70, p. 2

<sup>650</sup> DOCE 1978, L 265, p. 2 sustituido por un nuevo acuerdo en DOCE 1998, L 97, p.2

<sup>651</sup> DOCE 1993, L 347, p. 2

<sup>652</sup> DOCE 1993, L 348, p. 2

<sup>653</sup> DOCE 1994, L 357, p. 2

<sup>654</sup> DOCE 1994, L 358, p.3



República Checa<sup>655</sup>, República Eslovaca<sup>656</sup>) con los países de los Balcanes ( Estonia<sup>657</sup>, Lituania<sup>658</sup> y Letonia<sup>659</sup>) y con muchos países de los Estados de ACP<sup>660</sup> (África, Caribe y Pacífico). Aunque ninguno de estos acuerdos, contiene disposiciones en materia de libre circulación de los ciudadanos de los Estados asociados en el ámbito comunitario; por el contrario, algunos de ellos establecen expresamente que la entrada y residencia de estos sujetos se encuentra regulada por el ordenamiento interno de cada Estado. En muchos de estos acuerdos ni siquiera se contienen disposiciones que garanticen el derecho de acceso al trabajo de los ciudadanos de los Estados asociados en el país que los acoge. Únicamente algunos acuerdos con los países del Este reconocen a algunos familiares el derecho a acceder a algunos trabajos durante la residencia del familiar trabajador del que dependen<sup>661</sup>.

La mayoría de estos acuerdos contiene el principio de prohibición de discriminación de los ciudadanos de los Estados asociados por lo que se refiere a las condiciones de trabajo, retribución o despido, así el reconocimiento de este principio ha permitido que éstos ciudadanos puedan disfrutar de numerosos derechos, ya que el Tribunal de Justicia Europeo ha reconocido el efecto directo de estas disposiciones, lo que ha conllevado que a los ciudadanos de los países asociados y sus familiares reagrupados se les reconozcan derechos de tipo económico y social de

---

<sup>655</sup> DOCE 1994, L 360, p. 2

<sup>656</sup> DOCE 1994, L 359, p. 2

<sup>657</sup> DOCE 1998, L 68, p. 3

<sup>658</sup> DOCE 1998, L 51, p. 3

<sup>659</sup> DOCE 1998, L 26, p. 3

<sup>660</sup> DOCE 2000, L 317.

<sup>661</sup> Así el art. 37.1 del acuerdo de asociación CE-Hungría establece que el cónyuge y los hijos de un trabajador que resida legalmente en el territorio de un Estado miembro, con excepción de los trabajadores temporales y aquellos que entren en el ámbito de aplicación de acuerdos bilaterales (art. 41), salvo diversas disposiciones de dichos acuerdos, tienen acceso al mercado de trabajo del Estado miembro durante el periodo de residencia autorizado para el trabajador.

los que se excluye con carácter general al resto de ciudadanos extracomunitarios<sup>662</sup>.

### **3. REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y DERECHO A LA VIDA FAMILIAR: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.**

En una primera aproximación, la reagrupación familiar podría definirse como la reunión con un sujeto, en un país del que éste no es nacional, de los miembros más próximos de su familia residentes en un país distinto, en condiciones más favorables que los demás extranjeros<sup>663</sup>. Planteada así, la reagrupación familiar constituiría una especie de *privilegio* que se concede a quien ostenta la condición de familiar de un extranjero residente en un Estado europeo, en cuanto al procedimiento administrativo de entrada y residencia en ese país. Si nos atuviéramos a este perfil genérico, la naturaleza de la figura no pasaría de ser el efecto de una política de extranjería, dependiente de los Estados de acogida, tendente a beneficiar a familiares de residentes no nacionales, en virtud del favorable influjo de la familia en aras de su mejor integración. Tal planteamiento, obviamente, resulta completamente ajeno y desconectado del derecho a la vida familiar, y permitiría a los Estados una regulación de la figura en función de sus criterios y políticas inmigratorias. Tal ha sido la perspectiva con que se afrontó la reagrupación familiar en un primer momento y que todavía persiste en no pocos países de la UE. Perspectiva que no responde en absoluto a su verdadera naturaleza.

---

<sup>662</sup> Sentencia *Kziber* de 31 de enero asunto C-18/90, sentencia *Yousfi* de 20 de abril de 1994, asunto C-58/93, sentencia *Vander Elst* de 9 de agosto de 1994, asunto C-43/93, sentencia *Krid* de 5 de abril 1995, asunto C-103/94, sentencia *Hallouz-Choho* de 3 de octubre de 1996, asuntos C-126/95, sentencia *Curul* de 4 de mayo de 1999, asunto C-126/98.

<sup>663</sup> P. Kayser; "Le regroupement familial dans le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français", *La semaine juridique (JCP)*, ed. G núm 21-22, 1993, p. 235.

Ha sido la jurisprudencia del TEDH y su interpretación del art. 8 del Convenio Europeo la que ha permitido articular la existencia de un auténtico *derecho* a la reagrupación familiar, como manifestación del derecho a la vida familiar de los extranjeros. Pero también esta jurisprudencia ha evolucionado desde una posición simplemente negativa (no ingerencias por parte de los Estados en la vida familiar de los extranjeros) hacia una posición positiva (exigencia de que los Estados garanticen y favorezcan la vida familiar de los extranjeros). Veamos cómo se ha ido perfilando con el fin de delimitar su alcance y su progresiva conexión con el derecho a la vida familiar.

La pretensión de un extranjero de ejercitar el derecho a la vida familiar puede revestir diversas modalidades:

- a) Querer reunir consigo a familiares que residen en su país de origen o en otro país distinto. Estaríamos ante el supuesto básico activo de la reagrupación (familia preexistente).
- b) Que sean los miembros de la familia del extranjero residente (o alguno de ellos) quienes deseen reunirse con él en el país de acogida y pretendan ejercitar su derecho a la vida familiar. Estaríamos ante la dimensión pasiva de la reagrupación familiar.
- c) Querer casarse y fundar una familia en el país de acogida uniéndose con un nacional de un tercer país que no es residente de ese país. Estaríamos ante un supuesto complejo de reagrupación (familia no preexistente) que remite al problema ya visto de si la vida familiar se incluye el derecho a casarse y fundar una familia.
- d) Que existiendo ya una vida familiar en el país de acogida, se plantee la expulsión de uno de sus miembros, extranjero residente, y pretenda evitarse invocando una violación de su derecho a la vida familiar. Estaríamos ante la dimensión protectora de la reagrupación familiar.

Dejaremos los dos primeros supuestos para más adelante, puesto que implican ya abordar el contenido esencial del derecho a la reagrupación familiar. Analizaremos, en primer lugar, los dos últimos supuestos que son los que han constituido el eje principal de la evolución jurisprudencial del Tribunal Europeo.

### **3.1. Reagrupación familiar y derecho a fundar una familia.**

Como ya expusimos en capítulos anteriores, el TEDH ha señalado que el derecho al respeto de la vida familiar presupone, en primer lugar, la previa existencia de una familia<sup>664</sup>. Esto significa que la vida familiar del extranjero que debe ser protegida en el país de acogida es la “preexistente”; por tanto, en el ámbito de la vida familiar protegida por el Convenio no está incluido, en principio, el derecho a fundar una familia con un nacional de otro país, ni tampoco a establecer la vida familiar en el lugar elegido por los esposos<sup>665</sup>. Aunque como veremos a continuación, esta jurisprudencia restrictiva se ha visto matizada en los supuestos en que hay hijos comunes.

En segundo lugar, como también vimos, el Tribunal exige que esa vida familiar sea real y efectiva, caracterizada por la existencia de relaciones suficientemente estrechas entre sus miembros, que pueden acreditarse por diversos indicadores: vida en común, dependencia económica, como sería el caso de los menores<sup>666</sup>, visitas ejercidas con regularidad<sup>667</sup>, etc.

---

<sup>664</sup> STEDH *Marckx c. Bélgica*, cit y STEDH *Johnston y otros c. Irlanda*, cit.

<sup>665</sup> STEDH *Gul contra Suiza*, cit.

<sup>666</sup> Petición nº 2991/66, *Alam y Khan c. Reino Unido*, Anuario nº 2 (1968) p. 789; petición nº 8244/78, *Singh Uppal c. Reino Unido*, DR 17, p.149 y DR 20, p. 29.

<sup>667</sup> *Berrehab c. Holanda*, decisión de 8 de marzo 1985, informe de 7 de octubre 1986, sentencia de 21 de junio 1988, A nº 138. que puede consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

En tercer lugar, el Tribunal considera la existencia de vida familiar entre padres e hijos menores, aunque éstos no vivan con ellos, entendiendo además que el niño genera vida familiar con sus padres *ipso iure* desde el momento de su nacimiento<sup>668</sup>. Igualmente considera que la vida familiar de los padres con sus hijos *no depende de la existencia de matrimonio* y que ésta no deja de existir en caso de divorcio<sup>669</sup>.

Como ya vimos, de acuerdo con la interpretación que del artículo 8 hace el Tribunal europeo, no existe un derecho absoluto por parte de un sujeto a poder elegir su lugar de residencia<sup>670</sup>, ni tampoco existe una obligación de los Estados de autorizar la entrada de un extranjero en su territorio para crear nuevos vínculos familiares<sup>671</sup>. En último extremo el control y regulación de la política de flujos migratorios es una competencia nacional, reconocida por el Convenio, y son los Estados miembros quienes tienen la última palabra<sup>672</sup>.

Una de las primeras sentencias del TEDH en esta materia fue la del caso *ABDULAZIZ, CABALES Y BALKANDALI contra el Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985, en la que el Tribunal acabó reconociendo la violación del Convenio, pero en relación con el artículo 14, al estimar que se ha producido una discriminación basada en el sexo, denegando la reagrupación de los maridos de las recurrentes. El supuesto de hecho en este caso es bastante complejo, se trata de tres mujeres que, aunque en el momento de hacer su reclamación -o bien a posteriori- tienen la nacionalidad británica, ésta no tiene un carácter originario y solicitan la reagrupación de sus maridos o cónyuges. La primera consideración que realiza el Tribunal, y que luego servirá de precedente para el resto de

---

<sup>668</sup> STEDH *Berrehab c. Países Bajos*, cit, STEDH *Gül c. Suiza*, cit, STEDH *Hokkanen c. Finlandia*, cit.

<sup>669</sup> Nº 7770/1977, dec. De 2 de mayo de 1978, DR 14, pag. 175

<sup>670</sup> Nº 7286/1975 y 7349/1976, dec. De 14 de julio de 1977, Dr 9 pag. 57 y Nº 8041/1977, dec. De 15 diciembre de 1977, DR 12, pag. 197.

<sup>671</sup> Demanda nº 7229/1975, dec. De 15 diciembre de 1977, DR 12 pag. 32.

<sup>672</sup> H. Fulchiron, *Les étrangers et la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, cit. p.101

supuestos, es que a su llegada estas mujeres eran solteras y fue después cuando establecieron este tipo de relaciones de motu proprio aún sabiendo que sus compañeros disfrutaban de un permiso de residencia temporal. En segundo lugar, el Tribunal argumenta que no existe ningún tipo de impedimento para que estas mujeres desarrollen su vida conyugal o bien en sus Estados de origen o en el de sus compañeros y que en ningún caso el Estado tiene la obligación de respetar la elección de los cónyuges a la hora de fijar su residencia.

Una segunda resolución representativa en sentido es la Sentencia *GÜL contra Suiza*, de 19 de febrero de 1996, en la que un ciudadano Turco, residente en Suiza, el Sr. M. Riza Gül, solicita la reagrupación de sus dos hijos que permanecían en Turquía. El supuesto de hecho también es especialmente complicado. El Sr. Gül emigró a Turquía, dejando a su mujer y a sus hijos en su país de origen, en busca de asilo por ser Kurdo y además un antiguo miembro del partido socialdemócrata. Durante su estancia en Suiza el Sr. Gül estuvo trabajando hasta que sufrió una incapacidad que le impide desarrollar cualquier tipo de actividad profesional. Después, su mujer enferma de epilepsia, tuvo un grave accidente en su país y fue trasladada a Suiza para recibir tratamiento médico. Durante esta estancia en Suiza junto a su marido, dio a luz un tercer hijo que, ante la imposibilidad para ambos progenitores de dispensarles los cuidados adecuados, permanece internado en un centro. Al Sr. Gül le comunican que su solicitud de asilo ha sido denegada pero ante las circunstancias excepcionales de su caso el Gobierno Suizo decide concederle un permiso de estancia por razones humanitarias. El Sr. Gül toma la determinación entonces de solicitar la reagrupación de sus otros dos hijos que permanecían todavía en Turquía. Respecto al primero de sus hijos, se le deniega la solicitud por superar éste la mayoría de edad, en cambio respecto al segundo, de ocho años, son varios los argumentos que el Gobierno considera para

denegar la solicitud y que expondremos brevemente. El primero de ellos es que los Gül no tienen recursos económicos suficientes para mantener a este hijo y tampoco disponen de una vivienda adecuada; por otra parte, sus condiciones personales les imposibilitan proveer al cuidado de su tercer hijo que ya reside en Suiza por lo que resulta paradójico solicitar la reagrupación de un hijo del que no podrán hacerse cargo; en último lugar, se alega que el niño ha residido siempre en Turquía con su hermano y sus parientes y por lo tanto forma parte de ese ámbito cultural.

Las circunstancias de este caso llevan al TEDH, por siete votos contra dos, a afirmar la inexistencia de una violación del derecho al respeto de la vida familiar. Para fundamentar esta decisión repite el razonamiento seguido en el caso ABDULAZIZ, CABALES Y BALKANDALI en el que se sostenía que el derecho al respeto de la vida familiar no comprende la libertad de los extranjeros de elegir el lugar en el que fijar su residencia, así pues, en este caso no existe ningún impedimento para que el matrimonio Gül regrese a su país de origen con la finalidad de ejercitar su derecho a la vida en familia. Por otra parte, para sostener esta decisión se acoge al hecho de que el matrimonio no tenga recursos económicos propios y se mantenga gracias a la ayuda de los servicios sociales y que ni siquiera estén en condiciones de educar a su tercer hijo. Para reforzar esta tesis alegan que si se tiene en cuenta además el interés del menor, la mejor decisión es no separarlo de su entorno cultural y familiar. El TEDH considera que el hecho de que este menor haya mantenido pocos contactos con su padre propicia el hecho que se considere que su familia es su hermano y parientes con los que ha habitado siempre hasta este momento. Uno de los miembros del TEDH, el juez Martens, manifiesta su opinión disidente respecto a esta decisión considerando que, según la propia jurisprudencia constante del Tribunal, "Para un padre y su hijo el estar juntos representa un elemento

fundamental de la vida en familia” y además un derecho fundamental del hombre, el derecho a ocuparse de sus propios hijos<sup>673</sup>.

La tercera de las sentencias relevantes en esta materia es el caso *AHMUT contra Holanda*, de 28 de noviembre 1996. También aquí el TEDH descarta la violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero tan sólo por cinco votos contra cuatro, y con varias opiniones disidentes. En esta ocasión se trata de Salah Ahmut, de origen marroquí, pero con nacionalidad holandesa, que emigra a Holanda dejando en su país de origen a su hija a cargo de su exmujer. Al morir su madre, la niña pasa un periodo en Holanda con su padre regresando después a Marruecos. La niña, de tan sólo 9 años, reside allí junto a sus hermanos y otros familiares. El Sr. Ahmut decide solicitar su reagrupación familiar y el Gobierno Holandés se la deniega. El TEDH considera que esta denegación no constituye una violación del art. 8 del Convenio utilizando una argumentación muy similar a la sentencia *Gül*. La niña ha vivido siempre en Marruecos y allí tiene familia; fue el padre el que decidió emigrar a Holanda alejándose de su familia, y el hecho de que conserve su nacionalidad marroquí junto a la Holandesa le permitirá volver más fácilmente a su país de origen para desarrollar una vida en familia junto a su hija, por lo que no existe ninguna obligación para el Estado de autorizar esta reagrupación familiar. Por otra parte, el Tribunal afirma que después de que la niña residió un periodo de tiempo en Holanda y mientras se resolvía sobre la oportunidad de concederle la reagrupación familiar, el Sr. Ahmut decidió inscribir a su hija en un internado en Marruecos.

También en esta sentencia hay que destacar la existencia de tres votos particulares en especial el del Juez VALTICOS, que afirma que pocos derechos del hombre son tan importantes como el de un padre a

---

<sup>673</sup>STEDH *McMichael c. Reino Unido*, cit.



tener cerca a sus hijos y contribuir de una forma activa a su desarrollo, educación y cuidado etc. Por otra parte, igual de importante es el derecho de los hijos a vivir junto con sus progenitores y crecer en un clima afectuoso y poder disfrutar de su ayuda y sus consejos en su desarrollo. Y tal vez la conclusión más importante que se deduce de este pronunciamiento es que el Tribunal ha pasado por alto que el Sr. Ahmut tiene la nacionalidad holandesa, provocando con su decisión un agravio comparativo respecto al resto de ciudadanos que deja entrever por razones discriminatorias, provocadas por el lugar de nacimiento, influenciadas en último extremo por una política migratoria restrictiva que se ha extendido a nivel europeo.

### **3.2. La dimensión protectiva de la reagrupación familiar: obligaciones de no ingerencia de los Estados.**

La jurisprudencia de Estrasburgo en sus primeros años consideró que el objeto esencial del derecho al respeto de la vida familiar de los extranjeros consistía en una obligación negativa o de abstención, que tenía como fin proteger al individuo de las injerencias arbitrarias de los poderes públicos en su ámbito familiar. Esta jurisprudencia se desarrolló alrededor de los numerosos recursos contra la expulsión de extranjeros amparados en el respeto a la vida familiar, dando lugar a lo que hemos denominado la *dimensión protectiva* de la reagrupación; es decir, entender la reagrupación como prevalencia del derecho fundamental a la vida familiar del extranjero en el país de acogida, por encima de cualquier decisión administrativa (falta de permiso de residencia o su caducidad), e incluso penal (comisión un delito), que supusiera su alejamiento del núcleo familiar. La jurisprudencia ha ido delimitando en qué supuestos cabe considerar una expulsión como una injerencia injustificada en el derecho al respeto a la vida familiar de los extranjeros. Una jurisprudencia que refleja perfectamente el antagonismo que suponen por un lado, los imperativos de la soberanía de los Estados en el control de

sus fronteras<sup>674</sup> y, por otro, la protección de los derechos de los extranjeros<sup>675</sup>.

Son numerosas las sentencias en las que el Tribunal considera que una medida de expulsión (o la denegación de renovación del permiso de residencia o de un visado para reagrupación familiar) constituyen una violación del respeto a la vida en familia recogido en el art. 8 del CEDH<sup>676</sup>. Sirvan como ejemplo las sentencias *Moustaquim y Beldjoudi*, en 1990 y 1992 respectivamente, en las que el juez europeo dejó sin efecto las medidas de expulsión adoptadas contra estos inmigrantes, para garantizar su derecho a desarrollar una vida familiar normal. Análogo razonamiento se ha utilizado en los casos *Nasri* en 1995<sup>677</sup>, *Boughanemi*<sup>678</sup> y *Chorfi contra Bélgica*<sup>679</sup> en 1996 y *Bouchelkia*<sup>680</sup>.

El procedimiento seguido por el Tribunal para determinar si la expulsión es o no coherente con el respeto a la vida familiar consta de tres pasos: en primer lugar, constatar la existencia de una vida familiar real y efectiva; en segundo lugar, comprobar la existencia de una ingerencia por parte de las autoridades nacionales en la vida familiar del extranjero (problemas para desarrollar la vida familiar en otro lugar, en las mismas circunstancias) y, finalmente, discernir si esta ingerencia está o no justificada.

---

<sup>674</sup> Las principales sentencias del TEDH en materia de extranjería son: STEDH *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Reino Unido*, cit.; SETDH *Berrehab c. Holanda*, cit.; STEDH *Moustaquim c. Bélgica*, cit.; STEDH *Beldjoudi c. Francia*, cit.; STEDH *Nasri c. Francia*, 13 julio 1995, serie B, n. 320; STEDH *Gül c. Suiza*, cit.; STEDH *Boughanemi c. Francia*, cit.; STEDH *Ahmut c. Holanda*, cit.; STEDH *Bouchelkia c. Francia*, cit.; STEDH *Mehemi c. Francia*, cit.; STEDH *El Boujaïdi c. Francia*, cit.; STEDH *Boujlifa c. Francia*, cit.; STEDH *Baghli c. Francia*, cit.; STEDH *Ezzouhdi c. Francia*, cit.; STEDH *Sen c. Holanda*, cit. y STEDH *Musa y otros c. Bulgaria* de 11 de enero de 2007 nº 61259/00, que pueden consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>675</sup> I. Ariaga; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit., p. 116.

<sup>676</sup> STEDH *Gül c. Suiza*, cit.

<sup>677</sup> STEDH *Nasri c. Francia*, cit.

<sup>678</sup> STEDH *Boughanemi c. Francia*, cit.

<sup>679</sup> STEDH *Chorfi c. Bélgica*, cit.

<sup>680</sup> STEDH *Bouchelkia c. Francia*, cit.

El Tribunal, en un primer momento, consideró que la expulsión únicamente en circunstancias especiales podía considerarse como una *ingerencia*<sup>681</sup>, utilizando tres criterios para su determinación: el de los obstáculos (dificultades de desarrollar la vida familiar en otro lugar)<sup>682</sup>, el de los vínculos establecidos con el país de acogida (residencia legal y medios de vida) y con el de origen (cultura, lengua, familia)<sup>683</sup> y el de la responsabilidad individual (grado de incidencia de la no presencia del sujeto en la vida familiar)<sup>684</sup>. Este proceder ha sido gradualmente abandonado y, la actualidad, una vez acreditada la existencia de vida familiar, el Tribunal considera que se ha producido la *ingerencia* de manera prácticamente inmediata, pasando a analizar de forma exhaustiva los requisitos establecidos para verificar si dicha ingerencia está o no justificada y permite una restricción del derecho a la vida en familia<sup>685</sup>. Estos requisitos se recogen en el n.2 del propio art. 8 del Convenio:

---

<sup>681</sup> Solo las intervenciones que entrañen directamente una separación (...) o graves perturbaciones en la vida familiar pueden ser constitutivas de injerencias. T. Opshal; "La Convention et le droit au respect de la vie familiale spécialement en ce qui concerne l'unité de la famille et la protection des droits des parents et tuteurs dans l'éducation des enfants" en AA.VV., *Vie privée et droits de l'homme. Actes du Troisième Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme* (Bruxelles, 30 septembre- 3 octobre 1970), Bruylant, Bruxelles, 1973, p. 266.

<sup>682</sup> En la aplicación del criterio de los obstáculos se partía de la presunción de que una medida de expulsión no podía ser constitutiva de injerencia en tanto en cuanto esto no impidiera el disfrute de la vida familiar en otro lugar. Esta presunción sólo podía ser rebatida en el caso de que el demandante pudiera probar la existencia de obstáculos legales, serios o insuperables para restablecer su vida familiar fuera del Estado demandado. I. Arriaga; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, p. 128.

<sup>683</sup> Este criterio parte de la presunción que estaremos ante una injerencia en tanto en cuanto los miembros de la familia tengan vínculos de residencia o nacionalidad, prevaleciendo estos últimos, con el Estado demandado. En cambio en la consideración de los vínculos con el país de origen se tienen en cuenta el conocimiento de la lengua, estancias prolongadas, la existencia de familiares o amigos, la realización del servicio militar, o el mantener la nacionalidad sin haber declarado la voluntad de adquirir la del país de acogida *Ibid.*, pp. 130 y 135.

<sup>684</sup> Este criterio se basa en el grado de responsabilidad del demandante en el trastorno causado en su vida familiar, como por ejemplo en los casos de emigración voluntaria o la realización de un delito que implica la adopción de una medida de expulsión. *Ibid.*, p. 140.

<sup>685</sup> *Ibid.*, p. 118.

*“No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto la ingerencia 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 libertades de los demás”<sup>686</sup>.*

Habitualmente en los casos de expulsión el fin invocado suele ser el de la defensa del orden y prevención del delito<sup>687</sup>, mientras que en los casos de denegación de la expedición de un permiso de residencia el fin invocado suele ser el bienestar económico del país<sup>688</sup>. Los mayores problemas se plantean en los casos de los inmigrantes de segunda generación o de aquellos inmigrantes (integrados o no) residentes desde hace mucho tiempo en el país de acogida y que han roto todo vínculo con su país de origen<sup>689</sup>. En estos casos, el único vínculo existente es

---

<sup>686</sup>Su condición genérica obliga a considerarlos conceptos jurídicos indeterminados, los cuales deberán ser objeto de interpretación por los órganos convencionales en cada caso concreto, siendo relativamente sencillo para los Estados demandados vencer al TEDH de que la injerencia persigue uno de estos fines. I. Arriaga; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit., p. 146

<sup>687</sup> La invocación de este fin ha sido utilizado principalmente en dos supuestos por la jurisprudencia del TEDH: en primer lugar en aquellos casos en los que el demandante es un delincuente, con una vida familiar establecida en el país de acogida, sobre el que pende una orden de expulsión y el segundo serían aquellos casos en los que el extranjero se ve sujeto a una medida de control migratorio como por ejemplo sobrepasar el periodo de estancia autorizado, haber entrado ilegalmente en el país, actuar fraudulentamente o permanecer ilegalmente en el país de acogida infringiendo una orden de expulsión, en estos casos se realiza una conexión entre el control de la inmigración y el mantenimiento del orden público. *Ibid.*, p. 152.

<sup>688</sup> Este fin se suele alegar en los supuestos en los que se deniega el otorgamiento o la prórroga del permiso de residencia en el país en el que el demandante tiene su vida familiar establecida, o por una denegación del permiso de entrada. En estos supuestos las autoridades nacionales utilizan para justificar su decisión el problema del desempleo y la necesidad de regularizar el mercado de trabajo. *Ibid.*, p. 155

<sup>689</sup> Así se pone además de manifiesto en el Report on the situation of fundamental rights in the European Union and its members states in 2002 pag. 85. In its Recommendation Rec(2000) 15 *to the member States, concerning the security of residence of long-term migrants, the Committee of Ministers of the Council of Europe considered that three categories of long-term immigrants should be protected against expulsion: those who have resided in the State of residence for for at twenty years; second- generation immigrants or immigrants who arrived before the age of the ten in*

sólo su nacionalidad. Se deberá sopesar si las consecuencias de la expulsión para el extranjero son tan graves para su vida personal que deben prevalecer frente al orden público nacional. Esta es la línea explícita que ha seguido la jurisprudencia del Tribunal en las sentencias *Moustaquim, Beldjoudi y Musa y otros*<sup>690</sup>.

En los inmigrantes de la segunda generación, el derecho a una vida familia normal (el derecho a llevar una vida privada y a mantener relaciones con el ambiente y comunicarse con el entorno) tiene mucha más fuerza para el TEDH que la residencia o los problemas del extranjero en el país de acogida<sup>691</sup>. A este respecto se pueden diferenciar diversas etapas en la jurisprudencia estrasgurgesa una primera hasta el año 1996, en la que ésta se decantó por la protección del interés individual en detrimento del orden público nacional. En efecto, en las sentencias *Berrehab, Moustaquim, Beldjoudi, Djeroud y Nasri*, el juez europeo privilegió la integración del extranjero en la sociedad nacional de acogida y su derecho al respeto de su vida familiar, frente a la gravedad de los comportamientos que se le reprochaban<sup>692</sup>.

En el año 1996, quizá por efecto de las persistentes críticas recibidas, la jurisprudencia del TEDH dio un considerable giro y adoptó un planteamiento más rígido, dando mayor espacio a las consideraciones ligadas a la defensa del orden público y siendo muy restrictivo en admitir la vulneración del derecho al respeto de la vida familiar. A partir de ese momento, se concede gran importancia a la existencia de vínculos con el país de origen<sup>693</sup> y a la entidad de las infracciones cometidas, justificando

---

*the State of residence and are still residing there at the moment they reach the age of eighteen; finally minors*".

<sup>690</sup>STEDH *Moustaquim, Beldjoud y Musa y otros* cit

<sup>691</sup> H. Labayle; "Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes", *Rev. fr. dr. adm.*, 1993, pp. 511-540 y 528

<sup>692</sup> En estos casos encontramos una relativización del criterio de nacionalidad jurídica, otorgándole una importancia vital a la proximidad social del demandante con la comunidad en la que reside. O. De Schutter, "La souveraineté de l'État et les droits de la personne immigré", *Revue du Droits des étrngers*, 84, 1995, p.262

<sup>693</sup> STEDH, *Boughanemi c. Francia*, cit.

la expulsión por la gravedad del crimen o la peligrosidad<sup>694</sup> y la falta de respeto de las leyes y las normas sociales<sup>695</sup>. La gravedad del comportamiento del extranjero es el criterio hoy predominante, acompañado por un examen de la realidad y de la solidez de los vínculos familiares invocados, en base a los cuales el juez europeo debe hacer un balance de intereses.

Se trata de un verdadero cambio de orientación jurisprudencial<sup>696</sup>. En 1992, Mohand Beldjoudi recibió la protección del art. 8 de la Convención, a pesar de que había sido condenado, entre otras cosas, a una pena de reclusión de 8 años, argumentando que era un inmigrante de segunda generación, casado con una súbdita francesa. En cambio en 1996, *Kamel Boughanemi* verá rechazada su petición, a pesar de que su familia, formada por 10 hermanos y un hijo, residían en Francia. Aunque no era un inmigrante de segunda generación, llegó a Francia cuando tenía sólo 4 años y no ha sido condenado más que una pena de prisión de 4 años, es decir la mitad que Beldjoudi. Esta situación se repetirá en los casos *Chorfi contra Bélgica* y *Bouchelkia*. Algunos jueces han manifestado su opinión disidente respecto al trato de privilegio que, en su opinión, se reserva para los inmigrantes de segunda generación<sup>697</sup>. En estos casos, ante la comisión de un delito, podría dispensarse un trato análogo al previsto para los ciudadanos del país y no la expulsión, ya que para legitimar en estos casos la expulsión, tal y como considera este

---

<sup>694</sup> STEDH, *Chorfi c. Belgica* que puede consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>695</sup> STEDH *Bouchelkia c. Francia*, cit

<sup>696</sup> M. Levinet, "La confirmation de l'infléchissement de la jurisprudence de la CEDH en matière de contrôle des mesures d'éloignement des étrangers", *La semaine juridique (JCP)*, 1997. p. 2924

<sup>697</sup> STEDH *Baghli*, jueces Costa y Tulken; STEDH *Bouchelkia* el juez Palm; STEDH *Boutif* los jueces Baka, Wildhaber y Lorenzen. que pueden consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

sector disidente, serían necesarios motivos más graves que los que se dan en estas sentencias<sup>698</sup>.

Pero a partir del 2001, se aprecia un nuevo giro en la jurisprudencia europea, inclinando de nuevo su criterio hacia la protección del derecho a la vida en familia de estas personas, con independencia de que se trate de inmigrantes de primera o segunda generación y por encima de la comisión de algún delito. En el caso *Ezzouhdi*, el recurrente, de nacionalidad marroquí, vivía en Francia desde que tenía cinco años con su familia y había recibido allí la educación y formación profesional. El Tribunal, por unanimidad, considera que con su expulsión se viola el respeto a la vida familiar y que tal medida es desproporcionada para la tutela del orden público y para la prevención de la criminalidad y la tutela de la salud<sup>699</sup>.

En el caso *Boultif*, el recurrente era un argelino casado con una suiza al que se le niega la renovación de su permiso de residencia por haber cometido una serie de delitos. El recurrente alega que la denegación de la renovación de su permiso de residencia supone una violación de su derecho al respeto de su vida familiar. El TEDH llega a la conclusión de que sí que existe una violación del art. 8 del CEDH y para ello toma en consideración la escasa gravedad de los delitos, la conducta del recurrente tras la comisión de los delitos, el trabajo desempeñado por el mismo tras la condena y en particular, la imposibilidad de su mujer de trasladarse a Argelia por no conocer la lengua ni tener ningún tipo de vínculo con dicho país<sup>700</sup>.

---

<sup>698</sup> Se elabora así por la doctrina un nuevo concepto de "ciudadanía sustancial" que se entiende como aquel "derecho que tiene un individuo de residir en un país del que no posee la nacionalidad pero en cambio con el cual mantiene una serie de vínculos e intereses que se pueden reconducir a la noción de vida privada y familiar", M. De Salvia; "Nazionalità in senso formale e nazionalità in senso sostanziale nella Convenzione europea dei diritto dell'uomo", *Rev. Int. Dir. Uomo*, 1995, p. 21

<sup>699</sup> STEDH *Ezzouhdi c. Francia*, cit.

<sup>700</sup> STEDH *Boultif c. Francia*, cit.

En otra sentencia, *Jakupovic c. Austria*, de 6 de febrero de 2003<sup>701</sup>, el TEDH corrobora su jurisprudencia considerando que la expulsión de un joven croata, de primera generación, del territorio Austriaco en el que residía desde hacía 4 años con su madre, por la comisión de varios delitos, constituye una violación del respeto a su vida familiar. Para justificar esta decisión el Tribunal argumenta que los delitos que el joven había cometido no son de naturaleza violenta (hurto y posesión de armas). A pesar de la reincidencia, el Tribunal adopta como parámetro la naturaleza no violenta de su comportamiento ilícito y considera que no constituye un peligro para la seguridad del país. Por otra parte, se valora el estrecho vínculo que el joven tiene con el territorio austriaco y la ausencia de vinculación que mantiene con su país de origen, el joven desde los 11 años ha residido en Austria y su padre aunque reside en Bosnia se encuentra desaparecido. Al contrario que en supuestos anteriores no se concede ninguna relevancia al hecho de que el joven conozca la lengua y la cultura del país de origen y el Tribunal justifica su decisión estimando que al tratarse de un menor debe prevalecer el derecho a la vida privada y familiar sobre la posibilidad de constituir una hipotética amenaza para el orden público.

En una reciente sentencia, *Musa y otros c. Bulgaria* de 11 de enero de 2007 al recurrente, a un jordano de origen palestino residente en Bulgaria durante más de 15 años, se le revoca su permiso de residencia y se le obliga a abandonar el país justificando tal medida en que las actividades que lleva a cabo, como director de una Fundación que suministra ayuda a los musulmanes en Bulgaria, constituye un peligro para la seguridad y los intereses del Estado. El recurrente está casado con una búlgara y tiene 4 hijos que han nacido en Sofía, por lo que el Tribunal considera que su expulsión constituye una vulneración de su derecho al respeto de

---

<sup>701</sup> STEDH *Jakupovic c. Austria*, de 6 de febrero de 2003, nº. 36757/97, que pueden consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)



la vida familiar al no cumplir la exigencia de legalidad dada la ausencia de garantías suficientes contra la arbitrariedad.

Como podemos comprobar, a pesar de la sinuosa trayectoria de su jurisprudencia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha reforzado la sustantividad del derecho fundamental a la vida familiar, reconociendo su prevalencia, en forma de reagrupación protectora, frente a los efectos de una posible expulsión y frente a consideraciones tan determinantes para un Estado como la seguridad y el orden público<sup>702</sup>.

### **3.3. La dimensión activa de la reagrupación familiar: garantía positiva del derecho a la vida familiar de los extranjeros.**

Aunque la aproximación predominante de la jurisprudencia durante los primeros años fue considerar el respeto de la vida familiar como fuente de obligaciones de negativas para los Estados, a partir de los 90 comenzó a interpretar el art. 8 del Convenio como fuente de obligaciones positivas dirigidas a garantizar y favorecer el desarrollo de una vida familiar<sup>703</sup>.

En la interpretación de esta obligación positiva pueden distinguirse varias etapas en el *case-law* de los órganos de control de la Convención<sup>704</sup>:

- En una primera etapa rigió la doctrina del "*no right as such*", en la que se declaraban estas demandas incompatibles *ratione materiae*

---

<sup>702</sup> El respeto de la unidad debe ser abordada también como parte del interés general y por lo tanto los Estados deben garantizarle la protección otorgada en el CEDH. I. Arriaga; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit. p. 155

<sup>703</sup> Este reconocimiento se plasma por vez primera en la sentencia Marckx " (...) Il ne se pourtant pas d'astreindre l'État á s'abstenir de pareilles ingérences: à cet enganement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes á un 'respect' effectif de la vie familiale". J-P. Jacque; "Le respect de la vie privée et familiale dans la jurisprudente des organes de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Home et des libertés fondamentales", en *Annales de l' Université de Sciences Sociales de Toulouse*, XXIX, 1981, pp. 139-142.

<sup>704</sup> I. Arriaga; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit, pp. 231 y ss.

al considerarse que los derechos de entrada o permanencia no estaban en cuanto a tales garantizados por el Convenio.

- En una segunda etapa, tras reconocer que los Estados, al ratificar el Convenio, han aceptado restringir su derecho de controlar la entrada y salida de extranjeros dentro de determinados límites<sup>705</sup>, se formuló la doctrina de los derechos "*indirectos derivados*", por virtud del cual, la denegación de un derecho de entrada o permanencia, (no reconocidos convencionalmente), puede provocar la violación de un derecho protegido: el derecho al respeto de la vida familiar.
- En una tercera etapa, que parte de la década de los ochenta, se adopta la óptica del respeto como obligación negativa, analizando la existencia de "*ingerencia*" en el derecho a la vida familiar del demandante.
- En una cuarta y última etapa, que parte de la sentencia *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*, aparece la óptica del respeto a la vida familiar como obligación positiva. El TEDH reconoce que puede existir una obligación estatal de admitir extranjeros familiares de personas residentes en el país, que variará de acuerdo con las circunstancias del caso, ya que no existe una obligación general de los Estados parte de respetar la elección del lugar de residencia de un matrimonio o de aceptar el establecimiento en el país del esposo no nacional.

La exigencia de garantizar la vida familiar como *obligación positiva* para un Estado nos centra de lleno en la naturaleza propia de un derecho a la reagrupación familiar *stricto sensu*. Ya no se trata de evitar ingerencias indebidas en la vida familiar efectivamente desarrollada por el extranjero, sino que significa la obligación de garantizar que el extranjero pueda desarrollar esa vida familiar cuando los miembros de su familia no estén en el país de acogida, siendo imprescindible para ello que

---

<sup>705</sup> Decisión 434/58.

se reúnan con él en ese país. En este caso estamos ante la manifestación de un derecho subjetivo del extranjero (reagrupar con él a su familia) que genera en el Estado de acogida una obligación positiva que se concretaría en la concesión del correspondiente permiso (permisos) de residencia para esos familiares<sup>706</sup>.

Debemos notar, no obstante, que el Tribunal ha asentado en su jurisprudencia esta obligación positiva de los Estados hacia la vida familiar de los extranjeros, valiéndose de un criterio auxiliar muy poderoso: *la protección preferente del derecho a la vida familiar de los menores*<sup>707</sup>.

En efecto, lo que había reconocido en sus sentencias de los casos *Gül*<sup>708</sup> y *Ahmut*<sup>709</sup> (concesión de permisos de residencia a los hijos de los recurrentes), sí lo reconoce, como veremos, en su sentencia sobre el caso *Sen*. ¿Qué es lo que justifica este cambio de criterio? Fundamentalmente el argumento de la mejor protección de los derechos de los menores implicados. En el caso *SEN*, el Tribunal reconoce la dificultad que supondría, sobre todo para los otros hijos del matrimonio que nacieron y se están educando en Holanda, trasladarse a Turquía<sup>710</sup>. En los casos *Gül* y *Ahmut*, los hijos siempre habían vivido en su país de origen, del que eran nacionales, manteniendo con ese Estado todos los vínculos culturales y lingüísticos. El Tribunal considera que nada obstaculiza a los padres para volver a su país de origen y reunirse con ellos. Mientras que en el caso *Sen* la reagrupación de la hija en Holanda

---

<sup>706</sup> I. Arriaga; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit. p. 227.

<sup>707</sup> Los Poderes de los Estados se encuentran de esta forma con una barrera insuperable: el interés del menor; P. Pallaro; "Sviluppi recenti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui rapporti tra espulsioni e rispetto della vita privata e familiare", *Riv. Int. Dir. Uomo*, 1998, p. 460.

<sup>708</sup> STEDH *Gül c. Suiza*, cit.

<sup>709</sup> STEDH *Ahmut c. Holanda*, cit.

<sup>710</sup> STEDH *Sen c. Holanda*, cit.

pretende proteger el interés de los otros dos hijos menores nacidos y residentes en Holanda.

La sentencia *Sen contra Holanda*, de 21 de diciembre de 2001, considera violado el derecho a la vida familiar por la denegación del permiso de residencia a una hija del matrimonio Sen. El caso es el siguiente: el Sr. Sen, de nacionalidad Turca, emigró a la edad de 12 años a Holanda junto con su padre. Éste, posteriormente, contrajo matrimonio con una súbdita Turca, permaneciendo ésta en Turquía junto con el hijo fruto de esta unión. Posteriormente, la Sra. Sen se reúne en Holanda con su esposo, dejando su hijo al cuidado de su hermana y su cuñado. Una vez instalados en Holanda, el matrimonio tiene otros dos hijos y solicita la reagrupación del que permanecía todavía en Turquía. El Gobierno Holandés rechaza esta solicitud argumentando que el hijo ya no pertenece a la célula familiar del matrimonio Sen, sino a la de su tía, ya que el matrimonio Sen, desde que abandonó Turquía, no consta que haya contribuido a su educación y cuidado. Los recurrentes alegan que habían visitado en varias ocasiones en Turquía a su hijo y que además no habían solicitado antes la reagrupación por los problemas internos de la pareja, pero actualmente una enfermedad sobrevenida de la tía la imposibilitaba para seguir cuidando a su hijo, lo que justificaba esta petición.

En esta ocasión el Tribunal sí considera la existencia de una violación del derecho al respeto de la vida familiar, al interpretar que el art. 8 de la Convención va más allá de la garantía del mantenimiento de la vida familiar existente y sobreentendiendo que una vida familiar, que puede que se haya desarrollado a un nivel mínimo en su momento, se debe desarrollar plenamente en cuanto que el niño puede estar a cargo de sus padres.

El Tribunal toma en consideración la edad de los menores implicados, su situación en el país de origen y su grado de dependencia en relación con sus progenitores. El Tribunal afirma que, como en el caso *Ahmut*, los recurrentes emigraron desde su país de origen voluntariamente, que su hija ha vivido siempre en Turquía por lo que mantiene vínculos sólidos con ese país, además de la cultura, la lengua y la nacionalidad; pero en este caso existe una causa que impide extraer la misma conclusión: el matrimonio reside legalmente en Holanda desde hace bastante tiempo, donde desarrolla una vida familiar junto con sus otros dos hijos, que han nacido en este país, con el que se encuentran estrechamente vinculados tanto por su cultura como por su escolarización, manteniendo sólo el vínculo de la nacionalidad con su país de origen. Por lo que en este caso, la reagrupación de su hija que reside en Turquía constituye el medio más adecuado para desarrollar una vida en familia. Y concluye que el Estado Holandés, poniendo en la encrucijada a los recurrentes entre elegir el estatus que habían adquirido en Holanda o renunciar a la compañía de su hija mayor, ha infringido su obligación de realizar una justa ponderación de los intereses en conflicto. Además, hay que destacar que esta decisión se adopta por la mayoría del Tribunal y que incluso existe un voto particular, del juez Türmen, en apoyo de la misma.

#### **3.4. Síntesis de los criterios jurisprudenciales relativos a la reagrupación familiar.**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus pronunciamientos relativos a la protección del derecho a la vida familiar de los extranjeros y el consiguiente reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar, por un lado, mantiene la aplicación de unos criterios claros tendentes a legitimar las restricciones de los Estados:

- a) Que la obligación de los Estados de admitir en su territorio a los familiares de los inmigrantes depende de la valoración de sus intereses en relación con el interés general.
- b) Que el principio de derecho internacional que establece que los Estados tienen el derecho de controlar la entrada de las personas no nacionales en su territorio, debe respetarse siempre.
- c) Que el artículo 8 del Convenio, no comporta para el Estado una obligación general de respetar la decisión de los matrimonios de elegir el lugar en el que desean desarrollar su vida en común y permitir en su territorio el derecho de reagrupación familiar bajo cualquier circunstancia<sup>711</sup>.

Por otro lado, la fuerza sustantiva del derecho a la vida familiar cada vez está más presente en sus resoluciones, favoreciendo las dimensiones protectora y activa del derecho a la reagrupación familiar incluso frente a valores sustanciales de la soberanía estatal como son la seguridad y el orden público.

- a) Toda expulsión de un extranjero insertado en un núcleo familiar comporta una ingerencia en su vida familiar que debe ser claramente justificada a través de los tres criterios ya mencionados (obstáculos, vínculos y responsabilidad).
- b) En determinadas circunstancias los Estados están obligados a aceptar la entrada de familiares de los extranjeros residentes en su territorio, aunque ésta no sea una obligación general e incondicionada.
- c) La protección de la vida familiar va más allá de los intereses del Estado y de posibles vulneraciones del orden público europeo o nacional, cuando están en juego los intereses prevalentes de los menores.

---

<sup>711</sup>STEDH *Ahmut c. Holanda*, cit

Con todo, sería conveniente que dicha elaboración jurisprudencial encontrara una vía de mayor coherencia y continuidad en sus pronunciamientos. Para ello, se podrían tener en cuenta los siguientes presupuestos<sup>712</sup>:

- A. *Modificar el modo de acreditar la ingerencia.* Por un lado, abandonando el criterio de los *obstáculos*, ya que resulta contradictorio que un Estado pueda plantear a un extranjero que la realización de su derecho a la vida familiar puede realizarse abandonando ese Estado y regresando a su país de origen. Tal razonamiento resulta absolutamente incompatible con la efectiva protección del derecho al respeto de la vida familiar. Por otro lado, generalizando la aplicación del criterio de los *vínculos con el país de residencia*, lo que significaría que gozar de residencia legal durante un periodo de tiempo es motivo suficiente para exigir la entrada de familiares o para evitar la expulsión.
- B. *Modificar el enfoque en los casos de obligaciones positivas.* Lo que se plantea no es el reconocimiento de un derecho de entrada o residencia para extranjeros, sino el derecho de los extranjeros residentes en el país (legalmente establecidos) a reunirse en él con los miembros de sus familias para desarrollar una vida familiar. Esto debería bastar para considerar que el derecho de los Estados para controlar la entrada, permanencia y expulsión de los extranjeros no es absoluto sino que debe someterse al derecho fundamental prevalente del respeto a la vida familiar.
- C. *Descartar la naturaleza del derecho a la reagrupación familiar como un privilegio excepcional.* La reagrupación

---

<sup>712</sup> I. Arriaga; *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit, pp. 273-279.

debe reconocerse como una exigencia derivada de la protección del derecho a vivir en familia mediante una interpretación finalista, atenta al objeto y fin del CEDH. Al extranjero se le debe garantizar como ser humano su derecho a la vida familiar, para lo cual, en el derecho interno de los Estados debe habilitarse necesariamente, con carácter de fundamental, un derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros legalmente residentes en el territorio de ese Estado.



## **CAPÍTULO VII**

### **LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR COMO DERECHO EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA. LA DIRECTIVA 2003/86/CE**

La política comunitaria en materia de reagrupación familiar, tal y como ya señalamos, comienza con el Tratado de Ámsterdam<sup>713</sup> y la

---

<sup>713</sup> Aunque si con anterioridad podemos encontrar otros antecedentes a nivel comunitario como la Resolución de 11 de junio de 1993 sobre la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar (Documento SN 282/1/93 WGI 1497 REV. 1). En cuanto a los familiares a los que se reconocía un derecho a la reagrupación estaban el cónyuge cuya unión tenía que derivar de un vínculo matrimonial legalmente reconocido en el Estado miembro (art. 2), además se establecían medidas especiales de control e inspección para la detección de matrimonios ficticios y se establecía como requisito la residencia en común de ambos cónyuges. En este sentido el Tribunal de Justicia Europeo en su sentencia *Diatta* de 13 de febrero de 1995, asunto 267/83 ha realizado una interpretación extensiva de este concepto, en cuanto a los residentes comunes estos debían tener una edad comprendida entre los 16 y 18 años, no estar casados ni hallarse independizados, mientras que los hijos adoptados podrán reagruparse cuando se reconozca dicha adopción en el país en el que se pretenden reagrupar, además se requería que éstos no tuvieran ningún tipo de contacto con su familia natural y se dejaba a la libre discrecionalidad de los Estados admitir la reagrupación de los hijos de uno sólo de los cónyuges, se establecían importantes restricciones en cuanto a la reagrupación de otro tipo de familiares que no fueran el cónyuge y los descendientes, admitiéndola únicamente en los casos que su presencia en el territorio estuviera justificada por exigencias serias y convincentes. También eran bastante restrictivos los que se establecían para poder llevar a cabo la reagrupación: En primer lugar se exigía que tuvieran en regla los documentos de viajes establecidos para poder entrar en el Estado miembro, incluido el correspondiente visado (art. 14), el reagrupante debía demostrar que estaba en posesión de un permiso de residencia de larga duración o permanente y además los Estados miembros podían imponer al reagrupante un periodo de residencia previa en el Estado miembro antes de que pudiera solicitar la reagrupación familiar, tenían que probar que disponían de un alojamiento adecuado, de medios suficientes y de un seguro médico. Pero tal vez, lo más destacado era que el primer permiso de residencia y las sucesivas renovaciones se condicionaban a que en éstos concurrieran los requisitos iniciales, en este sentido se dejaba a la libre discrecionalidad de los Estados miembros que después de transcurrido un periodo razonable de tiempo les otorgaran a los familiares reagrupados un permiso de residencia autónomo y un permiso de trabajo. Así pues esta resolución fue criticada por resultar inadecuada para el objetivo que se proponía, a saber armonizar las políticas nacionales en materia de reagrupación, en cuanto que se limitaba a enunciar principios no vinculantes e inadecuados que atribuyeran a los sujetos interesados potestades accionables judicialmente, por otra parte, su formulación excesivamente genérica dejaba un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros en aspectos sumamente importantes favoreciendo la proliferación de legislaciones

introducción de un nuevo título denominado "*Visados, Asilo, Inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*"<sup>714</sup>, que pretende unificar las legislaciones estatales en esta materia<sup>715</sup>.

Con anterioridad al Tratado de Ámsterdam ya se habían adoptado diversas resoluciones con el propósito de ir armonizando las distintas legislaciones de los Estados miembros en la materia. La primera de éstas fue la Resolución sobre la armonización de las políticas nacionales en materia de reunificación familiar, aprobada en Copenhague el 1 de junio de 1993<sup>716</sup>. Después en 1997 se adoptó una Resolución sobre la lucha contra los matrimonios de conveniencia, adoptada por el Consejo de Justicia e Interior el 4 y 5 de diciembre de 1997<sup>717</sup>. Y en 1997 la Comisión

---

diferentes. P. Boelles y A. Kuijer, "Harmonization of Family Reunification", en *A New Immigration Law for Europe?, The 1992 London and 1993 Copenhagen Rules on Immigration*, Dutch Centre for Immigrants, Utrecht, 1993, pp. 25 ss.

<sup>714</sup> Art. 63.3 TCE, Título IV.

<sup>715</sup> En 1995 la Comisión presentó otra propuesta en la que se regulaban las normas de admisión de los ciudadanos de terceros países en los Estados miembros. COM (97) 387, DOCE C 337 de 7 de noviembre de 1997, p. 9. En dicha propuestas se recogen diversas cuestiones relacionadas con la reagrupación familiar, concretamente en el capítulo VII, aunque no se propone introducir muchas novedades, así que únicamente se puede destacar que se admite la reagrupación de familiares distintos del cónyuge y de los hijos (art. 26. 3) y se facilita la adquisición de un estatuto autónomo de los reagrupados en los casos de viudedad, divorcio, separación, muerte de los padre y mayoría de edad (art. 30). La única novedad que reviste una mayor trascendencia es que se ocupa de la situación de los familiares de ciudadanos europeos que no ejercitan su derecho a la libre circulación. Las disposiciones de ambas propuestas se presentaban en clara contradicción con el art. 8 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos y la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estableciendo importantes discriminaciones entre los ciudadanos comunitarios y extracomunitarios.

<sup>716</sup> Resolución VN 282/1/93 WGI 1497 Rev.1. Esta Resolución insta a facilitar la reagrupación familiar de los nacionales de países terceros "asentados regularmente en el territorio de un Estado miembro, sobre la base de una perspectiva de residencia permanente a largo plazo", esta último punto fue criticado por no determinarse este elemento esencial y dejarse a la discrecionalidad de las legislaciones nacionales. R. Moliner; "El concepto de "familia nuclear" en la directiva europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar", *Revista Aequalitas Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre hombres y Mujeres*. nº 15 jul-dic 2004, p. 6-18.

<sup>717</sup> Resolución del Consejo 97/C382/01, de 4 de diciembre de 1997 (DOCE C nº 382, de 16 de diciembre de 1997). También M. Aguilar y H. Grieder; "El matrimonio de conveniencia", *BIMJ(Boletín de Información - Ministerio de Justicia)*, 15 octubre de 2000, nº 1876, pp. 3213-3234; I. Gruyon-Renard; "El fraude en materia de estado civil en los Estados miembros de la CIEC", *BIMJ (Boletín de Información - Ministerio de Justicia)*, nº 1803-1804, pp. 1779-1813; HONDIUS F. W; "Civil Status Fraud", en D.

Europea elaboró una Propuesta de Convenio relativo a las normas de admisión de nacionales de terceros países en los Estados miembros.

En el marco genérico del establecimiento de un “*espacio de libertad, seguridad y justicia común*” el Tratado de Ámsterdam considera esencial la adopción de medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas, conjuntamente con una serie de medidas de acompañamiento relativas a la inmigración<sup>718</sup>. Entre éstas últimas, el art. 63.3 del Tratado<sup>719</sup> prevé un plazo de cinco años para que se elabore una reglamentación sobre condiciones de entrada y de residencia, así como normas relativas a los procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados y de permisos de residencia de larga duración<sup>720</sup>, incluidos los destinados a la reagrupación familiar<sup>721</sup>. Atendiendo a dicho

---

Korella y P.M Towmey, *Towards a European Immigration Policy: current situation, perspectives*: European conference organized by Association of former students of the College of EuropeEruges, Hellanion Greece, Lawyers of Pireus, Kalamos, Greece 25 august, European Interuniversity press, Brussels, pp- 79-84.

<sup>718</sup> Sin embargo, a todo el Título IV se le puede aplicar una importante limitación, a saber, una cláusula general de salvaguardia (art. 64.1 TCE) por la que los Estados quedan legitimados para inaplicar cualquier norma de este título amparándose en el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior. Esta cláusula no puede someterse al control del Tribunal de Justicia (art. 68.2 TCE), por lo que ha sido definida como una auténtica “carta blanca para los Estados”. A. Quirós; “Derecho Comunitario de extranjería: Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del derecho interno español”; *Anales de Derecho Universidad de Murcia*, nº 21, 2003, pp. 383-415 y J. Martín y Pérex de Nanclares; *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002, p. 102.

<sup>719</sup> La definición de una Política Común de Inmigración ha recibido un fuerte impulso y que en ocasiones como después se verá, ha sido determinante para la adopción de algunas decisiones, en los sucesivos Consejos Europeos partiendo del de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre, en el que esta quedó configurada por tres ejes aglutinantes: codesarrollo, gestión de flujos migratorios y trato justo y derechos comparables para los residentes legales. Posteriormente en Laeken, Sevilla, Salónica y Bruselas se acentúa la necesidad de avanzar con rapidez en el desarrollo de esta política. A. Quirós; “Derecho Comunitario de extranjería: Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del derecho interno español”, *Anales de Derecho Universidad de Murcia*, cit. p. 383-415.

<sup>720</sup> Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. DOCE L 16 de 23/01/2004, pp. 44-53

<sup>721</sup> En el desarrollo de esta política comunitaria de inmigración se pueden distinguir dos vertientes: la política de lucha contra la inmigración ilegal que se ha convertido en una de las principales preocupaciones de la Unión y dentro de la cual se encuadran la mayoría de las decisiones adoptadas y la política de extranjería dentro de la cual se

imperativo legal, la Comisión no tardó en presentar, el 1 de diciembre de 1999, una "Propuesta de Directiva sobre reagrupación familiar"<sup>722</sup>.

## 1. ITER DE LA DIRECTIVA EUROPEA EN MATERIA DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR.

El objetivo central de la nueva Directiva europea que regula el derecho a la reagrupación familiar no es otro que, con la finalidad de garantizar un trato justo y una integración efectiva de los nacionales de terceros países residentes en la Unión Europea, se reconozca a estas personas un derecho a la reagrupación familiar que se inspire en las disposiciones del Derecho comunitario en vigor para los ciudadanos europeos que ejercen su derecho a la libre circulación<sup>723</sup>.

La *propuesta de Directiva sobre reagrupación familiar*, como a continuación se verá ha tenido una difícil tramitación, en 1999 la Comisión Europea presentaba la primera propuesta<sup>724</sup>, modificada por el Parlamento en el año 2000<sup>725</sup>. Acogiendo algunos aspectos del dictamen del Parlamento la Comisión presentó una nueva propuesta modificada de Directiva sobre reagrupación familiar ese mismo año<sup>726</sup>.

Las negociaciones en el Consejo, durante sus sesiones de mayo de 2000, mayo de 2001 y septiembre de 2001, resultaron bastante complicadas impidiendo que se llegara a un acuerdo<sup>727</sup>.

---

encuadraría la regulación de los derechos de los extranjeros residentes en la Unión y en la que se situaría el régimen de la reagrupación familiar.

<sup>722</sup> COM (99) 638, DOCE C 116 de 26 de abril de 2000. G. Brinkmann; "Family Reunion, Third Country Nationals and the Community's New Powers", en E. Guild, *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights, EC law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 241 ss.

<sup>723</sup> Considerando cuarto y sexto de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar.

<sup>724</sup> Propuesta de directiva presentada por la Comisión Europea COM (1999) 638 final 1.12.1999.

<sup>725</sup> DOCE C 116 E de 26 de abril de 2000, p. 66 y DOCE C 62 E de 27 de febrero de 2001, p. 99.

<sup>726</sup> Presentada el 10 de octubre de 2000

<sup>727</sup> R. Moliner; "El concepto de "familia nuclear" en la directiva europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar"; cit. pp. 6-17.

Con ocasión del Consejo Europeo de Laeken en el año 2002, la Comisión<sup>728</sup> presenta una nueva propuesta de Directiva con la que se intenta salvar las diferencias que se habían hecho latentes durante la fase de las negociaciones<sup>729</sup>. Sobre esta última propuesta, el Consejo modificándola sustancialmente, adoptó un acuerdo político en febrero de 2003<sup>730</sup>, que constituye una cuarta versión.

El Parlamento Europeo con fecha 9 de abril de 2003<sup>731</sup>, se opuso a la mayoría de modificaciones introducidas por considerar que suponían una considerable restricción de su ámbito de aplicación<sup>732</sup>.

---

<sup>728</sup> Esta propuesta se adopta tras el Consejo Europeo de Laeken COM (2002) 225 final 2.5.2002. En esta nueva propuesta y con la finalidad de salir del inmovilismo reinante hasta el momento y que había impedido la aprobación de la Directiva se parte de la premisa de que para armonizar las legislaciones nacionales en materia de reagrupación familiar de los ciudadanos de terceros países serán necesarias varias etapas. Así con la nueva propuesta se pretende únicamente diseñar la primera de estas etapas, en la que prima la "flexibilidad". Se deja a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para la definición de los aspectos más críticos y controvertidos y se limita esta flexibilidad mediante la introducción de cláusulas Stand-still, que establecen que no se pueden introducir condiciones más restrictivas que las ya existentes en un Estado miembro en la fecha de su adopción y una cláusula de revisión temporal.

<sup>729</sup> El 17 de julio de 2002 el Consejo Económico y Social emite un dictamen sobre la misma DOCE C 241 de 7 octubre de 2002.

<sup>730</sup> Acuerdo político del Consejo, Sesión nº 2489, 27 y 28 de febrero de 2003, Boletín UE, 1,2- 2003, punto 1.4.16.

<sup>731</sup> El Consejo también solicitó un dictamen al Comité de las Regiones, DOCE C 73 de 26 de marzo de 2003

<sup>732</sup> Entre las enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo se hace referencia a que la reagrupación familiar no se limite al cónyuge sino que se extienda también a la pareja de hecho, con independencia del sexo, si en el Estado miembro existe un trato equivalente para este tipo de parejas; extender el beneficios de los refugiados a las personas que necesitan protección internacional o que han solicitado protección temporal y están a la espera que se resuelva su solicitud; que se permita la reagrupación de los padres del reagrupante si no tienen en su país de origen ningún otro tipo de apoyo familiar; posibilitar la reagrupación de los hijos mayores de edad siempre que dependan del reagrupante por motivos de salud. También se propone suprimir las cláusulas que permitían examinar el grado de integración de los menores de más de 12 años; el establecimiento de un periodo de espera de 3 años en los países en los que rigiera un sistema de cupos; reducir de 2 a 1 año el periodo de residencia previa exigido al reagrupante, en los casos de viudedad, divorcio, separación o defunción, en estos casos se concederá un permiso de residencia autónomo cuando estas personas hayan residido al menos 1 año y reducir el tiempo de tramitación pasando de 9 a 6 meses.

Finalmente ésta fue aprobada en junio de 2003<sup>733</sup>, tras el Consejo Europeo de Salónica. La Directiva tiene por objeto establecer un derecho a la reagrupación familiar para los nacionales de terceros países que residan legalmente en la Unión de manera que este derecho se pueda ejercer según una serie de criterios comunes en todos los Estados miembros.

El art. 63.3 del Tratado por el que se constituye la Comunidad Europea constituye la base jurídica del derecho a la reagrupación familiar para los residentes de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea.

En el Consejo Europeo de Tampere celebrado en 1999 como antes se ha mencionado se estableció como uno de los objetivos de la Unión el establecimiento de una política de integración que tenga por finalidad que los ciudadanos de terceros países que residan legalmente en el territorio de uno de los Estados miembros de la Unión Europea puedan disfrutar de unos derechos y obligaciones comparables a los que disponen los ciudadanos europeos, siendo la adopción de la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar una etapa más en el proceso de lograr dicho objetivo.

## **2. CONTENIDO DE LA NUEVA DIRECTIVA 2003/86/CE SOBRE REAGRUPACIÓN FAMILIAR.**

La adopción de esta Directiva, como antes se ha mencionado, fue posible gracias a las disposiciones del Tratado de Ámsterdam, que dota a la Comisión del fundamento jurídico necesario para el establecimiento de una política común en materia de inmigración. Esta Directiva recoge una serie de medidas adoptadas de conformidad con las peticiones del Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999), con los

---

<sup>733</sup> Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003. DOUE L251, 3.10.2003

objetivos del Plan de acción de Viena del 3 de diciembre de 1998 y el Consejo Europeo de Sevilla (21 y 22 junio 2002) en materia de inmigración<sup>734</sup>.

Esta Directiva se adopta con el objetivo inicial de consagrar, en el ámbito comunitario, un auténtico derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros que residen legalmente en el territorio de un Estado miembro, a armonizar en esta materia las divergentes legislaciones de los Estados miembros y a erigirla en un mecanismo privilegiado para contribuir a crear una estabilidad personal y social que facilite la deseada integración social y cultural del inmigrante<sup>735</sup>.

El *iter* legislativo de la Directiva ha sido bastante complejo<sup>736</sup>. Se han ido sucediendo, como se ha visto, diversos proyectos hasta alcanzar un texto final que dista mucho del originario y esperanzador proyecto inicial. Finalmente, y tras más de cinco años de difícil gestación, el 22 de septiembre de 2003 se aprobó la *Directiva 2003/86/CE* sobre el derecho a la reagrupación familiar.

Los sucesivos proyectos de Directiva han ido mermando su contenido hasta convertirla en un texto de mínimos que algunos han calificado

---

<sup>734</sup> A. Álvarez Rodríguez; "Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho Comunitario. A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre derecho el derecho a la reagrupación familiar". ([http://www.icam.es/docs/ficheros/200407190008\\_6\\_4.pdf](http://www.icam.es/docs/ficheros/200407190008_6_4.pdf)), pp. 12

<sup>735</sup> Considerando 4. Vid. R. Moliner; "El concepto de "familia nuclear" en la directiva europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar"; cit. pp. 6-17.

<sup>736</sup> Tan complejo que hasta en la misma Directiva se encuentra sin actualizar la enumeración de los distintos documentos institucionales elaborados con motivo de su proceso de adopción. Se omite la tercera versión de la propuesta de la Comisión y no se cita el último dictamen del CES. A este respecto se ha señalado que en este procedimiento se podría haber violado el procedimiento de consulta del art. 67 TCE, por el que el Parlamento Europeo debe dictaminar sobre los textos propuestos en el terreno del asilo y la inmigración antes de que sean adoptados al no habersele sometido a consulta la cuarta versión de la propuesta de Directiva y finalmente adoptada. A. Quirós; "Derecho Comunitario de extranjería: Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del derecho interno español"; cit., p. 400.

como de “*soft law*”<sup>737</sup>, donde prima una visión restrictiva, propia de los Estados más conservadores de la Unión. Además, como viene siendo habitual en estos casos, el documento no será de aplicación obligatoria en las legislaciones vigentes en la materia en el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca<sup>738</sup>.

En la propuesta originaria, el artículo primero configuraba la reagrupación familiar como un derecho fundamentado en la exigencia de proteger a la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad y en el derecho al respeto de la vida familiar consagrado por el derecho internacional, en particular por el Convenio Europeo para la protección de los derechos y las libertades fundamentales<sup>739</sup>. La actual Directiva, aunque mantiene su configuración como derecho, sólo alude de forma indirecta a esta noción en los considerandos, configurando la reagrupación familiar como un derecho *instrumental* de otro fundamental<sup>740</sup>. Con ello se debilita en cierto modo su naturaleza y su exigencia y garantía, derivadas de su inserción en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

---

<sup>737</sup> Naturaleza debida a un procedimiento de carácter eminentemente intergubernamental, de derecho internacional, puesto que se exige unanimidad en el seno del Consejo y el Parlamento Europeo sólo emite un dictamen consultivo. *Ibid.*, pp. 383-415.

<sup>738</sup> Vid. Considerandos 17 y 18 de la Directiva.

<sup>739</sup> Esta referencia a los derechos humanos servía de freno y control de los Estados miembros en los supuestos de violación grave y persistente de los principios contemplado en el art. 6.1 TUE. Ya que tal y como introdujo el Tratado de Amsterdam y posteriormente concretó el Tratado de Niza un Estado miembro podrá ser suspendido de determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados en el caso de que el Consejo Europeo constatará la existencia de una violación grave y persistente de los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos (art. 7 TUE). M. Vargas; “La reagrupación familiar de los extranjeros en el derecho comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el Derecho comunitario”; en A. Calvo y E. Castellanos; (Dir) *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos Internacionales*; Colex, Madrid, 1994. p. 840

<sup>740</sup> A. Quirós; “Derecho Comunitario de extranjería: Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del derecho interno español”; cit. p. 403.



## **2.1. Armonización “por etapas” de las legislaciones nacionales.**

Cabe destacar como novedoso el establecimiento de un método de armonización denominado “por etapas”. Se trata, como su nombre indica, de acercar paso a paso las legislaciones y las prácticas nacionales manteniendo en esta progresión, y como idea predominante, la flexibilidad<sup>741</sup>. Este nuevo método se plasma en la metodología técnico-jurídica empleada por la Directiva que consiste, por un lado, en el establecimiento de cláusulas de excepción y, por otro, de cláusulas de mantenimiento del *statu quo*<sup>742</sup> y de emplazamiento<sup>743</sup>.

- Las *cláusulas de excepción* autorizan a los Estados miembros a escapar de aquellas disposiciones a las que no pueden consentir, fundamentalmente por impedirlo sus leyes nacionales<sup>744</sup>.
- Las *cláusulas de mantenimiento del statu quo* tienen por objetivo evitar que los Estados miembros utilicen las excepciones establecidas por la Directiva si no estuvieran previstas “por su legislación vigente en la fecha de aplicación de la presente Directiva”<sup>745</sup>, fijando así un límite a la

---

<sup>741</sup> M. Vargas; “La reagrupación familiar de los extranjeros en el derecho comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el Derecho comunitario”; cit. p.824.

<sup>742</sup> Stand still clause.

<sup>743</sup> Dead line clause en inglés, Clause de rendez-vous en francés y Fristenklausel en alemán.

<sup>744</sup> Como por ejemplo en el caso del art. 4.3 relativo a la reagrupación de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada. Ibid., p. 825.

<sup>745</sup> Esta cláusula ha sido objeto de diversas críticas, en relación con lo que debe entenderse por fecha de aplicación, pudiendo ser objeto de una doble interpretación: por una parte se podría entender que ésta hace referencia a la entrada en vigor de la misma y por otra, que ésta se refiere a la fecha de transposición en los sistemas internos. Por lo que en este segundo caso el margen de maniobra de los Estados miembros para modificar y endurecer su legislación sería más amplio en este sentido el Dictamen del CES de 17 de julio de 2002, apd. 2.1., DOCE C 241 de 7 de octubre de 2002 y I. Lázaro Gonzalez; “ La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Migraciones*, 12 (2002), pp. 43-79.

utilización de la Directiva para revisar en sentido restrictivo las legislaciones nacionales, lo que no impide a los Estados miembros modificar anticipadamente sus normas internas<sup>746</sup>.

- Sobre las *cláusulas de emplazamiento*, mediante las cuales se postergan las negociaciones difíciles durante 2 años, el art. 19 de la Directiva establecía el 3 de octubre de 2007 como fecha límite en que la Comisión informaría al Parlamento y al Consejo sobre su aplicación proponiendo, en su caso, las modificaciones necesarias<sup>747</sup>. Transcurrido este plazo se volverán a examinar las legislaciones nacionales en materia de admisión a efectos de reagrupación familiar, lo que constituirá el inicio de la segunda etapa en este proceso de armonización. Aunque esto todavía no se ha producido a pesar de haber transcurrido ya este plazo.

## **2.2. Titularidad del derecho a la reagrupación.**

La titularidad de este derecho reviste muchos matices. Se establece un estatuto especial para los refugiados<sup>748</sup> y se reconoce la doble titularidad del derecho de reagrupación familiar<sup>749</sup>, tanto al extranjero

---

<sup>746</sup> Este tipo de cláusulas se contienen en el art. 4. 1 en el que se establece que cuando el hijo menor tenga más de 12 años y llegue de forma independiente, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y residencia, podrá verificar si cumple un criterio de integración <<previsto por su legislación existente en la fecha de aplicación de la presente Directiva>>. Por su parte en el art. 4.6 establece que excepcionalmente los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva

<sup>747</sup> Estas propuestas de modificación se referirán prioritariamente a los artículos 3 (ámbito de aplicación), 4 (miembros de la familia) , 7 (condiciones exigibles al reagrupante) , 8 (tiempo mínimo de residencia para solicitar la reagrupación) y 13 (visado de entrada y permiso de residencia del miembro o miembros de la familia).

<sup>748</sup> Esta regulación especial del derecho a la reagrupación familiar para el caso de los refugiados se reconoce en el octavo considerando y se regula en los art. 9 a 12 de la Directiva.

<sup>749</sup> Será cada Estado miembro el que determine si la solicitud de reagrupación debe ser presentada por el reagrupante o por los familiares de éste que pretenden ser reagrupados, pero en todo caso la solicitud deberá ser presentada ante las autoridades del Estado miembro en el que reside el reagrupante. M<sup>a</sup>.M. Velázquez

residente como a los familiares no residentes que pueden ser reagrupados<sup>750</sup>. Además, la solicitud de reagrupación familiar, a diferencia de lo establecido en el CEDH, puede realizarse para mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada en el Estado del reagrupante<sup>751</sup>.

El ejercicio del derecho se reconoce únicamente a los extranjeros que se encuentran en situación de legalidad y reúnan, al menos, dos condiciones:

- a) Ser nacional de un Estado no miembro de la Unión Europea (la propuesta originaria exigía al reagrupante que tuviera como mínimo un permiso de residencia por un periodo de validez de un año<sup>752</sup>). La actual Directiva, permite que el Estado de acogida pueda añadir más tiempo de residencia legal hasta computar dos años,
- b) Perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente. Una vez más, en esta compleja regulación, se introduce un término ambiguo y difícil de precisar y de fiscalizar. ¿Cómo podrá un inmigrante demostrar que tiene “fundadas perspectivas” de residir de una manera permanente, cuando ya

---

Sánchez; “La reagrupación familiar en la Unión Europea: Comentario a la Directiva 2003/86”, *Revista General de Derecho Europeo*, Nº. 4, 2004, pp. 17

<sup>750</sup> El reagrupante se define en el art. 2.c de la Directiva como el nacional de un tercer país que, residiendo legalmente en un Estado miembro, solicita que los miembros de su familia se reúnan con él.

<sup>751</sup> En capítulos anteriores se ha señalado que en cambio la interpretación del art. 8 del CEDH llevada a cabo por el TEDH exige la preexistencia de una vida familiar anterior. A. Quirós; “Derecho Comunitario de extranjería: Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del derecho interno español”; cit. p. 407.

<sup>752</sup> A este respecto hubiera sido más razonable que en esta exigencia de residencia mínima se hubiera hecho referencia a todo el territorio de la Unión y no a cada Estado miembro, a fin de facilitar la circulación del reagrupante y su familia. M<sup>a</sup>. P. Canedo; “Reflexiones sobre la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea”; cit. p. 209.

les es de por sí muy complicado conseguir un permiso de residencia temporal?<sup>753</sup>.

### **2.3. Familiares reagrupables.**

Como apunta R. Moliner, el presupuesto básico considerado por la Directiva es la familia nuclear<sup>754</sup>. Durante su tramitación, el Parlamento y la Comisión Europea han mantenido posiciones enfrentadas sobre esta cuestión. Por una parte, el Parlamento Europeo siempre ha pretendido configurar la reagrupación familiar como un derecho fundamental, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tratando de extender al máximo su ámbito de aplicación. De ahí que sus dictámenes incluyeran en la categoría de familiares reagrupables, de manera genérica, a todos aquellos que guardan una vinculación estrecha y directa con el reagrupante. La Comisión Europea, por el contrario, tiende a primar el principio de seguridad y control de flujos migratorios por encima del reconocimiento de un derecho fundamental, defendiendo una concepción restrictiva del derecho y mostrándose partidaria de dejar libertad a los Estados miembros para decidir su regulación y limitaciones de acuerdo con su política migratoria. En la Directiva finalmente aprobada predomina el planteamiento restrictivo sostenido por la Comisión Europea: beneficiarios del derecho son el cónyuge (o pareja) y los descendientes menores de edad a cargo del reagrupante y su regulación se ve sometida a la discrecionalidad de los Estados<sup>755</sup>.

---

<sup>753</sup> El proyecto personal de permanencia se convierte de ese modo en esencial y disuasorio para eventuales reagrupantes en una situación laboral de precariedad, personas au pair, becarios, etc. A. Quirós; "Derecho Comunitario de extranjería: Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del derecho interno español"; cit. p. 408.

<sup>754</sup> R. Moliner; "El concepto de "familia nuclear" en la directiva europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar", cit. p. 6-17.

<sup>755</sup> El Comité de las Regiones en su Dictamen sobre la Propuesta de Directiva puso de relieve que la Directiva debería sobrepasar el marco de la familia nuclear estableciendo también la admisión obligatoria de la pareja de hecho que mantenga una relación estable y de los ascendientes a cargo del reagrupante. D.O.U.E nº C73/2003, p. 16. M.M Velázquez Sánchez, "La reagrupación familiar en la Unión Europea: Comentario a la Directiva 2003/86", cit. p. 8.

La Directiva, siguiendo la tradición a que hemos aludido en diversas ocasiones, no contiene una definición de familia. A ella se refiere bajo el epígrafe "*Miembros de la familia*" (en las propuestas se formulaba simplemente como "familiares reagrupables"). La titularidad del derecho se restringe, pues, al cónyuge del reagrupante y a los hijos menores del reagrupante o del cónyuge (incluyendo los adoptados). No obstante, no cualquier cónyuge e hijo tendrán la posibilidad de ser reagrupados, ya que deben reunir determinados requisitos de edad y estatus. La reagrupación de otros familiares será potestativa del Estado. Constituye una novedad importante que, con la finalidad de verificar la existencia de los vínculos familiares alegados, se establezca la posibilidad de entrevistar tanto al reagrupante como a sus familiares y de realizar cuantas investigaciones se consideren necesarias (se enumeran, por ejemplo, criterios para determinar la relación de una pareja no casada: la existencia de hijos en común, una cohabitación previa, el registro formal de la relación , etc.).

En el capítulo II de la Directiva, bajo el título *Miembros de la familia*, y en concreto en el artículo 4 se recogen lo siguiente:

*1. Los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV y en el artículo 16, de los siguientes miembros de la familia:*

- a) el cónyuge del reagrupante;*
- b) los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos en virtud de una resolución adoptada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate o de una resolución ejecutiva en virtud de obligaciones inmatricionales de dicho Estado*

*miembro o que debe reconocerse de conformidad con las obligaciones internacionales;*

*c) los hijos menores, incluidos los adoptivos, del reagrupante cuando tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento;*

*d) los hijos menores, incluidos los hijos adoptivos, del cónyuge, cuando éste tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento.*

*Los hijos menores citados en el presente artículo deberán tener una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro en cuestión y no estar casados.*

*Excepcionalmente, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la presente Directiva, podrá verificar si cumple algún criterio de integración previsto por su legislación existente en la fecha de la aplicación de la presente Directiva.*

*2. Los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV, de los siguientes miembros de la familia:*

*a) los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen;*

*b) los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.*

*3. Los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV, de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5, y de los hijos menores no casados, incluidos los adoptivos, de estas personas, así como de los hijos mayores solteros de estas personas, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.*

*Los Estados miembros podrán decidir que las parejas registradas reciban el mismo trato que los cónyuges respecto de la reagrupación familiar.*

*4. En caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge.*

*No obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, los Estados miembros podrán limitar la reagrupación familiar de hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante.*

*5. Con objeto de garantizar un mayor grado de integración y de evitar los matrimonios forzados, los Estados miembros podrán exigir que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, sin que ésta exceda los 21 años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante.*

6. *Excepcionalmente, los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva. Si las solicitudes se presentaren después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción autorizarán la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación familiar.*

*a) Cónyuges o parejas de hecho*

Cuando la Directiva alude al cónyuge, se refiere a quien se encuentra casado con el reagrupante, de acuerdo con las leyes vigentes en el Estado de procedencia<sup>756</sup>. Aunque no se menciona expresamente, debe tratarse de un matrimonio válido y no disuelto. En este terreno, los Estados pueden imponer una edad mínima a los cónyuges que no podrá exceder de 21 años, antes de la cual no se autorizará la reagrupación<sup>757</sup>. No parece justificada esta limitación. Con ella se pretende evitar matrimonios forzados con menores, pero su efecto sobre el ejercicio de un derecho fundamental resulta demasiado oneroso frente al escaso efecto preventivo que produce: en la mayoría de los países de procedencia de los flujos migratorios la edad en la que se contrae

---

<sup>756</sup> El art. 5.2, exige que con la finalidad de probar dicha unión, prueba que en muchas ocasiones se transforma en una prueba diabólica, se aporten los documentos acreditativos oportunos, permitiendo incluso la realización de las oportunas entrevistas o cualquier otro tipo de investigación, todo con la finalidad de desvirtuar la presunción de fraudulencia que se ha establecido en la práctica para este tipo de uniones. J.J Ezquerro; "El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable", *Migraciones*, 1 (1997), pp. 182-186.

<sup>757</sup> Esta restricción se justifica en el art. 4.5 con el objeto de garantizar un mayor grado de integración y de evitar los matrimonios forzados. Pero asimismo hay que señalar que con esta restricción se impide que estas parejas puedan hacer vida en común, de manera que, aunque no se restringe el ius connubii, si se limita el derecho fundamental a vivir en familia y se impide que el matrimonio válidamente constituido surta el correspondiente efecto de cohabitación de los cónyuges. M.M Velázquez Sánchez, "La reagrupación familiar en la Unión Europea: Comentario a la Directiva 2003/86", cit. p. 8.



matrimonio es muy inferior a la Europea. Por otra parte, podría conseguirse el mismo efecto con una sencilla estipulación de que no se reconociera la validez de aquellos matrimonios en los que se percibiera algún tipo de vicio en el consentimiento.

La Directiva no menciona los matrimonios homosexuales ya legalizados en algunos países<sup>758</sup>. No obstante, la posibilidad de reagrupar a un cónyuge del mismo sexo, hoy por hoy es prácticamente inexistente fuera del entorno europeo. Los países de procedencia de los inmigrantes no se han insertado, ni mucho menos, en el flujo occidental de reconocimiento jurídico de este tipo de parejas<sup>759</sup>.

El art. 4.4 de la Directiva precisa que, en los casos de matrimonio poligámico, sólo se permitirá la reagrupación del primer cónyuge. Si el reagrupante estuviera ya conviviendo con un cónyuge en el territorio de un Estado miembro, no se autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge<sup>760</sup>. Se plasma así una tendencia europea reacia a aplicar la ley nacional del extranjero en estos aspectos al considerar que contradice

---

<sup>758</sup> Dada esta omisión podría entenderse que se admite la reagrupación respecto a la pareja homosexual casada ya que una actitud opuesta sería contraria al principio de no discriminación en razón de la orientación sexual, contemplado en el art. 13 TCE, así como a la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la igualdad de derechos de homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea, de 8 de febrero de 1994. *Ibidem*.

<sup>759</sup> No hubiera estado de más que la Directiva hubiera permitido expedir un visado de corto plazo para el futuro cónyuge del solicitante de la reagrupación familiar con el único fin de contraer matrimonio en ese Estado miembro, ya que de otra forma en muchos casos, tales matrimonios no podrán celebrarse nunca, ya que puede que esta unión sea ilícita en su Estado origen y tampoco podrán cohabitar maritalmente por motivos religioso o étnicos, por lo tanto, la única posibilidad para muchas de estas personas sería casarse en el nuevo Estado de residencia de una de ellas, lo que resulta imposible si se impide que la otra entre y resida también en ese Estado. *Ibid.*, p.9 y P. Boelles; " Propuesta de Directiva sobre reagrupación familiar y otras propuestas en el campo de la ley de inmigración", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 53, 2001 (<http://www.cidob.org/Castellano/Publicaciones/Afers/53boeles.htm>, pp. 125-138).

<sup>760</sup> J.J Forner; "La familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y extranjería", A. Borrás y S. Memissi (ed), *El Islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política*. Icaria-Antrazyt, Barcelona, 1998, pp. 1999-243; R. Gaya; "Inmigración, matrimonio y Derecho", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. III, Madrid 2003, pp. 4631-4656.

valores constitucionales básicos de los países de acogida, como es la igualdad. Esta previsión puede tener alguna relevancia dentro de la familia musulmana y ya ha planteado algunos problemas jurisprudenciales al Tribunal de Justicia con relación a los hijos que, en caso de ser reagrupados por el padre, no pueden desarrollar una vida en familia junto a su progenitora natural.

La nueva Directiva, frene a lo propuesto en los borradores, deja a la discrecionalidad de los Estados miembros la decisión de autorizar la reagrupación de la pareja de hecho<sup>761</sup>, facultándoles para decidir si las parejas registradas deben recibir el mismo trato que los cónyuges respecto de la reagrupación familiar. Esta previsión degrada un poco la naturaleza fundamental del derecho a la reagrupación familiar, ya que se considera derecho de los cónyuges pero sólo concesión del Estado para las parejas de hecho en función de que se encuentren o no registradas<sup>762</sup>.

#### *b) Hijos menores*

El artículo 4.1 b) c) y d) de la Directiva permite la reagrupación de los hijos menores. La minoría de edad viene determinada por la legislación de cada Estado miembro, siempre que no medie matrimonio<sup>763</sup>. También

---

<sup>761</sup> Aunque para el reconocimiento de este tipo de vínculos se permite la exigencia de ulteriores requisitos como la prueba de la estabilidad de la pareja, la existencia de hijos comunes, la inscripción en el registro de parejas.

<sup>762</sup> En la práctica totalidad de países de la Unión Europea se ha producido no sólo un reconocimiento legal expreso de la unión de hecho, sino que cada vez son más en los que también se reconocen las uniones homosexuales. R. Moliner; "El problema jurídico de las parejas de hecho", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Vidal Guitarte*, vol. II, Valencia, 1999, pp. 629-640; "Tratamiento jurídico de las uniones de hecho", en Curso de Derecho Civil, *Revista General de Derecho*, Valencia, 2000, pp. 1251-1300; "Proceso de juridificación de las uniones de hecho en España", en *Estudios en homenaje al profesor Moreno Quesada*, Universidad de Granada, Vol 2, 2000, pp. 1163-1182; P.A Talavera Fernández; "Fundamentos para el reconocimiento de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España", *Cuadernos del Instituto "Bartolomé de las Casas"*, nº 10, Dykinson, Madrid 1999, pp.40-44.

<sup>763</sup> Cabría en relación con este precepto plantearse la cuestión de si el hijo menor que tiene una pareja de hecho pese a continuar bajo la custodia de sus padres y depender económicamente de ellos, puede ser objeto o no de reagrupación familiar,

se extiende a los hijos mayores no casados, que no puedan realizar una vida independiente por motivos económicos o de cualquier otra índole. A todos los efectos, se equipara la filiación biológica con la adoptiva, pudiendo ser reagrupados tanto los hijos del reagrupante como de su cónyuge. A este respecto la Directiva ha establecido dos importantes restricciones:

- En aquellos casos en los que el menor haya superado los 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado podrá verificar, antes de autorizar su entrada, si cumple las condiciones de integración que se indican en su legislación. Esta previsión ha motivado la interposición de un recurso ante el Tribunal de Justicia por parte del Parlamento Europeo, alegando que se opone claramente al principio *del interés superior del menor* contenido en la legislación internacional (*Convención de los Derechos del Niño 1989*)<sup>764</sup>. Piénsese en aquellos casos en los que, por ejemplo, se exija el conocimiento del idioma oficial del Estado, como de hecho ya establecen algunas legislaciones europeas.
- Otra importantes restricción para la reagrupación de menores y que también han fundamentado el recurso antes mencionado por parte del Parlamento Europeo, se contienen en el art. 4.6 de la Directiva: excepcionalmente los Estados podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad. Con ello se puede

---

ya que, en caso afirmativo, se estaría estableciendo una regla discriminatoria respecto al hijo menor casado. Además con esta previsión no se tiene en cuenta el concepto amplio de familia vigente en otros países, de los que provienen muchas de estas personas, en los que los hijos, pese a casarse o mantener una relación de pareja, continúan viviendo, ellos y sus cónyuges o parejas, en el hogar paterno, a cuyo mantenimiento económico contribuyen todos los miembros de la familia. M<sup>a</sup>.M. Velázquez Sánchez, "La reagrupación familiar en la Unión Europea: Comentario a la Directiva 2003/86", cit., p. 13.

<sup>764</sup> La aplicación de esta previsión conllevaría la aplicación de un régimen diferente a los menores según su edad.

denegar la reagrupación a menores que, en principio, deberían poder obtenerla de forma automática<sup>765</sup>. En los casos en los que las solicitudes se presenten después de los 15 años de edad, la autorización de entrada y residencia ya se concedería por motivos distintos a la reagrupación familiar. Nos encontramos con una limitación difícil de justificar: imponer una restricción procedimental y administrativa cuyo fin no puede ser otro que restringir indebidamente el ejercicio del derecho.

Ambos supuestos establecen regímenes especiales de la condición del menor claramente desfavorables, que limitan injustificadamente su esfera de derechos e introducen una discriminación injustificada entre los menores no nacionales y los extranjeros, en abierto contraste con la legislación internacional en la materia.

Por otra parte, si el reagrupante hubiera reagrupado o conviviera ya con un cónyuge pero tuviera otros en virtud de una unión poligámica, no se autorizará la entrada de otro cónyuge y se podrá limitar también la reagrupación familiar de los hijos menores de otros cónyuges y el reagrupante<sup>766</sup>.

### *c) Otros familiares*

El párrafo 2 del artículo 4, concede a los Estados la facultad discrecional de ampliar el número de familiares que podrán beneficiarse de este derecho en sus respectivas normas legislativas o reglamentarias. Estos familiares podrán ser:

*-Ascendientes*, en línea recta y de primer grado (es decir el padre y la madre, no los abuelos o los tíos), tanto del

---

<sup>765</sup> Ibid., p. 14.

<sup>766</sup> Además de una vulneración del principio de igualdad de los hijos ante la ley. Esta previsión supone una trasgresión del efecto atenuado que se reconoce a este tipo de uniones en el orden público internacional, además al no admitirse la reagrupación basada en un vínculo familiar válidamente constituido en otro Estado resulta claramente contrario al principio de no discriminación contemplado en los arts. 12 y 13 TCE. Ibid., pp. 10 y 11.

reagrupante como de su cónyuge, siempre que estén a su cargo y no tengan ningún otro apoyo familiar en el país de origen<sup>767</sup>.

-Los hijos mayores no casados del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y no puedan subvenir objetivamente a sus necesidades debido a su estado de salud.

-Especial relevancia reviste como antes se ha mencionado el caso de las parejas de hecho registradas o no. Desaparece la equiparación que se hacía en propuestas anteriores con el matrimonio y se reserva a los Estados miembros la facultad de autorizar la reagrupación (o que reciban el mismo trato siempre que así esté previsto en su legislación), ampliándose la entrada y la residencia de sus hijos menores que no estén casados incluyendo los adoptados.

En la propuesta inicial de Directiva todos los familiares se situaban en pie de igualdad, sin someter su reagrupación a una cláusula discrecional a disposición de los Estados miembros, y extendiendo considerablemente las categorías de familiares reagrupables a supuestos de hijos mayores, niños "confiados", ascendientes sin limitación e hijos de diversas esposas en el caso de matrimonios poligámicos<sup>768</sup>.

---

<sup>767</sup> La Directiva no establece ninguna previsión respecto a la posible reagrupación de los ascendientes de la pareja de hecho del reagrupante, si se realiza una interpretación extensiva del art. 4.3 en el que se equipara el trato de las parejas registradas con las matrimoniales los Estados podrán reconocer este derecho. Pero este reconocimiento podría constituir una discriminación respecto a las parejas que no pueden estar registradas. M<sup>a</sup>.M. Velázquez Sánchez, "La reagrupación familiar en la Unión Europea: Comentario a la Directiva 2003/86", cit. p. 16.

<sup>768</sup> A. Galoppini; "Ricongiungimento familiare e poligamia", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2000, pp. 739 ss.

## **2.4. Requisitos previos para el ejercicio del derecho.**

El art 7 establece los requisitos que el Estado puede exigir al reagrupante, con carácter previo, para considerar su solicitud<sup>769</sup>:

*1. Al presentarse la solicitud de reagrupación familiar, el Estado miembro de que se trate podrá requerir al solicitante que aporte la prueba de que el reagrupante dispone de:*

- a) una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro de que se trate;*
- b) un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los propios nacionales en el Estado miembro de que se trate, para sí mismo y los miembros de su familia;*
- c) recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y de su regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia.*

*2. Los Estados miembros podrán requerir que los nacionales de terceros países cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional.*

---

<sup>769</sup> Se trata pues de requisitos facultativos que suelen ser exigidos por la mayoría de Estados con la finalidad de garantizar la viabilidad en el ejercicio del derecho. En el caso en el que dejaran de cumplirse estos requisitos los Estados miembros podrán retirar los permisos de residencia o denegar su renovación. (art. 16).

El requisito de una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro de que se trate<sup>770</sup>, ha sido objeto de una Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Sentencia Comisión contra Alemania<sup>771</sup>) en relación con la reagrupación de los ciudadanos comunitarios. En ella establece la licitud de tal requisito para la *entrada* del familiar, aunque ello no puede condicionar la *residencia* en el Estado miembro una vez se haya producido la reagrupación familiar.

Demostrar la tenencia de un seguro de enfermedad y de recursos fijos, regulares y suficientes para la propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado puede resultar excesivo, ya que exige la firma de un contrato fijo de trabajo, algo complejo teniendo en cuenta la actual situación económica-laboral. Por otra parte, no se contemplan situaciones especiales, como por ejemplo, incapacidades laborales transitorias que impidieran la obtención de estos recursos con regularidad<sup>772</sup>.

La posibilidad de requerir a los nacionales de terceros países que cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional, es una novedad dentro de la regulación que no parecía en las propuestas<sup>773</sup>.

---

<sup>770</sup> Al no establecerse unas exigencias objetivas y comunes respecto a lo que deba ser considerado "normal" se podrán plantear diferencias importantes respecto a las condiciones de la vivienda requeridas en cada Estado miembros. M<sup>a</sup>.M. Velázquez Sánchez; "La reagrupación familiar en la Unión Europea: Comentario a la Directiva 2003/86", cit. p. 20.

<sup>771</sup> Sentencia de 18 de mayo de 1989, asunto 49/86.

<sup>772</sup> En este punto hubiera sido aconsejable que la Directiva hubiera incluido una norma en virtud de la cual se permitiera la reagrupación familiar para aquellas personas que, habiendo residido durante un periodo de tiempo superior a 3 años en un Estado miembro, se vean imposibilitadas para cumplir alguna de las condiciones económicas para la reagrupación debido a circunstancias que se hallen fuera de su control. P. Boeles; "Propuesta de Directiva sobre reagrupación familiar y otras propuestas en el campo de la ley de inmigración"; cit. p. 6.

<sup>773</sup> El establecimiento de esta posibilidad de una forma totalmente indeterminada que se deja en manos de la discrecionalidad de los Estados miembros puede dar lugar

## **2.5. Procedimiento administrativo y efectos.**

El aspecto más criticable del procedimiento radica en la duración del trámite de resolución del procedimiento: 9 meses, pudiéndose ampliar en casos excepcionales *sine die*<sup>774</sup>. Se debe motivar el rechazo de la solicitud y el silencio administrativo tendrá carácter positivo o negativo dependiendo de lo regulado por cada ley nacional.

El reagrupante deberá residir en un Estado miembro, antes de poder solicitar la reagrupación, un periodo no superior a 2 años (en el proyecto se limitaba a un año). Si los Estados tuvieran una regulación expresa sobre su capacidad de acogimiento, el periodo de espera no podrá superar los 3 años, desde el momento en que se presente la solicitud de reagrupación.

El art. 5 de la Directiva establece que la solicitud de entrada y de residencia podrá ser presentada tanto por el reagrupante como por los futuros reagrupados ante las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate. La solicitud deberá ir acompañada de los documentos acreditativos de los vínculos familiares y del cumplimiento de las condiciones establecidas, así como de las copias certificadas de los documentos de viaje del miembro o miembros de la familia. Los Estado miembros, como vimos, con la finalidad de probar la existencia de estos vínculos, podrán realizarles entrevistas o efectuar cualquier otra investigación que estimen pertinente.

Con carácter general, la solicitud se presentará y examinará cuando los miembros de la familia residan fuera del territorio del Estado miembro

---

a situaciones de discriminación habiendo sido preferible que estas medidas se hubieran concretado en la propia Directiva. M<sup>a</sup>.M. Velázquez Sánchez, "La reagrupación familiar en la Unión Europea: Comentario a la Directiva 2003/86", cit, p. 23.

<sup>774</sup> En aras de la seguridad jurídica, hubiera sido conveniente que el precepto estableciese también un plazo máximo para resolver la solicitud en los supuestos en que concurren circunstancias excepcionales. *Ibid.*, p. 18.



en el que resida el reagrupante<sup>775</sup>, aunque excepcionalmente se podrá aceptar cuando los familiares ya residen en el territorio de los Estados miembros. La resolución de la solicitud, cuando se refiera a menores, tendrá siempre en cuenta el interés superior del menor. Esta solicitud se podrá denegar por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. En estos casos los Estados miembros deberán velar para que los interesados puedan interponer los recursos jurisdiccionales o administrativos legalmente previstos en cada Estado miembro<sup>776</sup>. A este respecto hubiera sido aconsejable precisar si la interposición de este recurso contra la resolución negativa tiene o no efecto suspensivo cuando el familiar ya se halla en el territorio del Estado<sup>777</sup>.

No se contempla el carácter gratuito del procedimiento y tras la aceptación de la solicitud, el Estado viene obligado a facilitar los correspondientes visados<sup>778</sup>. El resultado del procedimiento de reagrupación consiste en la emisión de un permiso de residencia, renovable, para los familiares, que tendrá una duración mínima de un año y como límite máximo la duración del permiso del reagrupante.

La reagrupación garantiza a los familiares reagrupados los derechos necesarios para su integración en el nuevo medio social “en las mismas condiciones que el reagrupante” (el proyecto les reconocía las mismas condiciones que a los ciudadanos de la Unión Europea, lo que provocaba una clara discriminación frente al reagrupante). Estos derechos son: el

---

<sup>775</sup> Esta referencia a la residencia en lugar de a la mera presencia podría ser interpretada como un avance en la medida en que podrían aceptarse solicitudes de residentes en el extranjero cuando temporal y excepcionalmente se encuentren en territorio comunitario. M<sup>a</sup>.P. Canedo; “Reflexiones sobre la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea”; cit, p. 208.

<sup>776</sup> Artículo 18.

<sup>777</sup> M<sup>a</sup>.M Velázquez Sánchez, “La reagrupación familiar en la Unión Europea: Comentario a la Directiva 2003/86”, cit. p. 19.

<sup>778</sup> Cabría preguntarse si estos visados serán gratuitos, tal y como establecían las primeras propuestas de la Directiva, al no señalarse nada al respecto en el art. 13. *Ibid.*, p. 28.

acceso a la educación, el acceso al empleo asalariado<sup>779</sup> y el acceso a la orientación, a la formación, al perfeccionamiento y al reciclaje profesionales. El acceso a un empleo asalariado o a una actividad independiente se podrá limitar en el caso de los ascendientes y de los hijos mayores.

Una vez transcurridos cinco años de residencia (antes eran 4) como máximo y siempre que se mantengan los vínculos familiares, el cónyuge, la pareja o el hijo mayor de edad, tendrán derecho a un permiso de residencia autónomo. Los Estados pueden restringir este requisito temporal en el caso de ruptura del vínculo familiar. La concesión de este permiso autónomo para los hijos mayores y los ascendientes, se deja a la entera discrecionalidad del Estado. Se suprime la exigencia de un periodo mínimo de residencia en los casos de viudedad, divorcio, separación<sup>780</sup> o muerte de ascendientes o descendientes<sup>781</sup>; en estos casos se concederá un permiso autónomo, manteniéndose la referencia a que *“el solicitante se encuentre en una situación difícil”*, lo que supone una alusión abierta a los supuestos de violencia doméstica, mención que ya aparecía en el proyecto originario y que se ha mantenido<sup>782</sup>.

---

<sup>779</sup> Este derecho de acceso al empleo será susceptible de limitación por parte de los Estados miembros. En el art. 14 se contempla el establecimiento por las correspondientes legislaciones nacionales de un plazo, que no podrá exceder de 12 meses, durante el cual el Estado estudiará la posibilidad de otorgar un permiso de trabajo, atendiendo a las exigencias del mercado laboral. *Ibid.*, p. 29.

<sup>780</sup> Sin especificar si se trata de una separación legal o es suficiente una separación de hecho. M<sup>a</sup>. P. Canedo; “Reflexiones sobre la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea”; cit., p. 207.

<sup>781</sup> En este punto la Directiva establece dos grados diferentes de necesidad para la obtención de un permiso autónomo en estos casos. Así cuando se considere necesario, los Estados podrán conceder el permiso autónomo, existiendo la obligación de establecer disposiciones que garanticen la concesión sólo cuando concurren circunstancias especialmente difíciles. Se trata de dos conceptos jurídicos indeterminados que serán difícilmente predecibles por los interesados. *Idídem*.

<sup>782</sup> Aunque habría sido conveniente que la Directiva especificara lo que debe entenderse por “circunstancias especialmente difíciles”, ya que la indeterminación de la expresión puede ser susceptible de diversas interpretaciones por parte de los Estados. M<sup>a</sup>.M. Velázquez Sánchez; “La reagrupación familiar en la Unión Europea: Comentario a la Directiva 2003/86”, cit. p. 29.

En los supuestos en los que no se renueve el permiso de residencia del reagrupante, los Estados miembros pueden retirar o no renovar el correspondiente permiso a sus familiares.

## **2.6. Valoración crítica: a medio camino entre la armonización y la restricción.**

Esta Directiva, a pesar de su carácter más bien restrictivo<sup>783</sup> y un tanto ambiguo, marca un hito importante en la materia, como primer instrumento jurídico unificado de la Unión Europea en materia de inmigración legal y como avance esencial en el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar a nivel europeo. Ciertamente que las dos ideas principales que han determinado el texto pueden reducirse a dos: máxima limitación del número de familiares reagrupables y máxima discrecionalidad de los Estados en la regulación de la figura, lo que puede producir discriminaciones y efectos disuasorios para el ejercicio de este derecho en algunos de los países de la Unión Europea<sup>784</sup>. No obstante, aunque el texto final dista mucho de la idea original plasmada en los proyectos (hoy prevalece el endurecimiento de las políticas de inmigración), en la mayoría de los casos obligará a los países europeos a modificar muchas de sus disposiciones en la materia claramente lesivas para la protección del derecho fundamental a la vida familiar de los extranjeros.

---

<sup>783</sup> Consciente de estas limitaciones en su propio articulado a través de las mencionadas cláusulas de escape contempla la posibilidad de aplicar otras disposiciones que sean más favorables. (art. 3.4 y 3.5). Aunque carece de una cláusula *standstill* de alcance general en virtud de la cual se establezca que los Estados miembros no podrán utilizar el contenido de la Directiva y el amplio margen de maniobra que este reconoce para disminuir el nivel de protección garantizado en dicho Estado en el momento de su entrada en vigor. M<sup>a</sup>. M. Velázquez Sánchez; "La reagrupación familiar en la Unión Europea: Comentario a la Directiva 2003/86", cit. p. 31.

<sup>784</sup> Esta situación no debe impedir que nos planteemos cual hubiera sido el resultado en caso de lograrse una total armonización ya que, seguramente ésta hubiera tenido una consecuencia todavía más negativa porque se habría optado por la tendencia más restrictiva dada la percepción y la relevancia del fenómeno en muchos países europeos. M<sup>a</sup>. P. Canedo; "Reflexiones sobre la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea"; cit. p. 222.

Con todo, son varias las instancias europeas que han mostrado su disconformidad con el texto por sus limitaciones al ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. Entre ellas destaca la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa<sup>785</sup> que ha manifestado su rechazo a la Directiva considerando, por una parte, que no establece una definición común de unidad familiar<sup>786</sup>, ni reconoce el derecho a todas las personas que se benefician de una protección subsidiaria<sup>787</sup>, ni propone reglas armonizadas en relación con las condiciones, los procedimientos y los plazos para la obtención de la condición de residente y de los derechos derivados de la misma. También considera que las disposiciones derogatorias de la Directiva, que conceden a los Estados la posibilidad de imponer limitaciones financieras y de alojamiento, criterios de integración o edad mínima para solicitar la reagrupación familiar, pueden constituir una amenaza para el respeto de la vida familiar y los derechos de los menores<sup>788</sup>.

---

<sup>785</sup> Movilidad humana y derecho a la reagrupación familiar, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Doc. 10123 de 1 de abril de 2004.

<sup>786</sup> La noción de familia que subyace en la reagrupación familiar tal y como aparece recogida en la Directiva, carece de una definición uniforme a nivel europeo y varía según el valor y la importancia que se le otorga al principio de dependencia.

<sup>787</sup> La Recomendación 1327 (1997) del Parlamento del Consejo de Europa relativa a la Protección y reforzamiento de los derechos humanos de los refugiados y demandantes de asilo en Europa incluye a este respecto en la noción de familia a los familiares que forman parte de la misma de facto (familia natural) como por ejemplo la pareja de hecho o los hijos naturales del demandante de asilo, o incluso las personas mayores de edad o incapacitadas que dependen del mismo.

<sup>788</sup> En este sentido, la Asamblea envió una recomendación al Consejo de Ministros abogando por el establecimiento de una interpretación amplia de la noción de familia en la que se incluya la familia natural, las parejas de hechos, incluidas aquellas del mismo sexo, los hijos naturales, los menores en los casos en los que la custodia es compartida, los hijos mayores de edad y los ascendientes que estén a su cargo. Que se extienda la reagrupación familiar a las personas que se benefician de una protección subsidiaria. Establecer la necesidad de motivación en toda desestimación de reagrupación familiar y el establecimiento de recursos contra la misma ante una instancia independiente. Establecer condiciones menos rígidas a los solicitantes por lo que concierne a los medios económicos, seguro médico y vivienda. Facilitar los procedimientos administrativos, haciéndolos más simples y transparentes y armonizar a nivel europeo los plazos de espera limitándolos a un plazo máximo de 12 meses. Conceder a los miembros de la familia reagrupados un estatus jurídico que les permita integrarse plenamente en la sociedad de acogida y favorecer la expedición de un permiso de residencia independiente al cónyuge, a la pareja de hecho o al hijo que alcance la mayoría de edad con la finalidad de protegerlos en caso de expulsión,

### **3. EL RECURSO DEL PARLAMENTO EUROPEO CONTRA LA DIRECTIVA.**

Al amparo del art. 230 del Tratado de la Comunidad Europea, el 22 de diciembre de 2003, el Parlamento Europeo interpuso un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea contra el Consejo de la Unión Europea, con la finalidad de obtener la anulación de ciertas disposiciones de la Directiva sobre Reagrupación familiar<sup>789</sup>.

#### **3.1 Génesis del recurso.**

El recurso fue promovido a instancias de la *Coordination européenne pour le droit des étrangers à vivre en famille* y del *Groupe d'Information et soutien des travailleurs immigrés*, lo que evidencia la influencia creciente de las organizaciones no gubernamentales en las relaciones internacionales y, en particular, en la toma de decisiones de las instituciones europeas<sup>790</sup>.

El recurso toma pie de dos dictámenes favorables de organismos del propio Parlamento Europeo: el de la *Comisión Parlamentaria de Libertades y Derechos de los Ciudadanos*, de fecha 21 de octubre 2003, y el de la *Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado* de fecha 2 diciembre 2003. Y tiene por objeto, defender en el ordenamiento jurídico comunitario los derechos fundamentales de los hijos menores de edad. El Parlamento considera que, junto a reglas válidas para ejercer el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados, la Directiva contiene disposiciones discriminatorias y restrictivas del derecho a la vida familiar de los menores, que deberían ser anuladas por

---

divorcio, separación o defunción del reagrupante. Autorizar a los familiares reagrupados residentes legales para el ejercicio de una actividad asalariada o independiente a partir de la expedición del permiso de residencia y desarrollar programas especiales para la integración de las familias reagrupadas.

<sup>789</sup> Vid. Diario Oficial de la Unión Europea, C 47, 21 de febrero de 2004, pp.21-22

<sup>790</sup> La Coordinadora Europea agrupa en la actualidad a asociaciones familiares, asociaciones de inmigrantes y, así mismo, organizaciones de solidaridad y defensa de los derechos humanos, en Alemania, Bélgica, España, Francia e Italia. <http://www.gisti.org/doc/actions/2003/regroupement/>

incongruentes con los principios fundamentales del Derecho comunitario expresados en el artículo 6.2 del Tratado de la UE<sup>791</sup>:

- a) Exigencia de una prueba de integración al hijo del reagrupante, mayor de 12 años, que llegue independientemente de su familia (art. 4.1);
- b) Exigencia de depositar las solicitudes de reagrupación de los hijos menores antes de que éstos hayan cumplido 15 años (art. 4.6);
- c) Exigencia al reagrupante de un periodo de residencia no superior a 2 años en el país de acogida para reagrupar a los miembros de su familia (art. 8);
- d) Posibilidad de un periodo de espera (no superior a 3 años), entre la solicitud de reagrupación y la concesión del permiso de residencia a los familiares, cuando el Estado limite su capacidad de acogida (art. 8)<sup>792</sup>.

### **3.2. La argumentación del recurso.**

El recurso del Parlamento, en su argumentación, invoca en primer lugar el derecho al respeto a la vida familiar, establecido en el art. 8 CEDH, interpretado por el Tribunal de Justicia como equivalente al derecho a la reagrupación familiar<sup>793</sup>. El mismo principio se aplicó en el artículo 7 de la Carta, respecto al cual el Parlamento señala que, en la medida en que elabora una lista de derechos fundamentales existentes proporciona criterios útiles para interpretar las disposiciones del CEDH. Cita, además, el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales (que aun sin efecto jurídico vinculante, sí constituye referencia

<sup>791</sup> M<sup>a</sup>.M. Velázquez Sánchez; "¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración?, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 12 enero 2007.

<sup>792</sup> J.M. Cortés; "TJCE-Sentencia de 27.06.2006, Parlamento Europeo/Consejo, C-540/03-Restricciones al reagrupamiento familiar de nacionales de terceros países versus respeto de los derechos fundamentales", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 26, año 11, enero/abril 2007. pp. 221 y 222.

<sup>793</sup> Sentencias *Carpenter* y *Akrich*, de 23 de septiembre de 2003, C-190/01.

interpretativa del Convenio), dedicado a los derechos del niño, cuyo apartado 2 establece que «*en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial*» y, en su apartado 3, que «*todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses*». En segundo lugar, invoca el principio de no discriminación por motivos de edad, previsto en el art. 14 CEDH y en el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales, además de otras convenciones internacionales auspiciadas en el seno de Naciones Unidas<sup>794</sup>. Sobre este doble fundamento jurídico, el recurso analiza las disposiciones contenidas en la Directiva del siguiente modo:

*a) Prueba de integración al mayor de 12 años (art. 4.1)*

La motivación del art. 4.1 no es convincente ya que el legislador comunitario confunde el concepto “criterio de integración” con el de “objetivo de la integración”. Desde el momento en que uno de los medios más importantes para conseguir la integración de un menor es la reagrupación con su familia, resulta incongruente exigir la integración como presupuesto previo, antes de que se reúna con el reagrupante, cuando en realidad debe ser una consecuencia de dicha reunión. Tal requisito constituye, de facto, la negación del derecho a la reagrupación familiar. Por otra parte, la noción de integración no está definida en la

---

<sup>794</sup> Estos tratados internacionales son: el art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado el 19 de diciembre de 1966, la Convención sobre Derechos del Niño adoptada el 20 de noviembre de 1989, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de los miembros de su familia adoptada el 18 de diciembre de 1990, la Declaración de Derechos del niño proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 [Resolución 1386 (XIV)], la Recomendación nº R (94) 14 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros de 22 de noviembre de 1994, relativa a las políticas familiares coherentes e integradas, la Recomendación nº R (99) 23 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, de 15 de diciembre de 1999, sobre la reagrupación familiar de los refugiados y otras personas que precisen de protección internacional y para concluir el Parlamento también invoca distintos artículos de varias constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea.

Directiva, lo que supone, en la práctica que son los Estados quienes deciden ese criterio y quienes pueden utilizarlo discrecionalmente para restringir o negar el derecho a la reagrupación. Además, la jurisprudencia del TEDH confirma que un criterio de integración previsto por una legislación nacional (seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y prevención del delito, protección de la salud o la moral y protección de los derechos y las libertades de los demás) no puede justificar una ingerencia en el derecho a la vida familiar protegida por el art. 8.2 del Convenio. En todo caso, una ingerencia en la vida familiar debe ser justificada y proporcionada, pero la Directiva no exige ninguna ponderación de los respectivos intereses en conflicto.

Esta disposición incluye, además, una discriminación basada exclusivamente en la edad del menor, que no está objetivamente justificada y resulta contraria a lo dispuesto en el art. 14 CEDH. Así pues, el objetivo de incitar a los padres para que reagrupen a sus hijos antes de que cumplan la edad de 12 años, no tiene en cuenta los imperativos económicos y sociales que impiden a una familia acoger a un hijo durante un periodo más o menos largo de tiempo. El objetivo de la integración podría lograrse utilizando mecanismos menos radicales, tales como medidas de integración para el menor tras su admisión en el Estado miembro de acogida.

*b) Solicitud de reagrupación antes de los 15 años (art. 4.6)*

Esta disposición también constituye una violación del derecho al respeto a la vida familiar y una discriminación por razón de la edad. Además de los argumentos ya expuestos, se permite con ella a los Estados restringir injustificadamente el derecho a la reagrupación del menor, en función de una simple tramitación administrativa. Por otra parte, la obligación de examinar las solicitudes de entrada y residencia presentadas por los hijos menores de edad, pero mayores de 15 años, por "motivos distintos" de la reagrupación familiar (que no se definen),



deja un excesivo margen discrecional a las autoridades nacionales y crea inseguridad jurídica.

*c) Periodos de espera para la reagrupación (art. 8)*

Los periodos de dos años (residencia previa en el país) y tres años (en determinados casos hasta la concesión del visado) resultan, por lo genérico, tan desproporcionados como injustificados. El artículo 8, que no obliga a examinar caso por caso las solicitudes, autoriza a los Estados a mantener medidas extremas que no mantienen el equilibrio exigible de los intereses en conflicto.

Por su parte, la excepción del art. 8.2 corre el riesgo de tratar de manera diferente casos similares, en función de que en el Estado de que se trate exista una normativa que tenga en cuenta su capacidad de acogida. En definitiva, este criterio (capacidad de acogida del Estado) sería el equivalente a un régimen de cuotas, incompatible con las exigencias del art. 8 CEDH

#### **4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA SOBRE LA DIRECTIVA.**

El 27 de junio de 2006, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acordó desestimar el recurso interpuesto por el Parlamento Europeo contra el Consejo, reclamando la nulidad de los aspectos ya mencionados de la Directiva sobre la reagrupación familiar de extranjeros residentes en la Unión Europea<sup>795</sup>. La sentencia reviste cierta importancia ya que el Tribunal de Justicia, por vez primera, utiliza en su argumentación varias disposiciones de la *Carta de los Derechos*

---

<sup>795</sup> Esta sentencia (ref. C-540/03) se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

*Fundamentales*, superando así las reticencias a considerarla como fuente de derecho comunitario<sup>796</sup>.

No procede comentar aquí la respuesta a las dos cuestiones previas de admisibilidad alegadas por los recurrentes, debido a su carácter eminentemente procesal<sup>797</sup>: nos interesa, sobre todo, el planteamiento sostenido por el Tribunal para justificar que las disposiciones impugnadas no vulneran ni el derecho a la vida familiar ni el derecho a la no discriminación, garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, ni los principios generales del Derecho comunitario (representados por la *Carta*) que la Unión debe respetar en aplicación del artículo 6.2 UE, al que se remite el artículo 46 UE, letra d), en lo que se refiere a la acción de las instituciones.

La defensa argumental del Consejo señala que la Comunidad no es parte en los distintos instrumentos de Derecho Internacional Público invocados por el Parlamento. No obstante, reitera, estas normas sólo exigen que se respete y se tenga en cuenta el interés del niño, pero no establecen ningún derecho absoluto en materia de reagrupación familiar. Además, añade, no procede examinar el recurso desde el punto de vista de la *Carta de Derechos Fundamentales*, puesto que ésta no es fuente del Derecho comunitario.

Por su parte, el Abogado General argumenta que, aun teniendo en cuenta la *Carta Social Europea* y otros convenios internacionales, no puede deducirse de ellos ningún derecho de los ciudadanos de terceros países a reunirse con sus familias en un Estado de la UE. No obstante, tanto el Consejo como la Comisión admiten que tal derecho puede

---

<sup>796</sup> J.M. Cortés; "TJCE-Sentencia de 27.06.2006, Parlamento Europeo/Consejo, C-540/03-Restricciones al reagrupamiento familiar de nacionales de terceros países versus respeto de los derechos fundamentales", cit., p. 226.

<sup>797</sup> M<sup>a</sup>.M. Velázquez Sánchez; "¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración?, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003", cit.

reconocerse excepcionalmente, tomando en consideración todas las circunstancias particulares de cada caso concreto. De ello la Comisión deduce, acertadamente, que el Derecho comunitario no puede permitir una limitación sistemática de la entrada y residencia de los hijos, y debe dejar margen suficiente para tales casos excepcionales.

A la vista de estos argumentos el Tribunal considera que los derechos fundamentales recogidos en la Carta forman parte de los Principios Generales del Derecho, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. En este sentido, en su tarea de interpretación del ordenamiento comunitario, el Tribunal se inspira tanto en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como en las indicaciones que proporcionan los instrumentos de Derecho internacional relativos a la protección de los derechos de humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. Establecidas estas consideraciones previas, el Tribunal analiza cada una de las disposiciones impugnadas del siguiente modo:

#### **4.1. La reagrupación de los hijos mayores de 12 años (art.4.1).**

El último párrafo del artículo 4.1 de la Directiva establece lo siguiente: *Excepcionalmente, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la presente Directiva, podrá verificar si cumple algún criterio de integración previsto por su legislación existente en la fecha de la aplicación de la presente Directiva.*

La disposición se apoya en el considerando número 12 de la Directiva (relativa a los criterios de integración), entendiéndose que los niños mayores de 12 años pueden tener serios problemas de integración en el Estado de acogida debido a la creciente dificultad para su educación y el

aprendizaje del idioma. El Parlamento plantea al TJCE seis argumentos que contradicen la supuesta fundamentación del precepto<sup>798</sup>:

*a) La posible vulneración del derecho a vivir en familia*

El Parlamento Europeo considera que la exigencia de un criterio de integración en la normativa interna de un Estado no justifica que los hijos mayores de doce años se vean privados de su derecho a la vida en familia. De acuerdo con lo establecido en el art. 8 CEDH y la reiterada jurisprudencia del TEDH, únicamente se puede justificar una injerencia en el derecho a la vida familiar por motivos de seguridad nacional, seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral pública, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

El Consejo, apoyado por el Alemania y la Comisión, alega que tal restricción no viola el derecho a la vida familiar, porque la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, descarta la injerencia en este derecho cuando la vida familiar puede desarrollarse, por ejemplo, en su país de origen<sup>799</sup>.

El Tribunal de Justicia, tras recordar que el derecho al respeto de la vida familiar forma parte de los derechos fundamentales de la Unión<sup>800</sup>, estima que el artículo 4.1 no constituye una vulneración de este derecho ya que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos descarta que se pueda imponer a los Estados la obligación general de respetar la

---

<sup>798</sup> M<sup>a</sup>.M. Velázquez Sánchez; "¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración?, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003", cit.

<sup>799</sup> M<sup>a</sup>.M. Velázquez Sánchez; "¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración?, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003", cit.

<sup>800</sup> Ver apartado 52 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>.

elección del domicilio realizada por los matrimonios y permitir la reagrupación familiar en su territorio<sup>801</sup>. Así pues, la obligación de un Estado de permitir la reagrupación familiar dependerá, por una parte, de la situación de los interesados; pero por otra, dependerá también del interés de la sociedad en su conjunto. Ponderación que otorga a los Estados un cierto margen de apreciación a fin de lograr la consecución del justo equilibrio<sup>802</sup>.

*b) La indeterminación del criterio de integración.*

El Parlamento considera, como ya anticipamos, que el legislador comunitario ha confundido la noción de “*criterio de integración*” con la de “*objetivo de integración*”. La reagrupación con su familia constituye uno de los medios más importantes para conseguir la integración de un menor de edad, por lo que resulta incongruente exigir dicha integración antes de que el menor se reúna con el núcleo familiar. Por otra parte, la Directiva no define qué debe entenderse por “integración”, lo que supone

---

<sup>801</sup> Ver apartados 52 a 55 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>.

<sup>802</sup> Siguiendo a M<sup>a</sup>.M. Velázquez Sánchez se puede afirmar que tal justificación resulta totalmente inapropiada por tres motivos:

-En primer lugar porque la decisión de que los inmigrantes no se lleven a sus hijos consigo en el proyecto migratorio desde un primer momento es una decisión basada en la mayoría de los casos en el sentido común y en la necesidad. Ya que éstos no abandonan su país por gusto o fines lúdicos sino por motivos de subsistencia, de ahí la decisión de proteger a sus hijos y no exponerlos al riesgo y al estrés que supone la inmigración hasta que no se han logrado unas condiciones estables en el nuevo país de acogida.

-En segundo lugar, sostener que el menor de edad ya tiene una vida familiar en su Estado de origen aún con otros familiares distintos de sus progenitores además de ser absurda se opone al propio concepto y naturaleza de familia que configura la Directiva como “familia nuclear”.

Y en tercer y último lugar en ningún momento queda claro cual es ese interés general de la sociedad tan importante que incluso puede prevalecer sobre el interés superior de un menor reconocido incluso a nivel internacional. M<sup>a</sup>. M. Velázquez Sánchez; “¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración?”, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003”, cit.

otorgar a los Estados una enorme discrecionalidad para restringir este derecho<sup>803</sup>.

El Consejo (apoyado por la Comisión y por el Estado alemán) sostiene que el propósito de la Directiva es lograr una integración más eficaz de los inmigrantes menores de edad y para ello incita a sus progenitores a que los hagan venir al Estado de acogida antes de que cumplan los doce años. El abogado General, por su parte, reconoce la necesidad de concretar el concepto de integración para poder aplicarlo y mantiene que tal concreción no debe ser arbitraria y debe garantizar los intereses de la familia, especialmente de los hijos<sup>804</sup>.

El Tribunal de Justicia considera en su sentencia que el legislador comunitario no ha confundido el *criterio de integración* (contenido en el art. 4.1, último párrafo) con el *objetivo de integración* de los menores que, según el Parlamento, podría alcanzarse con medidas posteriores a su reagrupación. Se trata, en efecto, de dos elementos diferentes. De acuerdo con el duodécimo considerando de la Directiva, la posibilidad de limitar la reagrupación familiar para los mayores de 12 años pretende subrayar que la integración de los niños en edad temprana será más sencilla por la mayor facilidad con la que asimilarán la educación y los conocimientos lingüísticos en la escuela.

Por consiguiente, considera que el *criterio de integración*, en el sentido del artículo 4.1, último párrafo, puede tenerse en cuenta al examinar una solicitud de reagrupación familiar y que el legislador comunitario no incurre en contradicción al autorizar a los Estados

---

<sup>803</sup> Ver apartados 40 y 41 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>.

<sup>804</sup> M<sup>a</sup>. M. Velázquez Sánchez; "¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración?, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003", cit.

miembros, en las circunstancias particulares contempladas en el precepto (referidas a casos excepcionales), a examinar una solicitud desde el punto de vista de este criterio, sin que ello atente contra la garantía de ningún derecho fundamental sostenido por la UE.

Señala, además, que la inexistencia de una definición de *integración* no debe interpretarse como una autorización conferida a los Estados miembros para utilizar este concepto de forma contraria a los Principios Generales de Derecho comunitario y, más concretamente, de los derechos fundamentales. En efecto, los Estados miembros que quieran utilizar esta excepción no podrán utilizar un concepto indeterminado de integración, sino que deberán aplicar el criterio de integración previsto por su legislación<sup>805</sup>, existente en la fecha de aplicación de la Directiva<sup>806</sup>.

*c) La protección del "interés del menor".*

El Parlamento critica la ausencia de un límite a la restricción establecida en el art. 4.1 de la Directiva, basado en la ponderación de los

---

<sup>805</sup> La exigencia de este requisito de integración resulta bastante cuestionable, por una parte se basa únicamente en una aparente dificultad de integración y por otra, se trata de una disposición excesivamente abierta, teniendo en cuenta de que se trata de un límite a un derecho fundamental de un menor, que puede dar lugar a interpretaciones demasiado estrictas por parte de los Estados miembros según les convenga a pesar del voto de confianza que el Tribunal les da en su sentencia. Una integración, que resulta bastante incongruente ya que es precisamente la propia reagrupación en sí lo que constituye un factor de integración y no a la inversa, tal y como sostiene el Parlamento, integración que además se podía haber alcanzado, si este era el objetivo perseguido por el legislador comunitario, con otro tipo de medidas más respetuosas con el derecho a la vida familiar como pueden ser la aplicación de medidas educativas adicionales una vez concedida la reagrupación familiar para facilitar la adaptación del menor a su nuevo entorno social. A. Álvarez Rodríguez; "Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario ( A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar)", cit p.12. y M<sup>a</sup>.M. Velázquez Sánchez; "¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración?, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003", cit.

<sup>806</sup> Ver apartados 69 y 70 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>.

intereses individuales y colectivos en conflicto, en particular el “interés superior del menor”, reconocido en diversos tratados internacionales<sup>807</sup>.

El Consejo, la Comisión, el Estado Alemán y el Abogado General hacen hincapié en que la Directiva no prejuzga el resultado de la ponderación de los intereses individuales y colectivos en liza y recuerda que los artículos 17 y 5.5 de la Directiva obligan a los Estados miembros a tener en cuenta los intereses protegidos por el CEDH y la Convención de los Derechos del Niño<sup>808</sup>.

El Tribunal de Justicia resuelve que el legislador comunitario ha prestado suficiente atención al interés del menor. El tenor literal del art.4.1 de la Directiva muestra con claridad que el interés del menor ha sido objeto de consideración primordial. De ahí que resulte inconsistente afirmar que su párrafo no tenga suficientemente en cuenta dicho interés o que autorice a los Estados miembros (a los que optan por aplicar un criterio de integración), a no tenerlo en cuenta. Por otra parte, el propio art.5.5 de la Directiva obliga a los Estado miembros a tener debidamente en cuenta, en esta materia, el “interés superior del menor”<sup>809</sup>. En definitiva, lo que se pretende es que el menor entre en el Estado antes de los 12 años para favorecer así su mejor integración, educación y desarrollo.

---

<sup>807</sup> M<sup>a</sup>.M. Velázquez Sánchez; “La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración?”, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003”, cit.

<sup>808</sup> Ver apartados 50 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>.

<sup>809</sup> Ver apartados 73 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>.



*d) Las posibles interpretaciones de la cláusula "standstill".*

El Parlamento sostiene que la *cláusula de conservación* presente en este artículo es menos estricta que las cláusulas *standstill* habituales, puesto que basta con que la ley nacional esté vigente en la fecha de aplicación de la Directiva<sup>810</sup>. Esto supone que el margen permitido a los Estados para mantener sus propios criterios de integración contradice el propio fin de la Directiva, a saber, el establecimiento de criterios comunes para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar<sup>811</sup>.

El Consejo, la Comisión y el Estado Alemán sostienen que está cláusula no afecta a la legalidad de esta disposición, ya que su referencia a la "*fecha de aplicación*" de la Directiva constituye una opción política legítima del legislador comunitario, que obedece a la realidad de diversos Estados implicados en la aprobación de normas nacionales al respecto, por lo que era preferible optar por el criterio finalmente aplicado y no esperar a que concluyera dicho proceso antes de adoptar la Directiva<sup>812</sup>.

El Tribunal de Justicia, tras afirmar que el Parlamento no ha demostrado que esta cláusula sea contraria a una norma jurídica de rango superior, considera irrelevante que una legislación nacional establezca un criterio de integración en la fecha de aplicación de la Directiva, y no en la fecha de su entrada en vigor o de su adopción<sup>813</sup>.

---

<sup>810</sup> Respecto a las posibles interpretaciones de esta cláusula nos remitimos a lo expuesto anteriormente.

<sup>811</sup> Ver apartados 45 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

<sup>812</sup> Ver apartados 51 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

<sup>813</sup> A este respecto hubiera sido preferible, tal y como ya se ha señalado y como intentó introducir el Parlamento en una enmienda, el establecimiento de una disposición de alcance general en la Directiva en la que se estableciera más claramente que los Estados miembros no podrían utilizar el contenido de la Directiva para disminuir el nivel de protección de los inmigrantes garantizado en dichos Estados en el momento en que ésta entrara en vigor. P. Boelles; " Propuesta de Directiva sobre

**e) La justificación del criterio de los doce años.**

El Parlamento considera que elegir la edad de 12 años como criterio para decidir la reagrupación constituye una discriminación basada en la edad del menor, que no está objetivamente justificada y es contraria a lo establecido en el art. 14 del CEDH<sup>814</sup>.

Para el Consejo, la Comisión y el Estado Alemán, la elección de la edad de 12 años no es en absoluto arbitraria, sino que se basa en el hecho contrastado de que, antes de esta edad, los menores estarían en una fase de su desarrollo más proclive y favorable para su integración en la sociedad de acogida<sup>815</sup>. El Abogado General, tras afirmar que la Directiva debe ser aplicada por los Estados miembros sin ningún tipo de discriminación por razón de edad, considera que no toda distinción por razón de edad supone una discriminación prohibida, sino que un límite en atención a la edad del individuo también puede ser conforme a Derecho.

En el presente caso, el límite de los doce años constituiría una distinción justificada, ya que obedecería al interés legítimo de los Estados miembros de integrar a los inmigrantes de la mejor manera posible. Por su parte, las familias siempre podrán evitar esta restricción haciendo

---

reagrupación familiar y otras propuestas en el campo de la ley de inmigración", cit. pp.4-5. Este autor pone de relieve que el Parlamento Europeo intentó introducir una enmienda en este sentido, pero ésta fue rechazada por la Comisión por considerarla incompatible con el objetivo de aproximación de las legislaciones nacionales, justificación que resulta difícil de entender, puesto que tal mecanismo de la cláusula standstill ya ha sido utilizado como instrumento de armonización en otras ocasiones a nivel comunitario.

<sup>814</sup> Ver apartados 44 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

<sup>815</sup> Ver apartados 47 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

entrar al hijo a una edad más temprana, o acompañado de uno de los progenitores u otro hermano<sup>816</sup>.

El Tribunal de Justicia acoge también estos argumentos y resuelve que la elección de la edad de 12 años como criterio de reagrupación respeta el principio de no discriminación por razón de la edad<sup>817</sup>, puesto que corresponde a una etapa de la vida del menor en la que éste ya ha vivido durante un periodo relativamente largo en un país tercero sin los miembros de su familia, de tal manera que su integración en otro ambiente puede conllevar dificultades<sup>818</sup>.

*f) La violación del principio de igualdad en el ámbito familiar.*

El Parlamento Europeo sostiene que la restricción establecida respecto de los hijos mayores de 12 años, es contradictoria y discriminatoria puesto que no se prevé ninguna limitación similar (someterle a criterios de integración) cuando se trata del cónyuge del reagrupante<sup>819</sup>.

---

<sup>816</sup> M<sup>a</sup>.M. Velázquez Sánchez; "¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración?, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003", cit.

<sup>817</sup> Ver apartados 74 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

<sup>818</sup> Esta posición resulta bastante contradictoria si se tiene en cuenta que la Convención de Derechos del Niño recoge el interés inherente al menor de que éste se desarrolle en el seno familiar. Parece que el Tribunal considera que en los casos de estos menores extranjeros mayores de doce años sea más beneficioso que a esta edad, la adolescencia, tremendamente crítica, continúen su vida alejados de sus padres que son en último extremo los principales responsables de su desarrollo y educación. Por lo que se podría pensar que en realidad no se establece tanto una discriminación por razón de edad sino de nacionalidad que tiene su fundamento en el creciente termo a que inmigrantes adolescentes incrementen la delincuencia juvenil en nuestros países comunitarios. E. García Coso, " Los progresos en el diseño de una regulación europea común en materia de inmigración extracomunitaria", Cap. II en la obra colectiva *Regulación legal de la extranjería e inmigración en España*, edit. J.M Ruiz de Huidobro De Carlos, Publicaciones de la Universidad de Comillas, Madrid 2006, p. 68.

<sup>819</sup> Ver apartados 43 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia:

El Consejo, la Comisión y el Estado alemán, por el contrario, sí consideran justificado aplicar un criterio de integración a los hijos mayores de 12 años (que vengan solos) y no al cónyuge del reagrupante puesto que, por regla general, los hijos pasarán en el Estado miembro de acogida una parte de su vida mayor que sus padres<sup>820</sup>.

El TJCE sostiene que el hecho de no tratar de la misma forma al cónyuge que al menor de más de 12 años respecto del criterio de integración no puede considerarse una discriminación injustificada con respecto al menor. En efecto, el objetivo de un matrimonio es constituir una comunidad de vida duradera entre los cónyuges, mientras que un hijo mayor 12 años no permanecerá necesariamente mucho tiempo con sus padres. Así pues, cabe que el legislador comunitario tenga en cuenta estas situaciones diferentes sin vulnerar el principio de no discriminación cuando adopta normas diferentes para cada uno de ellos<sup>821</sup>.

El TJCE, tal y como hemos visto, en el análisis de cada uno de estos apartados concluye que no cabe considerar que el art. 4.1, último párrafo, menoscabe el derecho fundamental del respeto de la vida familiar, la obligación de tener en cuenta el interés mejor del menor o el principio de no discriminación por razón de edad, ni como tal, ni en la medida en que autoriza expresa o tácitamente a los Estados miembros a actuar de esa forma<sup>822</sup>. Ya que en efecto, en el contexto de una Directiva

---

<http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

<sup>820</sup> Ver apartados 49 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

<sup>821</sup> Esta diferenciación entre los miembros de la familia y el argumento que el TJCE utiliza para su justificación resulta bastante absurda si tenemos en cuenta por un lado, el elevado índice de fracaso que presenta en la sociedad actual la convivencia matrimonial y extramatrimonial y por otro, la dilatación en el tiempo de la permanencia de los hijos en el hogar familiar.

<sup>822</sup> Ver apartados 76 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

que impone a los Estados miembros unas obligaciones positivas precisas, mantiene a favor de estos Estados un margen de apreciación limitado que no difiere del que les reconoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia relativa a este derecho para ponderar, en las circunstancias de cada caso, los intereses en conflicto.

Por otra parte considera que, como establece el artículo 5.5 de la Directiva, al llevar a cabo esta ponderación, los Estados miembros deben velar por que se tenga debidamente en cuenta el interés mejor del menor. Junto a este precepto también estima que es conveniente tener en cuenta el art. 17 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a tener debidamente en cuenta la naturaleza y la solidez de los vínculos familiares de la persona y la duración de su residencia en el Estado miembro, así como la existencia de lazos familiares, culturales o sociales con su país de origen. Estos mismos criterios afirma son los que utiliza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para comprobar que un Estado que deniega una solicitud de reagrupación ha hecho una correcta valoración de los intereses existentes.

En conclusión, el Tribunal de Justicia considera que el art. 4.1, último párrafo, respeta el ordenamiento comunitario y no debe interpretarse como una autorización para los Estados miembros, expresa o tácita, para que adopten disposiciones de aplicación que serían contrarias al derecho al respeto de la vida familiar<sup>823</sup>.

#### **4.2- La restricción para los hijos mayores de 15 años (art.4.6).**

El art. 4.6 de la Directiva establece lo siguiente: *Excepcionalmente, los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva. Si las solicitudes se presentaren*

---

<sup>823</sup> Sentencias *Ahmut contra Holanda*, cit y *Gül contra Suiza*, cit.

*después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción autorizarán la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación familiar.*

El Parlamento Europeo plantea al TJCE seis objeciones a la legalidad de este precepto, sustancialmente coincidentes con las planteadas con ocasión del art. 4.1 que acabamos de referir, y que son<sup>824</sup>:

- a) la vulneración del derecho al respeto a la vida familiar,
- b) la tutela del “interés del menor”,
- c) la violación del principio de no discriminación por razón de la edad,
- d) la arbitrariedad en la elección de la edad de quince años,
- e) la indeterminación de la expresión “motivos distintos”,
- f) el carácter excepcional del precepto y la cláusula *standstill*.

*a) La vulneración del derecho al respeto a la vida familiar.*

El Parlamento Europeo considera que lo establecido en este precepto también constituye una violación del derecho al respeto de la vida familiar. El Consejo y la Comisión consideran que este precepto puede ser aplicado a nivel nacional de manera compatible con los derechos fundamentales y, en particular, de forma proporcionada al objetivo perseguido, incitar a las familias inmigrantes a hacer venir a sus hijos menores en la edad más temprana posible, con objeto de facilitar su integración. Objetivo totalmente legítimo, ya que forma parte de la política de integración y está además amparado en el artículo 8.2 del CEDH<sup>825</sup>. Aunque el Abogado General coincide con esta postura, considera que

---

<sup>824</sup> Ver apartados 77 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

<sup>825</sup> Ver apartados 77 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

incluir el precepto en el texto definitivo sin previa consulta al Parlamento Europeo, constituye una vulneración formal en el procedimiento legislativo<sup>826</sup>.

El TJCE resuelve en el mismo sentido que lo hizo con relación al criterio de los 12 años, estimando que el precepto no viola el derecho al respeto de la vida familiar, puesto que este artículo faculta a los Estados miembros a reservar la aplicación de los requisitos de la reagrupación familiar previstos por la Directiva a las solicitudes presentadas antes de que los hijos alcancen la edad de 15 años. Pero esta facultad no debe interpretarse en el sentido de que la misma prohíba a los Estados miembros tener en cuenta una solicitud relativa a un hijo mayor de 15 años o les autorice a no hacerlo.

*b) La tutela del "interés del menor".*

También considera el TJCE que el interés del menor queda garantizado<sup>827</sup>, ya que este precepto debe ser interpretado a la luz de los principios que figuran en los arts. 5.5 y 17 de la Directiva, que obligan a los Estados miembros a tener debidamente en cuenta el interés mejor del menor y un conjunto de elementos entre los que figuran los vínculos familiares de la persona<sup>828</sup>.

---

<sup>826</sup> M<sup>a</sup>.M. Velázquez Sánchez; "¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración?, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003", cit.

<sup>827</sup> Ver apartados 85 y 87 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

<sup>828</sup> Tal y como se ha puesto de manifiesto en el análisis del anterior precepto, esta restricción resulta poco compatible con las normas internacionales relativas a la protección del menor tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina. A. Álvarez Rodríguez, "La transposición de Directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración", *Migraciones*, num. 8, marzo 2006, pp. 17. en <http://iustel.com> y E. García Coso, " Los progresos en el diseño de una regulación europea común en materia de inmigración extracomunitaria", cit. p. 68.

**c) La violación del principio de no discriminación por razón de la edad.**

El Parlamento Europeo también en este caso sostiene que este límite, basado en la edad del sujeto, resulta injustificado objetivamente y arbitrario.

El Consejo mantiene que la restricción pretende incitar a las familias a hacer venir a sus hijos menores a la edad más temprana posible, con objeto de facilitar su integración, justificación que rebate el Parlamento Europeo alegando que para conseguir el objetivo de la integración, como antes se ha señalado, es posible la aplicación de medidas menos radicales que una discriminación por razón de la edad<sup>829</sup>. La Comisión por su parte, considera que no existe discriminación alguna por razón de edad desde el momento en que nada impide a las familias presentar antes su solicitud de reagrupación familiar con el fin de evitar la aplicación de esta restricción<sup>830</sup>. El Abogado General, defiende su legalidad ya que, por una parte, al tratarse de un límite de edad no relativizado por criterios adicionales, se aplica por igual a todas las familias y, por otra, está justificado por un motivo objetivo: el interés del Estado de acogida en la integración de los menores inmigrantes que llegan a su territorio.

El TJCE, en el mismo sentido que ya se había pronunciado, considera que la disposición respeta el principio de no discriminación por razón de edad.

---

<sup>829</sup> Ver apartados 79 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

<sup>830</sup> Una libertad de decisión que no existe para muchas familias inmigrantes tanto por su situación económica en el país de acogida como por los requisitos que es necesario cumplir, y que establece la propia Directiva, para poder obtener la reagrupación familiar.



*d) La justificación de la elección de la edad de quince años.*

El Parlamento Europeo, al igual que en el apartado anterior, considera que la elección del límite de quince años, resulta arbitrario.

El Consejo y la Comisión, por el contrario, estiman que este límite es razonable y obedece, por una parte, al nexo existente entre el artículo 4.6, de la Directiva y el período de espera de tres años que figura en el artículo 8 de la misma; y, por otra parte, su elección persigue englobar el mayor número de casos y no impedir la escolarización del menor en el Estado de acogida. Se trata, en efecto, de no expedir permisos de residencia a personas que, entre tanto, hayan alcanzado la mayoría de edad<sup>831</sup>. El Abogado General justifica la edad de quince años en que la Directiva permite que la tramitación del expediente dure nueve meses, prorrogables en casos excepcionales, lo que puede ocasionar que, cuando se autorice la entrada, éste haya alcanzado la mayoría de edad y que, aún en el caso de que se autorizara su entrada inmediatamente después de la solicitud, éstos sólo serían menores durante un máximo de tres años, por lo que residirían poco tiempo en el domicilio de sus padres, pudiendo adquirir de esa manera un derecho de residencia sin tener que cumplir los requisitos que se exigen a los adultos<sup>832</sup>.

El TJCE, siguiendo estas consideraciones<sup>833</sup>, mantiene que la edad de quince años establecida en este precepto no menoscaba el principio de no discriminación por razón de edad<sup>834</sup>.

---

<sup>831</sup> Ver apartados 81 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

<sup>832</sup> Una vez más esta argumentación contrasta con la realidad social de la juventud europea y en especial la española que alarga hasta casi la treintena su emancipación. M<sup>a</sup>.M. Velázquez Sánchez; "¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración?, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003", cit.

<sup>833</sup> Ver apartados 89 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia:

**e) La indeterminación de la expresión “motivos distintos”.**

La segunda parte del art. 4.6 de la Directiva obliga a los Estados miembros, que decidan aplicar esta restricción, a examinar las solicitudes presentadas respecto de los hijos menores, pero mayores de 15 años, atendiendo a “*motivos distintos*” de la reagrupación familiar. El Parlamento Europeo considera que al no definirse el significado de “*motivos distintos*”, se deja un margen discrecional muy grande a las autoridades nacionales lo que constituye una fuente de incertidumbre jurídica<sup>835</sup>.

El Consejo considera que la fórmula “*motivos distintos*” es amplia pero no debe ser criticada como fuente de incertidumbre jurídica, ya que tiene como fin favorecer una decisión positiva en la mayor parte de las solicitudes. La Comisión, por su parte, considera que esta disposición obliga a los Estados miembros a examinar cualquier otro fundamento jurídico posible de una solicitud de admisión del menor en su territorio y a conceder tal admisión si se cumplen los requisitos jurídicos. El Abogado General sostiene que en el término “*motivos distintos*” deben tener cabida las razones humanitarias, de tal forma que este inciso debe interpretarse en el sentido de que obliga a los Estados miembros a

---

<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

<sup>834</sup> Este límite, con independencia de su posible justificación, pueda dar lugar a resultados injustos. Ya que quienes ejercitan su derecho a la reagrupación familiar se pueden ver penalizados como consecuencia de la incompetencia administrativa que hace que la concesión de este tipo de permisos se demore excesivamente en el tiempo. R. González López, “Régimen jurídico de la reagrupación familiar en la Ley de Extranjería (tras la entrada en vigor del Real Decreto 864/2001 que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por LO 8/2000)”, *Revista Xurídica Galega*, p. 46-60, pone de relieve que es necesario reparar toda lesión de derechos producida por un deficiente funcionamiento del sistema que haya provocado la denegación indebida o el perjuicio de la expectativa de derechos, como ocurre en el caso de los hijos que han alcanzado la mayoría de edad a la espera de la resolución relativa a la reagrupación familia.

<sup>835</sup> Ver apartados 77 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

permitir la entrada de los hijos mayores de 15 años cuando la normativa en materia de derechos humanos exija la reagrupación familiar.

La resolución del TJCE a este respecto considera que la alusión a “motivos distintos” no puede ser interpretada como prohibición de la entrada y residencia de un hijo mayor de 15 años para reunirse con sus padres. Sino que debe ser interpretada a la luz de los principios que figuran en los arts. 5.5 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a tener debidamente en cuenta el “interés superior del menor”, y el art. 17, que les obliga a tener en cuenta un conjunto de elementos, entre los que figuran los vínculos familiares de la persona<sup>836</sup>. De lo que se desprende que, aunque el art. 4.6 de la Directiva, tenga por efecto posibilitar que un Estado miembro pueda negarse a que las solicitudes presentadas por hijos menores que ya hayan cumplido los 15 años se sometan a los requisitos generales del art. 4.1 de la Directiva, el Estado miembro sigue obligado a examinar la solicitud en interés del menor y procurando favorecer la vida familiar<sup>837</sup>.

*f) El carácter excepcional de la disposición y la cláusula “standstill”.*

Al igual que con el anterior precepto, dado el carácter restrictivo de esta disposición, deberá ser aplicada con carácter excepcional<sup>838</sup>. No

---

<sup>836</sup> Ver apartados 86 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

<sup>837</sup> Aunque con esta interpretación del TJCE se restringe la interpretación de la cláusula “motivos distintos”, surge la duda de cómo será utilizado este margen de maniobra que concede este precepto de la Directiva a los Estados miembros en su transposición. También no hay que olvidar que la reagrupación familiar en la mayoría de legislaciones europeas se establece, tal y como indica la propia Directiva, como un cauce privilegiado de entrada y autorización de residencia de los nacionales de terceros países, por lo que habrá que estar muy atentos a que otros cauces se podría reconducir este supuesto, teniendo en cuenta el carácter restrictivo y tasado de la mayoría de las normas que regulan esta materia. M<sup>a</sup>.M. Velázquez Sánchez; “¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración?, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003”, cit.

<sup>838</sup> A. Álvarez Rodríguez, “ La transposición de Directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración”,

obstante, se puede considerar que la falta de concreción en cuanto a los “motivos distintos” que pueden fundamentar la entrada y residencia para el caso de estos menores crea, tal y como indica el Parlamento Europeo, incertidumbre jurídica, permitiendo que los Estados miembros denieguen la reagrupación familiar de estos menores que deberían ser objeto de una especial protección tal y como se reconoce en la normativa internacional<sup>839</sup>.

Al igual que lo hizo con el artículo 4.1, para el TJCE, la cláusula *standstill* no infringe ninguna norma jurídica de rango superior, aunque se hecha en falta una disposición menos ambigua en virtud de la cual quede claro que los Estados miembros no podrán utilizarla para disminuir el nivel de protección de los menores exigible en el momento en que esta normativa entre en vigor<sup>840</sup>.

De todas estas consideraciones el TJCE concluye que por lo tanto no cabe considerar que el artículo 4, apartado 6, de la Directiva menoscabe el derecho fundamental al respeto de la vida familiar, la obligación de tener en cuenta el interés mejor del menor o el principio de no discriminación por razón de la edad, ni como tal, ni por autorizar expresa o tácitamente a los Estados miembros a obrar en ese sentido<sup>841</sup>.

---

cit. pp. 17. y también en “Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho comunitario. (A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar)”, cit.

<sup>839</sup> M<sup>a</sup>.M. Velázquez Sánchez; “¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración?, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003”, cit.

<sup>840</sup> El art. 3.5 de la Directiva permite que los Estados miembros conserven aquellas disposiciones de sus respectivos ordenamientos que sean más favorables que las disposiciones de la Directiva, pero se trata de una mera posibilidad, no de un mandato. M<sup>a</sup>.M Velázquez Sánchez; “La reagrupación familiar en la Unión Europea: comentario a la Directiva 2003/86/CE”, cit.

<sup>841</sup> Ver apartados 90 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

#### **4.3. Respecto a los requisitos para solicitar la reagrupación (art. 8).**

El último precepto objeto de discusión en el recurso es el art. 8 de la Directiva, que establece lo siguiente: *“Los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un período de tiempo, que no podrá superar los dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él. Excepcionalmente, cuando en materia de reagrupación familiar la legislación existente en un Estado miembro en la fecha de adopción de la presente Directiva tenga en cuenta su capacidad de acogida, este Estado miembro podrá establecer un período de espera de tres años como máximo entre la presentación de la solicitud de reagrupación familiar y la expedición de un permiso de residencia a los miembros de la familia”.*

Con carácter general, el art. 3.1 de la Directiva establece que el extranjero, para poder ejercer el derecho a la reagrupación familiar, debe tener un permiso de residencia en un Estado miembro de, al menos, un año; así como expectativas de poder obtener un permiso de residencia permanente. El art. 8 permite que, en determinados casos, los Estados puedan establecer mayores restricciones a este periodo de espera. En el primer párrafo permite que ese periodo previo llegue hasta los dos años y en el segundo párrafo permite que los Estados miembros que hayan establecido criterios relativos a su capacidad de acogida, se reserven el derecho a establecer un período de espera hasta de tres años<sup>842</sup>. Por lo tanto, el criterio general de un año de residencia, establecido en el art. 3, se puede ver dilatado hasta los tres años en virtud de este artículo 8.

---

<sup>842</sup> Este autor pone de relieve que hubiese sido más aceptable que tal exigencia se hubiera referido a todo el territorio de la Unión Europea y no sólo al Estado miembro en el que se halla residiendo el reagrupante cuando solicita la reagrupación. M. P. Canedo, “ La propuesta de la Directiva Comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el Derecho Internacional Privado”, cit. pp. 132-133.

El Parlamento Europeo plantea ante el TJCE tres objeciones a la legalidad del precepto:

- a) la vulneración del derecho al respeto a la vida familiar,
- b) el criterio “capacidad de acogida” y el equilibrio de los intereses en conflicto,
- c) la violación del principio de igualdad.

*a) La vulneración del derecho al respeto a la vida familiar*

El Parlamento considera que los periodos de dos y tres años constituyen una limitación desproporcionada del derecho de reagrupación familiar<sup>843</sup>.

El Consejo, por el contrario, manifiesta que el artículo no obliga a establecer periodos de espera y que los periodos de espera no equivalen a una negativa a la reagrupación familiar. Además, alega que el periodo de espera es un elemento clásico de la política de inmigración que existe en la mayor parte de los Estados miembros, sin que haya sido declarado ilegal por los tribunales competentes. Y opina que este periodo de espera persigue un fin legítimo, en concreto: la integración eficaz de los miembros de la familia en la sociedad de acogida, para garantizar que la reagrupación familiar sólo se produzca después de que el reagrupante haya encontrado una base sólida, tanto desde el punto de vista económico como familiar, para poder instalar en él a su familia<sup>844</sup>.

Para la Comisión, el periodo de espera establecido en este artículo 8 tiene carácter de norma de procedimiento administrativo, que no produce el efecto de excluir el derecho a la reagrupación. La norma persigue un

---

<sup>843</sup> Ver apartados 91 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

<sup>844</sup> Ver apartados 93 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

fin legítimo y es proporcionada. La extensión del período de residencia es un factor que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene en cuenta al ponderar los intereses, al igual que la capacidad de acogida del país. En cualquier caso, la legislación nacional debe admitir la posibilidad de presentar una solicitud de reagrupación familiar basada directamente en el artículo 8 del CEDH antes de que expire el período de espera, como ha reconocido el Verfassungsgerichtshof austriaco<sup>845</sup>.

El Abogado General en sus conclusiones considera que el artículo 8 de la Directiva es, como poco, confuso. Este carácter aumenta el riesgo de violaciones de los derechos humanos. Tales violaciones no sólo serían imputables al legislador nacional que adapta el Derecho interno a la Directiva, sino también al legislador comunitario. Por tanto, los imperativos derivados de una protección efectiva de los derechos humanos y de la claridad jurídica califican al artículo 8 de la Directiva como incompatible con el Derecho comunitario.

Pese a estas consideraciones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que el art. 8 de la Directiva sí es conforme al Derecho comunitario. En su resolución<sup>846</sup> estima que el precepto no tiene como efecto impedir la reagrupación familiar, sino mantener, a favor de los Estados miembros, un margen de apreciación limitado, permitiéndoles asegurarse de que la reagrupación familiar tendrá lugar en buenas condiciones, una vez que el reagrupante haya residido en el Estado de acogida durante un periodo suficientemente prolongado para presumir una instalación estable y un cierto grado de integración. La facultad de

---

<sup>845</sup> Ver apartados 96 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

<sup>846</sup> Ver apartados 97 y 98 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

posponer la reagrupación familiar durante dos años, o en algunos casos, hasta tres, no menoscaba en su opinión el derecho al respeto de la vida familiar que se reconoce claramente en el art. 8 CEDH, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>847</sup>.

b) *El criterio "capacidad de acogida" y el equilibrio de los intereses en conflicto.*

El Parlamento considera que la excepción basada en la *capacidad de acogida* del Estado (art. 8.2), equivale a un régimen de cuotas que resulta incompatible no sólo con la protección de los derechos humanos, sino también con la normativa constitucional de algunos Estados miembros<sup>848</sup>.

El Consejo y la Comisión consideran que se trata de un criterio válido. Para el Consejo únicamente sirve para identificar a los Estados miembros que pueden alargar el período de espera a tres años<sup>849</sup> y para la Comisión se trata de un criterio ponderable por los distintos Estados miembros a la hora de determinar la concesión de la reagrupación familiar.

El TJCE recuerda al respecto que el criterio de la *capacidad de acogida* del Estado, puede ser tenido en cuenta al examinar una solicitud, pero no puede ser interpretado en el sentido de autorizar un sistema de cuotas o un plazo de espera de tres años, impuesto sin tomar

---

<sup>847</sup> Al igual que la doctrina, no se puede más que reflejar una duda respecto a si este incremento del periodo de espera para poder ejercer el derecho de reagrupación familiar facilitará realmente la integración del inmigrante o por el contrario supondrá un obstáculo a tal integración al privar durante más tiempo al regarupante de su entorno familiar. A. Olesti, "La regulación de la inmigración en Europea: Unión Europea", en *La regulación de la inmigración en Europea*, coor. E. Aja y L. Díez Colección de Estudios Sociales nº 17, Barcelona, 2005, ([www.estudios.lacaixa.es](http://www.estudios.lacaixa.es)), pp. 293-298.

<sup>848</sup> Como es el caso de la República Austriaca tal y como se desprende de la sentencia de 8 de octubre de 2003 del Tribunal Constitucional Austriaco (Asunto G199, 120/03-13) citada por el Parlamento Europeo.

<sup>849</sup> Ver apartados 95 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurispgibin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>



en consideración las circunstancias particulares de cada caso. El análisis de los elementos del art. 17 de la Directiva no permite, por otra parte, tener únicamente en cuenta este criterio, sino que obliga a realizar un examen real de la capacidad de acogida en la fecha de la solicitud<sup>850</sup>.

*c) La violación del principio de igualdad.*

El Parlamento Europeo alega que con esta excepción se corre el riesgo de tratar de manera diferente casos similares, dependiendo de que en el Estado miembro de que se trate, exista o no una normativa que tenga en cuenta su *capacidad de acogida*<sup>851</sup>.

El Consejo, sin embargo, señala que la diferencia de trato entre los Estados miembros no es sino la consecuencia del proceso de aproximación progresiva de las legislaciones, e indica que precisamente el artículo 8 de la Directiva supone una considerable aproximación de esas legislaciones, habida cuenta del carácter estricto de la cláusula de salvaguardia que contiene<sup>852</sup>. El Abogado General recuerda al respecto que la Unión Europea no está obligada a armonizar completamente el derecho de reagrupación familiar, sino que, por el contrario, debe dejar a los Estados cierto margen de maniobra y que ésta tiene como consecuencia lógica que las normativas de los distintos Estados miembros no sean idénticas.

---

<sup>850</sup> Ver apartados 100 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

<sup>851</sup> Ver apartados 91 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

<sup>852</sup> Ver apartados 94 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

El TJCE<sup>853</sup> recuerda que la coexistencia de situaciones diferentes (imponer un plazo de espera de dos o tres años, en el caso de que exista una legislación a fecha de adopción de la Directiva que prevea su capacidad de acogida), manifiesta la dificultad de aproximar las legislaciones en un ámbito que, hasta ahora, era competencia exclusiva de los Estados miembros. Por ello, como reconoce el propio Parlamento, la Directiva en su conjunto es un instrumento importante para la aplicación armonizada del derecho a la reagrupación familiar. Así pues, el Tribunal considera que el legislador comunitario no ha sobrepasado los límites que imponen los derechos fundamentales al permitir que los Estados miembros, que tenían o deseaban adoptar una legislación específica, puedan modular ciertos aspectos del derecho a la reagrupación<sup>854</sup>.

Tras estas consideraciones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que el art. 8 de la Directiva no menoscaba el derecho fundamental al respeto de la vida familiar ni la obligación de tener en cuenta el *interés superior del menor*, ni como tal, ni por autorizar expresa o tácitamente a los Estados miembros a actuar de esta forma<sup>855</sup>.

---

<sup>853</sup> Ver apartados 102 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

<sup>854</sup> Aunque las observaciones del Tribunal sean ciertas para justificar las diferencias existentes en esta materia entre los diversos Estados miembros, el legislador comunitario debería haber sido más precavido en la autorización de esta diversidad de plazos ya que estos pueden ser un factor determinante del aumento de flujos migratorios hacia aquellos Estados miembros que cuentan con unos plazos más reducidos, penalizando de esta forma a aquellos Estados que cuentan con una legislación más favorable. M<sup>a</sup>.M Velázquez Sánchez; "¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración?, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003", cit.

<sup>855</sup> Ver apartados 104 de la sentencia referencia C-540/03 se puede consultar en la página oficial del Tribunal de Justicia: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-540/03>

## **5. CONCLUSIÓN Y VALORACIÓN CRÍTICA DE LA SENTENCIA.**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras estas consideraciones, concluye que no habiendo fundamento para el recurso no procede examinar si las disposiciones impugnadas pueden separarse del resto de la Directiva, por lo que procede a desestimarlo y a condenar en costas al Parlamento Europeo.

Esta sentencia, al igual que la Directiva, supone una oportunidad perdida para delimitar con precisión el alcance del derecho a la reagrupación familiar que, como hemos visto, se reconoce por vez primera en el ámbito comunitario europeo para los nacionales de terceros países.

El TJCE parece mostrarse comprensivo y decide salvar el texto frente a las dificultades que plantearía una eventual anulación de la Directiva a la vista de las enormes dificultades que conllevó la consecución del consenso para su aprobación. Para ello, el TJCE realiza una lectura bastante positiva y optimista de las restricciones establecidas al derecho y los márgenes de discrecionalidad concedidos a los Estados, depositando un alto grado de confianza en la capacidad de los legisladores y las administraciones nacionales responsables de su transposición y aplicación, para establecer un adecuado equilibrio entre los intereses colectivos e individuales<sup>856</sup>.

El TJCE sostiene que es posible realizar una lectura de las disposiciones impugnadas conforme con el respeto de los derechos fundamentales, evitando que constituyan infracciones de la normativa internacional protectora de Derechos humanos. Para ello, los Estados miembros que decidan aplicar el régimen más restrictivo previsto en esas disposiciones, estarán obligados a preservar totalmente los derechos que

---

<sup>856</sup> J.M. Cortés; "STJCE- Parlamento Europeo c. Consejo- C-540/03-Reagrupación familiar", Revista de Derecho Comunitario Europeo, cit., p.228.

esta normativa reconoce a las personas interesadas, permitiendo la entrada y residencia de los sujetos en cuestión cuando, en supuestos particulares, el resultado de la ponderación arroje un balance positivo al otorgamiento de este derecho<sup>857</sup>. Así pues, el TJCE transfiere la cuestión del control, de la conformidad con los derechos fundamentales, al nivel nacional. Esto puede plantear un problema de seguridad jurídica, a pesar de la reserva que este realiza de la cuestión prejudicial como red de seguridad para pronunciarse a posteriori sobre los desarrollos normativos que se produzcan en la transposición de la Directiva y su aplicación a casos concretos<sup>858</sup>.

A pesar de las limitaciones de esta sentencia, hay que resaltar el reconocimiento que en ella se realiza (aunque sea de manera colateral) del respeto a la vida familiar como un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico comunitario<sup>859</sup>. El TJCE se apoya en varias disposiciones de la *Carta de Derechos Fundamentales* para sustentar su argumentación<sup>860</sup> y para delimitar posteriormente la naturaleza jurídica de este derecho fundamental.

El Tribunal aclara el distinto alcance que posee este derecho en la normativa internacional protectora de los Derechos humanos y en la Directiva comunitaria. Mientras en el CEDH y en la *Convención sobre los Derechos del Niño* no se confiere a los miembros de una familia un derecho subjetivo a ser admitidos en el territorio de un Estado, sino todo lo más una serie de garantías y factores que los Estados Partes deben ponderar al examinar las solicitudes de reagrupamiento familiar, la *Directiva Europea* sí impone a los Estados miembros una serie de obligaciones positivas precisas, que se corresponden con derechos subjetivos claramente definidos, puesto que en determinados supuestos

---

<sup>857</sup> *Ibid.*; p.230.

<sup>858</sup> *Ibid.*, p.231

<sup>859</sup> *Ibid.*, p.227

<sup>860</sup> *Ibidem.*

les obliga a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia, sin que puedan ejercer su facultad discrecional<sup>861</sup>.

Aunque se trate de un reconocimiento parcial y con limitaciones, considerar la reagrupación familiar como derecho fundamental supone un avance decisivo en su protección y ejercicio. No obstante, todavía queda pendiente en el nivel comunitario que la protección y defensa de los derechos fundamentales se convierta en una cuestión prioritaria y no de segundo orden, subordinada a razones económicas, políticas o sociales<sup>862</sup>.

## **6. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO.**

La jurisprudencia del TJCE ha justificado un tratamiento diverso en esta materia entre el ciudadano comunitario que ejercía su derecho a la reagrupación familiar en relación con su derecho a libre circulación y los nacionales de terceros países. Distinguiendo, dentro de este segundo grupo, a los extranjeros extracomunitarios con un régimen específico en virtud de un acuerdo bilateral de cooperación con la UE<sup>863</sup>. Al igual que el TEDH, la jurisprudencia del TJCE reconoce en el ejercicio de este derecho en una doble faceta: por una parte, en sentido estricto, como la reunión con sus familiares del reagrupante extranjero, comunitario o no, en un Estado miembro del que este no es nacional; y, por otra, como un posible límite frente a posibles expulsiones.

Con carácter general, hasta la aprobación de la Directiva 2003/86/CE, el TJCE solo reconocía la existencia de un *derecho a la reagrupación familiar* en el caso de los nacionales de terceros Estados con acuerdos bilaterales (y no siempre), y en aquellos casos en los que aquellos

<sup>861</sup> J.M. Cortés; "STJCE- Parlamento Europeo c. Consejo- C-540/03-Reagrupación familiar", cit. p.228.

<sup>862</sup> La Spina, E; "La protección del derecho a la vida familiar de los extranjeros por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". <http://www.uv.es/CEFD/14/laespina.pdf>.

<sup>863</sup> S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. pp. 314 y 315.

mantuviesen vínculos con un ciudadano comunitario. En su sentencia *Meryem Demirel/ Stadt Schawabisch Gmünd*<sup>864</sup>, al interpretar los términos del acuerdo suscrito entre Turquía y la CE, llegó a la conclusión de que debido a la vaguedad de sus términos, que hablaban de llevar a cabo de modo gradual la libertad de circulación de trabajadores entre ambas partes, no podía deducirse un efecto directo en la aplicación del mismo, por lo que Alemania estaba en su derecho de expulsar a la Sra. Demirel<sup>865</sup>, estimando que no existe una obligación por parte de un Estado miembro de aceptar la elección del lugar de residencia y trabajo elegido por una familia proveniente de un país no comunitario, salvo en el caso de que se trate de la familia de un ciudadano comunitario.

En los casos de expulsión de extranjeros el TJCE establece una tajante diferencia entre los ciudadanos comunitarios y los ciudadanos de terceros países<sup>866</sup>. En cuanto a los extranjeros comunitarios, el Tribunal establece que únicamente podrán ser objeto de medidas de expulsión en los casos en los que una razón justificada e individualizada de orden o salud pública lo aconseje. Así lo confirma en sus sentencias *Van Duyn*<sup>867</sup> y *Josette Pecastaing*<sup>868</sup>. Respecto a los ciudadanos extranjeros

---

<sup>864</sup> C-12/86 de 30 de septiembre de 1987. En el presente caso nos encontramos ante el supuesto de hecho de un matrimonio turco que desea vivir en Alemania. La mujer consigue entrar gracias a un visado de turista a la espera de que finalice el plazo de 3 años de residencia y trabajo que exige a su marido la legislación nacional para tener derecho a la reagrupación familiar. Sin embargo antes de que se culmine este plazo se produce una reforma legislativa que endurece los requisitos y amplía este plazo de 3 a 8 años. Ante esta situación y una vez expirada la duración del visado turístico la Sra. Demirel es expulsada a pesar de que está embarazada.

<sup>865</sup> Esta decisión fue objeto de duras críticas por J.H.H Weiler; "Thou shalt not porrees a stranger: On the judicial protection of the human rights of non-EC nationals-A critique", *European Journal of International Law*, vol. 65, n. 3, 1992, p. 80.

<sup>866</sup> S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; pp. 320-332.

<sup>867</sup> Sentencia *Van Duyn/ Home Office*, C- 41/74 de 4 de diciembre. En este caso se trataba de una holandesa que entró a territorio británico para ser contratada en la Iglesia de la Cienciología. En este caso el TJCE consideró justificada esta expulsión por razones de orden público.

<sup>868</sup> Sentencia *Josette Pecastaing/ État Belge*, C-98/79 de marzo de 1980. En esta sentencia en la que se consideró injustificada la expulsión se trataba del caso de una francesa que pretendía permanecer en Bélgica junto a su actual pareja, pese a que el empleo que ejercía en este país era el de prostituta.

no comunitarios y sus familiares, el TJCE establece en su jurisprudencia que éstos no podrán ser objeto de expulsión en los siguientes supuestos:

- Cuando estén casados con un nacional comunitario y en tanto dure esta unión. Sentencias como *The Queen*<sup>869</sup>, *Diatta*<sup>870</sup> y *Arben Kaba*<sup>871</sup> establecen que en estos supuestos no se reconoce al extranjero un derecho autónomo y propio sino un derecho derivado del de su cónyuge a ejercer su derecho de libre circulación<sup>872</sup> en el territorio de la Unión<sup>873</sup>.

- Cuando, pese a su divorcio de un nacional de la UE, tenga la custodia de los hijos y éstos estén autorizados para residir en este Estado tal y como afirmó en el caso *Baumbast y R*<sup>874</sup>.

- Cuando exista un acuerdo con el Estado extracomunitario que dé lugar al reconocimiento de un derecho de residencia autónomo a los casados con nacionales de la UE<sup>875</sup>.

---

<sup>869</sup> *The Queen/ Suringer Singh*, C- 370/90 de 7 de julio de 1992. En este caso se justifica la expulsión de un hindú del territorio británico al haberse divorciado de su esposa británica .

<sup>870</sup> *Diatta/Land Berlin*, C-267/83 de 13 de febrero de 1985. En este caso el Tribunal entendió que mientras no estuviera totalmente disuelto el vínculo matrimonial, el cónyuge no comunitario podía seguir residiendo en el territorio de la Unión.

<sup>871</sup> *Arben Kaba / Secretary of State for Home Department*, C- 466/00 de 6 de marzo de 2003 en la que este derecho se le acaba reconociendo a un yugoslavo al contraer matrimonio con una súbdita francesa que reside en el Reino Unido.

<sup>872</sup> La supeditación del reconocimiento de este derecho al ejercicio de la libertad de circulación del ciudadano comunitario puede dar lugar a una importante discriminación inversa. Ya que en estos casos el Derecho Comunitario puede garantizar al nacional comunitario y a su familia una situación más favorable en otro Estado de la UE que la prevista por la legislación del Estado del que es nacional para sus propios nacionales. S. Sanz; *La Familia en perspectiva internacional y europea*; cit. p. 326.

<sup>873</sup> Un reconocimiento que puede convertirse en una importante arma de presión y coacción en manos del cónyuge comunitario.

<sup>874</sup> *Baumbast y R/ Secretary of State for the Home Department*, C- 413/99 de 17 de septiembre de 2002. En este caso ante el divorcio de un súbdito francés y una Americana residentes en el Reino Unido junto a sus hijos, el TJCE llega a la conclusión de que, cuando los hijos disfrutan de un permiso para residir en el país de acogida y seguir en él sus estudios, el progenitor que tiene la custodia de los mismos puede seguir residiendo con ellos independientemente de cuál sea su nacionalidad. De esta conclusión se puede extraer como consecuencia que se trata de una solución temporal, ya que habrá que ver que ocurre una vez los hijos finalicen sus estudios.

<sup>875</sup> A este respecto se puede consultar el asunto *Birden/ Stadtgemeinde Bremen*, C-1/97, de 26 de noviembre de 1988 en el que se establece la imposibilidad de expulsar a un trabajador de un tercer Estado con independencia del derecho de su

- Cuando exista un acuerdo con el Estado de origen que exija claramente la igualdad de trato tal y como se reconoció en las sentencias *Faik Günaydin et Al*<sup>876</sup>, *Haydar Akman*<sup>877</sup> y *Derin Ismail*<sup>878</sup>, *Aydinli*<sup>879</sup> y *Torun*<sup>880</sup>.
- Y cuando sean hijos de un nacional comunitario como en el caso *Nani Givane* y otros<sup>881</sup>.

---

cónyuge en los casos en los que una cláusula de un Convenio de colaboración entre la UE y un tercer Estado le confiera de manera rotunda, clara e incondicional un derecho a circular libremente sobre el territorio comunitario.

<sup>876</sup> En la sentencia *Faik Günaydin et Al/ Freistaat Bayern*, de 30 de septiembre de 1997 C-36/96, en la que una familia turca, en la que el Sr. Günaydin había estudiado y se había formado en dicho país, que reside y trabaja en Alemania se opone a una orden de expulsión que el TJCE considera contraria al acuerdo de asociación.

<sup>877</sup> En el caso *Haydar Akman/ Oberkreisdirektor des Rheinischbergischen Kreises*, de 9 de julio de 1998 C- 210/97. El supuesto de hecho es el de un estudiante turco recién licenciado en Alemania que quiere aceptar una oferta de trabajo en ese país. Éste a su vez es hijo de un turco que trabajó en Alemania pero que tras su jubilación regresó a su país de origen. A este respecto el TJCE considera que en base a un acuerdo de asociación el joven estaría facultado para comenzar su vida laboral en Alemania a cuenta de un derecho derivado del de su padre, por el tiempo que éste trabajó en aquel país.

<sup>878</sup> *Derin Ismail / Landkreis Darmstadt-Dieburg* de 1 de julio de 2007, C-325/05. En la que el Tribunal afirma que un nacional turco, autorizado a entrar cuando era niño en el territorio de un Estado miembro en el marco de la reagrupación familiar y que ha adquirido el derecho a acceder libremente a cualquier actividad por cuenta ajena de su elección, sólo pierde el derecho de residencia en el Estado miembro de acogida en dos supuestos: en los que una razón justificada e individualizada de orden o salud pública lo aconseje o cuando abandona el territorio del Estado miembro de que se trate por un periodo significativo sin motivos legítimos, aunque sea mayor de 21 años, y ya no esté a cargo de sus padres y no estuvo a disposición del mercado de trabajo durante varios años debido al cumplimiento de una pena privativa de libertad de tal duración que se dictó contra él y cuya ejecución no fue suspendida.

<sup>879</sup> Sentencia *Aydinli* de 7 de julio de 2005, C-373/03.

<sup>880</sup> Sentencia *Torun* de 16 de febrero de 2006, C-502/04 en la que el Tribunal estableció que el hijo mayor de edad de un trabajador emigrante turco que ocupa un puesto de trabajo legal en un Estado miembro desde hace más de tres años, que ha concluido con éxito una formación profesional en ese Estado, sólo pierde el derecho de residencia por razones de orden público, seguridad o salud públicas, o cuando abandona el territorio del Estado miembro de acogida durante un período de tiempo significativo y sin motivos legítimos.

<sup>881</sup> En el caso *Nani Givane y otros/ Secretary of State for the Home Department* de 9 de enero de 2003, C- 257/00 en el que un portugués que trabaja en el Reino Unido reagrupa a sus hijos, de nacionalidad británica pero muere antes de generar el tiempo de residencia necesario para obtener un permiso de residencia permanente. El TJCE reconoce que el nacional comunitario generó un derecho a favor de sus hijos y protege a los hijos del nacional comunitario permitiéndoles acceder a la residencia permanente en el país de acogida.



En definitiva, la jurisprudencia del TJCE ha sido muy restrictiva en cuanto al reconocimiento de un derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países en el ámbito de la Unión Europea al carecer de una base normativa general, situación que seguramente se modificará a medida que se le vayan planteando cuestiones relativas a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE.

El reconocimiento de este derecho para los ciudadanos comunitarios se ve sometido a limitaciones como su vinculación al ejercicio por parte del ciudadano comunitario del derecho a la libertad de circulación, que sería el elemento imprescindible para la aplicación del Derecho comunitario.

Estos condicionamientos hacen difícil que, hasta el momento, la configuración del derecho a la reagrupación familiar en la jurisprudencia del TJCE pueda configurarse como un auténtico derecho fundamental.

## **CAPITULO VIII**

### **PLASMACIÓN DEL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LOS ESTADOS DE LA UNIÓN EUROPEA**

En la actualidad, con la creciente limitación de los cupos de trabajadores extranjeros, la principal vía legal de inmigración y residencia en el ámbito de la Unión Europea es la reagrupación familiar y, en menor medida, la condición de refugiado<sup>882</sup>. En la mayoría de países europeos la reagrupación familiar se reconoce como un derecho, derivado del principio de protección y respeto de la vida familiar, presente de manera directa o indirecta en todas las Constituciones. Como consecuencia, la regulación de este derecho en las legislaciones internas se realiza sobre la base de unos principios comunes<sup>883</sup>. A continuación expondremos cuáles son esos principios comunes y cuáles son las peculiaridades diferenciales más significativas de esa regulación en algunos de los países europeos de nuestro entorno.

#### **1. RASGOS COMUNES DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EUROPA**

Los principios comunes presentes en las regulaciones europeas sobre reagrupación familiar son los siguientes:

- 1- Se inserta en las leyes especiales dedicadas al régimen de entrada y residencia de los extranjeros, de los refugiados o en las que se ocupan del derecho de asilo. Junto a los criterios y principios generales, existen numerosos Reglamentos, Decretos

---

<sup>882</sup> Movilidad humana y derecho a la reagrupación familiar, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Doc. 10123 de 1 de abril de 2004

<sup>883</sup> M. Vargas; "La reagrupación familiar de los extranjeros en el derecho comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el Derecho comunitario"; cit. p. 823.

y Circulares con requisitos adicionales que condicionan su ejercicio y limitan su transparencia, quedando subordinada su efectividad a la alternancia de gobiernos y a la filosofía política del momento.

- 2- La titularidad del derecho a la reagrupación familiar se reconoce al nacional de un tercer país, residente legalmente en el de acogida, tras un periodo de espera que varía en función de cada Estado.
- 3- Los beneficiarios directos de la reagrupación familiar son siempre el cónyuge y los hijos menores. Para el resto de familiares (ascendientes, hermanos, u otros) se aprecian diferencias significativas en función de los países. Pocos reconocen la igualdad de trato a las uniones no matrimoniales, y ninguno reconoce esta igualdad cuando se trata de parejas del mismo sexo. La mayoría reconocen estas mismas condiciones a los refugiados<sup>884</sup>.
- 4- Normalmente el ejercicio de la reagrupación sólo puede realizarse una vez, englobando a toda la familia. En algunos países se practican pruebas para acreditar del vínculo matrimonial y la filiación.
- 5- La reagrupación suele condicionarse a que el reagrupante posea una autonomía financiera y pueda hacerse cargo de la manutención de su familia. También se exige la disponibilidad de una vivienda adecuada, tomando como parámetro las viviendas normales del lugar de residencia del reagrupante. En algunas legislaciones se establecen medidas adicionales y controles de integración.
- 6- Todas las legislaciones exigen que el reagrupante haya residido de forma legal en el país durante, al menos, un año. La solicitud

---

<sup>884</sup> Esta reagrupación familiar de las personas sujetas a protección temporal se reconoce en Austria, Bélgica, Suecia y Suiza.

puede presentarse tanto por el potencial reagrupado a través de las embajadas y consulados del país de acogida en su país de origen, como por el reagrupante en los servicios administrativos correspondientes del país de acogida. Algunos países reconocen ambas posibilidades, mientras que otros sólo una de ellas.

- 7- A los familiares reagrupados, por lo general, se les atribuye el mismo régimen de que goza el reagrupante, en función de que éste sea titular de un permiso de residencia temporal o de larga duración. Algunos Estados, junto al permiso de residencia del reagrupante conceden de forma automática también el consiguiente permiso de trabajo.
- 8- Todas las legislaciones establecen condiciones especiales para la renovación del permiso de residencia en virtud de reagrupación, en los casos de fallecimiento del reagrupante, de separación o de divorcio y de malos tratos.
- 9- La residencia por reagrupación permite disfrutar de los servicios sociales en el mismo régimen que el residente legal. En algún caso, el acceso se concede con el transcurso de un plazo de residencia previa. Respecto al reconocimiento de derechos políticos, en especial en las elecciones a nivel local, en algunos países se atribuye a determinadas categorías de residentes<sup>885</sup> y en otros se excluye esta posibilidad<sup>886</sup>.

A pesar de la existencia de estos rasgos comunes en la mayoría de las legislaciones europeas respecto a la reagrupación familiar, que constituyen una base común, esto no obsta, como a continuación se verá, para seguir apreciando todavía diferencias sustanciales que dificultan el ejercicio de la reagrupación familiar como un derecho común a escala europea. Una disparidad que en cierto modo se pretendía paliar con la adopción de la Directiva, que antes se ha analizado, pero dado el

---

<sup>885</sup> España, Hungría, Noruega, Holanda y Suecia

<sup>886</sup> Alemania, Francia o Letonia

resultado de esta armonización son muchos los interrogantes que plantea todavía el proceso de acercamiento de las legislaciones nacionales hacia una regulación homogénea en Europa de la reagrupación familiar.

## **2. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN ALEMANIA.**

En Alemania, la reagrupación familiar se recoge en el art. 1, párrafos del 27 al 36, de la nueva Ley sobre la Inmigración (Zuwanderungsgesetz), promulgada el 5 de agosto de 2004<sup>887</sup> y que entró en vigor el 1 de enero de 2005<sup>888</sup>. Con algún cambio, es la misma regulación establecida por la anterior Ley de Extranjería de 1990.

Su reconocimiento como derecho se apoya sobre la protección constitucional del matrimonio y la familia enunciado en el art. 6 de la Ley Fundamental. Las normas relativas a la reagrupación de los cónyuges incluyen la novedad de autorizar la reagrupación en el caso de parejas del mismo sexo, con la finalidad de permitir el establecimiento o la continuidad de su relación.

Los descendientes menores se benefician del derecho a la reagrupación hasta los 16 años. Además, se establece una autorización especial para los descendientes que tengan entre 16 y 18, si demuestran el conocimiento del alemán o garantizan que se podrán integrar, siempre que no hayan contraído matrimonio. El resto de familiares podrán reagruparse sólo en el caso de que esto les permita superar una situación especialmente difícil.

---

<sup>887</sup> La versión inglesa se puede consultar en: [http://www.bmi.bund.de/nn\\_174390/Internet/Content/Common/Anlagen/Gesetze/Zuwanderungsgesetz\\_\\_englisch,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Zuwanderungsgesetz\\_\\_englisch](http://www.bmi.bund.de/nn_174390/Internet/Content/Common/Anlagen/Gesetze/Zuwanderungsgesetz__englisch,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Zuwanderungsgesetz__englisch)

<sup>888</sup> Esta Ley sustituye a la anterior Ley vigente en la materia de 9 de julio de 1990 relativa a la entrada y residencia de los extranjeros en el territorio federal.

El reagrupante deberá estar en posesión de un permiso de estancia o de residencia; en grado de procurar el sostenimiento de su familia y disponer de un alojamiento adecuado para ellos.

A los extranjeros reagrupados que se hayan beneficiado de un permiso de residencia durante 5 años y que demuestren el cumplimiento de ciertas condiciones suplementarias (como medios de subsistencia, conocimiento suficiente del alemán, etc.), se les podrá expedir un permiso de duración ilimitada. Los cónyuges, además, dispondrán de un permiso de residencia independiente en el caso de que su cónyuge falleciera o si hubieran mantenido una vida común al menos durante 2 años.

Según la oficina del Gobierno federal Alemán de Inmigración y de los refugiados<sup>889</sup>, en 1996 se concedieron más de 55.000 permisos por reagrupación familiar. La cifra más alta se alcanzó durante el año 2002 en el que se expidieron más de 83.000 permisos. Durante el 2003, la cifra se redujo a 77.000<sup>890</sup>.

### **3 LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN BÉLGICA.**

La reagrupación familiar en Bélgica tiene una particular consideración dentro del contexto Europeo<sup>891</sup>. Con la finalidad de compensar el bajo índice de natalidad, el gobierno belga ha venido incentivando este procedimiento para aumentar el número de familias que decidan fijar su residencia en el país. No obstante, en la década de los 70, comienza a extenderse una cierta preocupación por los problemas de la convivencia multicultural, que se han visto plasmados en su regulación (artículos 10 a 40 de la Ley de 15 de diciembre de 1980, relativa al acceso al territorio, a la residencia, al establecimiento y a la expulsión de los extranjeros).

---

<sup>889</sup> [www.bamf.de](http://www.bamf.de)

<sup>890</sup> [http://www.bamf.de/template/statistik/anlagen/hauptteil\\_1\\_aufgabe\\_12.pdf](http://www.bamf.de/template/statistik/anlagen/hauptteil_1_aufgabe_12.pdf)

pag. 60 y ss

<sup>891</sup> Office des Étrangers <http://www.dofi.fgov.be/fr/1024/frame.htm> y Dossier n° 91 de 27 de octubre de 2004 sobre Le regroupement familial de la Bibliothèque du Parlement fédéral.

Regulación que, en la actualidad, se halla en proceso de adaptación a las últimas decisiones alcanzadas a nivel comunitario<sup>892</sup>.

Bélgica ha suscrito numerosos convenios bilaterales relativos al empleo de trabajadores extranjeros con Marruecos, Turquía, Túnez, Argelia y la exYugoslavia<sup>893</sup>. En estos convenios se prevé que el trabajador pueda reagrupar a su familia y establecerse con ella en condiciones más ventajosas que las previstas en el régimen general en cuanto a la edad de los menores y a los ascendientes.

Con carácter general, como ocurre en la mayoría de legislaciones europeas, el régimen aplicable a los ciudadanos comunitarios y a los familiares extranjeros de ciudadanos Belgas es más favorable con relación a los familiares reagrupables, al límite de edad de los menores y a las sanciones aplicables. También son más flexibles las garantías exigidas (seguro médico y la prueba de poseer recursos económicos suficientes). El procedimiento para obtener el permiso de residencia definitivo también es más rápido.

En el caso de extranjeros no comunitarios, el art. 10 de la Ley de 15 de diciembre de 1980 concede la reagrupación familiar<sup>894</sup> al cónyuge del reagrupante, mayor de 18 años<sup>895</sup>, y sus hijos menores de 18 años que estén a su cargo<sup>896</sup>. El reagrupante deberá residir de forma permanente en Bélgica o disponer al menos de un permiso de residencia de una

---

<sup>892</sup> La Ley de 15 de diciembre de 1980 sobre el acceso al territorio, la residencia, el establecimiento y la expulsión de los extranjeros, es conocida como Ley Moureaux. Ésta norma se ha modificado en diversas ocasiones, entre las que destaca la Arrêté Royal de 8 de octubre de 1981 modificada en diciembre de 1996 y que constituye el principal texto aplicable en la materia. Una normativa que desde hace varios años está siendo objeto de debate y de reforma, sin que todavía se haya aprobado una nueva regulación.

<sup>893</sup> Ley de 13 diciembre de 1976, M.B., 17 juin 1977

<sup>894</sup> P. De Bruycker; "Bélgica" en E. Aja y L. Díez (cord); *La regulación de la inmigración en Europa, Colección de Estudios Sociales*, nº 17, Obra Social Fundación La Caixa, 2005, p. 84 [www.estudios.lacaixa.es](http://www.estudios.lacaixa.es).

<sup>895</sup> La Ley de 6 de julio de 1993 estableció un límite de edad mínimo para la reagrupación de los cónyuges.

<sup>896</sup> La ley de 28 de junio de 1984 rebajó el límite de edad para la reagrupación de los hijos menores de 21 a 18 años

duración superior a 3 meses. En estos casos, el ejercicio de la reagrupación familiar no se condiciona a la disponibilidad de recursos económicos por parte del reagrupante, pero si al de la cohabitación.

La Ley no prevé la reagrupación en el caso de parejas de hecho, pero la Circular de 30 de septiembre de 1997 permite que se autorice la residencia del extranjero que cohabite de una forma estable con una persona residente en Bélgica. Este derecho se subordina al cumplimiento de nueve condiciones, bastante rigurosas, que tienen relación con la acreditación de que se dispone de medios de subsistencia duraderos. Se establece también un permiso de residencia temporal, de 6 meses, que se podrá renovar hasta en 3 ocasiones, por un periodo de un año, antes de obtener un permiso de residencia de duración indefinida, si la convivencia es todavía efectiva.

Las principales restricciones que la legislación belga impone son: la prohibición de la reagrupación en cadena (el familiar reagrupado no puede, a su vez, utilizar este mecanismo para reagrupar a otros familiares) y la prohibición de la reagrupación escalonada (obligación de reagrupar de forma conjunta a toda la familia, estableciendo como término un año desde la llegada del primer familiar reagrupado)<sup>897</sup>. Rige también la excepción en el caso de que el familiar reagrupable constituya una amenaza contra el orden público.

La Ley contiene disposiciones específicas para el caso de que el reagrupante sea un estudiante extranjero (debe acreditar recursos económicos y alojamiento)<sup>898</sup> y para el caso de menores discapacitados, supuesto en el que se deroga el límite de edad y la prohibición de reagrupación en cadena.

---

<sup>897</sup> Estas condiciones restrictivas se introdujeron en 1984 mediante la Ley de 28 de junio

<sup>898</sup> Durante el año 2003, se concedieron 164 autorizaciones de residencia a los familiares de estudiantes y 25 fueron rechazadas. Question Parlementaire n° 278 de M. François-Xavier de Donnea du 10 mai 2004 Réponse n° QRVA 51 037 du 21 juin 2004



Al beneficiario de la reagrupación familiar se le expide un permiso de residencia temporal de un año, tras el examen de la solicitud por parte de la administración municipal. Este plazo se podrá prorrogar únicamente por tres meses. Una vez transcurrido este plazo y tras la verificación por parte de la autoridad administrativa del cumplimiento de los requisitos establecidos (el carácter efectivo y duradero de la convivencia), el reagrupado podrá obtener un permiso de residencia de duración permanente.

En la actualidad, a raíz de la aprobación de la Directiva Europea sobre reagrupación familiar, el Gobierno Belga, ha iniciado el proceso de modificación de su legislación en la materia.

#### **4. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN ITALIA.**

El Decreto Legislativo nº 54/2002 regula la reagrupación familiar de los ciudadanos comunitarios. Los art. 29 y 30 del Decreto legislativo nº 286 de 1998, modificados por la Ley de 30 de Julio 2002, nº. 189 (conocida como Ley Bossi-Fini), regula la reagrupación familiar de los ciudadanos extracomunitarios<sup>899</sup>. Junto a esto, el 28 de julio de 2006, el Consejo de Ministros Italiano aprobó un Decreto mediante el cual se transpone al ordenamiento jurídico italiano la Directiva 2003/86 relativa a la reagrupación familiar<sup>900</sup>.

Los arts. 3.3 y 4 del Decreto Legislativo 54/2002, reconocen a los trabajadores autónomos y por cuenta ajena el derecho a la reagrupación familiar con su cónyuge, sus descendientes menores, sus ascendientes, y los descendientes de su cónyuge, que estén a su cargo, así como de

---

<sup>899</sup> U. Terracciano; *Stranieri . Le nuove disposizione in materia di immigrazione*, Experta, Forli, 2005, pp. 445-456 y U. Terracciano, *Stranieri. Cosa cambia con la legge Bosi-Fini*, Experta, Forli 2002, pp.16 y ss.

<sup>900</sup> Decreto Legislativo de 6 de febrero de 2007, n.30. G.U. n.72 del 27.03.2007. Además en estos momentos se encuentra en tramitación en el Parlamento Italiano una reforma de la ley de inmigración. El pasado 28 de junio de 2007 el Consejo de Ministros aprobó el Decreto-Ley Amato-Ferrero mediante el cual se delega al gobierno la reforma del Texto Unico sobre la inmigración

cualquier otro miembro de la familia que, en su país de origen, conviva o esté a cargo del cónyuge o de los ascendientes del trabajador o de su cónyuge.

La reagrupación familiar de los ciudadanos extracomunitarios establece mayores restricciones que la referente a los ciudadanos europeos. El art. 28 del *Testo Único*<sup>901</sup> exige para ejercitar el derecho, que el extranjero sea titular de un permiso de residencia no inferior a un año, por motivos de trabajo por cuenta ajena, autónomo, estudios, asilo o motivos religiosos.

Con anterioridad a la modificación introducida por la Ley Bossi-Fini, el Decreto Legislativo n. 268/98 preveía un régimen muy abierto para los familiares reagrupables (en el que se incluían hasta los familiares de tercer grado que estuvieran a su cargo e incapacitados para trabajar según la legislación italiana). En la actualidad, los familiares reagrupables, contemplados en el art. 29, son los siguientes:

- a) el cónyuge que no se encuentre legalmente separado;
- b) los hijos menores que estén a su cargo, incluso los hijos del cónyuge o los nacidos fuera del matrimonio, si no estuvieran casados o legalmente separados con la condición que el otro cónyuge haya dado su consentimiento<sup>902</sup>;
- c) los hijos mayores a su cargo, siempre y cuando no sean independientes por razones objetivas (estado de salud que implique una minusvalía total);
- d) los ascendientes que estén a su cargo, en los casos en los que no tengan otros hijos en el país de origen, o que sean mayores de 65

---

<sup>901</sup> P. Bonetti; "Italia"; Aja E y Díez L (cord); *La regulación de la inmigración en Europa, Colección de Estudios Sociales*, nº 17, Obra Social Fundación La Caixa, 2005, pp. 163-166 [www.estudios.lacaixa.es](http://www.estudios.lacaixa.es).

<sup>902</sup> El art. 29.2 especifica que por hijos menores se considerará aquellos que tengan menos de 18 años y que los menores adoptados, acogidos o sometidos a la tutela del reagrupante se equiparará su tratamiento al de los hijos naturales.

años y no sean capaces de mantenerse por ellos mismos debidos a graves motivos de salud;

- e) el padre natural de un menor que está legalmente viviendo en Italia, si demuestra que posee disponibilidad de alojamiento e ingresos;
- f) el familiar relacionado con un ciudadano italiano (o de otro país de la Unión Europea) que puede reagruparse como miembro de una familia.

Los sujetos que pretendan ejercer su derecho a la reagrupación deberán hallarse inscritos en el servicio nacional sanitario italiano o encontrarse en posesión de una póliza de seguro que cubra las enfermedades y accidentes; también deberán demostrar que el núcleo familiar dispone de los recursos suficientes para mantenerse.

Además, al presentar la solicitud de reagrupación familiar, el reagrupante salvo que se trate de un refugiado político, deberá demostrar que dispone de:

- a) Una vivienda que cumpla los parámetros mínimos previstos en la ley para las viviendas de protección pública; o en los casos de un hijo menor de 14 años que sea reagrupado por uno de sus padres, deberá constar el consentimiento del titular de la vivienda en la que en menor residirá<sup>903</sup>.
- b) De una renta no inferior a:
  - 1) el importe anual del cheque social, si se solicita la reagrupación de un solo familiar. (4.783,61 euro);
  - 2) el doble del importe anual del cheque social, si se solicita la reagrupación con dos o tres familiares;

---

<sup>903</sup> En este caso la dicción del artículo sólo dispone que el reagrupante sea titular lo que ha planteado alguna duda en la doctrina acerca de su interpretación, en la que cabe que éste sea tanto propietario como arrendatario. R. Miele (et alii), "La nuova legislazione sugli stranieri", *Gli Stranieri*, Union Printing edizioni, Viterbo, 1998. p. 194.

- 3) al triple del importe anual del cheque social, si se solicita la reagrupación de 4 o más familiares.

La idoneidad de la vivienda se podrá verificar a través de la emisión de un certificado de habitabilidad expedido por el Ayuntamiento respectivo, o mediante un certificado de idoneidad higiénica-sanitaria expedido por las autoridades sanitarias locales.

Una vez transcurridos 90 días de la solicitud, el interesado puede obtener el visado de entrada, presentando una copia de la instancia directamente ante las embajadas o consulados italianos en el país de origen. A continuación, se prevé la emisión del permiso de residencia a favor del familiar extranjero que resida regularmente en Italia y a favor del cual se haya acordado la reagrupación. El permiso de residencia por motivo de reagrupación tendrá la misma duración del permiso del reagrupante y será renovable junto con éste.

Al titular de un permiso de residencia por motivos familiares se le reconocerán los siguientes derechos: acceso a los servicios sociales, inscripción en cursos de estudio o de formación profesional, inscripción en las listas de empleo, realización de un trabajo en régimen autónomo o subordinado.

El art. 30.1, introducido por la Ley Bossi-Fini, prevé la revocación del permiso en los casos en los que éste hubiera contraído matrimonio y se compruebe que no se ha producido una convivencia efectiva, salvo que haya descendencia en común. En los casos de defunción del familiar que reuniera los requisitos para la reagrupación, o de separación o disolución del matrimonio, se admite la conversión del permiso de residencia en permiso de trabajo por cuenta ajena, autónomo, o de estudio a favor del ciudadano extracomunitario.

El Decreto adoptado en julio de 2006 ha introducido una modificación en el art. 29 para adaptar la reagrupación familiar en Italia a las directrices establecidas por la Directiva comunitaria que disciplina esta materia. Se precisan los supuestos en los que una solicitud de reagrupación familiar puede ser rechazada por motivos de orden público y seguridad nacional o de un país con el que Italia haya suscrito un acuerdo para la supresión de controles en sus fronteras internas. Además se añade que, para el rechazo, revocación o denegación de la renovación del permiso de residencia del extranjero que haya solicitado la reagrupación, deberán tenerse en cuenta los lazos familiares, la duración de la residencia y los vínculos con su país de origen. Se elimina para los hijos menores la referencia de familiar "a cargo" y se introduce el requisito de la idoneidad de la vivienda considerando los parámetros mínimos previstos por la ley regional para las viviendas de protección oficial, así como la idoneidad higiénico-sanitaria. En último lugar se permite que el familiar de un menor, autorizado por el Tribunal de menores a entrar y permanecer en el territorio nacional por graves motivos relacionados con su desarrollo psicofísico, pueda trabajar, estando previsto la expedición de un permiso temporal "por asistencia del menor". En el art. 29 bis se hace referencia a la reagrupación familiar de los refugiados.

Según un estudio de Eurispes<sup>904</sup>, casi un cuarto (24'3%) de los inmigrantes que llegó a Italia durante el año 2003 lo hizo por motivos familiares. Durante ese año se concedieron 66.000 visados por reagrupación<sup>905</sup>. La cifra aumentó significativamente en el 2005 hasta llegar a 89.931<sup>906</sup>.

---

<sup>904</sup> Eurispes "Rapporto Italia 2005"

<sup>905</sup> En el año 2000 se concedieron 48.705 permisos de residencia por reagrupación familiar, en el 2001 64.772 y en el 2002 fueron 62.036. Datos estadísticos de Caritas "Dossier Statistico Immigrazione 2003".

<sup>906</sup> [http://www.istat.it/istat/eventi/2006/ocse/presentazione\\_terraabrami.pdf](http://www.istat.it/istat/eventi/2006/ocse/presentazione_terraabrami.pdf) y Dossier Statistico Immigrazione Caritas/Migrantes 2006.

Los únicos puntos de la actual legislación italiana que podrían presentar problemas de incompatibilidad con la Directiva europea sobre reagrupación son: la adquisición de un permiso de residencia autónomo por parte del reagrupado y las garantías contra eventuales procedimientos de rechazo, retirada y falta de renovación del permiso de residencia.

## **5 LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN DINAMARCA.**

La reagrupación familiar en Dinamarca viene regulada en la “Ley de Extranjería” (*Aliens Act*), en la que se contiene una de las normativas más restrictivas de toda la Unión Europea en la materia<sup>907</sup>.

Únicamente se consideran familiares reagrupables al cónyuge o pareja de hecho y a los descendientes menores. Se exige una edad mínima de 24 años para que tenga eficacia la formalización de los matrimonios y parejas de hecho con extranjeros. Se exige una convivencia real en el seno de esas parejas (hasta los 28 años de residencia), y que el vínculo de la pareja con Dinamarca sea mayor que el que poseen con su país de origen<sup>908</sup>. Los menores, por su parte, deberán tener menos de 15 años para poder beneficiarse de la reagrupación, vivir con el reagrupante y no podrán contraer matrimonio.

---

<sup>907</sup> Aliens Consolidation Act N1 685 de 24 de julio de 2003

Servicio Danés de Inmigración.

<http://www.udlst.dk/english/Family+Reunification/Spouses/Default.htm#housing>

<sup>908</sup> Con la finalidad de constatar el cumplimiento de este requisito (Attachment requirement) el Servicio de Inmigración Danés comprobará la concurrencia de los siguientes requisitos:

- Cuanto tiempo ha residido el reagrupante y el reagrupado en Dinamarca.
- Si tienen vínculos con otras personas en Dinamarca; por ejemplo familiares.
- Si tienen la custodia o derecho de visita de un menor en Dinamarca.
- Si han finalizado sus estudios o tienen una conexión permanente con el mercado de trabajo en Dinamarca.
- Si dominan el danés.
- Los vínculos que mantienen con su país de origen, para ello se tendrán en cuenta las visitas a éste realizadas así como su duración.
- Si los solicitantes tienen hijos o familia en otro país.

El reagrupante deberá constituir una fianza (de alrededor de 7.000 €) para cubrir el gasto público que pudiera generar la persona reagrupada y acreditar la disponibilidad de recursos económicos superiores a la ayuda económica que reciben los extranjeros durante los primeros 7 años, antes de recibir la ayuda social, con la finalidad de poder mantener a su familia.

Debe disponer de una vivienda adecuada. Si es en alquiler, esté deberá ser permanente o extenderse, al menos, durante los 3 años posteriores a la fecha en la que se realizó la solicitud. El subarriendo de una vivienda no permitirá que se tenga por acreditado este requisito. La vivienda deberá tener un tamaño razonable: no deberá haber más de 2 personas en cada habitación y el espacio habitable será al menos de 20 metros cuadrados por persona.

Con carácter general se requiere un periodo de 7 años de residencia previa antes de poder ejercer su derecho a la reagrupación familiar, pero cabe reducir el plazo a 5 años si se demuestra una buena integración (idioma, trabajo, etc.).

La solicitud de reagrupación familiar se realizará a través de las representaciones diplomáticas danesas y consulares en el país de origen de los reagrupados. La duración media de este procedimiento de reagrupación familiar es de 9 meses, excepto en los casos de residentes de Somalia, Iraq y Afganistán que es de 12 meses.

De las 15.370 solicitudes de reagrupación familiar presentadas en el año 2001, se ha pasado a las 5.533 presentadas en el año 2006, de las que únicamente se han autorizado un total de 3.582<sup>909</sup>.

---

<sup>909</sup> Statistical Overview Migration and Asylum 2006. Ministry of Refugee, Immigration and Integration Affairs. [http://www.nyidanmark.dk/NR/rdonlyres/86C56774-CAC9-42A5-BBC4-F28B3629078B/0/statistical\\_overview\\_2006\\_aug.pdf](http://www.nyidanmark.dk/NR/rdonlyres/86C56774-CAC9-42A5-BBC4-F28B3629078B/0/statistical_overview_2006_aug.pdf)

## 6. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN FINLANDIA.

La reagrupación familiar en Finlandia<sup>910</sup> se regula por la Ley de Extranjería (*Aliens Act*)<sup>911</sup>, que entró en vigor el 1 de mayo de 2004<sup>912</sup>. La definición de familia que ofrece esta ley es una de las más restrictivas. El trato será diferente según se aplique al familiar de un ciudadano europeo o al familiar de un extracomunitario, resultando sorprendente que los familiares extracomunitarios de los ciudadanos finlandeses reciban el mismo trato que los propios extracomunitarios a la hora de ser reagrupados. Cuando se trata del cónyuge, se deberá presentar un certificado de matrimonio, pero con la exigencia de que el matrimonio se haya registrado formalmente en Finlandia. La legislación Finlandesa equipara a las parejas de hecho del mismo sexo a los esposos. También el conviviente podrá optar a un permiso de residencia si demuestra que ha convivido con el reagrupante al menos durante 2 años, lo que se deberá acreditar mediante un contrato de alquiler o cualquier otro documento. Si demuestra que existe descendencia en común no se le exige el requisito de 2 años de convivencia<sup>913</sup>.

Los descendientes menores de 18 años y que no estén casados podrán obtener el permiso de residencia por reagrupación familiar cuando el reagrupante ostente su custodia. El menor de edad, residente en Finlandia, podrá reagrupar a sus progenitores. En el caso de que los progenitores del menor estuvieran separados, el reagrupante deberá

---

<sup>910</sup> Jan Niessen, Yongmi Schibel and Raphaële Magoni (eds.), *EU and US approaches to the management of immigration* (mayo 2003). <http://www.migpolgroup.com/uploadstore/Finland.pdf>

<sup>911</sup> Dirección de Inmigración <http://www.uvi.fi/netcomm/content.asp?path=8,2472&language=EN>

<sup>912</sup> En cuanto al número de permisos concedidos en estos años, observamos como en relación con otros Estados este es bastante reducido: 315 en el 2004, 183 en el 2005 y 478 en el 2006. <http://www.uvi.fi/download.asp?id=2004%2D2006;1248;{DEFAF640-EBF3-4358-B6F1-710F08FCD591}>

<sup>913</sup> En el caso de que los miembros de la pareja tenga registrado su domicilio en diferentes países y que vivan juntos sólo durante las vacaciones no se considerará suficiente a los efectos de acreditar la convivencia.



tener la custodia del menor. En el supuesto de que la tuviera el cónyuge que no reside en Finlandia, éste deberá enviar un consentimiento escrito y si su obtención no fuera posible, se recurrirá a una decisión de los Tribunales del país del menor.

Sólo se admite la reagrupación de otros familiares en el caso de que el reagrupante sea un refugiado y éstos se encuentren totalmente a su cargo, tanto a nivel físico o psíquico como económico, la dependencia económica por sí sola no será suficiente para entender cumplido esta exigencia.

Los familiares de un ciudadano Finlandés pueden solicitar la reagrupación cuando ya se encuentren en Finlandia; en este caso la solicitud se remitirá a la policía. Los familiares de extranjeros deberán encontrarse fuera del territorio Finlandés y la solicitud se tramitará a través de las correspondientes legaciones diplomáticas. Se contempla una excepción cuando los familiares tengan la intención de continuar la vida familiar que se hubiera iniciado anteriormente en el extranjero: en este caso, antes de su llegada a Finlandia, el familiar debe haber residido al menos 2 años con el cónyuge o pareja que ahora reside en Finlandia.

La duración media del proceso de reagrupación es de 6 meses y en él se incluye una entrevista personal con el reagrupante y los miembros de la familia que se quieren reagrupar y se contempla la posibilidad de realizar análisis de ADN para comprobar la veracidad de los vínculos familiares.

El permiso de residencia inicial a favor de los familiares reagrupados habitualmente tiene una duración de 1 año, a menos que se solicite para una duración inferior, como podría ser en el caso de estudios, etc. Se podrá solicitar un permiso de residencia definitivo cuando se haya residido al menos durante 4 años.

## **7. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN FRANCIA.**

La reagrupación familiar en Francia se regula en el art. 42 de la Ley nº 2003-1119, de 26 de noviembre de 2003, relativa al control de la inmigración, la residencia de los extranjeros y la nacionalidad<sup>914</sup>. Recientemente esta regulación se ha visto modificada por la Ley nº 2006-911, de 24 julio de 2006, relativa a la inmigración y a la integración<sup>915</sup>.

Del procedimiento específico de reagrupación familiar se excluyen los familiares extranjeros de un ciudadano francés o aquellos que se beneficien de Tratados internacionales, como los súbditos de los Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo y los nacionales de Togo, Argelia, Túnez o Marruecos, así como los que ostenten la condición de refugiados y apátridas.

El número de personas que se han beneficiado de la reagrupación familiar ha aumentado de forma regular desde 1998 hasta el 2003<sup>916</sup>, registrándose un incremento de un 23'4%. Aunque en el año 2006 se ha

---

<sup>914</sup> La primera regulación en la materia en el país galo se produjo a través de la Ordenanza nº 45-2658 de 2 de noviembre de 1945 relativa a las condiciones de entrada y residencia de los extranjeros en Francia, modificada en diversas ocasiones, por Decreto de 24 de marzo de 1946, Decreto de 29 de abril de 1976, Decreto de 10 de noviembre de 1977, Decreto de 4 de diciembre de 1984 y la Circular de 4 de enero de 1985 que prohíbe la reagrupación en los casos en los que los familiares que se quieran reagrupar ya se encuentren en el territorio francés, la Ley de 24 de agosto de 1993 que prohíbe la poligamia, la Ley de 11 de mayo de 1998 que excluye los requisitos relativos a las condiciones económicas y de alojamiento para los familiares de ciudadanos franceses, miembros del Espacio económico Europeo, refugiados y apátridas. [http://www.vie-publique.fr/documents-vp/regroupt\\_familial\\_chrono.shtml](http://www.vie-publique.fr/documents-vp/regroupt_familial_chrono.shtml)

<sup>915</sup> J.O nº 170 de 25 de julio de 2006 pag. 11047. Además en julio de 2007 el Ministro de la Inmigración, de la integración, de la identidad nacional y el codesarrollo presentó al Consejo de Estado un nuevo proyecto de Ley sobre la Inmigración, la integración y el Asilo en el que se prevé en el caso de la reagrupación de la suscripción de un <<contrato de acogimiento e integración de la familia>>, éste prevé la formación en los derechos y deberes de los progenitores con la finalidad de facilitar la integración de los hijos en la sociedad francesa así como el aprendizaje del francés.

<sup>916</sup> Aut. Cseil a l'integration. Observatoire des statistiques de l'immigration et l'intégration. Rapport 2002-2003 <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000610/0000.pdf>

registrado una ligera disminución habiéndose autorizado la reagrupación de 22.978 personas<sup>917</sup>.

Se podrán beneficiar de la reagrupación familiar, el cónyuge y los hijos menores de 18 años, también los que son fruto de una unión anterior tanto del reagrupante como de su cónyuge, cuando ejerzan sobre éstos la patria potestad. No se permite la reagrupación de los ascendientes, de los hermanos, ni de otros cónyuges en el caso de que uno ya se hubiera beneficiado de la reagrupación familiar. También se podrán excluir de la reagrupación los familiares que padezcan alguna enfermedad clasificada en el reglamento sanitario internacional, los que ya residan en Francia y aquellos que constituyan un peligro para el orden público. Con carácter excepcional se podrá autorizar una reagrupación parcial en interés del menor<sup>918</sup>.

Para poder solicitarla, el reagrupante deberá haber residido legalmente en Francia al menos un año y medio y tener autorización para residir al menos otro. Por lo que respecta a los requisitos económicos, se deberá acreditar la disponibilidad de unos ingresos estables y suficientes, al menos iguales a la media del salario mínimo en un periodo de 12 meses. En cuanto al alojamiento, el reagrupante deberá justificar que dispone o dispondrá de un alojamiento en Francia en la fecha en la que lleguen sus familiares. Éste deberá disponer de una superficie habitable de al menos 22 m<sup>2</sup> para dos personas, que se aumentaran progresivamente en 10 m<sup>2</sup> por cada persona adicional hasta un máximo de 8 personas y de 5 m<sup>2</sup> por cada persona que sea superior a las 8 antes señaladas. Además, la vivienda deberá cumplir las normas mínimas de habitabilidad establecidas en los casos de alquiler.

---

<sup>917</sup> Immigration et présence étrangère en France en 2005. [http://www.social.gouv.fr/article.php3?id\\_article=1113](http://www.social.gouv.fr/article.php3?id_article=1113)

<sup>918</sup> En septiembre de 2007 el Parlamento francés autorizaba la introducción en el nuevo proyecto de Ley sobre la inmigración de la posibilidad de recurrir a test de genéticos de DNA para verificar los vínculos familiares en caso de serias dudas, abonado obviamente por el solicitante .

La solicitud de reagrupación la realizará el reagrupante ante la Prefectura o la Dirección Departamental de asuntos sanitarios y sociales (DDASS). En algunos casos también se podrá dirigir a la delegación regional de la Oficina de Migraciones Internacionales competente. Los familiares, cuya autorización se conceda, deberán disponer del correspondiente visado de entrada, que se solicitará en un plazo de 6 meses desde la notificación por parte del Prefecto de la autorización de reagrupación. La entrada en Francia de estos familiares deberá producirse en un plazo que no podrá exceder de tres meses, a contar desde la expedición del visado. Estos familiares deberán someterse además a un control médico.

Al familiar reagrupado a su entrada en Francia se le concederá un permiso de residencia temporal, en el que constará la mención "vida privada y familiar" cualquiera que sea el estatus del reagrupante. El permiso de residencia independiente únicamente se concederá al cónyuge y a los hijos menores reagrupados después de una residencia de 5 años y con la reserva de que exista una integración que se considere suficiente.

A partir del 1 de mayo de 2005, han entrado en vigor nuevas normas relativas al derecho de reagrupación familiar<sup>919</sup>. Esta modificación se produce como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley sobre el control de la inmigración de 26 de noviembre de 2003. En este sentido hay que destacar la modificación de las consecuencias de una ruptura de la vida en común. La comprobación de la vida en común se llevará a cabo durante los dos años siguientes a la concesión del permiso de residencia y se establecen sanciones para los casos en los que se solicite la reagrupación de un familiar que ya resida en el país.

---

<sup>919</sup> Journal Officiel del sábado 19 de marzo de 2005.

## **8. LA REGULACIÓN DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN HOLANDA.**

Holanda se ha caracterizado por ser un país de inmigración. A pesar de que siempre ha tenido un saldo positivo en materia migratoria, no es hasta finales de los años noventa y en los primeros de este siglo, cuando toma conciencia de haberse transformado en un país de inmigración. Diversos acontecimientos como el asesinato de Pim Fortuyn o del director de cine Theo Van Gogh han hecho que se extienda la opinión generalizada entre los holandeses de que su país ya está lleno y no puede acoger a más inmigrantes. Como consecuencia, las políticas en materia de extranjería e integración han ido adoptando planteamientos cada vez más restrictivos<sup>920</sup>. El número de extranjeros que entraron en Holanda por motivos familiares va descendiendo progresivamente: de 39.000 en 1995 a 27.354 en 2006<sup>921</sup>.

La reagrupación familiar se regula en la Ley y la Orden relativa a los Extranjeros del año 2000, así como en el Reglamento y la Circular sobre los extranjeros de ese mismo año<sup>922</sup>. La legislación holandesa realiza una distinción entre la constitución de la familia y la reagrupación familiar. Por otra parte, se prevé una diferencia de trato, como en el resto de legislaciones, según el lugar de procedencia del extranjero. Los extranjeros que no sean ciudadanos de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y que quieran residir más de 3 meses en Holanda, necesitarán un permiso de residencia y una autorización de residencia provisional (MVV), es decir, un visado especial para poder entrar en Holanda. La autorización de residencia por reagrupación

---

<sup>920</sup> Migration and migration policies in the Netherlands, Dutch SOPEMI- Report 2003 Rotterdam Institute of Social Policy Research (Risbo) Erasmus University Rotterdam

<https://ep.eur.nl/bitstream/1765/1861/2/SOC-2003-012.pdf>

<sup>921</sup> [http://www.ind.nl/en/Images/VVR\\_EN\\_tcm6-130081.pdf](http://www.ind.nl/en/Images/VVR_EN_tcm6-130081.pdf)

<sup>922</sup> Vreemdelingenwet 2000 (arts 1 a 45) , Vreemdelingenbesluit 2000 (arts 1.1 a 3.29, 3.50 a 3.120, 8.5 a 9.13)

familiar se supedita al cumplimiento de las clásicas condiciones específicas como la prueba del vínculo familiar, la edad y los ingresos económicos.

El 1 de noviembre de 2004 se modificaron algunos aspectos de esta regulación de acuerdo con los planteamientos del Gobierno en la materia y la reciente aprobación de la Directiva Europea sobre la reagrupación familiar<sup>923</sup>. En estos momentos, para la constitución de una familia, se requiere una edad mínima de 21 años y se aumenta la exigencia de tipo económico, que deberá representar el 120% del salario mínimo. Se suprimen en este campo todas las excepciones anteriores. Algunos aspectos se han flexibilizado: los menores extranjeros reagrupados y que quieran, a su vez, reagrupar al cónyuge, antes tenían que esperar 3 años: a partir del 1 de noviembre de 2004 dicho plazo ha desaparecido. Y otros se han endurecido: la *"Inburgering in het buitenland"*<sup>924</sup> instaura la obligación de pasar un examen de integración, en caso de constitución de la familia o de reagrupación familiar, para poder entrar en Holanda. También las exigencias que se deben cumplir con relación al alojamiento<sup>925</sup>. Por último, se ha fijado un nuevo sistema de tasas aplicables a la solicitud de documentos, que incrementa el coste de los permisos de residencia y de los visados.

## **9. LA REGULACIÓN DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN REINO UNIDO.**

La legislación británica en materia de inmigración ha sido objeto de una profunda reforma, cuya tercera fase se culminó en 2004 con la aprobación de la Ley de Asilo e Inmigración (que completa el sistema

---

<sup>923</sup> Staatsblad n° 496 (2004): besluit van 29 september 2004 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000

<sup>924</sup> Proposición de ley "inburgering in het buitenland" – documento 29700 Vaststelling begrotingsstaat van het Ministerie de Justitia 2004 (legestarieven) documento 29200 VI, n° 165

<sup>925</sup> [http://www.justitie.nl/pers/kamerstukken/include.asp?bestand=/extern/documentportal/Brieven%20TK/20041013\\_5312440%20huisvestingsvereiste%20bij%20huwelijks%20migratie.doc.c](http://www.justitie.nl/pers/kamerstukken/include.asp?bestand=/extern/documentportal/Brieven%20TK/20041013_5312440%20huisvestingsvereiste%20bij%20huwelijks%20migratie.doc.c)

diseñado por la Ley de Asilo e Inmigración de 1999 y la Ley de Nacionalidad, Inmigración y Asilo de 2002<sup>926</sup>).

El capítulo 8 del texto reglamentario que desarrolla la ley de Inmigración se ocupa de la reagrupación familiar, indicando como beneficiarios al cónyuge o futuro cónyuge, a la pareja de hecho, a los hijos menores, a los ascendientes y otros familiares, siempre que sean dependientes.

En el caso de los cónyuges, se establece una edad mínima de 16 años para el reagrupado y 18 para el reagrupante. Este mismo requisito se aplica en el caso de futuros cónyuges o miembros de parejas de hecho, aunque en estos supuestos hay condiciones ulteriores mucho más estrictas. Se deberá acreditar el matrimonio (o la convivencia) y la posterior cohabitación permanente. Junto a esto, hay que acreditar los recursos suficientes para el propio mantenimiento y el de las personas dependientes, sin necesidad de recurrir a los fondos públicos y que se dispone de una vivienda adecuada. Se establece, además, la prohibición de reagrupar a otro cónyuge en el supuesto de matrimonios poligámicos, si ya residiera uno de los cónyuges con el reagrupante en Inglaterra.

Con carácter inicial se concederá un permiso de residencia y trabajo de dos años. Una vez transcurrido este tiempo, si persisten las mismas condiciones, se podrá solicitar un permiso de carácter permanente. Se podrá acceder, de entrada, a un permiso permanente cuando el matrimonio supere los 4 años y durante dicho periodo se haya producido una convivencia efectiva fuera de Inglaterra y se pretenda continuar con ella en Inglaterra.

En el caso de los prometidos, o futuros esposos, habrá que demostrar la firmeza de los planes de matrimonio (normalmente para un plazo de 6 meses); que se tiene intención de establecer una convivencia en común;

---

<sup>926</sup> Dirección de Nacionalidad e Inmigración.  
[http://www.ind.homeoffice.gov.uk/ind/en/home/laws\\_\\_\\_policy/legislation.html?](http://www.ind.homeoffice.gov.uk/ind/en/home/laws___policy/legislation.html?)

que ambos se conocen efectivamente y que no existe ningún familiar dependiente. En estos casos se concederá únicamente un permiso de residencia y no de trabajo. Cuando se trata de una pareja de hecho, se permite también la reagrupación del conviviente del mismo sexo.

Los hijos reagrupables deberán ser menores de 18 años y tendrán que estar a cargo del reagrupante; no deberán estar casados o haber fundado un hogar independiente. En el caso de que uno de los progenitores resida en el extranjero, el menor no podrá ser reagrupado a menos que aquél exprese su consentimiento para el traslado del menor.

Pueden reagruparse ascendientes a partir de los 65 años, siempre que dependan financieramente de sus hijos o nietos y que no exista ningún otro familiar cercano que pueda contribuir a su sostenimiento financiero en su país de origen.

Otros familiares, mayores de 18 años, se podrán beneficiar de la reagrupación, con carácter excepcional, si viven solos o si no tienen recursos en su país de origen y dependen de una persona que resida en Inglaterra.

La duración de los permisos de residencia por reagrupación es variable: podrán ser permanentes, o de 2 años para los cónyuges o parejas. En el caso de los descendientes, habitualmente tienen la misma duración que para los cónyuges. El resto de familiares dependientes reciben permisos de duración indeterminada.

Durante el año 2002, las autorizaciones de entrada y residencia a efectos de constitución y reunificación familiar representó con un 46% del total (52.760 extranjeros solicitaron su entrada en el Reino Unido por motivos familiares)<sup>927</sup>. Durante el 2003, fueron 65.805 los solicitantes<sup>928</sup>.

---

<sup>927</sup> S. Juss; "Reino Unido", en E. Aja y L. Díez (cord); *La regulación de la inmigración en Europa, Colección de Estudios Sociales*, nº 17, Obra Social Fundación La Caixa, 2005, p. 186 [www.estudios.lacaixa.es](http://www.estudios.lacaixa.es).



## **10. LA REGULACIÓN DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN SUECIA.**

Durante el 2006, el 31% un total de 24.831 de residentes extranjeros entraron en Suecia a través de la reagrupación familiar<sup>929</sup>.

Desde 1997 está en vigor en Suecia la Ley de Extranjería (*Alien's Act*), que garantiza el derecho a la reagrupación familiar. El cónyuge casado, la pareja de hecho o incluso los futuros cónyuges o parejas de un residente en Suecia, podrán solicitar un permiso de residencia por motivos familiares. También, los menores de 18 años que no estén casados podrán solicitar este permiso.

Los solicitantes de la reagrupación deberán ser los propios reagrupados: esta solicitud no podrá ser delegada en el reagrupante. Habrá de remitirse a la embajada o consulado Sueco en el país de origen o de residencia. Una vez remitida la petición de reagrupación, el solicitante será citado para la realización de una entrevista personal en la embajada o consulado Sueco más cercano. La Junta de Inmigración Sueca (*Migrationsverket*) podrá establecer requisitos y verificaciones adicionales y decidirá sobre la pertinencia de la solicitud.

En los casos en los que la esposa hubiera convivido en el país de origen durante un periodo superior a los 2 años, normalmente se le expedirá un certificado de residencia permanente. En los demás supuestos, la Junta de Inmigración suele conceder un permiso de residencia válido por una duración de 12 meses y en algunos casos por 6 meses. El permiso de trabajo se expide de forma automática para todas aquellas personas que lleguen a territorio Sueco y se encuentren en

---

<sup>928</sup> Migration in the UK, Economic and Social Research Council <http://www.regard.ac.uk/ESRCInfoCentre/facts/index1.aspx>

<sup>929</sup> Según las estadísticas de la Junta Sueca de Inmigración, el número de permisos de residencias por vínculos familiares se ha multiplicado por cuatro en los veinte últimos años pasando de 6.969 en el periodo 1980-1985 a 24.553 sólo en el 2003. <http://www.migrationsverket.se/pdfiler/statistik/tabe4.pdf>

edad de trabajar. Cuando el permiso de residencia temporal expirase se renovará por otro año o seis meses si la pareja todavía convive.

Durante los dos primeros años los cónyuges deberán acudir a la policía dos veces al año, con la finalidad de verificar que su convivencia sigue siendo efectiva, esta medida sólo se aplicara en los casos en que uno de los cónyuges sea extracomunitario.

La duración del procedimiento de reagrupación familiar varía, en función del tiempo de espera establecido en cada embajada o consulado para realizar la entrevista, que puede prolongarse varios meses. Tras la entrevista, serán necesarios todavía un par de meses antes de que la Junta de Inmigración les notifique su resolución. En el caso de que fuera negativa el solicitante podrá apelar ante la misma Junta de Inmigración.

Tras dos años de convivencia en Suecia, y en el caso de que todavía subsista el vínculo matrimonial, la Junta de Inmigración les concederá el permiso de residencia, es lo que se conoce como la “regla de los dos años”. Si la relación matrimonial terminase antes de dicho plazo de dos años, el cónyuge deberá abandonar el país.

## **11. LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE REAGRUPACIÓN.**

El plazo para la transposición de la Directiva finalizó el 30 de octubre de 2005. La Comisión Europea envió su comunicación de 2006 al Consejo y al Parlamento Europeo<sup>930</sup>, sobre la implementación del Programa de la Haya, en la que se detalla la evolución del proceso de transposición de los instrumentos legales adoptados en los ámbitos de justicia, libertad y seguridad. En relación con la aplicación de la Directiva 2003/86, señala que la República Checa, Grecia, España, Italia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Austria, Polonia, Portugal, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia, Suecia y el Reino Unido han adoptado medidas de

---

<sup>930</sup> SEC(2007) 897 de 3 de julio de 2007.

transposición de la misma en sus ordenamientos jurídicos y se las han comunicado. En cambio Bélgica, Alemania, Estonia y Francia han cumplido parcialmente esta obligación y Luxemburgo y Malta todavía no han cumplido este requisito.

A la luz de estos resultados, la Comisión Europea ha interpuesto tres recursos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considerando que Luxemburgo<sup>931</sup>, Malta<sup>932</sup>, Italia<sup>933</sup> y Alemania<sup>934</sup> han incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva, al no adoptar las medidas legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a dicha Directiva o, en todo caso, al no haber notificado tales disposiciones a la Comisión.

Por otra parte, el art. 19 de la Directiva establece que periódicamente y que por primera vez no más tarde de Octubre de 2007 la Comisión debe remitir un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva y proponer aquellas modificaciones que considere pertinentes.

La Comisión por el momento no ha elaborado ningún informe a este respecto. Tras haber contactado con la Comisión, ésta nos ha transmitido que este informe se encuentra en proceso de elaboración y que para la confección del mismo tomará como base el estudio realizado por el *Centre for Migration Law de Nijmegen*.

En este informe bajo el título *The Family Reunification Directive in EU Member States The First Year of Implementation*, tras la consulta con reconocidos expertos nacionales, se realiza un completo análisis sobre la

---

<sup>931</sup> El recurso contra Luxemburgo fue interpuesto el 7 de febrero de 2007. Asunto C-57/07.

<sup>932</sup> El recurso contra Malta fue interpuesto el 15 de febrero de 2007. Asunto C-87/07. DOUE de 14 de abril de 2007.

<sup>933</sup> El recurso contra Italia fue interpuesto el 19 de febrero de 2007. Asunto C-91/07. DOUE de 14 de abril de 2007.

<sup>934</sup> El recurso contra Alemania fue interpuesto el 3 de abril de 2007. Asunto C-192/07. DOUE de 26 de mayo de 2007

transposición y aplicación de la Directiva durante el primer año de su entrada en vigor en los distintos Estados miembros<sup>935</sup>.

Las principales conclusiones que se pueden extraer de este informe son:

En la transposición de esta Directiva por parte de los distintos Estados miembros se puede realizar una distinción en tres categorías:

-Una primera categoría que sería también la más numerosa en la que se incluirían aquel grupo de Estados que han tomado algún tipo de medida legislativa o acción concreta encaminada a la transposición de esta Directiva.

A finales de 2006 se había completado al menos formalmente el proceso de transposición de la Directiva en Austria, Bélgica, República Checa, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Holanda, Polonia, Eslovaquia y Suecia.

-Una segunda categoría más reducida estaría formada por aquellos Estados que hasta finales de 2006 no habían adoptado ningún tipo de medida legislativa para la transposición de la Directiva o éstas se encontraban todavía en fase de proyecto o debate.

En Luxemburgo, Malta y España no se ha llevado a cabo ningún tipo de actividad legislativa relevante para la transposición de esta Directiva.

En España, como en posteriores capítulos se señalará, la normativa en materia de reagrupación familiar fue reformada en noviembre de 2003 sin que se hiciera ningún tipo de alusión explícita en esta reforma al texto de la Directiva.

---

<sup>935</sup> K. Groenendijk, R. Fernhout, D. van Dam, R. van Oers, T. Strik, *The Family Reunification Directive in Eu Member States. The First Year of Implementation*, Centre for Migration Law Nijmegen, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2007.

En otros cuatro países importantes, las normas en esta materia se encuentran todavía pendientes de su aprobación por sus respectivos parlamentos (Chipre o Lituania) o se encuentran en fase de elaboración (Alemania y Portugal).

-Y la tercera y última categoría estaría compuesta únicamente por tres países (Dinamarca, Irlanda y Reino Unido) para los que esta Directiva no es vinculante.

En cuanto a la repercusión de esta transposición y a sus efectos más o menos restrictivos, el informe señala que en 9 de los 25 Estados miembros la Directiva no ha tenido efectos visibles<sup>936</sup>.

En algunos casos porque como antes se ha indicado los Estados no estaban vinculados por esta Directiva como era el caso de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido. En otros porque no se ha realizado todavía la transposición de la Directiva como en Malta, Luxemburgo y España. En algunos porque la transposición se encuentra todavía en fase de discusión como en Alemania y Portugal o porque las autoridades consideraban como en Letonia que no eran necesarios cambios en su legislación nacional ya que las normas que en ésta se contenían eran ya más favorables.

Por otra parte, se puede sostener que en la gran mayoría de los 14 países donde si se han producido cambios en su legislación para adaptarse a esta Directiva estos tienen como efecto dotar a la legislación nacional de un carácter más liberal. Algunos ejemplos de esta tendencia se aprecian en la legislación de países como Austria, República Checa, Estonia, Finlandia, Hungría, Italia, Eslovaquia y Suecia.

---

<sup>936</sup> K. Groenendijk, R. Fernhout, D. van Dam, R. van Oers, T. Strik, *The Family Reunification Directive in Eu Member States. The First Year of Implementation*, Centre for Migration Law Nijmegen, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2007, pp. 59-71.

Finlandia, Italia y Suecia han liberalizado sus normas para la admisión de menores y Austria, Finlandia e Italia han ampliado el acceso al empleo de los miembros reagrupados.

En otros países como Bélgica y Polonia el número de modificaciones de carácter liberal se igualan a las de carácter restrictivo.

En cambio en otros tres países como en Francia, Lituania y Holanda predominan los cambios de carácter restrictivo. En estos tres países por ejemplo se ha introducido o se ha aumentado la edad mínima que deben tener los cónyuges para poder acceder a la reagrupación. Además en Francia se ha incrementado el periodo de espera previo y se han endurecido las condiciones para acreditar la disposición de una vivienda y de los ingresos exigidos.

El informe también señala que parece que la Directiva ha tenido como efecto general lograr una mayor armonización de las legislaciones nacionales en materia de inmigración. La Directiva ha reducido las diferencias entre estas legislaciones al menos en cuatro modos:

- En primer lugar al introducir unos standards mínimos en un amplio número de cuestiones. Muchos Estados por primera vez disponen de un conjunto de reglas claras y detalladas sobre el derecho a la reagrupación familiar. Además estos standards mínimos de la Directiva actúan como barreras o argumentos contra el intento de adoptar medidas políticas más extremas.
- En segundo lugar las cláusulas standstill de la Directiva (art. 4.1 en relación con los hijos de más de 12 años, el art. 4.6 respecto a los hijos que tengan entre 15 y 18 años y art. 8.2 establecimiento de un periodo de espera en función de la capacidad de acogida del Estado) no podrán ser utilizadas por un Estado miembro, en el caso de que estas normas no estén vigentes en sus legislaciones a la entrada en vigor de la Directiva el 3 de Octubre de 2007. Estas cláusulas standstill imposibilitan que otros Estado miembros

introduzcan medidas más restrictivas en sus respectivas legislaciones en estos aspectos.

- En tercer lugar, las disposiciones que permiten a los Estados formular excepciones específicas han servido de ejemplo a los legisladores de numerosos países.
- En último lugar, la ausencia de un cláusula standstill general ha permitido que algunos Estados miembros reduzcan a un nivel mínimo o incluso más bajo todavía los standards nacionales exigidos por la Directiva como en Bélgica, Holanda, Francia y Alemania.

En general el primer y segundo mecanismo han producido una armonización de las legislaciones nacionales a un nivel más alto que antes. El tercero y cuarto mecanismo en su conjunto han supuesto una reducción de las diferencias entre los Estados miembros, pero también una disminución del nivel de derechos garantizados por la normativa nacional si se compara con la existente anteriormente. Este último sería por ejemplo el caso de Francia y Holanda.

Para finalizar el informe señala como el principal logro de la Directiva la adopción de normas vinculantes en el ámbito del derecho a la reagrupación familiar y como su principal debilidad la adopción de una noción restrictiva de familia, el amplio margen de apreciación atribuido a los Estados miembros y la aproximación de mínimos de esta regulación.

## **CAPÍTULO IX**

### **EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

De los tres sistemas posibles para reconocer derechos a los extranjeros en un ordenamiento jurídico (equiparación, reciprocidad y discriminación), España ha optado por el más favorable: la equiparación<sup>937</sup>. La consideración de los extranjeros en la Constitución Española, a través del art. 13, es uno de los exponentes contemporáneos más representativos de la atribución de derechos constitucionales más allá de la condición de ciudadanía, sitúandolos de esa manera en la órbita de auténticos derechos humanos. Con ello se confirma que la última gran revolución política en España no consistió en invocar los derechos del ciudadano sino en proclamar la plenitud de los derechos humanos<sup>938</sup>.

En este capítulo vamos a profundizar en las consecuencias de este planteamiento con relación a la proclamación de la vida familiar como derecho fundamental, también de los extranjeros, en el ordenamiento jurídico español, y lo que se deriva de esta afirmación en cuanto a la exigencia de considerar la reagrupación familiar como un derecho fundamental en cuanto manifestación necesaria de ese derecho fundamental a la vida en familia. Por ello, analizaremos desde una perspectiva crítica cómo se ha plasmado legislativamente la reagrupación familiar en nuestra actual ley de extranjería, resaltando los aspectos no coherentes con su genuina naturaleza de derecho fundamental y planteando, a su vez, los presupuestos de lo que

---

<sup>937</sup> I. Borrajo; "El status de los extranjeros", *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*,; 1ª ed, Civitas, Madrid, 1991, pp. 697-766.

<sup>938</sup> A. Machado; *Obra completa*, Vol. II, Espasa-Calpe, Madrid, 1989, p. 1771.



constituiría, a nuestro juicio, el eje de una regulación coherente del derecho.

### **1. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA LEY ESPAÑOLA DE EXTRANJERÍA (LOE 8/2000).**

La Constitución, como vimos, hace una remisión a *la ley* para la regulación de los derechos de los extranjeros en nuestro ordenamiento jurídico. La norma que actualmente contiene dicha regulación es la *Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social* (LOE 8/2000, de 2 de Diciembre)<sup>939</sup>.

La LOE 8/2000, de 2 de Diciembre (BOE de 23 de Diciembre), es el tercer texto legal promulgado con posterioridad a la Constitución española en la materia, aunque no es propiamente la tercera de las leyes de extranjería sino, más adecuadamente, una reforma, menos puntual de lo que cabría esperar, de la LOE 4/2000, de 11 de Enero<sup>940</sup>, que sustituyó a la anterior LOE 7/1985.

Veinte son los artículos que esta norma dedica, en su Título preliminar y Título primero, a la regulación de los derechos de los extranjeros en nuestro país; estructurados en cuatro capítulos: derechos y libertades de los extranjeros; reagrupación familiar; garantías jurídicas; y medidas antidiscriminatorias. Esta situación contrasta con los apenas seis artículos que la LOE 7/1985 dedicaba a la regulación de estos derechos, lo que evidencia que la realidad de la inmigración actualmente

---

<sup>939</sup> Una norma que posteriormente ha sido de nuevo modificada, tal y como a continuación se señalará, mediante la Ley 11/2003 y 14/2004 Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOE), como consecuencia de una sentencia del Tribunal Supremo que afecta directamente a algunos aspectos relacionados con la reagrupación familiar.

<sup>940</sup> A. Ballester; "La Ley de extranjería: Nuevos y Viejos problemas jurídicos laborales de la inmigración"; *Arxius de Ciències Socials*, nº 5 noviembre 2001, Valencia, p. 183.

es sensiblemente diferente a la que informó la regulación de 1985<sup>941</sup>. Sus aspectos más relevantes son los siguientes:

### **1.1. Ámbito de aplicación.**

En el artículo 3 de la LOEXIS bajo el título “*Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas*” se regulan los criterios generales que presidirán el reconocimiento e interpretación de los derechos fundamentales de los extranjeros en nuestro país. Este precepto dice así<sup>942</sup>:

*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 ejercerán 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.*

---

<sup>941</sup> Ibidem

<sup>942</sup> El texto del artículo coincide con el de la enmienda presentada por el GP Popular al art. 3 LO 4/2000 cuando el texto aprobado por el Congreso se remitió al Senado en noviembre de 1999. BCGG, SENAGO, nº 44 © Cong. Diput, Serie B, nº 330, 10 diciembre de 1999. Con ello, el precepto sería correcto desde el punto de vista técnico jurídico y sería respetuoso con la doctrina del TC. En este sentido también se pronuncia el Informe que el CGPJ ha presentado al Proyecto del Gobierno. Sin embargo, no consideramos acertada la justificación de la enmienda, basada en la incoherencia del art. 3.1 LO 4/2000 con la Constitución. En nuestra opinión la Constitución, en su art. 13.1, no instituye la diferencia entre nacionales y extranjeros, sino que remite a la ley y a los Tratados. Los Tratados son siempre norma mínima a pesar de que algunos establezcan previsiones específicas para los extranjeros, la ley podrá optar por un régimen de equiparación total entre nacionales y extranjeros. Lo que resultaba incoherente en el texto del art. 3.1 LO 4/2000 es el intento de conciliar una declaración de igualdad de trato junto a las particularidades que presenta la propia ley.

*3. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables*<sup>943</sup>

El primer párrafo de este precepto fue modificado por la LOE 8/2000, reforma que fue duramente criticada, ya que en su redacción originaria establecía una directa equiparación entre los derechos reconocidos a los extranjeros y los de los españoles, sin hacer ninguna distinción según su situación administrativa<sup>944</sup>. Así pues, el precepto antes de ser modificado preveía el goce de estos derechos en igualdad de condiciones con los españoles<sup>945</sup>. Con ello se planteaban dos problemas: por una parte, no se indicaba a los Tratados como fuente normativa para los extranjeros, pese a que dicho carácter fuera deducible del art. 13.1 Constitución y, por otra, la literalidad del artículo era un tanto confusa<sup>946</sup>. De un lado, declaraba que los extranjeros gozaban de los derechos *en igualdad de condiciones que los españoles*, pero a continuación el contenido de estos derechos se limitaba según *los términos establecidos en esta Ley Orgánica*; de suerte que, como en la ley se establecían expresamente

---

<sup>943</sup> Apartado añadido por la LO 14/2003 de 20 de noviembre.

<sup>944</sup> La derogada Ley de Extranjería establecía lo siguiente:

*Artículo 3. Igualdad con los españoles e interpretación de las normas: 1. Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecido en esta Ley Orgánica,*

*los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos.*

<sup>945</sup> J.M. Ruiz De Huidobro; " El régimen legal de la inmigración en España: el continuo cambio", *Migraciones* 9(2001), p. 85. El precepto recogía explícitamente el principio de equiparación entre españoles y extranjeros con fuerte intensidad ( la rúbrica del artículo era rotunda: igualdad con los españoles) y expansiva potencialidad, que alcanzaba no sólo a los derechos recogidos en el Título I de la Constitución, sino también a las garantías del administrado. Provocaba, por si mismo, la desaparición de todas aquellas previsiones de discriminación que afectarían a los extranjeros y dejaba establecido hacia el futuro que sólo por Ley Orgánica podrían introducirse nuevas discriminaciones.

<sup>946</sup> Así lo ha criticado también P. Santolaya, (dir) en AA.VV, *Comentarios a la nueva Ley de extranjería*, 2ª ed, Lex Nova, Valladolid , 2002, pp. 45 y ss y 123-142.

diferencias de trato, la igualdad de condiciones ya no era tal<sup>947</sup>. La interpretación sensata era considerar que la ley había querido introducir el principio de equiparación entre nacionales y extranjeros, principio que hasta el momento no se podía derivar de norma alguna. De esta manera, desaparecían los derechos que el legislador podría regular de distinta forma según se tratase de españoles o extranjeros<sup>948</sup>.

De ahí que la reforma operada por la LOE 8/2000 haya sido criticada por el carácter restrictivo que introduce en cuanto al reconocimiento de los derechos atribuidos a los extranjeros en nuestro país, suponiendo un paso atrás en la consideración del carácter universal de los derechos del hombre. El Gobierno justificó la necesidad de esta reforma, en el peligro que supone para el Estado español una Ley como la LOE 4/2000, que por su carácter abierto generaba un importante efecto llamada. Pero, del análisis de este precepto, podemos extraer como conclusión que, si aunque en principio la intención de nuestro legislador era limitar los derechos que poseen los extranjeros en nuestro país, tal y como ha hecho al vincular el ejercicio de un gran número de estos a la residencia legal en España, su poder no es absoluto, ya que el ordenamiento internacional del que España es parte, como ya hemos apuntado, limitará el poder de discriminación del legislador en cuanto al reconocimiento de derechos a los extranjeros y se presentará como una garantía muy importante en el reconocimiento de estos derechos a los inmigrantes, con independencia de su ulterior configuración legal en el ordenamiento jurídico nacional.

Del análisis del primer apartado del art. 3 de la LOE 8/2000 parece desprenderse que el disfrute de los derechos y libertades de los extranjeros sólo será *interpretado* atendiendo a los términos de la propia

---

<sup>947</sup> En el mismo sentido, I.I. Ramos; "Trabajadores extranjeros e integración social", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social (TL)*, nº 54, 2000, pp. 3-56.

<sup>948</sup> M. Tarabini-Castellani, *Reforma y Contrareforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 26-29.

Ley, circunstancia que aumentará la inseguridad jurídica, en condiciones de igualdad con los españoles<sup>949</sup>. Sin embargo, el legislador, en esta interpretación deberá tener en cuenta las SSTC de 6 de mayo y 7 de julio de 1983, donde el TC establece *que las leyes deben ser interpretadas de la forma más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales y de conformidad con la Constitución*<sup>950</sup>. La indeterminación que caracteriza algunos puntos de la ley, que propicia en determinados supuestos la discrecionalidad al ser interpretados y aplicados por la Administración, tal y como veremos más adelante, se utiliza con frecuencia a lo largo de esta norma por el legislador con la finalidad de restringir ciertos derechos y de esta forma limitar injustificadamente los ya escasos derechos que se les reconocen a los extranjeros.

## **1.2. Criterios interpretativos.**

*3.2. 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.*

El art 3.2 introduce una primera referencia aparentemente redundante (por cuanto ya recogida en el propio art. 10.2 de la Constitución), pero significativa y esclarecedora de la filosofía equiparadora de la versión originaria de la Ley<sup>951</sup>. Modificados ahora los

---

<sup>949</sup> J.M. Campo; *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Civitas, Madrid, 2001 p. 58.

<sup>950</sup> STC 34/1983 de 6 de mayo y STC 64/1984 de 21 de mayo.

<sup>951</sup> El art. 3.2 establece respecto a la interpretación que: *las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de*

principios básicos sobre los que se asienta la LOE 4/2000, el precepto ve alterados sus objetivos y razón de ser, convirtiéndose en un instrumento de flexibilización en la aplicación de la ley, cuyo alcance es indeterminado<sup>952</sup>. Es preciso destacar que tal remisión obligaría al legislador y a la Administración a atender a la condición de la persona y su dignidad más que a cuestiones de nacionalidad, circunstancia que es de dudoso respeto y aplicación en la reforma introducida por la LOE 8/2000.

Otro aspecto polémico es la introducción de dos criterios de interpretación: en el primer apartado, es la Ley (*como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercerán los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles*); y en el segundo, como hemos visto, son los Tratados y acuerdos internacionales vigentes. La resolución de esta doble remisión interpretativa resulta de vital importancia, habida cuenta de lo restrictivo que resultaría una interpretación de los derechos conforme a la LOE 8/2000 dejando fuera a los Tratados internacionales, donde prima la dignidad persona frente a las cuestiones de nacionalidad<sup>953</sup>. Esto hace que nos planteemos la posibilidad de invocar la existencia de un criterio de jerarquía entre los Tratados internacionales y las leyes internas.

En este sentido, el art. 96.1 CE, en relación con el art. 9.3 CE, impide que una ley interna pueda contradecir, modificar o alterar el contenido de una norma establecida en un Acuerdo Internacional, en virtud de la supralegalidad de los Tratados (que no significa supraconstitucionalidad)<sup>954</sup>. La supralegalidad de los Tratados, junto a los

---

*signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.*

<sup>952</sup> C. Esplugues y M. De Lorenzo, *El nuevo régimen de la inmigración en España*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.49.

<sup>953</sup> J.M. Campo, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, cit., p. 62

<sup>954</sup> J.L. González Campos; *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, Madrid, 1999 pp. 275 y ss y J.A. Pastor Ridruejo; *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, cit. pp. 177 y ss

límites impuestos por éstos, determinaría la exigencia de acudir, en la interpretación de los derechos de los extranjeros, a los Tratados internacionales; sólo cuando haya algún aspecto no previsto en ellos, se podría acudir al desarrollo más restrictivo previsto por la LOE 8/2000, en las condiciones fijadas en el apartado 1 del art. 3. A estas consideraciones cabe sumar las *Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere*, donde se señala que debe garantizarse un trato justo a los nacionales de terceros Estados y el reconocimiento de derechos y obligaciones comparables a los ciudadanos de la Unión<sup>955</sup>.

Conviene resaltar la referencia que realiza este precepto a la interpretación de los Derechos de los extranjeros, "*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*"<sup>956</sup>. Esta mención ya aparecía antes de la reforma y permanece ahora invariada, alusión que podría marcar, de alguna manera, las pautas de lo que ha de ser el proceso de integración del extranjeros en España, pudiéndose convertir en un futuro próximo en una auténtica cláusula de salvaguardia<sup>957</sup>. Se proclama, así, que los derechos humanos son un patrón cultural cuya aceptación y respeto constituye la base de la integración de los extranjeros<sup>958</sup>. En conclusión, este precepto, a pesar de que la reforma ha restringido su regulación, sigue constituyendo hoy por hoy la guía que hay que seguir en la interpretación de la Ley de Extranjería y en concreto de los derechos y libertades de los extranjeros en nuestro país.

---

<sup>955</sup> Puntos 18 y 21 de las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Finlandia los días 15 y 16 de octubre de 1999.

<sup>956</sup> Criticado por J. De Lucas; "7 modestes proposicions sobre la nova Llei d'extranjería", en *Món Jurídic* nº 147, marzo 2000.

<sup>957</sup> C. Esplugues y M. De Lorenzo, *El nuevo régimen de la inmigración en España*; cit, p.50.

<sup>958</sup> M. Tarabini-Castellani; *Reforma y Contrareforma de la Ley de Extranjería*, cit, pp. 26-29

### **1.3 Derechos reconocidos.**

En lo tocante a los derechos, la LOE 8/2000 se aleja de la LOE 7/1985 por su mayor extensión cuantitativa y cualitativa. Frente a los 7 artículos que la antigua Ley de Extranjería dedicaba a la regulación de estos derechos, la actual dedica 20, prácticamente una cuarta parte del articulado. Con ello, se pretende superar la idea de excepcionalidad de la extranjería, subyacente en la antigua Ley, y determinante de que su regulación se centrara en los permisos de residencia y trabajo, sin atender eficazmente a la dimensión *integradora*, esencial al abordar la problemática de la inmigración en la actualidad<sup>959</sup>. La Ley 8/2000 no recoge expresamente todos y cada uno de los derechos que el ordenamiento jurídico español reconoce a los extranjeros; sólo se refiere expresamente a algunos de ellos. En este sentido, podemos hacer una triple distinción:

*a) Derechos independientes de la situación administrativa del extranjero*

Los derechos reconocidos a todo extranjero, con independencia de su situación administrativa, son: el derecho a no ser discriminado y derechos derivados de una protección judicial adecuada (art. 20); derecho de los menores a la educación obligatoria (art.9); derecho a la asistencia sanitaria (art. 12.2, 3 y 4); derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (art. 14); derecho a la documentación (art.4 ) y derecho a transferir ingresos y ahorros, y a la asistencia jurídica gratuita en caso de denegación de entrada, devolución, expulsión y asilo (art. 22.1). Durante la corta vigencia de la LO 4/2000, la gratuidad de la asistencia jurídica y del derecho a la educación no tenían restricciones. Tras la Ley 8/2000, los extranjeros indocumentados sólo tienen el derecho a la asistencia jurídica gratuita en determinados procedimientos.

---

<sup>959</sup> C. Esplugues y M. De Lorenzo, *El nuevo régimen de la inmigración en España*, cit, p.59.



La asistencia jurídica gratuita automática al inmigrante queda limitada por los mismos condicionantes que la asistencia jurídica gratuita a los nacionales (acreditación de carencia de recursos económicos)<sup>960</sup>. Por su parte, el derecho a la educación (sólo la obligatoria) corresponde únicamente a los menores.

*b) Derechos cuyo ejercicio requiere la residencia legal del extranjero*

Sólo los que residen legalmente en el territorio español tendrán derecho a la libertad de circulación (art. 5.1); a determinados supuestos de participación pública (art. 6); a ejercitar los derechos de reunión y manifestación (art. 7); a asociarse (art. 8); al trabajo (art. 10); a la sindicación y la huelga (art. 11); a las ayudas en materia de vivienda (art. 13); a las prestaciones de la Seguridad Social y a los servicios y prestaciones sociales (art. 14.1 y 2); a reagrupar a determinados familiares en España (art. 16.2) y a la asistencia jurídica gratuita (art. 22.2). No procede reproducir aquí el excursus doctrinal sobre la diferencia entre titularidad y ejercicio de los derechos (implícitamente contenida en la jurisprudencia constitucional, en sus STC 107/1984 y STC 11/1981). En todo caso, la LOE 8/2000 ha plasmado plenamente esta dicotomía, reconociendo la titularidad universal de los derechos pero restringiendo su ejercicio sólo a los extranjeros en situación regular. La versión anterior de la Ley sí proclamaba estos derechos para todo extranjero, la regulación actual al restringir el ejercicio sólo a quienes se hallen legalmente en nuestro país, en la práctica niega esos derechos a quienes se encuentran en una situación irregular<sup>961</sup>.

---

<sup>960</sup> Art. 22 Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social

<sup>961</sup> M. Tarabini- Castellani; *Reforma y Contrareforma de la Ley de Extranjería*, cit, pp. 26-29.

**c) Derechos de los extranjeros en situación "irregular"**

A pesar de que los extranjeros sin autorización para estar en España no puedan ejercer los derechos mencionados en el apartado anterior, la ley no ha previsto sanciones o medios específicos para impedir su ejercicio a los "irregulares". Muchos de los derechos anteriormente citados, como hemos dicho, centraron la mayor polémica en el debate de la contrarreforma, precisamente por su vinculación a una situación administrativa de residencia legal<sup>962</sup>. Sobre todo, a la vista de que el *Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares*, de 18 de diciembre de 1990, reconoce derechos a los extranjeros en situación irregular entre los que se encuentran, por ejemplo, el derecho de reunión, asociación y afiliación a sindicatos (art. 26). Este Convenio no ha sido firmado por España, pero marca una tendencia internacional que es importante reflejar<sup>963</sup>. De él se deduce, también, que la limitación en el ejercicio de estos derechos silencia a los *sin papeles* frente a la sociedad y, en última instancia, frente a los poderes públicos lo que, como acertadamente apuntó el CGPJ, "no deja de producir preocupación" (sic)<sup>964</sup>. No hemos de olvidar, por otra parte, que se trata de derechos que la anterior LO 4/2000 reconocía a todos los extranjeros.

---

<sup>962</sup> Así, en la tramitación parlamentaria de la contrarreforma, durante la presentación de enmiendas, numerosos grupos parlamentarios adujeron que la limitación de estos derechos era contraria a los Convenios Internacionales, Ver BOCG, Congreso de los Diputados, serie A. 18 octubre de 2000, nº 12-5. Por ejemplo, enmiendas nº 68, 116, 117, 118, 250, 293, 294, 296, 331, 332. Otros grupos apelaban directamente a la Constitución y consideraban que el proyecto presentado era contrario a ella, ver enmiendas nº 149, 150, 153, 246, 247. Lo cierto es que casi todos los grupos parlamentarios enmendaron los artículos referidos a estos derechos.

<sup>963</sup> M. Rodríguez-Piñero; "Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante", *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica (R.L.)*, nº 8, 2001, p. 12, señala que la contrarreforma choca con las tendencias a nivel internacional en materia de protección de los Derechos Humanos y con la evolución en la interpretación de éstos como manifestaciones de libertad y autonomía que la CE reconoce, en principio, al margen de la nacionalidad a todo trabajador que se encuentre en España.

<sup>964</sup> En el Informe sobre el Proyecto de reforma de la LO 4/2000, pág. 26.

Esto significa que hay determinados derechos, cuyo ejercicio se restringe a extranjeros residentes legales, pero sobre los cuales seguramente prevalecerá su titularidad universal, con independencia de la situación irregular. Entre ellos: la libertad de reunión y de manifestación, la libertad de asociación (aunque la promoción de asociaciones puede ser más discutible), la libre sindicación y el derecho de huelga.

Entre los derechos reconocidos a todos los extranjeros, el de asistencia sanitaria requiere el empadronamiento. Exigencia que provoca cierta perplejidad, puesto que muchos consideran que sólo los residentes legales pueden empadronarse, sobre todo tras la LO 4/2000 en la que muchos de los derechos reconocidos se sometían a ese procedimiento<sup>965</sup>. Por su parte, los residentes empadronados contarán con el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 12.1).

Del resto, todos los extranjeros menores de 18 años reciben un trato privilegiado, equiparándose su régimen a la asistencia sanitaria de los españoles. En último lugar, las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán, en todo caso, derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.

En definitiva, la principal característica del Título Primero de la LOE 8/2000 consiste en simplificar la titularidad de los derechos en torno a dos bloques: los correspondientes a los inmigrantes en situación de residencia legal y los que no están en esa situación, reduciendo considerablemente el número de los correspondientes a éstos últimos y eliminando prácticamente la figura del extranjero empadronado

---

<sup>965</sup> Además del derecho a la asistencia sanitaria (art. 12 LO 4/2000) estaban el derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 20 LO 4/2000) y a las ayudas en materia de vivienda (art. 13 LO 4/2000).

(excepción hecha del derecho a la asistencia sanitaria)<sup>966</sup>. Finalmente, el aspecto más relevante de este Título es el que hace referencia a la nueva regulación del derecho a la reagrupación familiar (a continuación lo analizaremos detalladamente), cuyo alcance se reduce considerablemente<sup>967</sup>.

## 2. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL<sup>968</sup>.

Algunos autores afirman que la redacción actual de la Constitución, donde no se reconoce de forma explícita el derecho a la vida en familia, impide que se pueda sostener la fundamentación de un derecho constitucional a la vida en familia sobre el que cimentar el derecho de

---

<sup>966</sup> Cuya redacción en el art. 12 resulta inalterada por la LOE 8/2000: Art. 12 *Derecho a la asistencia sanitaria*. 1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

<sup>967</sup> A. Ballester; "La Ley de extranjería: Nuevos y Viejos problemas jurídicos laborales de la inmigración", cit , p. 184.

<sup>968</sup> En la confección de este epígrafe se han consultado los manuales que a continuación detallamos y a los que nos remitimos para cualquier ampliación de la materia: A. Rodríguez Benot y C. Hornero Méndez, C; *El nuevo Derecho de extranjería*; Comares, Granada; 2001, pp. 97-143; E. Ortega; *Manual práctico de derecho de extranjería*; 3ª ed, Europea de Derecho; Madrid, 2001; M. Tarabini-Castellani; *Reforma y contrarreforma de la Ley de extranjería*, cit pp. 135-140; R. Moliner; "Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España"; *Actualidad Civil* nº 14, 2001, pp. 487-519; L. Cuadra; "Derecho a la Reagrupación Familiar en la legislación española"; *Aequalitas*, nº 6, 2001, pp. 28-33; P. Aguelo Navarro, y A. Álvarez Rodríguez; *Normativa comentada sobre derecho de extranjería*; Lex Nova, Valladolid 2001, pp.44-49; C. Sánchez-Rodas; *Extranjeros en España; Régimen jurídico*; Laborum, Murcia, 2001, pp. 50-53; F. Marcos y M.F Massó; *Nuevo régimen de extranjería*; La Ley, Madrid, 2001, pp. 92-101; C. Esplugues y M. De Lorenzo; *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*; cit., pp.70-75; C. Esplugues (et alii), *Nacionalidad y Extranjería*, 3ª ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp.139-159; J.J. Ezquerro, "El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable", cit.; M. Moya (et alii), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*; Comares, Granada, 2001, pp. 673-708; Aja, E (coord.) (et alii): *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp.136-144; A. Álvarez Rodríguez, "La nueva ley de extranjería", *Migraciones*, nº 7, junio 2000, pp.89-136; P. Charro y J.M. Ruiz De Huidobro; " La Ley Orgánica 4/2000: análisis técnico jurídico de sus principales novedades", *Migraciones*, nº 7, 2000, pp. 7-56; P. Gómez Crespo;"Gestación y puesta en práctica de la reagrupación familiar", *Migraciones*, nº 5, 1999.

reagrupación familiar<sup>969</sup>. Estiman por lo tanto, que la protección constitucional del derecho a vivir en familia en nuestro ordenamiento puede considerarse como *débil e indirecta*, y resaltan que es curioso que se pueda llegar hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por una violación del derecho a la vida en familia y que, sin embargo, tal reclamación no sea susceptible de recurso de amparo ante nuestro Tribunal Constitucional.

Esta tesis fue además corroborada en un primer momento por la jurisprudencia, así la Sentencia de 23 noviembre 1999, núm. 829/1999, de la Audiencia Provincial de Sevilla, afirma que la Constitución no reconoce un derecho fundamental a la familia, justificándolo de la siguiente forma *“la familia no es un bien constitucional en el sentido de derecho fundamental, y menos la tradicional integrada por padre y madre: la Constitución sólo contiene una referencia a la familia cuando habla del derecho a la intimidad personal y «familiar», no existe pues, como del individuo, un derecho fundamental a la familia, y menos a la tradicional, pues a lo sumo el art. 39 de la Constitución contempla la protección social, económica y judicial de la familia, y en todo caso sin definir el modelo familiar”*.

Frente a esta postura, existe una nueva tendencia doctrinal, que compartimos, que afirma que sí que se puede reconocer un derecho fundamental a la vida en familia en nuestra Constitución<sup>970</sup>.

Esto exige hacer unas aclaraciones previas. La negación de un derecho fundamental a la familia se apoya en el tenor del artículo 39 de

---

<sup>969</sup> R. Moliner; “Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España”, cit. pp. 487-519.

<sup>970</sup> Y. Gómez; *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, cit. pp. 285-304 y L. Cuadra Fernández, “Derecho a la Reagrupación familiar en la legislación española”, cit. p. 29 y en el documento *“Sugerencias de Izquierda Unida en torno a la Inmigración y el Derecho de asilo en España”* se destaca la necesidad también de contemplar la reagrupación familiar como un derecho fundamental.

la Constitución<sup>971</sup>, sin embargo, la afirmación de la existencia de tal derecho debe buscar su fundamento en el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del art.18 Constitución<sup>972</sup>, interpretado de una manera amplia, ya que en el mismo no se reconoce explícitamente un derecho a la reagrupación familiar<sup>973</sup>.

El derecho a la reagrupación familiar, como luego más adelante se verá, se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 16 de la LOE, en este precepto se realiza un triple reconocimiento, el derecho a la vida en familia, el derecho a la intimidad familiar y el derecho a reagrupar<sup>974</sup>.

A este respecto mientras un sector doctrinal considera que este precepto recoge un único derecho fundamental a la vida en familia y a la intimidad familiar reconocido en el art. 18 CE<sup>975</sup>, otros consideran que sería necesario encontrar un fundamento más sólido para categorizar en toda su dimensión un derecho fundamental a la reagrupación familiar<sup>976</sup> y afirman que la distinción entre derecho fundamental a la intimidad familiar

---

<sup>971</sup> Aunque a este respeto hay que señalar que el carecer orgánico del reconocimiento legislativo otorgado al derecho a la vida en familia supone una primera aproximación a la posible consideración de derecho fundamental, pues si el legislador no lo hubiera considerado así, lo habría incluido en la relación de artículos no orgánicos de la Disposición Final 4ª LOE. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*, cit. p. 24

<sup>972</sup> Este derecho se encuentra encuadrado por la doctrina más autorizada entre los derechos de la personalidad. Preámbulo de la LO 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 núm. 115, de 14 .05.1982), modificada por LO 3/1985, LO 5/1992 y LO 10/1995.

<sup>973</sup> El derecho a la reagrupación familiar no es un derecho constitucional sino legal, pues sólo aparece reconocido en el artículo 16.2 LOE. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*, cit. p. 26.

<sup>974</sup> *ibidem*.

<sup>975</sup> E. Aja *La nueva regulación de la inmigración en España*, cit. pp. 136-145; F. Alonso; "El Derecho a la Reagrupación Familiar de los Extranjeros. Innovaciones introducidas por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre", en *La Ley*, núm. 6006, de 28 de abril de 2004, pp. 1-3; I. Arriaga, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit. p. 287; L. Moreno Blesa, "Reagrupación familiar", en J.M. Campo (Coord)., *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 139-154.

<sup>976</sup> R. Moliner; "Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España", cit. pp. 487-519.

y el derecho a la vida familiar en cuanto principio rector, del que la reagrupación familiar sería un mero derecho instrumental, parte de su contenido<sup>977</sup>.

Pero a este respecto hay que añadir que y tal y como ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones la jurisprudencia, este artículo puede ser considerado como el equivalente en nuestro ordenamiento al art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia de 24 de mayo de 2001 configura este derecho como *un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana* y establece una correspondencia entre este artículo y el art. 8 del CEDH.

Además, parece ser que nuestro legislador ha querido seguir esta última postura al establecer la regulación del derecho a la reagrupación familiar en nuestro ordenamiento jurídico. Así pues, en el Capítulo II del Título I relativo a los derechos y libertades de los extranjeros de la Ley 8/2000, en su artículo 16, titulado *Derecho a la intimidad familiar*, se reconoce el derecho de los extranjeros residentes en España a la vida en

---

<sup>977</sup> M. Moya, "El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de extranjería", en *La Ley*, (D-25 vol.1), núm. 4982, 2000, de 1 de febrero, pp. 1691-1703, p. 1693; J. L. Gómara (et alii), "Prontuario de Extranjería", *DAPP Publicaciones Jurídicas*, Pamplona, 2005, pp. 243-247; P. Santolaya, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, cit., pp. 13-62; M. González Beilfuss, "El reagrupament familiar", en *III Simposi OBSEI (Observatorio de la evolución de las instituciones) Les actuacions públiques en l'àmbit de la immigració: Entre el control dels fluxos migratoris i la integració social*. Barcelona, 7 i 8 de juny, 2004; S. García Vázquez, "Derechos y libertades de los extranjeros en España: el derecho a la reagrupación familiar", *Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, 2003, pp. 439-466; I. García Rodríguez, "The Right to Family Reunification in the Spanish Law System", *Spanish Yearbook of International Law*, núm. VII, (1999-2000) 2003, pp. 1-37; C. Gutiérrez, "El derecho de reunificación familiar del extranjero en España (desde la perspectiva de un internacionalista)", *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 19, (septiembre) 2003, pp. 103-122; M. Aguilar y H. Grieder, "La reagrupación familiar de los extranjeros en España", en A. Rodríguez Benot y C. Homero (coord), *El nuevo Derecho de extranjería*, Comares, Granada, 2001, pp. 97-143; C. Esplugues y M. De Lorenzo, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España: (análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, cit., pp. 70-75.

familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esa Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España.

Incluso el propio Tribunal Supremo, en una reciente sentencia de fecha 20 de marzo de 2003 en la que anula algunos artículos del Reglamento que desarrolla la Ley de Extranjería y sobre la que tendremos ocasión de volver, dada la relevancia que la misma tiene para la materia objeto de este trabajo, en su fundamento jurídico quinto al hablar de la reagrupación en cadena establece lo siguiente: *Máxime cuando la Ley, de acuerdo con lo previsto en el art. 13 de la Constitución, lo configura para su ejercicio por los extranjeros, lo que es un derecho fundamental reconocido en la Constitución (se refiere al derecho a la reagrupación familiar) y a interpretar según las normas internacionales al efecto de las que España es parte (art. 16 de la Ley en relación con el 17.5 Constitución, a la luz del art. 10.2 Constitución y normativa internacional: *verbi gratia*, art. 12 y 16 Declaración Universal, art. 8 Declaración Europea y arts. 9 y 10 Convenio de Naciones Unidas Derechos del Niño<sup>978</sup>).*

De esta forma, tanto la configuración legislativa que del derecho a la reagrupación familiar se ha realizado<sup>979</sup>, así como la interpretación que de la misma ha llevado a cabo la jurisprudencia<sup>980</sup> nos permiten concluir que diversos indicios apuntan hacia la configuración de la reagrupación

---

<sup>978</sup> La cursiva y el subrayado es nuestro.

<sup>979</sup> Tal y como antes se ha señalado el legislador español en el art. 16 de la LOE engarza la reagrupación familiar con el derecho a la intimidad familiar que garantiza el art. 18.1 de la Constitución. H. Losada; "Estatuto Legal de los Extranjeros en España" en A. Palomar (Coord.); *Tratado de Extranjería. Aspectos Cíviles, Penales, Administrativos y Sociales*, Thomson-Aranzadi. Madrid. 2003; p. 219.

<sup>980</sup> Respecto a la cuestión de si el art. 18.1 de la Constitución es aplicable a los extranjeros se ha pronunciado afirmativamente en base a las últimas sentencia dictadas por el Tribunal Constitucional E. Sagarra; *La Legislación sobre Extranjería e Inmigración una Lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, cit., p. 105.



familiar como un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico<sup>981</sup>.

Pero además, existe otra vía que nos permitiría llegar a esta misma conclusión. Nos referimos, a la *vía internacional*, a la función integradora que el derecho internacional ratificado por España desempeña en el ordenamiento jurídico español. En primer lugar cabe entender que la remisión efectuada por el propio artículo 13.1 de la Constitución que establece que *Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que se establezcan en los tratados y la ley*, nos lleva a poder afirmar que la Constitución recoge de forma indirecta, pero no por ello menos válida, el reconocimiento del derecho a la vida en familia, tal y como se recoge en los distintos tratados internacionales y de los que el Estado español es parte. Además, el art. 96 de la Constitución en este sentido dispone que: *los tratados internacionales validamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*. Por lo tanto, resultaría plenamente aplicable en el ordenamiento jurídico español toda la doctrina y jurisprudencia que se deriva del Convenio Europeo de Derechos Humanos que hemos analizado de forma pormenorizada en capítulos anteriores, y de la que podíamos extraer indicios que apuntan la existencia de un derecho fundamental a la vida en familia<sup>982</sup>.

---

<sup>981</sup> E. Ortega Martín a este respecto parte de la base de que el derecho fundamental a la intimidad familiar, como derecho que se tiene a mantener una esfera privacdad 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. Sin embargo 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 art. 18 de la Constitución. E. Ortega; *Manual de Derecho de Extranjería*, cit, p. 10.

<sup>982</sup> C. Sánchez-Rodas; "Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento para su inserción socio-laboral"; *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, pp. 297-314.

De lo expuesto, se puede concluir la existencia de un auténtico derecho fundamental a la vida en familia, que se deriva del reconocimiento de un derecho a la intimidad personal y familiar, y que se apoya en la configuración legislativa que se realiza de la reagrupación familiar y que ha sido reconocida por la jurisprudencia basándose en la interpretación que del mismo ha venido realizando el TEDH<sup>983</sup>. Esta afirmación eliminaría la contradicción existente en nuestro ordenamiento, en el que se puede recurrir ante las instancias Europeas por vulneración del art. 8 y no ante las nacionales. Ciertamente, para su consolidación sería deseable un pronunciamiento de la jurisprudencia constitucional, que confirmara y reforzara la tesis mantenida por el Tribunal Supremo. A la espera de se produzca este pronunciamiento, o se modifique nuestro ordenamiento jurídico para contemplar esta posibilidad, esperamos contribuir con la propuesta y con el análisis que se contienen en este trabajo a proponer modos de interpretación alternativa que son más acordes no sólo con la legislación internacional, sino en último extremo con el respeto hacia la persona humana que debe ser el centro de todo sistema de protección y defensa de los derechos humanos.

---

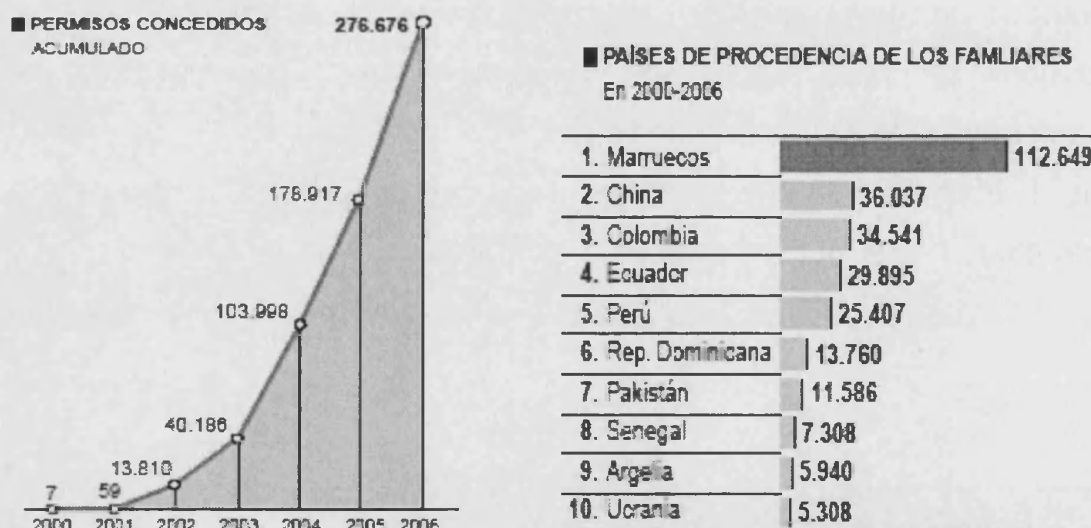
<sup>983</sup> Respecto a la interpretación que debe darse en nuestro ordenamiento a esta jurisprudencia la doctrina se ha decantado unánimemente por una interpretación teleológica, omnicomprendiva tanto del propio Convenio como de su jurisprudencia. A. Poyal; "La Protección de los Derechos Fundamentales en el Derecho Comunitario", *Revista de Estudios Europeos*. Nº 8/1994; p. 97. Llegando incluso 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 España. L.M Bujosa; *Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Ordenamiento Español*, Tecnos, Madrid, 1997; p. 67.

Tesis que parece seguir el Tribunal Constitucional al invocar frecuentemente en sus pronunciamientos las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Algunos ejemplos de estas sentencias son la STC 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. C. Sánchez-Rodas; "Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento para su inserción socio-laboral"; cit., p. 300.

### 3. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LA LOE 8/2000.

La reagrupación familiar se ha convertido, en estos últimos años, en una previsión fundamental de toda Ley de Extranjería. De un lado, por el importante papel que la familia juega en la integración de los inmigrantes; de otro, porque supone hoy día la principal fuente de ingreso legal de extranjeros en el territorio de los países europeos de acogida. En nuestra legislación ha pasado de ser un simple permiso o procedimiento para obtener visados, a contemplarse como un auténtico derecho subjetivo.

De ahí que la reagrupación familiar se haya incrementado exponencialmente en España, pasando en cinco años de 7 casos a la cifra de 276.676 personas a finales de 2006<sup>984</sup>.



En cuanto a su configuración legal, como ya se ha señalado, la LOE 4/2000, de 11 de enero<sup>985</sup>, fue la primera en configurar la reagrupación familiar como un auténtico derecho, ya que hasta este momento se había

<sup>984</sup> El País 15 marzo de 2007, p. 34

<sup>985</sup> Ley 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de enero de 2000); modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE de 23 de diciembre de 2000); por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (BOE de 30 de septiembre de 2003); y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (BOE de 21 de noviembre de 2003).

contemplado en el art.7.2 del *Reglamento de Extranjería* de 1986<sup>986</sup> como un simple procedimiento administrativo para la obtención de un permiso de residencia o de un visado (RD 1119/1986, 26 de mayo<sup>987</sup>, desarrollando la Ley de Extranjería 7/1985<sup>988</sup>). Tal consideración no era, pues, la de un derecho subjetivo<sup>989</sup>. Conviene recordar que los países receptores de inmigrantes se resistían a considerar la reagrupación familiar como derecho, debido a que la inmigración familiar se contemplaba como una migración de asentamiento, mientras que se buscaba potenciar la individual, calificada como una migración de

---

<sup>986</sup> "Podrán solicitar este visado por causa de reagrupación familiar:

- a) El cónyuge de un español o de un extranjero residente en España.
- b) Los hijos menores de dieciocho años o mayores de edad, cuando dependan legal y económicamente de un español o de un extranjero residente en España.
- c) Los menores o incapacitados cuyo representante legal sea un español o un extranjero residente en España.
- d) Los extranjeros que sean ascendientes o descendientes de un español o de un extranjero residente en España.

Los solicitantes deberán probar el grado de parentesco, así como la dependencia económica de los familiares o pupilos que pretendan reagrupar."

<sup>987</sup> BOE, 12 de junio de 1986.

<sup>988</sup> En esta norma la reagrupación familiar no recibía un tratamiento específico. Aunque en su art. 13 y 18.3 K se establecen algunas particularidades en los permisos y en su renovación cuyo fundamento es el vínculo familiar. C. Aprell; *Régimen administrativo de los extranjeros en España (Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados)*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 26 y ss y J.M. Espinar, *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Universidad de Alcalá de Henares, 2001, pp. 15-28.

<sup>989</sup> Ésta se enmarca en el ámbito de las solicitudes de visados y permisos de residencia, en la que se establece un tratamiento preferente y de urgencia para la tramitación de los visados por reagrupación familiar. Aunque en la práctica la nota predominante fue la falta de unidad de criterio en la tramitación de este tipo de visados. P. Charro y J.M. Ruiz De Huidobro, "La Ley Orgánica 4/2000: análisis técnico jurídico de sus principales novedades", cit., p. 42. y A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia; en "artículo 16, Derecho a la intimidad familiar" en C. Esplugues (Coord); *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 434. Posteriormente mediante la Circular conjunta de 1 de julio de 1988 se establecía la posibilidad de autorizar la exención de visado al cónyuge de un español o de un extranjero con permiso de residencia en España, aunque la entrada en vigor del sistema Schengen de visados hizo que pronto la denegación de exención de visados se convirtiera en el principio general, tal y como se establece en la Circular 7/1994, de 28 de julio. R.J. Gisbert; "La exención de visado por matrimonio en la nueva Ley de Extranjería", *Actualidad Administrativa*, nº 21, 2003, pp. 531-541.

La aprobación de un nuevo Reglamento de desarrollo RD 155/96, de 2 de febrero no modificó sustancialmente esta situación y se delegaba en la facultad ministerial el desarrollo de los procedimientos en esta materia. Esta facultad se llevó a cabo por Orden Ministerial de 8 de enero de 1999.

regreso<sup>990</sup>. Este cambio ha supuesto un avance indiscutible y coherente con múltiples valores y consideraciones que ya hemos constatado en capítulos anteriores. Veamos cómo se ha configurado en la legislación actual.

### **3.1. Estructura y contenido del derecho a la reagrupación familiar.**

La configuración del derecho a la reagrupación familiar en la LOE 8/2000 presenta algunas peculiaridades<sup>991</sup>. Quizá la principal sea su ubicación particular y singularizada dentro del Título I de la Ley, constituyendo un capítulo aparte, el Capítulo II, titulado: *“Reagrupación familiar”*. No es, obviamente, irrelevante tal distinción, si no es con el propósito de distinguirlo de los demás derechos fundamentales reconocidos en el Título I y poder así justificar las restricciones a que se lo somete. Más adelante analizaremos esta cuestión. En todo caso, su regulación se realiza a través de 4 artículos<sup>992</sup>: titularidad del derecho (art. 16); familiares reagrupables (art. 17); procedimiento y efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales (art. 18 y 19)<sup>993</sup>.

En estos artículos no se contiene una definición expresa del derecho a la reagrupación familiar (como si se hace en la Directiva Europea 2003/86/CE que ya hemos estudiado<sup>994</sup>); no obstante, de ellos podemos

---

<sup>990</sup> J.J. Ezquerro; “El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable”, cit., p. 179.

<sup>991</sup> El reconocimiento de la misma como derecho a nivel internacional se consolidó en la Conferencia sobre población y desarrollo celebrada en El Cairo en 1994, si bien se limita tal reconocimiento de la reagrupación familiar como derecho ya que su ejercicio de limitará por lo establecido por la legislación de cada país así que no podemos hablar de un reconocimiento universal.

<sup>992</sup> Además esta regulación se completa con lo dispuesto en los arts. 38 a 44 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE nº 6, de enero de 2005, corrección de errores en BOE nº 130, de 1 de junio de 2005).

<sup>993</sup> Estos dos últimos artículos fueron añadidos por la LO 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.

<sup>994</sup> La Directiva define la reagrupación familiar en su art. 2 d) como la entrada y residencia en un Estado miembro de los miembros de la familia de un nacional de un tercer país que resida legalmente en dicho Estado con el fin de mantener la unidad

deducir que la reagrupación familiar se produce cuando se reúnen con una persona residente legalmente en España, los miembros más próximos de su familia residentes en un país distinto, en condiciones más favorables que los demás extranjeros<sup>995</sup>.

A pesar de esta ausencia de definición, la configuración de la reagrupación familiar como un derecho subjetivo supone un cambio cualitativo del que se derivan importantes efectos. Esta configuración supondrá un límite a la discrecionalidad de la Administración y permitirá, tal y como veremos, la obtención de una protección reforzada frente a las decisiones administrativas relativas a la entrada y la expulsión, lo que representa una garantía de seguridad jurídica para el disfrute de la vida familiar de los extranjeros<sup>996</sup>.

A pesar del avance que ello representa, la estricta delimitación del núcleo familiar<sup>997</sup> y la exigencia de unas estrictas condiciones materiales para su ejercicio, suponen un discutido y discutible límite e implican una posible quiebra de la continuidad con que la jurisprudencia había interpretado la noción de familia en materia de exención de visado, así como su valoración flexible de las condiciones materiales<sup>998</sup>.

A continuación analizaremos críticamente todos estos aspectos.

### **3.2. La titularidad del derecho de reagrupación familiar en España.**

#### *Artículo 16 – DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR*

*1. Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de*

---

familiar, con independencia de que los vínculos sean anteriores no posteriores a la entrada del reagrupante.

<sup>995</sup> P. Kayser; "Le regroupement familial dans le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français", cit, p. 235.

<sup>996</sup> A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia; "artículo 16 Derecho a la intimidad familiar", cit. p. 436.

<sup>997</sup> J.J. Ezquerro; "El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable", cit, p. 179.

<sup>998</sup> A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia; "artículo 16 Derecho a la intimidad familiar", cit. p. 442.

*acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España.*

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

*3. El cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él reagrupados conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición.*

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

Bajo el epígrafe general de este artículo, *Derecho a la intimidad familiar*, el legislador delimita en realidad tres derechos. En el párrafo 1, se proclama el derecho de los extranjeros residentes en España *a la vida en familia y a la intimidad familiar*; en el párrafo 2, se reconoce el *derecho a la reagrupación familiar*, y en el tercer apartado del mismo artículo se establece un *derecho autónomo de estos familiares a residir en España pese a no existir propiamente vida familiar*<sup>999</sup>. De este triple reconocimiento, tal y como veremos más adelante, se puede colegir que la Ley española de extranjería reconoce la reagrupación familiar como un derecho fundamental que se deriva necesariamente del derecho fundamental de los extranjeros a la intimidad familiar<sup>1000</sup>.

Centrándonos en el n.2, dedicado a la reagrupación, el texto indica con claridad que el titular del derecho es el nacional de un tercer Estado, residente en España<sup>1001</sup>. Con la regulación anterior de la LO 4/2000,

---

<sup>999</sup> Ibid.; p. 424.

<sup>1000</sup> E. Roca; *Familia y cambio social ( De la << casa >> a la persona )*, cit. pp. 63 y ss.

<sup>1001</sup> De este supuesto, tal y como antes se ha visto, se excluyen a los nacionales de países miembros de la Unión Europea y de los Estados miembros del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (AEEE). También se excluyen de su ámbito de aplicación a los diplomáticos, representantes y funcionarios de organismos internacionales. Aunque en el art. 1.3 LODLEE se señala que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, y de aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitarios, se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación esta ley en aquellos aspectos que pudieran serles más favorables. En

surgió un debate doctrinal acerca de la titularidad del derecho, puesto que podía deducirse de su articulado que la titularidad correspondía también a los familiares reagrupables, lo que podía dar lugar a solicitudes unilaterales de reagrupación, incluso en contra la voluntad del propio reagrupante. La nueva ley atribuye exclusivamente la titularidad del derecho al reagrupante<sup>1002</sup>. Además, el art. 18.2 LOE<sup>1003</sup> impone al reagrupante haber residido legalmente un año en España y tener autorización para residir, al menos, otro año<sup>1004</sup>. Se exige, por tanto, la acreditación de una residencia legal, justificada mediante una autorización administrativa expedida de conformidad con la legislación nacional<sup>1005</sup>. El reagrupante deberá cumplir otras condiciones a este respecto para que se le pueda conceder la renovación de la autorización de residencia<sup>1006</sup>.

---

términos semejantes se establece este carácter supletorio en el apartado 2 del artículo único del RD 2393/2004, de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería. Por otra parte el Real Decreto 178/2003, 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, regula el régimen aplicable a los ciudadanos comunitarios en nuestro país. También se beneficiarán de un régimen especial los refugiados y aquellas personas en especial situación de vulnerabilidad. C. Espulgues (et alii); *Nacionalidad y Extranjería*, cit. p. 89.

<sup>1002</sup> M. Massó Garrote; "Nuevo Régimen de extranjería", *La Ley*, Madrid, Mayo 2001, p. 178.

<sup>1003</sup> El art. 38 del Reglamento de Extranjería establece en términos similares este requisito.

<sup>1004</sup> La Directiva 2003/86/CE en su art. 3.1, tal y como se vio en el capítulo anterior, respecto a este requisito exige una residencia más cualificada ya que además de la validez de la autorización de residencia requiere la perspectiva fundada de obtener una residencia permanente.

<sup>1005</sup> Duración que en el Derecho español equivale a estar en posesión de un permiso de residencia ya renovado, a no ser que el reagrupante esté en posesión de una residencia permanente. A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia; "artículo 16 Derecho a la intimidad familiar", cit. p. 441.

<sup>1006</sup> La exigencia de este requisito permite que en el procedimiento, como a continuación se verá, se contemple la posibilidad de realizar las solicitudes de renovación de la autorización de residencia y la de reagrupación familiar de forma simultánea. Aunque la concesión de la primera de estas dos solicitudes será necesaria para que pueda ser efectiva la segunda. La renovación de la autorización de residencia temporal deberá presentarse personalmente, en el modelo oficial, ante el órgano competente dentro de los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de la autorización (art. 37.1 Reglamento de Extranjería), aunque también es posible efectuarlo dentro de los 3 meses posteriores a tal fecha (art. 37.5 Reglamento de Extranjería), aunque en este último supuesto podría incoarse un procedimiento sancionador por la infracción administrativa cometida. A. Quirós; *La*



En algunos supuestos será posible el ejercicio de este derecho sin el cumplimiento de estos requisitos, tal y como luego veremos a través de lo que se ha denominado *reagrupación de facto*.

### **3.3- Los familiares reagrupables.**

#### Artículo 17. FAMILIARES REAGRUPABLES

*1. El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares:*

*a) El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes.*

*b) Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su Ley personal y no se encuentren casados.*

*Cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España.*

*c) Los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal.*

d) Los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

2. Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en esta ley orgánica<sup>1007</sup>.

3. Cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes permanentes y acreditado solvencia económica<sup>1008</sup>.

Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo.

4. Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación<sup>1009</sup>.

Con carácter general, para poder beneficiarse de la reagrupación<sup>1010</sup>, los familiares deberán residir fuera de España, puesto que el *Reglamento de Extranjería*<sup>1011</sup> excluye a quienes ya residen en España<sup>1012</sup>. En todo

---

<sup>1007</sup> Precepto modificado por la L.O 14/2003, de 20 de noviembre. BOE nº 279 de 21 de noviembre de 2003.

<sup>1008</sup> Precepto añadido por la L.O 14/2003, de 20 de noviembre. BOE nº 279 de 21 de noviembre de 2003.

<sup>1009</sup> Precepto añadido por la L.O 14/2003, de 20 de noviembre. BOE nº 279 de 21 de noviembre de 2003.

<sup>1010</sup> Tal y como ha señalado la doctrina la utilización del término <<beneficiario>> se presta a cierta ambigüedad ya que puede entenderse que con este se abarca tanto al reagrupante como a sus familiares. Entendiendo que es a estos últimos a los que alude la normativa cuando emplea este término. A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia; "artículo 16 Derecho a la intimidad familiar", cit. p. 449.

<sup>1011</sup> En el nuevo Reglamento de Extranjería como más adelante se verá desaparece la posibilidad de conceder la exención de visado para estos familiares. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 157.

<sup>1012</sup> El legislador español no ha recogido en nuestra normativa la posibilidad concedida por la Directiva relativa al derecho de reagrupación familiar en su art. 5.3

caso, la familia reagrupable descrita por el art. 17 de la LOE, tiene un carácter limitado y restrictivo, ofreciendo una lista cerrada no muy coherente con el concepto sociológico de familia vigente en la sociedad española (y con la interpretación del mismo llevada a cabo por la jurisprudencia<sup>1013</sup>), ni tampoco con las particularidades familiares presentes en la mayoría de los países de origen de los reagrupantes<sup>1014</sup>. Además, se designa a los familiares creando conceptos jurídicos autónomos que, en algunos casos, no coinciden con las nociones establecidas por nuestro ordenamiento para los nacionales, imponiendo requisitos cuya menor o mayor amplitud dependerá de la interpretación que se realice<sup>1015</sup>. En todo caso, la redacción del art. 17 de la LOE presenta bastante complejidad debido a que el legislador, en su afán de detallar al máximo y restringir los miembros objeto de reagrupación, ha enrevesado su redacción e interpretación. Veamos separadamente cada una de las categorías de familiares indicadas por el precepto.

*a) Reagrupación del cónyuge: control del vínculo contraído en el extranjero.*

El primer lugar entre los sujetos reagrupables lo ocupa el cónyuge<sup>1016</sup>. Algún autor considera que no es del todo correcto calificar al

---

que permite la presentación de la solicitud cuando los miembros de la familia ya estén en el territorio del Estado de acogida. A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia; "artículo 16 Derecho a la intimidad familiar", cit. p. 441.

<sup>1013</sup> Los Tribunales españoles en pronunciamientos anteriores no dudaron en incluir como miembros reagrupables a los hermanos, posibilidad que como posteriormente se verá ha sido suprimida con la nueva regulación.

<sup>1014</sup> A. P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 17 Familiares reagrupables" en C. Espulgues, (Coord), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 449 y 450.

<sup>1015</sup> *Ibidem*.

<sup>1016</sup> El cónyuge es el sujeto que con más frecuencia se beneficia de la reagrupación familiar, tal y como señala Espulgues se trata del auténtico caballo de batalla de la reagrupación familiar y el principal beneficiario. C. Espulgues; "El Derecho de Extranjería como banco de pruebas del Derecho internacional privado: el derecho a la reagrupación familiar en la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2000, pp. 83-115. La importancia que se le concede al cónyuge se justifica en la necesidad de preexistencia de la familia que requiere la ley para poder ejercitar la reagrupación familiar. Para que exista la familia, esta debe haber sido

cónyuge, en sentido estricto, *como un familiar*, entendiendo que no cabe establecer una absoluta equiparación entre familia y matrimonio (debido a la distinta posición jurídica de los sujetos en ambas categorías: jerarquía y dependencia en el primer caso, igualdad en el segundo); de ahí que se apunte como más correcto en estos casos hablar de reagrupación *conyugal*<sup>1017</sup>.

El artículo 17 establece una serie de condicionantes para que dicha reagrupación pueda llevarse a cabo: que el reagrupado no se encuentre separado de hecho o de derecho y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. El último de estos requisitos, hace que se rompa la presunción de buena fe que debe imperar en cualquier tipo de contrato y cuestiona el control de las autoridades del país de destino sobre este tipo de uniones<sup>1018</sup>.

Las autoridades deberán acreditar de que tipo de matrimonio se trata y bajo que rito se ha celebrado para que nuestro ordenamiento reconozca su validez<sup>1019</sup>. En caso de que se hubiera celebrado fuera de

---

fundada antes y el origen de la familia, salvo la monoparental originaria, está en el matrimonio. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 161.

<sup>1017</sup> R. Moliner, "El concepto de "familia nuclear" en la directiva europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar", cit. p. 11 y ss

<sup>1018</sup> Instrucción DGRN de 9 de Enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes esté domiciliado en el extranjero y la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006 sobre los matrimonios de complacencia. La Fiscalía General del Estado en este sentido también ha elaborado una Circular en la que recomienda a los representantes del Ministerio Público que "extremen su celo para impedir la celebración de matrimonios simulados", se solicita además a los fiscales que antes de la celebración del matrimonio realicen un riguroso examen de los requisitos esenciales que deben concurrir en el matrimonio, y exige que se ejercite la acción de nulidad matrimonial cuando tengan conocimiento por cualquier medio después de la celebración de la unión de que se trata de un matrimonio simulado.

<sup>1019</sup> A este respecto el Reglamento de Extranjería en su art. 42.2 a) en el que se regula la solicitud necesaria para la autorización de la reagrupación familiar, requiere la presentación de copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares (...) y en su art. 43.2 d), en relación con la obtención del visado, la necesidad de aportar a la solicitud la documentación original que acredite los vínculos familiares (...).

España<sup>1020</sup>, nuestro país considera válidos los matrimonios celebrados de acuerdo con la ley del lugar de celebración o de acuerdo con la ley personal de cualquiera de los contrayentes<sup>1021</sup>. Por el contrario, los extranjeros que deseen contraer matrimonio en España deberán atenerse, de acuerdo con el artículo 50 del Código Civil, a alguna de las formas previstas en la ley española (civil, canónica, evangélica, israelita o islámica)<sup>1022</sup>.

Pero el artículo 17 exige, además de que el inmigrante haya contraído legalmente matrimonio en su país de origen, que tal matrimonio no se haya celebrado en "fraude de ley". Con esta mención, el legislador además de controlar la forma y requisitos para contraer matrimonio, pretende también indagar sobre el "*animus*" de los contrayentes<sup>1023</sup>. Esta

---

<sup>1020</sup> Se trata de un problema de prueba de existencia del matrimonio cuyo control de legalidad variará en función del lugar en el que se hubiera contraído y de la necesidad o no de su inscripción en el Registro Civil. El control de legalidad de los matrimonios contraídos en el extranjero realizado tanto por la Oficina de Extranjería como por la Oficina Consular, consistirá en un control documental para comprobar la acreditación documental de los vínculos sin entrar en el examen de la validez del matrimonio en España, lo que posibilitará que pueda ser considerado como matrimonio aquel que no lo es para el derecho español. A. P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 17 Familiares reagrupables", cit. p. 458.

<sup>1021</sup> S. Adroher; *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, Bosch y Universidad Pontificia de Comillas, Barcelona, 1993, p. 323.

<sup>1022</sup> En estos supuestos el Encargado del Registro Civil será en encargado del control de su legalidad. Vid. Entre otros, J.D. González Campos; "Derecho de Familia. El matrimonio", J.A Tomás Ortiz De la Torre; "Celebración del matrimonio", en M. Aguilar Benítez De Lugo; *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 103 y ss.

<sup>1023</sup> El Consejo de la Unión Europea en su resolución de 4 de diciembre de 1997 (DOCE C382/1, de 16 de diciembre de 1997) establecía que los Estados miembros sólo expedirán un permiso de residencia o una autorización de residencia por causa de matrimonio (...) tras haber mandado comprobar a las autoridades competentes según el Derecho nacional que el matrimonio no es fraudulento. También en la Directiva sobre reagrupación familiar en su art. 16. 2 b) se contempla la posibilidad de denegar la reagrupación en aquellos supuestos en los que se demuestre que el matrimonio se formalizó únicamente para que la persona interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro. E. Fernández Masiá; "De la ficción a la realidad: la creciente problemática de los matrimonios de convivencia en España", *Revista de Derecho Privado (RDPR)*, Sept. 1998, pp. 628 y ss; I. García Rodríguez; "La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio medios de control internos y comunitarios", *Actualidad Civil(AC)*, nº 18, 3-9/I/1999, pp. 451 y ss.

referencia al matrimonio “*en fraude de ley*”<sup>1024</sup> no parece muy justificada ya que, por una parte, no resulta nada fácil de probar<sup>1025</sup>. Los aspectos personales y las motivaciones últimas de los sujetos se encuentran amparados por el derecho fundamental a la intimidad y sólo los hechos y los requisitos formales (capacidad y forma) pueden ser juzgados y evaluados por el legislador. Por otro lado, sin que existan indicios claros para avalar una hipótesis fraudulenta, debe respetarse la presunción general de buena fe que nuestro ordenamiento jurídico establece, y no la contraria: una presunción de fraude sobre todo matrimonio que pretenda acogerse a la reagrupación. A este respecto, algunos autores consideran que *el deseo de mejorar las condiciones de vida, por ejemplo, no tiene necesariamente que juzgarse incompatible con los fines de la institución matrimonial y, en consecuencia, la persona que contrae matrimonio con*

---

<sup>1024</sup> La doctrina de la DGRN define los matrimonios fraudulentos como aquellos enlaces mediante los que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos de facilitar la entrada o de regularizar la estancia en el territorio nacional (...) Resolución DGRN, de 30 de mayo de 1995, BIMJ, nº 1750, 1995, pag. 246-251.

<sup>1025</sup> El art. 43.4 del Reglamento de Extranjería establece que se podrá denegar el visado cuando las autoridades consulares lleguen al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado. Las autoridades administrativa para apreciar el fraude de ley utilizan los indicios extraídos de la doctrina de la DGRN a pesar de que esta se refiere a los matrimonios inscribibles en el este Registro por lo que no debe considerarse directamente aplicable a los casos de autorización por reagrupación. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*, cit. p. 201.

Por otra parte, la práctica judicial en el análisis de este requisito recurre a un tratamiento más autónomo y considera preeminente el derecho a la reagrupación familiar como derecho subjetivo. Por ello exige para su impugnación la infracción de las garantías procedimentales esenciales relativas a la prueba y la audiencia de los interesados y la falta de motivación. Sin embargo cuando las resoluciones atienden al contenido de tal apreciación, no se da un idéntico alcance en la jurisprudencia. Así en algunos casos se ha entendido que no hay fraude cuando en la cultura del país de origen es habitual la mediación familiar o de amigos en la concertación del compromiso, ni la diferencia de edad ni el desconocimiento mutuo, ni el hecho de que las segundas nupcias fueron inmediatas al divorcio. En cambio sí que se consideran relevantes a efectos de apreciar el fraude las contradicciones entre la prueba documental y la declaración de los interesados como por ejemplo el desconocimiento de datos como la fecha de la boda, el tiempo que llevan casados, el lugar de trabajo de la esposa, etc. A. P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, “artículo 17 Familiares reagrupables”, cit. pp. 465 y 466.

*ese deseo puede perfectamente prestar un verdadero consentimiento matrimonial*<sup>1026</sup>.

Por otra parte, el *ius connubi* se reconoce a toda persona<sup>1027</sup> y no se puede utilizar como un instrumento de control frente a la posible entrada fraudulenta de extranjeros, ya que sería contrario a lo establecido en el art. 32 CE, cuyos efectos como derecho fundamental pueden ser limitados únicamente mediante Ley Orgánica<sup>1028</sup>. Desgraciadamente, la proliferación de matrimonios fraudulentos y de conveniencias fingidas con el propósito reagrupador, ha extendido un alarmismo a nivel Europeo. Como consecuencia, en el ámbito comunitario, existe una Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en caso de matrimonio fraudulento<sup>1029</sup>.

Como sabemos, para poder ser reagrupable, el cónyuge no puede estar separado de hecho<sup>1030</sup> o de derecho. Pero el artículo 17 a) de la Ley dispone además que: *El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita*

---

<sup>1026</sup> J.J. Ezquerro, "El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable", cit. pp 204 y 205.

<sup>1027</sup> A este respecto hay que señalar que la LOE no exige la mayoría de edad para reagrupar o ser reagrupado, posibilidad que sí contempla la Directiva sobre reagrupación familiar en su art. 4.5. En nuestro ordenamiento jurídico el art. 48 del Código Civil permite la dispensa judicial del impedimento de edad para contraer matrimonio a los 14 años. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. p. 205 y 206.

<sup>1028</sup> Resolución DGRN de 9 de octubre de 1993 (2ª), ADGRN, 1993, pp. 1867-1871.

<sup>1029</sup> DOCE, núm C382/1, de 16 de diciembre de 1997.

<sup>1030</sup> La interpretación que debe darse a este requisito de ausencia de separación de hecho a sensu contrario puede entenderse como la exigencia de una convivencia o vida familiar efectiva. Aunque siguiendo la interpretación, analizada en anteriores capítulos, que de esta exigencia ha realizado la jurisprudencia del TEDH se puede considerar que para apreciar su existencia además de la cohabitación se admiten otras formas de contacto. A este respecto la reciente reforma de nuestro Código Civil mediante Ley 15/2005 ha hecho desaparecer en nuestro ordenamiento como causa de separación el cese efectivo de la convivencia. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. p. 176 y 177.

que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y las alimentos para los menores dependientes. Es decir, ha de tratarse del cónyuge actual, presuponiendo que en caso de haber habido otros, se esté “separado” mediante procedimiento jurídico<sup>1031</sup>.

Una lectura somera del texto legal hace que descubramos con perplejidad una utilización completamente impropia del lenguaje jurídico: se está hablando de “separación” del cónyuge y no de “divorcio” para reconocer el valor de las segundas o posteriores nupcias y otorgarle al nuevo cónyuge la categoría de reagrupable<sup>1032</sup>. Como es bien sabido, de acuerdo con lo establecido en el art. 83 CC, la *separación* matrimonial únicamente suspende la vida en común de los cónyuges, pero mantiene la vigencia del vínculo matrimonial. En consecuencia, la única manera posible de interpretar coherentemente el precepto consiste en traducir *separación* por *disolución* del vínculo conyugal<sup>1033</sup>.

No acaban aquí los problemas ejecutivos que plantea este texto. Otra cuestión complicada estriba en la exigencia de que medie un *procedimiento judicial* en los casos de separación (disolución) del vínculo. En España es habitual realizar este tipo de procedimientos (*exequatur*) para dar validez a estas resoluciones producidas por organismo judiciales extranjeros<sup>1034</sup>, pero no podemos pasar por alto que

---

<sup>1031</sup> C. Esplugues (et alii); *Nacionalidad y Extranjería*, cit. p. 143.

<sup>1032</sup> La redacción de este precepto ha suscitado duras críticas doctrinales y genera importantes dudas en cuanto a su correcta interpretación. Así para una correcta interpretación habrá que entender que lo que se pretende con esta redacción es dar una mayor amplitud a este concepto, al igual que como hemos visto ocurría también con el de cónyuge, con la finalidad de incluir dentro de él figuras no contempladas en nuestro derecho interno. A. P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, “artículo 17 Familiares reagrupables”, cit. p. 459.

<sup>1033</sup> C. Esplugues; “El Derecho de Extranjería como Banco de Pruebas del Derecho Internacional Privado: El Derecho a la Reagrupación Familiar en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social”; cit. p. 100.

<sup>1034</sup> Art. 89 C.c y arts 2 y 22 L.O del Poder Judicial.



un número importante de los inmigrantes que vienen a España pertenecen a realidades culturales y sociales profundamente diferentes a la nuestra<sup>1035</sup>, que pueden recurrir a instituciones no reconocidas en nuestro país como, por ejemplo, los divorcios notariales<sup>1036</sup>, divorcios administrativos<sup>1037</sup>, divorcios religiosos<sup>1038</sup> o, incluso, el repudio<sup>1039</sup>.

El precepto tiene una finalidad claramente garantista y protectora, en beneficio del cónyuge separado y sus familiares, por lo que debe interpretarse en un sentido amplio y flexible, que permita incluir cualquier procedimiento que ponga fin o disuelva el matrimonio. En este sentido, el Tribunal Supremo<sup>1040</sup> ha admitido que este requisito puede cumplirse cuando se recurra a cualquier procedimiento de características similares a los judiciales, en el que necesariamente deberá participar una autoridad pública, que podrá ser civil o religiosa, juez o no revestida de imperium, y que, a través de un procedimiento más o menos equiparable al judicial<sup>1041</sup>, declare la ruptura del vínculo matrimonial<sup>1042</sup>.

---

<sup>1035</sup> M.. Aguilar Benítez de Lugo; *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 438 y R. El-Husseini; "Le droit international privé français et la répudiation islamique", *Revue critique de droit international privé (Rev. Crit.dr.int.priv.)*, 1999, p. 427; C. Campiglio; "La famiglia islamica nel Diritto internazionale privato italiano", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale (Riv. Dir. Int. Priv. Proc.)*, 1999, p.21.

<sup>1036</sup> Auto TS de 6 de febrero de 1996 (RAJ, 1998, 7192) y ATS de 17 de septiembre de 1996 (RAJ 1998, 2908) en los que se mantienen opiniones contrapuestas sobre el reconocimiento de este tipo de pronunciamientos.

<sup>1037</sup> ATS de 13 de octubre de 1998 (RAJ, 7669)

<sup>1038</sup> RDGRN de 17 de mayo de 1995 (RAJ, 4360)

<sup>1039</sup> El repudio islámico unilateral del marido (talak) que incluso puede ser instado por la mujer (khol) ha sido admitido como probatorio del divorcio, siempre que tenga carácter irrevocable. Para que adquiera el carácter irrevocable deberá pronunciarse la fórmula prescrita tres veces o una única fórmula establecida al efecto, estos mismos efectos se podrán obtener por el transcurso de más de tres meses sin reconciliación. ATS de 27 de enero de 1998 (RAJ 2924). A. Motilla y P. Lorenzo; *Derecho de Familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Colex, Madrid, 2002, pp. 160-168

<sup>1040</sup> ATS de 6 de febrero de 1996 (RAJ, 1998/7192).

<sup>1041</sup> Por lo tanto los documentos que normalmente se admitirán para probar el cumplimiento de este requisito serán: la sentencia extranjera de divorcio que no precisará ni reconocimiento ni exequatur en España, una escritura notarial, una resolución administrativa, un certificado de la autoridad religiosa o un acta de repudio. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 188.

También la exigencia de que el cónyuge reagrupable no se encuentre separado de hecho genera cierta perplejidad, ya que, sin entrar en mayores consideraciones, cuando el extranjero residente pretende realizar la reagrupación familiar es precisamente porque se encuentra separado de hecho de su cónyuge. La única manera de interpretar esta exigencia, como ha hecho el Tribunal Supremo<sup>1043</sup>, es considerar la permanencia o no de la  *affectio maritalis*, que debe presumirse por la subsistencia del vínculo jurídico y por la convivencia, pero que no sólo se manifiesta cuando los cónyuges viven juntos compartiendo, en expresión clásica,  *mesa, lecho y habitación*, sino cuando se respetan, se socorren mutuamente y actúan en interés de la familia, aunque estén alejados.

En último lugar, el texto del art. 17 aborda la problemática de los  *matrimonios poligámicos*<sup>1044</sup>, permitiendo la reagrupación de uno sólo de los cónyuges<sup>1045</sup>, y prohibiéndose la entrada de otro cónyuge si uno ya se encuentra viviendo con el reagrupante en el territorio de ese Estado<sup>1046</sup>. A nuestro parecer, el hecho de que se reconozca el estatus de  *cónyuge* a

---

<sup>1042</sup> Ibid., p. 187 y C. Esplugues, "Inmigración y Derecho de Extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)", en  *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, A. Rodríguez Benot, CGPJ (Consejo General del Poder Judicial), Madrid, 2002, pp. 119.

<sup>1043</sup> STS de 23 de enero de 1999.

<sup>1044</sup> T.S.J. Aragón. (Sala de lo Contencioso-Advo). Sentencia 22 diciembre 2000. N.º Rec: 1105/1996, en la que se deniega el permiso por reagrupación familiar al haber reagrupado ya el reagrupante a otra esposa y T.S.J. Madrid. (Sala de lo Contencioso-Advo). Sentencia 16 enero 2001. N.º Rec: 20083/1997 en la que se otorga el permiso de residencia por reagrupación familiar la considerar válido un repudio consensual.

<sup>1045</sup> La ley no establece ningún criterio para determinar el cónyuge que podrá ser reagrupado, esta decisión se deja en manos del extranjero reagrupante. A este respecto la Dirección General de los Registros y del Notariado en varias resoluciones (Resoluciones de 8 de abril de 1999, de 30 de septiembre de 1999 y 2 de noviembre de 1999) no descarta la posibilidad de que el segundo matrimonio poligámico surta ciertos efectos en el ordenamiento español, aun cuando este reconocimiento no signifique la validez de este segundo matrimonio. A. P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 17 Familiares reagrupables", cit. p. 457.

<sup>1046</sup> J. Ezquerro, "El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable"; cit. pp. 197-198, el derecho musulmán no prescribe la poligamia, tan sólo la tolera y tampoco el repudio es la única forma de disolución del matrimonio prevista en las leyes. Podría afirmarse, incluso, que ambas instituciones están en claro retroceso en el conjunto de países musulmanes.

cualquiera de las esposas, aunque sólo se permita reagrupar a una de ellas, se encuentra en abierta contradicción con los parámetros del reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero. En efecto, para que un vínculo matrimonial sea válido en nuestro ordenamiento, debe celebrarse según alguna de las formas reconocidas en nuestro Derecho, de las cuales está expresamente excluida la forma poligámica musulmana (*nikah*), debida a la reducción de la capacidad de la mujer para expresar su consentimiento matrimonial y su abierta contradicción con el principio de igualdad establecido por todos los ordenamientos occidentales. En este tipo de matrimonios, por otro lado, la primera mujer debe otorgar su consentimiento para la celebración de posteriores uniones, lo que le concede un estatus de preeminencia que no se debería desconocer en nuestro derecho. Con todo, se trata de situaciones no muy extendidas a nivel práctico, ya que uno de los requisitos del Corán para la celebración de un matrimonio poligámico es que el marido pueda mantener a todas las mujeres y la inmigración que proviene de esos países no responde a este perfil económico<sup>1047</sup>.

Sin embargo, hay algunos autores que se muestran favorables a reconocer ciertos efectos al matrimonio poligámico<sup>1048</sup>, alegando que la

---

<sup>1047</sup> D. Anselmo; *Europa multiculturale, Islam e diritti dell'uomo*, en A. Galasso (Coord), *Diritti fondamentali e multiethnicità*, Flaccovio, Palermo, 2003, pp.85 y ss. A este respecto se puede señalar que con la reciente reforma del Derecho de familia en Marruecos, país del que provienen un número importante de los extranjeros que entran en España, la poligamia adquiere en la Mudawana un carácter cualificado y excepcional, sometida a control judicial. M. P. Diago, "La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Intencional (REDI)*, núm. LVI, (2) 2004, pp. 1078-1083.

<sup>1048</sup> A este respecto consideran que el ordenamiento jurídico español al reconocer un efecto atenuado al matrimonio poligámico y permitir que despliegue en España efectos propios del matrimonio monogámico a efectos de entrada ponen de manifiesto que los valores de protección de la vida familiar tienden a ser más próximos a la relación de hecho que a la institución jurídica que se le asocia. A. Bucher, "La famille en droit international privé", *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, núm. 283, 2000, pp. 13-186, especialmente pp. 131-133. Lo que produce como consecuencia directa una desprotección y discriminación de la condición de la mujer y en su caso de la descendencia común que quedan desamparados impidiéndoseles el acceso a la reagrupación familiar. M. D. Adam, "La importancia de la normativa de extranjería en el acceso de las mujeres migrantes extranjeras al mercado laboral

reagrupación de un sólo cónyuge supone una discriminación en el interior del núcleo familiar, negando injustamente al resto de miembros de la familia los beneficios de la convivencia y la ventajas del Estado de Bienestar<sup>1049</sup>. A pesar de todo, el matrimonio poligámico, incluso en los casos de una descendencia en común (los hijos sí pueden ser reagrupados)<sup>1050</sup>, choca frontalmente con el concepto interno e internacional de orden público que, hoy por hoy, resulta incotrovertible en este campo, por encima de las críticas y acusaciones de etnocentrismo vertidas por algunas asociaciones y movimientos<sup>1051</sup>.

*b) Omisión del conviviente de hecho como sujeto reagrupable.*

Como sabemos, la Directiva europea sobre reagrupación familiar, contempla la posibilidad de reagrupar no sólo al cónyuge sino también a la pareja de hecho, siempre que tenga una relación estable, debidamente probada, o se trate de una pareja registrada. Pero para que tal reagrupación se realice, el Estado miembro deberá asimilar en su legislación la situación de las parejas no casadas con las casadas<sup>1052</sup>. También la Ley de asilo concede el asilo por "extensión familiar", a la

---

español", en A. Fernández Le Gal y S. García Cano, *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005, pp. 105-152.

<sup>1049</sup> A. Ciancio, "Laboratori senza frontiere: la condizione giuridica dello straniero residente e la tutela dei diritti costituzionali", *Rassegna Parlamentaria*, nº 3, Firenze, 1999, pp. 561-595; M. Bouchard, "Dalla famiglia tradizionale a quella multietnica e multiculturale: maltrattamenti ed infanzia abusata in < dimensione domestica >", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, nº 1, 2000, pp 14-42, en concreto la parte dedicada a la familia multiproblemática y a la comparación entre la familia tradicional italiana y la multicultural, pp. 32-36.

<sup>1050</sup> A este respecto la Directiva sobre reagrupación familiar en su art. 4.4 establece que los Estados miembros podrán limitar la reagrupación de los hijos menores del reagrupante unido por matrimonio poligámico habidos con otro cónyuge que no sea el reagrupado. En España tal y como luego veremos al analizar la reagrupación de los descendientes la Ley exige que el reagrupante ejerza en solitario la patria potestad. A. P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 17 Familiares reagrupables", cit. p. 457.

<sup>1051</sup> Andalucía Acoge, *Propuestas para una Política Alternativa sobre Inmigración*. Ediciones Aljaima, Málaga, 1999, p.31

<sup>1052</sup> Así pues se establece en la Directiva una doble distinción según se trata únicamente de una pareja conviviente o una pareja inscrita. Reconociendo únicamente en este último caso la aplicación del principio de igualdad de trato con los cónyuges respecto a la reagrupación familiar.

*persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia (art. 10)*<sup>1053</sup>.

Sin embargo, la Ley 8/2000 no hace referencia alguna a la posibilidad de reagrupar al conviviente. Ciertamente, cabe alegar que el fraude en estos supuestos resulta más fácil debido a que los controles son más complejos y los registros municipales o regionales al efecto, no gozan de la misma fiabilidad y garantías que los registros civiles. Pero la omisión del conviviente como sujeto reagrupable genera, de nuevo, una ruptura en la presunción de buena fe, que se transforma en una inaceptable y generalizada presunción de fraude. Por otro lado, visto que la convivencia de hecho ha recibido respaldo jurídico en todos los países de la UE, y que el derecho a la vida familiar no está ligado al vínculo matrimonial, excluir al conviviente del derecho a la reagrupación no parece justificado. Podría darse la paradoja de que para evitar un fraude se promoviera un nuevo fraude: obligar a casarse a los convivientes (lo que vulneraría su legítima libertad de no casarse). Por otra parte, cuando existen hijos en común, tampoco sería justificable reagrupar sólo a los hijos y no al conviviente.

A pesar de los problemas de prueba (más fáciles cuando hay hijos comunes o constancia en un Registro del país de origen), muchos autores estiman necesario subsanar esta omisión, otorgando al conviviente el mismo alcance que al cónyuge en materia de reagrupación<sup>1054</sup>.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (que considera comprendidas en el art. 8 del Convenio las relaciones que resulten de una unión no matrimonial<sup>1055</sup>), como la

---

<sup>1053</sup> Texto refundido de la ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la ley 5/1984 de 26 de marzo Reguladora del Derecho de Asilo y la condición de refugiado.

<sup>1054</sup> A. P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 17 Familiares reagrupables", cit. p. 454.

<sup>1055</sup> STEDH de 13 junio de 1979, *Asunto Marckx*, cit.

jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (afirmando que nuestra Constitución no identifica a la familia a la que manda a proteger con la familia que tiene su origen en el matrimonio<sup>1056</sup>), avalan el reconocimiento que los Tribunales españoles han venido dando a las demandas de reagrupación familiar basadas en uniones no matrimoniales<sup>1057</sup>. Cabe destacar entre ellas la STS ( Sala 3ª), de 15 de diciembre de 1998, eximiendo de la obligación de visado a la demandante que mantiene una convivencia extramatrimonial con un residente<sup>1058</sup>; o la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 8 de la Comunidad Valenciana, de 1 de marzo de 2001, que amplía incluso a las relaciones homosexuales el derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia<sup>1059</sup>.

Precisamente este reconocimiento jurisprudencial, tan significativo para la protección y garantía del derecho del conviviente a la reagrupación, evidencia todavía más la necesidad de su reconocimiento y plasmación a nivel legislativo, como exigencia fundamental del derecho a la vida en familia.

*c) Matrimonios y uniones de hecho de personas del mismo sexo*

La entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil español en materia de derecho a contraer matrimonio<sup>1060</sup>, ha supuesto la apertura de la institución matrimonial a dos personas del mismo sexo, permitiendo que estas parejas y aquellas

<sup>1056</sup> STC 222/1992, de 11 de diciembre.

<sup>1057</sup> I. Lázaro González; "Inmigración y derecho internacional privado español. Apuntes para uno estudio", cit. p. 170.

<sup>1058</sup> Otras de estas sentencias son: STSJ de Galicia de 6 de Mayo de 1999, STS de 15 de diciembre de 1998, STSJ de la C. Valenciana de 24 de octubre de 1998 y STS de 6 de junio de 2000. Una jurisprudencia que se ha visto definitivamente consolidada en las STS de 6 de mayo y 6 de junio de 2006 afirmando que cabe la equiparación entre el matrimonio y la unión de hecho estable, cuando con la finalidad de preservar la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que garantiza la Constitución en su art. 14, se trate de aplicar normas que contemplan exclusiva o preponderantemente la situación de convivencia y de efectividad. A. P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 17 Familiares reagrupables", cit. 453..

<sup>1059</sup> Actualidad Jurídica de Aranzadi, núm. 433, 6 de abril de 2000.

<sup>1060</sup> BOE de 2 de julio de 2005.

del mismo sexo biológico pero de distinto sexo legal (transexuales), puedan acceder al estatus jurídico matrimonial. Esto significa que, en la actual situación, la LOE 8/2008, bajo la categoría de cónyuge del reagrupante, reconoce también a alguien que sea de su mismo sexo. Ya la jurisprudencia en esta materia había reconocido con anterioridad la equiparación de efectos entre la pareja de hecho homosexual y la heterosexual<sup>1061</sup>. Obviamente, cuando hablamos de reagrupar al cónyuge del mismo sexo, estamos contemplando aquellos casos en los que dos personas del mismo sexo hayan podido contraer matrimonio. Esto sólo es posible, además de en España, en Holanda, Bélgica o Canadá<sup>1062</sup>.

*d) La reagrupación de los menores: control de la filiación*

El artículo 17.1 b) y c) de la Ley 8/2000 y el art. 39 b) del Reglamento otorgan al reagrupante la posibilidad de reagrupar a sus hijos, a los de su cónyuge y a otros menores cuando el reagrupante sea su representante legal en determinados supuestos. Respecto a los hijos comunes del reagrupante y su cónyuge, se incluyen tanto los hijos naturales como los adoptados, siempre y cuando sean menores de dieciocho años o estén incapacitados.

La prueba de la filiación se llevará a cabo mediante la presentación de la documentación acreditativa del vínculo<sup>1063</sup>. En caso de que los

---

<sup>1061</sup> Aunque estos pronunciamientos no se referían a supuestos de reagrupación familiar sino a supuestos de exención y visado la doctrina considera que el reconocimiento de efectos a las parejas del mismo sexo resulta plenamente aplicable. Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo (BOE nº 188, de 8 de agosto de 2005) y STSJ Cataluña nº 83/2004, de 13 de mayo de 2004. A. P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 17 Familiares reagrupables", cit. 456.

<sup>1062</sup> Un reconocimiento que no vendrá impuesto al resto Estados miembros, según lo dispuesto en la Directiva de reagrupación familiar, cuando en sus respectivos ordenamientos no se contemplen este tipo de uniones. Vid. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 171.

<sup>1063</sup> Con carácter general se tratará tal y como establece el art. 23 LRC de la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley Española. En este punto el art. 85. I RRC exige que el Registro de extranjeros sea regular y auténtico, de modo que el asiento que se certifica, en cuanto a los hechos que da fe, tenga garantías análogas a las exigencias para la inscripción por la Ley española. A.

certificados aportados no presentaran suficientes garantías, cabría la posibilidad de aportar nuevas pruebas, incluso de tipo médico, para acreditar la veracidad de las relaciones paterno-filiales<sup>1064</sup>. A este respecto, conviene señalar que el reagrupante puede legítimamente discriminar a los hijos decidiendo reagrupar a unos y a otros no; cuestión que resulta poco coherente con el mandato constitucional del art. 39 CE, en el que se establece la plena igualdad entre los hijos, criterio que no ha penetrado en el régimen de la reagrupación<sup>1065</sup>.

Para la determinación de la minoría de edad de los hijos, cabe acudir a dos criterios: el del país de origen del menor<sup>1066</sup> o el del país donde reside el reagrupante<sup>1067</sup>. Nuestra legislación ha seguido este segundo criterio, concretando la minoría de edad en los 18 años, de acuerdo con en el Convenio de Derechos del Niño<sup>1068</sup>. Es de alabar que nuestro legislador no haya adoptado las limitaciones (menores de 15 años) que a este respecto establece la Directiva Europea<sup>1069</sup>.

Se contempla una excepción en el supuesto de que el menor esté casado<sup>1070</sup>. Tal excepción tiene su lógica<sup>1071</sup> dentro de las políticas

---

Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 223.

<sup>1064</sup> El Art. 85. II RRC a este respecto establece que se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 224.

<sup>1065</sup> *Ibid.*, p. 225.

<sup>1066</sup> Este era el criterio seguido por el anterior Reglamento y el que se emplea para determinar, como a continuación se verá, la incapacidad.

<sup>1067</sup> La Directiva de reagrupación familiar en cambio opta en su art. 4.1 por esta fórmula estableciendo que la edad deberá ser inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro. Fórmula utilizada también por el Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante de 24 de noviembre de 1977.

<sup>1068</sup> El art. 315 del Código Civil establece la mayoría de edad en los 18 años.

<sup>1069</sup> Tal y como se señaló en el anterior capítulo la Directiva contempla en su art. 4 la posibilidad de limitar la entrada de los hijos a partir de los 12 y 15 años.

<sup>1070</sup> Esta referencia a que se encuentre casado y no a que no esté soltero nos permite concluir que cabría la reagrupación familiar en los casos de un hijo viudo, divorciado e incluso cuando se encuentre unido mediante pareja de hecho. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 229.



globales de extranjería, cuya perspectiva es fundamentalmente economicista y utilitarista. De ahí que el fin último de precepto, tal y como se desprende de su redacción, no sea el de garantizar el derecho a la vida en familia del extranjero -en tal caso no importaría que el hijo fuera mayor o menor de edad, que estuviera o no casado-, sino fundamentalmente el de acreditar la dependencia económica o física de los familiares respecto al reagrupante.

Al ser la minoría de edad el parámetro principal, los hijos mayores de 18 años sólo pueden ser reagrupados en los casos en que no puedan valerse por sí mismos a causa de una incapacidad o invalidez. La doctrina entiende que el legislador realiza una interpretación amplia de lo que entiende por hijo incapacitado, haciendo una doble remisión tanto a la ley española como a su ley personal para determinar su incapacidad y permitiendo la prueba de ésta no sólo mediante una declaración judicial<sup>1072</sup>.

La exigencia de estos requisitos plantea graves problemas a los inmigrantes, que muchas veces preferirían reagrupar a familiares que pudieran trabajar y contribuir al sostenimiento familiar, para luego emprender la reagrupación de esos miembros menores de la familia. En todo caso, si la dependencia ha sido el criterio que el legislador ha elegido en este caso, resulta criticable que no haya sido más realista percatándose de que en nuestra sociedad los hijos tienden a retrasar cada vez más su independencia. En este sentido, el informe del *Consejo General del Poder Judicial*, de 26 de junio de 2000, a propósito de la reforma de la ley de extranjería afirmaba que: "podrían incluirse como hijos reagrupables los mayores de 18 años que dependan económicamente del extranjero residente en España".

---

<sup>1071</sup> A este respecto el art. 314 de nuestro Código Civil establece que el matrimonio del menor produce de derecho la emancipación.

<sup>1072</sup> A. P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 17 Familiares reagrupables", cit. p. 473.

Para la reagrupación de los hijos adoptivos<sup>1073</sup>, deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España<sup>1074</sup>. Para ello habrá que recurrir a las normas de *exequatur* previstas por el derecho internacional privado, comprobando si la resolución adoptada en el país extranjero puede ser sustancialmente equivalente a las adoptadas por las autoridades españolas. En este punto se sigue lo establecido por el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia internacional.

Cuando el hijo es de sólo uno de los cónyuges, para que se produzca la reagrupación se requerirá que este ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y que esté efectivamente a su cargo<sup>1075</sup>. Esta previsión se ajusta a lo establecido en el Convenio de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y su finalidad es evitar supuestos de traslado ilícito de menores, pero la prueba de tales requisitos ocasionará serias dificultades tanto a la Administración como a los particulares.

El segundo de estos requisitos, "el que esté efectivamente a su cargo", viene definido en el art. 39.e) del Reglamento de Extranjería<sup>1076</sup>.

---

<sup>1073</sup> A este respecto el art. 108 de nuestro Código Civil equipara los hijos adoptivos a los biológicos.

<sup>1074</sup> La constitución de la adopción es un acto de jurisdicción voluntaria y por lo tanto, queda excluida del procedimiento de *exequatur*. Para que la adopción tenga equivalencia de efectos con los previstos en la legislación española la institución adoptiva extranjera deberá establecer la relación de filiación entre el adoptante y adoptado, extinguir los vínculos del menor y sus padres biológicos y, ser irrevocable. Este último requisito plantea dificultades en la admisibilidad de las adopciones simples o semiplenas, por su carácter revocable exigiéndose para su admisión la existencia de un documento público o una comparecencia en la que se renuncie al ejercicio de este derecho. A. P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 17 Familiares reagrupables", cit. p. 468.

<sup>1075</sup> En este punto la normativa española no ha contemplado la posibilidad concedida por la Directiva sobre reagrupación familiar de permitir la reagrupación en los casos en los que la custodia sea compartida siempre que el otro titular haya dado su consentimiento.

<sup>1076</sup> El art. 39 e) del Reglamento establece que los familiares estarán a cargo del reagrupante cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en

En cuanto al primero, puede entenderse que cuando el legislador se refiere al ejercicio en solitario de la patria potestad<sup>1077</sup> alude a la existencia jurídica de un solo progenitor; la expresión “otorgar la custodia”<sup>1078</sup> presupone la existencia de una resolución pronunciada por la autoridad competente<sup>1079</sup>. La doctrina considera que estos requisitos deberían coincidir, al menos en los resultados, con lo previsto por la legislación española<sup>1080</sup>.

El reagrupante podrá ejercer la reagrupación no sólo en el caso en que sea el progenitor, sino también cuando sea el representante legal<sup>1081</sup> de menores de 18 años o incapaces. La referencia a *incapaces* y no a *incapacitados* y el silencio respecto a la ley aplicable ha suscitado alguna duda respecto a la interpretación de esta disposición<sup>1082</sup>. Respecto a la

---

España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familia en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva.

<sup>1077</sup> El legislador se refiere únicamente al “ejercicio” de la patria potestad por lo que será posible que la titularidad se ejerza de manera conjunta. Este podrá acreditarse mediante el consentimiento escrito siguiendo la forma prevista por el país de residencia o por el Consulado de España, una declaración de fallecimiento, el libro de familia en el que conste que el otro progenitor como desconocido o la declaración de incapacidad. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 241.

<sup>1078</sup> Respecto a la custodia se impone una interpretación más flexible, así no cabe duda que se entenderá que se cumple este requisito cuando se conceda la custodia a un progenitor y el régimen de visitas con imposición de las pensiones alimenticia y compensatoria al otro progenitor. Mayores dudas interpretativas plantea el entender incluido en este supuesto los casos en los que no se establece el derecho de visita por la fijación de una convivencia alterna a este respecto. *Ibidem*.

<sup>1079</sup> M. Moya; *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, cit. pp. 692.

<sup>1080</sup> En esta interpretación se deberá tener en cuenta no sólo la conveniencia de excepcionar el orden público internacional español para contemplar algunos supuestos no recogidos en nuestra legislación sino también el interés superior del menor, que en algunas situaciones como en los matrimonios poligámicos o cuando no se insta la reagrupación del cónyuge puede verse conculcado. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. pp. 238 - 240.

<sup>1081</sup> J.J. Ezquerro, “El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable”, cit. p. 207.

<sup>1082</sup> A. P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, “artículo 17 Familiares reagrupables”, cit. p. 476 y la Instrucción del Ministerio de Trabajos y Asuntos Sociales DGI/SGRJ/01/2008 de 17 de enero de 2008 sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal. Esta Instrucción establece que para el caso de los menores de 18 años cuando el reagrupante sea su representante legal se exigirá que dicha condición sea adoptada en origen por la Autoridad competente (preferentemente judicial), y reconocida en España y cuando se trate de un mayor de edad incapaz en los casos que el

prueba de este requisito, de acuerdo con lo establecido en el art. 42.2 a) del Reglamento de Extranjería, será necesario un documento formal que podrá ser un testamento o un documento público notarial, o la decisión de un juez, o el acta de un registro público en el caso de que constara inscrito<sup>1083</sup>.

Algunos autores consideran que, junto con estos supuestos, el legislador debería haber añadido el de guarda o acogimiento, criticando la falta de previsión del legislador al no incluir en este precepto supuestos de derecho comparado cercanos a la adopción como la *Kafala*<sup>1084</sup>, estipulado en la *sharia* y que presentan peculiaridades específicas<sup>1085</sup>. Estos supuestos no conllevan un vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados, no implican por lo tanto una alteración del estado civil de éstos, y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el que se hace cargo de un menor, ha de atender a sus necesidades y manutención<sup>1086</sup>. En relación con este punto hay consenso al admitir su homologación con el acogimiento, considerando que al estar prohibida la

---

reagrupante sea su representante legal se exigirá que exista una declaración judicial de incapacitación adoptada por Autoridad judicial competente conforme al procedimiento legalmente establecido en el país de origen, por concurrir causas físicas o psíquicas que lo justifiquen, atribuyendo entre otras medidas la representación legal del incapacitado al reagrupante, legalizada por el Cónsul o apostillada y acompañada, en su caso de la traducción de la misma.

<sup>1083</sup> *Ibid.*, p. 477.

<sup>1084</sup> En el derecho islámico la adopción está prohibida. A. Durán, *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Colex, Madrid, 2004, p. 242.

<sup>1085</sup> La *Kafala* es la de medida de protección de un menor desamparado adoptada por la autoridad de un Estado musulmán, si bien con un carácter privado, consistente en que un varón se hace cargo de un menor a quien garantiza su mantenimiento y educación. J. L. Iriarte; "Las medidas de protección de menores procedentes de países musulmanes en territorio español", en A. Rodríguez Benot (dir), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Madrid, 2002, pp. 363-410 y A. Rodríguez Benot, "El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural: (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la "Kafala")", *Revista general de derecho (RGD)*, núm. 667, 2000, pp. 4419-4448.

<sup>1086</sup> RDGRN de 14 de mayo de 1992.

adopción en el país de origen debe prevalecer el interés superior del menor y reconocerse la función de representación legal<sup>1087</sup>.

Por encima de todas estas previsiones y requisitos, la existencia del derecho del niño a una familia reconocido por la Convención sobre los derechos del niño, convierte en indiscutible la existencia de un derecho fundamental del extranjero a reagruparse con su hijo menor: el derecho del padre y de los hijos a una vida en común es un derecho fundamental de la persona, puesto que el vínculo de filiación ya genera por sí sólo una familia<sup>1088</sup>.

*e) La reagrupación de los ascendientes*

El artículo 17.1 d) de la LOE y el art. 39 d) del Reglamento contemplan la posibilidad de reagrupar a los ascendientes<sup>1089</sup> del

---

<sup>1087</sup> Aunque se apunta el peligro de fraude y desamparo que puede provocar la concesión de una reagrupación basada en la kafala. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 248. A este respecto la Instrucción del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales DGI/SGRJ/06/2007 de 27 de septiembre de 2006 establece una doble distinción en cuanto al reconocimiento de efectos jurídicos a la Kafala. En primer lugar considera que en los casos de constitución de la Kafala por los padres biológicos del niño, y con independencia de que haya intervenido o no en el proceso una Autoridad pública, ya sea administrativa o judicial, se considerará que el citado documento no establece entre el ciudadano español o el extranjero residente en nuestro país y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa y que en todo caso la acogida tendrá que ser de carácter temporal. En segundo lugar, que en los casos en los que la Kafala no haya sido constituida por los padres biológicos del niño (por no estar éstos determinados, ser huérfano el menor, o haber sido éste declarado abandonado por la Autoridad competente de acuerdo con la legislación interna del país de origen) y habiendo intervenido en el procedimiento una Autoridad pública, ya sea administrativa o judicial, se considerará que el citado documento sí establece entre el ciudadano español o extranjero residente en nuestro país y el menor extranjero un régimen jurídico equiparable a la tutela dativa considerándose por lo tanto al reagrupante como representante legal del menor y pudiendo tener en consecuencia la acogida carácter permanente.

<sup>1088</sup> Giurisprudenza Italiana, 1998, fas. 3 (marzo); UTET, Stamperia Artistica Nazionale di Torino, pag. 414 y 415.; P. Grassano; "Il diritto del genitore extracomunitario a ricongiungersi con i figli minori quale diritto fondamentale riconoscibile ad ogni persona umana"; *Lo Stato Civile Italiano*; S.E.P.E.L; N° 3 marzo 1999; Bologna, p.168-170;

<sup>1089</sup> STS de 3 de junio de 1999, ( RAJ, 1999, núm. 5462) establece que *no existe duda respecto de su aplicación en los supuestos de reagrupación de hijos con sus padres, tampoco debe haberla en el caso inverso, es decir cuando son los padres, o uno de ellos, los que se trasladan para reagruparse con sus hijos o residentes legalmente en España.*

reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Esta previsión, al contrario que en la Directiva se contempla sin límite de grado<sup>1090</sup>, por lo que se puede entender dirigida tanto a los padres, como a los abuelos y los bisabuelos. No obstante, el legislador ha limitado de facto el supuesto exigiendo la concurrencia de requisitos especiales que justifiquen su reagrupación: estar a cargo del reagrupante y razones que avalen su necesidad vivir en España<sup>1091</sup>. Estar a cargo del reagrupante, como anteriormente se ha señalado, viene concretado en el art. 39 del Reglamento<sup>1092</sup> como dependencia económica efectiva. El segundo requisito presenta muchos problemas, dada su formulación como *concepto jurídico indeterminado*, lo que permite la existencia de un amplio margen interpretativo por parte de la Administración que, sin llegar a la arbitrariedad, puede utilizarlo con enorme discrecionalidad. En estos supuestos, los tribunales conceden una especial importancia a la necesidad de ayuda física y afectiva de la familia y tienen en cuenta como circunstancias relevantes, además de la edad (en la práctica generalmente sólo se concede el visado a las personas mayores de 65 años), el estado de viudedad, el padecimiento de enfermedades, la ausencia de profesión, la dependencia económica acreditada con el

---

<sup>1090</sup> La Directiva de reagrupación familiar en cambio limita esta posibilidad al primer grado (art. 4.2).

<sup>1091</sup> En este punto nuestra normativa también resulta más flexible que la Directiva ya que ésta además de la dependencia económica exige para que se pueda producir la reagrupación que éstos carezcan en su país de origen de apoyo adecuado. Lo que hace que nos planteemos si una interpretación de este precepto acorde con la normativa comunitaria no supondría entender incluida esta exigencia dentro las razones que nuestro legislador exige para justificar su necesidad. A. P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 17 Familiares reagrupables", cit. p. 478.

<sup>1092</sup> El art. 39 e) del Reglamento establece que los familiares estarán a cargo del reagrupante cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familia en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva. Mediante Orden de los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales se determinará la cuantía o el porcentaje de ingresos considerados suficientes a estos efectos.

envío de remesas, la residencia de otros hijos en nuestro país<sup>1093</sup>. Por otra parte, ambos requisitos deberán cumplirse de forma cumulativa, lo que dificultará y limitará ulteriormente su ámbito de aplicación.

Conviene destacar la importancia que, desde el punto vista sociológico, desempeñan hoy los ascendientes dentro de la familia. Debido a la incorporación de la mujer al mundo laboral, cada vez más en nuestra sociedad se delegan las labores de atención y cuidado de los hijos en los abuelos. Especialmente necesaria se presenta esta tarea en el caso de los inmigrantes, en los que el indispensable trabajo de ambos no permite dedicar tiempo al cuidado de los hijos menores.

Por último, cabría señalar que la Ley 8/2000 ha suprimido la posibilidad, antes existente, de reagrupar a *“cualquier otro familiar por razones humanitarias”*<sup>1094</sup>, incluyendo a tíos, sobrinos, hermanos, etc. Asimismo, inexplicablemente, se ha omitido a los hermanos como sujetos reagrupables, a pesar de que el Tribunal Supremo<sup>1095</sup> había declarado que la convivencia con un hermano, que disfruta de permiso de residencia, constituye una auténtica circunstancia excepcional determinante de la exención de visado, por tratarse de una situación de agrupación familiar<sup>1096</sup>.

#### **4. CASOS PARTICULARES DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR.**

##### **4.1. La reagrupación “inversa” de los menores no acompañados.**

En el art. 35.3 de la LOE, bajo el epígrafe *“la residencia de menores”*, se alude a la reagrupación familiar en un supuesto de hecho y con un planteamiento distinto del que hasta ahora hemos expuesto. Se trata de

---

<sup>1093</sup> A. P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, “artículo 17 Familiares reagrupables”, cit. p. 478 y 479.

<sup>1094</sup> R. González López; “Régimen Jurídico de la Reagrupación Familiar”, *Revista de Extranjería* nº11, [www.reicaz.es](http://www.reicaz.es).

<sup>1095</sup> STS de 18 de mayo de 1993, 29 de abril de 1996, 22 de octubre y 12 de diciembre de 1997, 10 y 24 de noviembre y 28 de diciembre de 1998 y 30 de septiembre de 2000.

<sup>1096</sup> STS de 18 abril 2001.

menores de edad que se encuentran en nuestro país sin la compañía de sus progenitores o de otros familiares. En estos casos, la reagrupación familiar opera de una manera *inversa*, en el sentido de reagrupar al menor con sus progenitores, si fuera posible, en su país de origen.

*a) El problema de los menores extranjeros no acompañados*

El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados que se encuentran en situación de desamparo en España es objeto de una legislación específica en nuestro Derecho. Este concepto engloba a los menores de 18 años, nacionales de países terceros, que llegan a nuestro territorio sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, y en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable<sup>1097</sup>

El problema ha sido afrontado en el ámbito comunitario por la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países<sup>1098</sup>, en que se fijan criterios comunes para tratar tales situaciones, considerando que los menores no acompañados de países terceros pueden ser víctimas de redes ilegales de inmigración, y que es importante que los Estados miembros colaboren en la lucha contra dicho tráfico<sup>1099</sup>.

---

<sup>1097</sup> Resolución del Consejo de la Unión Europea 1997: 97/C221/03 de 26 de junio de 1997 (DOCE C 221 de 19-7-1997)

<sup>1098</sup> DO nº C 221, de 19-7-1997.

<sup>1099</sup> Por ello, los Estados miembros deberán procurar determinar la identidad del menor lo antes posible tras su llegada, al igual que la circunstancia a causa de la cual no está acompañado. Independientemente de su situación jurídica, los menores no acompañados deberán tener derecho a la protección necesaria y a los cuidados básicos con arreglo a las disposiciones de la legislación nacional del Estado miembro en que el menor se encuentre. Con fines de reagrupación familiar, los Estados miembros deberán procurar encontrar lo antes posible a la familia del menor no acompañado, o localizar el lugar de residencia de sus familiares, independientemente del estatuto jurídico de los mismos y sin prejuzgar la fundamentación de una posible solicitud de residencia. Finalmente, para la aplicación de la presente Resolución, los Estados miembros deberán encargarse lo antes posible de que el menor esté debidamente representado por un tutor legal, o una organización (nacional) encargada del cuidado y del bienestar de los menores de edad, o bien otro tipo adecuado de representación, así como que durante el tiempo que el menor deba permanecer en el



El fenómeno de los menores no acompañados comienza a ser significativo a partir de 1996<sup>1100</sup>. En otros países europeos, el fenómeno era ya relevante en la década de los 70/80<sup>1101</sup>. En ocasiones, se trata de menores que emigran solos a España con el consentimiento de su familia, buscando trabajo como otros inmigrantes<sup>1102</sup>. En otras ocasiones, se trata de los denominados “niños de la calle”, que proceden normalmente de familias rotas, en muchos casos consumidores de droga, y cuyas expectativas en España son las de seguir viviendo en ese medio, puesto que apenas tienen formación ni habilidades sociales. En este segundo caso, suelen tener problemas sanitarios, de escolarización y conductas agresivas y/o comportamientos delictivos<sup>1103</sup>. Tanto el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, como el Defensor del Pueblo en España han realizado sendos informes en el año 2002 alertando de la gravedad de esta situación.

Desde un punto de vista cuantitativo, se ha producido un crecimiento exponencial de esta población en los últimos años<sup>1104</sup>. Desde un punto

---

territorio de ese Estado, le estén garantizados los derechos de educación y asistencia sanitaria.

<sup>1100</sup> M. Jiménez Álvarez; “Menores marroquíes no acompañados en Andalucía: el caso de Sevilla. De 1996 a 2000”, *II Congreso sobre la inmigración en España. España y las migraciones internacionales en el cambio de siglo*, Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones (UPCO) & Instituto Universitario Ortega y Gasset. Madrid 5, 6 y 7 de octubre de 2000.

<sup>1101</sup> Con relación a Alemania y Francia lo señala M.J. Pérez; “Menores no acompañados”, *Revista de trabajo social. Servicios Sociales y política social*, nº 48, pp. 55 ss.

<sup>1102</sup> Hay que tener en cuenta que en países como Marruecos a partir de la adolescencia los hijos contribuyen con frecuencia al sustento familiar.

<sup>1103</sup> M. Jiménez Álvarez, “Los niños de la calle en la Medina de Tánger y los menores inmigrantes indocumentados solos en Andalucía”, *Ofrim suplementos*, Junio 1999, pp. 165 ss y M. Cadevilla; “Los menores extranjeros indocumentados no acompañados (MEINA). Exigencia de nuevas respuestas” *II Congreso sobre la inmigración en España. España y las migraciones internacionales en el cambio de siglo*, Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones (UPCO) & Instituto Universitario Ortega y Gasset. Madrid 5, 6 y 7 de octubre de 2000, los clasifica en : a) menores de 15 a 18 años con un proyecto de emigración definido; b) niños de la calle; c) Menores con patología mental o sanitaria grave; d) menores con conductas muy agresivas o actuaciones delictivas frecuentes; e) menores de segunda generación.

<sup>1104</sup> Según La Vanguardia el 11 de septiembre de 2001 el número de inmigrantes menores de edad indocumentados que viven en España, tanto en centros de acogida

de vista cualitativo, presentan las siguientes características: elevado porcentaje de varones sobre el de mujeres; procedentes de Marruecos en su gran mayoría; en torno a los 16 años, aunque cada vez disminuye la edad; elevada movilidad territorial, con un número de fugas importante de todos los centros de acogida<sup>1105</sup>.

Cuando estos niños son detenidos por las autoridades españolas y se acredita, a través de los procedimientos específicos habilitados al efecto que, efectivamente, se trata de menores, los supuestos que se barajan son reducidos: o bien, una vez localizados los progenitores o familiares que puedan hacerse cargo del menor, son devueltos a su país (lo que ocurre únicamente en el 20 % de los casos); o bien, y ésta es la situación más corriente, ante la imposibilidad de localizar a los padres o familiares del menor, muchas veces porque ocultan sus verdaderos datos, se declaran en situación de desamparo, pasando a ejercer la tutela *ex lege* regulada en el art. 172 del Código Civil, las autoridades públicas competentes de la Comunidad Autónoma donde se encuentre el menor<sup>1106</sup>.

Esta situación ha provocado que los centros de acogida de menores se vean con frecuencia desbordados. En España las Comunidades Autónomas tutelaron en 2006 a 3.836 menores inmigrantes no acompañados. Andalucía con 762, Canarias con 750, Cataluña con 497, País Vasco con 405, Madrid con 300 y Comunidad Valenciana con 279 fueron las Comunidades que tutelaron un mayor número de menores.

#### *b) El tratamiento jurídico del problema en la LOE 8/2000*

Como hemos apuntado, el art. 35 LO 8/2000, hace referencia expresa a la residencia de menores en situación de desamparo. Este

---

como en la calle, ascendía a unos 2000. Los acogidos en centros durante los años anteriores fueron: 1024 en 2000, 1441 en 1999 y 903 en 1998.

<sup>1105</sup> I. Lázaro González, *Los menores en el Derecho español*, cit. p. 458.

<sup>1106</sup> A. Durán; "Los menores extranjeros en la legislación española aspectos administrativos e internacional privatistas", *Revista General Informática de Derecho*, Marzo 2003.

artículo ha sufrido una modificación considerable respecto a su redacción original en la anterior LO 4/2000 y que supone el centro neurálgico de la regulación de los menores extranjeros en esta ley<sup>1107</sup>.

*Art. 35. Residencia de menores*

*1. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas, que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.*

*2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.*

*3. La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o a aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.*

*4. Se considerará regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará una autorización de residencia, cuyos efectos*

---

<sup>1107</sup> Este artículo se elevó a rango legal con la LO 4/2000 ya que hasta ese momento únicamente se regulaba esta previsión por vía reglamentaria. A este respecto el art. 13.1 de la LO 7/1985, de 1 de julio, se limitaba a señalar que el permiso de residencia se podría conceder a los menores de 18 años y a los incapacitados y que también podría incluirse a unos y otros en el permiso correspondiente a la persona bajo cuya guarda se encontraran, si ésta así lo solicitara. J.M. De Lorenzo Segrelles; "artículo 35 Residencia de menores" en C. Esplugues, (Coord), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 861.

*se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.*

*5. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado.*

Aunque la rúbrica alude a la *residencia de menores*, el precepto únicamente se ocupa del tratamiento de los menores indocumentados que se encuentran en una situación de desamparo, lo que puede inducir cierta confusión con el tratamiento general de la reagrupación ordinaria de menores<sup>1108</sup>.

El procedimiento establecido determina que cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado, cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores<sup>1109</sup>, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas, que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias<sup>1110</sup>.

---

<sup>1108</sup> J.M. De Lorenzo Segrelles; "artículo 35 Residencia de menores", cit. p. 862..

<sup>1109</sup> En España son las Comunidades Autónomas las que poseen competencia para intervenir en materia de protección de menores, ya que la totalidad de los Estatutos de Autonomía han asumido competencia en materia de asistencia social prevista en el artículo 148.1.20ª de la Constitución Española, en donde cabe insertar la protección de menores. No obstante, es el Estado el que tiene competencia exclusiva sobre nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo (art. 149.1.2ª CE).

<sup>1110</sup> El art. 9.6 III Cc dispone que será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español.

En el Derecho internacional privado español, la minoría de edad es una materia sometida tradicionalmente a la ley nacional, como parte del estatuto personal (art. 9 CC), lo que produce disparidades entre los distintos países (la mayoría de edad en Marruecos está en los 20 años, por ejemplo). No obstante, el concepto de menor de edad recogido en el art. 35 de la LOE es susceptible de diversas interpretaciones, integrando de manera coordinada la regulación en materia de extranjería y las normas civiles de protección de menores<sup>1111</sup>. En todo caso, la mayoría de edad vendrá determinada por lo dispuesto en el ordenamiento jurídico del país de origen del menor, con el límite de los 18 años<sup>1112</sup>. Cuando se realizan pruebas médicas para determinar la edad (normalmente se trata de pruebas radiográficas), como resulta difícil hacerlo con exactitud, habrá que presumir que la edad es la inferior de la horquilla que los servicios médicos señalen<sup>1113</sup>.

La Ley atribuye al Ministerio Fiscal la competencia para la determinación de la edad. Una vez determinado que se trata de un menor, el Ministerio Fiscal<sup>1114</sup> lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores y lo comunicará a la Dirección

---

<sup>1111</sup> El art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 1 de la LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor.

<sup>1112</sup> B. Capuzano; "Los menores extranjeros no acompañados", en A. Rodríguez Benot y C. Homero Méndez, (Coords.), *El nuevo Derecho de Extranjería*, Comares, Granada, 2001, p. 255.

<sup>1113</sup> Este tipo de pruebas también ha sido objeto de crítica debido a las pocas garantías que revisten para la acreditación de la edad del sujeto, ya que habitualmente remiten a mediciones óseas y a tablas correspondientes a individuos de raza caucásica, que pueden distorsionar los resultados. A este respecto se puede consultar el informe de Human Rights Watch. "España y Marruecos. Callejón sin salida: abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños inmigrantes", así como el <<Programa Europeo de Niños Separados" promovido conjuntamente por Save the Children y ACNUR. Además una relación de las técnicas de determinación de la edad se puede encontrar en J. Murillas; "Menores inmigrantes: aspectos jurídicos, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales". *Aranzadi*, Pamplona, nº 19/2000, p. 5.

<sup>1114</sup> En la primera versión de la LOE 4/2000, de 11 de enero se atribuía en su art. 32.2 a los Juzgados de Menores la competencia para realizar dicha identificación.

General de Policía para que esta proceda a su inscripción en el Registro de menores no acompañados<sup>1115</sup>.

El precepto establece, como procedimiento preferente en estos casos y siempre que sea posible, la repatriación del menor con su familia a su país de origen. Para ello establece que la Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor<sup>1116</sup>, y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o a aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España<sup>1117</sup>.

El procedimiento se iniciará de oficio por la Administración General del Estado o, en su caso, a propuesta de la entidad pública que ejerce la tutela del menor<sup>1118</sup>. El órgano encargado de la tutela del menor ha de facilitar a la autoridad gubernativa cualquier información que conozca relativa a su identidad, la de su familia, su país o su domicilio, así como comunicar las gestiones que haya podido realizar para localizar a la

---

<sup>1115</sup> De acuerdo con lo establecido en el art. 111 del Reglamento de Extranjería en este registro se hará constar, si se conocen, su nombre y apellido, el de los padres, su lugar de nacimiento, su nacionalidad, su última residencia, su impresión dactilar y una fotografía, el centro de acogida en el que resida, el órgano público a cuyo cargo se encuentre, el resultado de la prueba médica para la determinación de su edad y cualesquiera otros datos que pudieran resultar relevantes a efectos identificativos.

<sup>1116</sup> En este procedimiento se tendrá, tal y como establece el art. 92.4 del Reglamento de Extranjería como objetivo prioritario el interés del menor por lo que se deberá constatar que se cumplen las condiciones adecuadas para su efectiva reagrupación o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen. J.M. De Lorenzo Segrelles; "artículo 35 Residencia de menores", cit. p. 866.

<sup>1117</sup> La Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía critica en el artículo "Los niños de la calle en Ceuta: racismo y desamparo", *Revista de Extranjería del Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 8, 2001, p. 15, que con el eufemismo de repatriaciones para una integración en el país de origen de estos menores, el Gobierno intentará la expulsión masiva de los mismos. En todo caso, si así fuera, esto implicaría un incumplimiento sistemático de la ley, pues expresamente se establece que para que se produzca el retorno de los menores a su país, antes habrá de haberse localizado a sus progenitores o familiares, habiéndose constatado que éstos pueden hacerse cargo del menor.

<sup>1118</sup> Art. 172 Cc y legislación autonómica de desarrollo.

familia del menor<sup>1119</sup>. La autoridad gubernativa pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en este procedimiento.

Se trata de un procedimiento complejo, desarrollado por el art. 92 del nuevo Reglamento de Extranjería, en el que están implicados una multiplicidad de organismos e instituciones actuantes (Ministerio Fiscal, Delegación del Gobierno, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los servicios de protección de menores competentes en cada Comunidad Autónoma, Consulados, Servicios Sanitarios, etc).

La Administración General del Estado, actuando a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, y éstas por medio de las Brigadas Provinciales de Extranjería y Documentación, que se pondrán en contacto con la Comisaría General de Extranjería y Documentación para que realice las gestiones necesarias ante las Embajadas y Consulados correspondientes, actuarán con el fin de localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieren responsables de ellos<sup>1120</sup>. Una vez localizada la familia del menor o los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación tras la verificación de que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares<sup>1121</sup>.

La repatriación del menor será acordada por el Delegado del Gobierno o por el Subdelegado del Gobierno, cuando tuvieren la competencia delegada para ello, y ejecutada por los funcionarios del

---

<sup>1119</sup> Este requisito convierte a este tipo de instituciones y a sus trabajadores en una especie de espías que en la mayoría de ocasiones es así percibida por los menores lo que supondrá un obstáculo para facilitar su proceso de integración en nuestro país.

<sup>1120</sup> El localizar a los familiares de los menores es una tarea tremendamente complicada, porque a la carencia de documentación que éstos presentan cuando llegan a España, se une el hecho de que los menores ocultan conscientemente la información que se les pide por miedo a una inminente repatriación.

<sup>1121</sup> A este respecto el propio Defensor del Pueblo en su informe de 2004 ha criticado el automatismo con el que la Administración recurre a la repatriación de los menores.

Cuerpo Nacional del Policía. Los gastos que ésta implique se efectuarán a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. Subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación.

Si la repatriación no puede llevarse a cabo, tal y como establece el art. 92.5 del Reglamento de Extranjería, transcurridos nueve meses desde que el menor fuera puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle un permiso de residencia, a instancia del organismo de protección de menores en donde se encuentre, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los citados servicios. De esta forma, se considerará regular a todos los efectos la residencia de los menores tutelados por una Administración Pública. De lo expuesto anteriormente se deduce que un extranjero menor de edad que se encuentre en territorio español, sin referentes familiares adultos, deberá ser declarado en desamparo y tutelado y documentado por los servicios de atención a la infancia de la Comunidad Autónoma correspondiente<sup>1122</sup>. Pero si transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiera sido posible, se procederá a otorgarle la autorización de residencia. El hecho de que se haya autorizado la residencia no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente pueda realizarse conforme a lo previsto en este artículo.

Cuando los menores tutelados por la entidad de protección de menores competente alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de residencia, y hayan participado adecuadamente en

---

<sup>1122</sup> El art. 111 del nuevo reglamento determina que existirá un Registro de Menores extranjeros no acompañados a efectos puramente identificadores. Este Registro estará bajo la supervisión de la Dirección General de la Policía.



las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, se recomendará la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales<sup>1123</sup>. Por otra parte, el art. 72.3 e) del Reglamento de Extranjería contempla la posibilidad de conceder la autorización de residencia permanente a los extranjeros que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los 5 años inmediatamente anteriores de forma consecutiva<sup>1124</sup>.

Finalmente, conviene recordar que la repatriación del menor no es equiparable a la expulsión<sup>1125</sup>. La repatriación se configura, en teoría, como el instrumento legal por excelencia para lograr la protección del *interés superior del menor*. Sin embargo, la repatriación de un menor cumplirá ese fin si en el país de origen, del menor cabe esperar su integración y está garantizada su educación y protección. Para ello es imprescindible que existan referentes sociales y familiares claros, lo que difícilmente puede afirmarse en la mayoría de los casos de los menores desamparados que llegan a nuestro país (en especial los magrebíes)<sup>1126</sup>.

En la práctica, la aplicación de este procedimiento ha ocasionado muchas dificultades, abordados por la *Instrucción del Ministerio Fiscal* 6/2004, de 26 de noviembre y 3/2003 sobre el tratamiento jurídico de los menores inmigrantes no acompañados; así como el *Memorandum de*

---

<sup>1123</sup> El Defensor del Pueblo en su informe de 2004 también señala la existencia de ciertas deficiencias en la práctica administrativa para la autorización de su permiso de residencia en los casos de menores que se encuentran cercanos a la mayoría de edad.

<sup>1124</sup> También se establece en el art. 22.2 del Código Civil un régimen privilegiado para la adquisición de la nacionalidad en estos casos, bastando que se hubiera estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de una institución o ciudadanos español durante 2 años consecutivos.

<sup>1125</sup> A este respecto el pasado 16 de Mayo de 2007 el tribunal de justicia de Madrid condenó a las autoridades locales y al gobierno de España por la expulsión de un menor, carente de defensa, y con permiso de residencia. Por primera vez en España, un alto tribunal ha sentenciado en contra de la expulsión de un menor y ha condenado al gobierno nacional y a las autoridades locales a pagar las costas del proceso que se inició en Junio de 2005, en que es expulsó al menor a su país. <http://medios.mugak.eu/noticias/noticia/98817>

<sup>1126</sup> Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, cit., p. 15.

*entendimiento entre el Reino de Marruecos y el Reino de España sobre la repatriación asistida de menores no acompañados.*

Por otra parte, la realidad de los centros de protección de menores, que se han visto desbordados ante la llegada masiva de menores no acompañados, ha fomentado la convicción, cada vez más común, de que se requieren recursos sociales específicos, y que, en general no es aconsejable una política de total integración<sup>1127</sup>, descartando la construcción de este tipo de centros en los propios países de origen, con el riesgo<sup>1128</sup> que esto puede conllevar no sólo para la protección del interés superior de los propios menores sino también para sus derechos humanos<sup>1129</sup>.

#### **4.2 - La reagrupación familiar de los estudiantes.**

El art. 33 de la LO 8/2000 (y el art. 89 del Reglamento de Extranjería) contemplan un régimen especial para la reagrupación familiar de los extranjeros que sean titulares de un permiso para realizar estudios en nuestro país.

*Artículo 33. Régimen especial de los estudiantes.*

*(Redactado conforme a las Leyes Orgánicas 8/2000 y 14/2003)*

*1. Tendrá la consideración de estudiante el extranjero cuya venida a España tenga como fin único o principal el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados*

---

<sup>1127</sup> La experiencia demuestra en muchas ocasiones que su aspiración es en muchos casos independizarse económicamente sometiéndose con dificultad a la disciplina de los Centros de Acogida, lo que propicia que los episodios de conflictividad en los Centros sean cada vez más frecuentes con el consiguiente perjuicio para el resto de menores ingresados.

<sup>1128</sup> A este respecto hay que señalar el acuerdo firmado entre España y Marruecos en marzo de 2007 en Rabat que prevé la construcción de este tipo de centros en Tánger, Nador y Marrakech con ayuda Española. F. Vassallo Paleologo; "I Minori Stranieri non accompagnati in Europa e in Italia"; en I. Trujillo y F. Viola; *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 271-304.

<sup>1129</sup> F. Vassallo Paleologo y P. Cuttitta; *Migrazioni, Frontiere, Diritti*; Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006, pp. 323 y ss.

*laboralmente, en cualesquiera centros docentes o científicos españoles, públicos o privados, oficialmente reconocidos.*

*2. La situación del extranjero en régimen de estudiante será la de estancia y la duración de la autorización será igual a la del curso para el que esté matriculado.*

*3. La autorización se prorrogará anualmente si el titular demuestra que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial y que cumple los requisitos exigidos por el centro de enseñanza al que asiste, habiéndose verificado la realización de los estudios.*

*4. Los extranjeros admitidos con fines de estudio no estarán autorizados para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia ni ajena. Sin embargo, en la medida en que ello no limite la prosecución de los estudios, y en los términos que reglamentariamente se determinen, podrán ejercer actividades remuneradas a tiempo parcial o de duración determinada.*

*5. La realización de trabajo en una familia para compensar la estancia y mantenimiento en la misma mientras se mejoran los conocimientos lingüísticos o profesionales se regularán de acuerdo con lo dispuesto en los acuerdos internacionales sobre colocación «au pair».*

Tradicionalmente, la permanencia de los estudiantes en España no ha sido calificada como *residencia*, sino como mera *estancia*, aunque dotada de caracteres especiales, debido a que su duración excedía de los tres meses a los que ésta se ceñía<sup>1130</sup>.

---

<sup>1130</sup> C. Esplugues y M. De Lorenzo Segrelles; *El nuevo régimen de la inmigración en España*; cit. p. 299. Así se desprendía de la regulación establecida en la LO 7/85 y en su reglamento. También esta ha sido la opinión constante de la DGRN, al negar que el período de permanencia en nuestro país como estudiante se compute como residencia legal a los efectos de la adquisición española. Sin embargo, sorprendentemente la redacción originaria del art. 40 de la LO 4/2000 hablaba en estos casos, de «autorización de admisión y residencia en España por razones de estudios» si bien sometidos a un régimen especial, fundamentalmente por lo que se refiere al acceso al mercado laboral.

El art. 33.2 se refiere a la “*autorización de estancia*”, negando de esta forma el carácter de residentes a personas que, en realidad, reúnen todas las condiciones para ser consideradas como tales, pues al fin y al cabo el art. 31.1 de la LOE califica como residencia toda permanencia que se prolongue por tiempo superior a 90 días.

La concesión de este tipo de autorización se condiciona a que su principal finalidad sea la permanencia en España para estudiar o realizar trabajos de investigación o formación que no tengan carácter remunerado, siendo necesaria la solicitud de la tarjeta de estudiante cuando tengan una duración superior a 3 meses.

Con carácter previo, deberá obtenerse el visado específico de estudios, de acuerdo con el procedimiento que establece el art. 85 y ss. del nuevo Reglamento de ejecución. La duración de esta estancia será la misma que la del curso que vaya a realizarse y podrá prorrogarse anualmente siempre que se acredite la continuación en dichos estudios. En el supuesto de los menores de edad, el art. 86 del Reglamento establece que, cuando no vengan acompañados de sus padres o tutores, se requerirá la autorización de éstos para su desplazamiento y que la solicitud de visado se presente en la Misión Diplomática u Oficina consular por sus padres o tutores.

El art. 89 del nuevo Reglamento, bajo el título “*los familiares de los estudiantes e investigadores*”, contempla la posibilidad de que familiares de los extranjeros que han obtenido un visado para estudios, puedan solicitar el correspondiente visado de estancia para entrar y permanecer legalmente en España por el tiempo que duren los estudios de ese familiar. En estos casos no se exige un período previo de permanencia en nuestro país para su solicitud<sup>1131</sup>. Podrán acogerse a este

---

<sup>1131</sup> J.M. De Lorenzo Segrelles; “artículo 33 Régimen especial de los estudiantes” en C. Esplugues (Coord), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 835.

procedimiento, exclusivamente, el cónyuge y los hijos menores de 18 años o sometidos a su patria potestad o tutela.

El apartado 3 indica que estos familiares podrán permanecer en España el mismo tiempo que el estudiante o el investigador, vinculándose su permiso al del reagrupante. En el caso de que ese permiso fuera superior a 6 meses, deberán solicitar la tarjeta de estudiante y se les concederá un estatuto similar al del reagrupante, con la excepción establecida en el art. 90 del Reglamento, esto es: no tendrán derecho a la autorización para la realización de actividades laborales lucrativas. Pasados 3 años (o incluso menos, si se verifican motivos excepcionales de acuerdo con lo establecido por el art. 95 del Reglamento), podrá modificar su situación y con ella la de sus familiares.

## **5. EL ARRAIGO FAMILIAR COMO CAUSA DE RESIDENCIA TEMPORAL.**

Por regla general, como ya vimos, para poder llevar a cabo la reagrupación familiar es condición imprescindible que los familiares reagrupables se encuentren fuera de España.

Esta exigencia provoca situaciones paradójicas como, por ejemplo, la de un extranjero residente en España, cuya pareja aprovecha la visita a nuestro país para casarse con él, pero no puede quedarse, porque la reagrupación familiar de éste (ahora su cónyuge), sólo podrá solicitarla si regresa a su país de origen, con el coste económico y personal que esto supone. Esta situación se ha ido modificando con las sucesivas reformas de la LOE, con la posibilidad de exención de visado por motivos familiares, aunque se trate de casos muy excepcionales<sup>1132</sup>. En tales

---

<sup>1132</sup> El Tribunal Supremo aplicando la anterior legislación consideraba la reagrupación familiar como una de las causas justificadas para dispensar la exigencia de visado. Sentencias de 4 octubre 1994, 21 de diciembre de 1994, 19 de diciembre de 1995, 2 de enero de 1996, 5 de noviembre de 1996, 14 de febrero de 1997, 14 y 17 de octubre de 1997, 12 de mayo de 1998, 14 de septiembre de 1998, 21 de diciembre de 1998, 28 de diciembre de 1998, 15 de diciembre de 1998, 19 de enero de 1999, 9 de marzo de 2000 y 5 de junio de 2002.

casos, aún encontrándose en situación irregular, esas personas podrán obtener una autorización de residencia temporal, lo que da lugar en la práctica a una reagrupación de facto<sup>1133</sup>.

Estas situaciones se contemplan en el art. 31 de la LOE bajo el epígrafe "*Situación de residencia temporal*". En concreto, en su apartado 3, establece que la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado.

En un primer momento, y antes de que este precepto fuera desarrollado por el art. 45 del Reglamento de Extranjería, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la redacción del precepto dejaba un amplio margen discrecional a la Administración, lo que provocaba una gran inseguridad jurídica<sup>1134</sup>. Esto planteó la cuestión sobre el carácter tasado o no de las situaciones enumeradas en el artículo y sobre la interpretación que debía realizarse de la remisión reglamentaria efectuada<sup>1135</sup>.

---

<sup>1133</sup> A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 295.

<sup>1134</sup> E. Relaño; "¿Sancionar al inmigrante o proteger las fronteras?: Un análisis crítico de la Ley de extranjería 14/2003, de 20 de noviembre, y la Política de inmigración común de la Unión Europea", *La Ley*, núm. 6017, 2004, de 13 de mayo, pp. 1-8.

<sup>1135</sup> Respecto a esta remisión cabrían diversas interpretaciones por una parte considerar que ésta se refiere a todas las circunstancias mencionadas en dicho preceptos, por lo que se habría de concluir que sólo cabrá la obtención de una autorización de esta clase en los supuestos recogidos reglamentariamente convirtiéndose así en una enumeración cerrada o por otro lado, entender que esa remisión se realiza únicamente respecto a las otras circunstancias excepcionales que se mencionan en este artículo, y entender así que el Reglamento respecto a éstas tendría una función meramente ejemplificadora y no exhaustiva, por lo que cabría la entrada de otros supuestos comprendidos dentro de su ámbito. J.M. De Lorenzo Segrelles; "artículo 31 Situación de residencia temporal", en C. Esplugues, (Coord), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 797.

### **5.1. Diferentes tipos de arraigo.**

El arraigo se configura en nuestra legislación como una fórmula de regularización continuada o permanente<sup>1136</sup>. El art. 45.2 del Reglamento de extranjería configura tres supuestos distintos de arraigo:

- a) El arraigo *laboral*, para el que se precisa de un periodo mínimo de 2 años de permanencia en España y el cumplimiento de otros requisitos adicionales.
- b) El arraigo *socio-familiar*, para el que se precisa de un periodo mínimo de 3 años de permanencia en España y otros requisitos adicionales que a continuación se detallarán.
- c) El arraigo *de origen*, que se refiere a los hijos de padre o madre originariamente españoles, sin necesidad de un periodo mínimo de permanencia en nuestro país, ni otras exigencias complementarias.

Por razones prácticas, no nos extenderemos en el análisis del arraigo laboral, lo que no supone desconocer de la importancia que puede tener para conseguir una estabilidad y una residencia legal en España y la lógica repercusión que ello tiene en la vida familiar, pero tal estudio desbordaría el objeto del presente trabajo. De ahí que nos centremos exclusivamente en los otros dos supuestos, relacionados de forma directa con la vida familiar de los extranjeros.

---

<sup>1136</sup> En una previsión ya contenida en el art. 29.3 de la LO 4/2000 se contemplaba la posibilidad de que se pudiera acceder a la residencia temporal siempre que se hubiera permanecido un mínimo de 2 años en territorio español, se estuviera empadronado y se dispusiera de medios económicos. Con posterioridad la LO 8/2000 en su art. 31 amplía los supuestos permitiendo la obtención del permiso a quienes ya lo hubieran tenido y no lo hubieran podido renovar, a los que llevaran viviendo en España durante 5 años, así como por razones humanitarias, circunstancias excepcionales y cuando se acreditara el arraigo y posteriormente la reforma de la LO 14/2003 configura esta posibilidad tal y como se acaba de señalar. J.M. De Lorenzo Segrelles; "artículo 31 Situación de residencia temporal", cit. pp. 799 y 800.

*a) El arraigo socio-familiar*

El arraigo *socio-familiar* se regula en el art. 45.2 b) del Reglamento de Extranjería. Para poder beneficiarse de éste tipo de arraigo, los extranjeros deberán cumplir cuatro requisitos<sup>1137</sup>: acreditar una permanencia continuada en nuestro país durante un periodo mínimo de tres años; ausencia de antecedentes penales en España y en su país de origen, contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario y cuya duración no sea inferior a 1 año<sup>1138</sup> y acreditar vínculos familiares con otros extranjeros residentes, o bien, presentar un informe, emitido por el Ayuntamiento en el que se tenga el domicilio habitual, acreditando su inserción social.

Respecto al primer requisito, podrán ser utilizados para demostrar el periodo de tres años de estancia cualquiera de los medios de prueba admitido en derecho<sup>1139</sup>.

Los vínculos familiares a los que alude el Reglamento se limitan a los que se mantienen con el cónyuge, ascendientes y descendientes en línea recta<sup>1140</sup>. Así pues, para el arraigo nos encontramos con una

---

<sup>1137</sup> Ibidem. Además otros autores como Trinidad García lamentan que "con la falta la indicación positiva de los elementos que demuestran la continuidad de la permanencia; se pierde seguridad jurídica; se depende en exceso del mejor o peor criterio discrecional que quiera tener la Administración y, por tanto, finalmente, se abona el campo para un recurso constante a los tribunales de justicia". M. L. Trinidad, "Los inmigrantes irregulares en la Ley 4/2000 y en su reforma: una regularización que no cesa", *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, (noviembre) 2002, pp. 99-112.

<sup>1138</sup> Respecto al requisito de la acreditación de un contrato de trabajo las Instrucciones antes mencionadas señalan que el interesado podrá presentar informe municipal de inserción social a través del cual se recomiende que se le exima de este requisito si contase con medios de vida suficientes. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 299.

<sup>1139</sup> Aunque hasta el momento la administración ha dado preferencia a la presentación de documentos públicos, esto no excluye que puedan ser considerados como válidos documentos privados, declaraciones testificales u otros medios. J.M. De Lorenzo Segrelles; "artículo 31 Situación de residencia temporal", cit. p. 809.

<sup>1140</sup> En las Instrucciones de la Dirección General de Inmigración (Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración) de junio de 2005, apartado II.c.3), dirigidas exclusivamente a otras Direcciones Generales de la misma Secretaría de Estado y a las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, se concreta la acreditación de los vínculos familiares "mediante documento que reúna los elementos necesarios para



condición familiar mucho más restrictiva que la prevista para los supuestos de reagrupación familiar del art. 17 LOE<sup>1141</sup> (se excluyen los vínculos existentes con ascendientes o descendientes que no lo sean en línea recta<sup>1142</sup>, lo cual resulta muy gravoso para el sujeto, porque lo normal, antes de poder ejercitar la reagrupación, será que tenga vinculación familiar en España sólo con parientes colaterales, ya que sus ascendiente y descendientes directos sólo podrán venir cuando haya conseguido una situación de residencia legal).

El informe municipal de inserción social, de acuerdo con lo establecido en el art. 46. 2 c) del Reglamento, tendrá el siguiente contenido: tiempo de permanencia del interesado en su domicilio; medios de vida con los que cuenta; grado de conocimiento de las lenguas que se utilicen; inserción en las redes sociales de su entorno; programas de inserción sociolaboral de instituciones públicas o privadas en los que haya participado y cuantos otros extremos puedan servir para determinar su grado de arraigo<sup>1143</sup>.

#### *b) El arraigo “de origen”*

Este artículo del Reglamento contempla también el arraigo de los hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles. En

---

producir efectos en España”. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 299.

<sup>1141</sup> Esta visión restrictiva ha sido criticada por C. Molina (et alii); *La inmigración extranjera. Comentario sistemático al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005, pp. 98-101 y 286-291.

<sup>1142</sup> Esta reducción es fruto de la interpretación que la Administración había dado a la normativa anterior, en la que no se recogía limitación de ningún tipo. La situación actual será difícilmente comprensible si tenemos en cuenta que en estos supuestos se podrán beneficiar de la reagrupación y que el arraigo únicamente les serviría para no tener que volver a su país durante un tiempo para solicitarlo. J.M. De Lorenzo Segrelles; “artículo 31 Situación de residencia temporal”, cit. p. 802.

<sup>1143</sup> La validez de este informe es discutible, ya que se puede entender que éste no será vinculante. Por otra parte la doctrina critica la fórmula de que sea la corporación municipal del domicilio habitual del solicitante la que tenga que emitir dicho informe, éste se deberá entender como aquel en el que se encuentre empadronado sin que ello impida que se puedan solicitar otros informes de otros Ayuntamientos en cuyas localidades hubiera residido. J.M. De Lorenzo Segrelles; “artículo 31 Situación de residencia temporal”, cit. p. 809.

estos supuestos no se requiere ningún periodo previo de permanencia en nuestro país<sup>1144</sup>. A este respecto hay que tener también en cuenta lo establecido en el art. 94.2 del Reglamento de Extranjería:

*Art. 94.2: "Los extranjeros menores de edad o incapacitados no nacidos en España que, o bien sean hijos de españoles o de extranjeros residentes legales en España, o bien estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España, podrán obtener autorización de residencia cuando se acredite su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años y sus padres o tutores cumplan los requisitos de medios de vida y alojamiento exigidos en el presente Reglamento para ejercer el derecho a la reagrupación familiar. Cuando los menores se encuentren en edad de escolarización obligatoria, se deberá acreditar adicionalmente que han estado matriculados en un centro de enseñanza y asistido regularmente a clase, salvo ausencias justificadas, durante su permanencia en España. La vigencia de las autorizaciones concedidas por este motivo estará vinculada, en su caso, a la de la autorización de residencia del padre, madre o tutor del interesado.*

### *c) Supuestos excepcionales*

Hay tres supuestos excepcionales contemplados para la concesión de la residencia temporal sin estancia previa: por razones de protección internacional, por razones humanitarias y por colaboración con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, o cuando concurren razones de interés público o seguridad nacional.

En primer lugar, la *protección internacional* contempla la situación de aquellos extranjeros que hubieran solicitado el reconocimiento de la condición de refugiado y cuya petición hubiera sido inadmitida o

---

<sup>1144</sup> Para la determinación de estos supuestos tendrá que tenerse en cuenta lo dispuesto en nuestro Código Civil para la atribución y pérdida de la nacionalidad, para un examen más detallado de estos supuestos puede consultarse J.M. De Lorenzo Segrelles; "artículo 31 Situación de residencia temporal", cit. p. 802 y 803.

denegada. Situación que se encuentra prevista en el art. 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, reformada por la Ley 9/1994, de 19 mayo y en cuyo análisis no entraremos por exceder del objeto del presente estudio.

En cuanto a la autorización de residencia temporal por *razones humanitarias* el apartado 4 del art. 45 del Reglamento contempla tres supuestos:

- Extranjeros víctimas de determinados delitos (los tipificados en los arts. 311 a 314 del Código Penal<sup>1145</sup>); aquellos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación (tipificada en el art. 22.4<sup>a</sup>); y por último, en el caso de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, en los términos previstos por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.
- Extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida.
- Extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo.

---

<sup>1145</sup> Estos artículos se enmarcan en el Título XV, que se dedica a los delitos contra los trabajadores.

En cuanto al primero de estos supuestos (caso de las víctimas de violencia doméstica), el art. 46.3 del Reglamento de Extranjería establece que la solicitud para la obtención de esta autorización de residencia podrá presentarse una vez se haya dictado la orden judicial de protección a favor de la víctima y la autorización de residencia no se otorgará hasta que recaiga sentencia<sup>1146</sup>.

La configuración legal de este tipo de delitos en el art. 153 del Código Penal, hace que su ámbito de aplicación comprenda las situaciones de violencia entre esposos, novios, compañeros, en torno a una relación sentimental, porque de lo que se trata es de proteger la paz y estabilidad de las relaciones familiares -clásicas, o en sus formas modernas- sin que sea imprescindible una convivencia, esto es, compartir lecho y habitación de modo duradero<sup>1147</sup>. Aunque a este respecto hay que señalar que la Ley 1/2004 excluye de su ámbito de aplicación los supuestos de relación homosexual y aquellos en los que la víctima es un hombre y la mujer es el agresor<sup>1148</sup>.

El segundo de estos supuestos, y que también puede resultar de aplicación en el ámbito familiar, es aquel en el que el solicitante acredite

---

<sup>1146</sup> Con la finalidad de otorgar una mayor protección a este tipo de víctimas que en muchas ocasiones su situación legal de irregularidad puede suponer un impedimento para la denuncia de este tipo de acontecimientos la Resolución de 28 de junio de 2005 de la Secretaría de Estado de Seguridad por la que se establece el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de estas víctimas, establece el deber de por el informar a la extranjera de su derecho a solicitar la autorización por razones humanitarias. <http://www.policia.es/cnp/saf/protocolo.htm>.

<sup>1147</sup> E.Urbano; "La cuestión de la convivencia, en la violencia doméstica. A propósito de la STS 2ª 417/2004, de 29 de marzo de 2004", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 630, 2004, p.8-10. A este respecto algunos autores entienden que las autoridades españolas deberían considerar como motivo suficiente para permitir la entrada en nuestro país el caso de que una mujer fuera víctima de violencia de género en su país. M. D Adam: "Inmigración y violencia doméstica", *Actualidad Penal*, núm. 34, 2002, pp. 865-900.

<sup>1148</sup> Una reducción sexista del ámbito de aplicación que ha sido especialmente criticado por R. A. Gaspar; "Violencia familiar ejercida contra la mujer inmigrante" *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 13, 2003, pp. 43-50.

padecer una enfermedad sobrevenida de carácter grave<sup>1149</sup>. Para su comprobación, y con la finalidad de limitar el turismo sanitario, se exigen una serie de requisitos: la existencia de un informe clínico elaborado por la autoridad sanitaria que así lo corrobore; que se trate de una dolencia sobrevenida y por lo tanto posterior a su entrada en nuestro país; y que en el país de origen se constate la falta de tratamiento idóneo.

La solicitud en estos casos se deberá presentar personalmente por el interesado<sup>1150</sup> ante el órgano competente, junto con la documentación especificada en el art. 46.1 del Reglamento<sup>1151</sup>. Una vez formalizada la petición, el órgano competente podrá requerir la aportación de otros documentos que considere necesarios para justificar los motivos de la solicitud<sup>1152</sup>. Requerimiento que si no se atendiera en el plazo señalado (que no podrá exceder de un mes), daría lugar al archivo del procedimiento. Además se le podrá citar para una comparecencia personal a fin de mantener una entrevista<sup>1153</sup>.

---

<sup>1149</sup> Esta previsión ha sido una constante en nuestra legislación, con anterioridad se configuraba en el art. 49.2 h del antiguo Reglamento como una causa para la obtención de la exención de visado.

<sup>1150</sup> Salvo en los casos de menores o incapaces que se presentará por su representante.

<sup>1151</sup> El art. 46.1 del Reglamento de Extranjería entre la documentación a aportar señala:

a) Pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de 4 meses. Pudiéndose eximir de este requisito por el Ministerio del Interior en el caso de los refugiados.

b) En los casos en que se exija, contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario con una duración mínima de 1 años, cuyos efectos estarán condicionados a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitada.

c) Y la documentación acreditativa de encontrarse en algunas de las situaciones excepcionales antes mencionadas.

<sup>1152</sup> Este última apostilla ha sido criticada por su imprecisión y carácter abierto lo que origina inseguridad jurídica ya que se deja a total discrecionalidad de la Administración corriéndose el riesgo que esta se pueda transformar en arbitrariedad. J.M. De Lorenzo Segrelles; "artículo 31 Situación de residencia temporal", cit. p.810.

<sup>1153</sup> Tal y como se detalla en el art. 46.5 del Reglamento de Extranjería durante la celebración de esta entrevista, cuyo objeto no se concreta, deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración, además del intérprete, en caso de que fuera necesario. De ésta quedará constancia de su contenido mediante acta firmada por los presentes, de la que se entregará copia al interesado. Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los

El art. 46 del Reglamento, por su remisión a la regla general prevista en la Disposición Adicional Primera del Reglamento de Extranjería, otorga la competencia para dictar la resolución de estos procedimientos a los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales y a los Subdelegados del Gobierno en las provincias. De acuerdo con el art. 45.7 del Reglamento de Extranjería, en los casos de arraigo<sup>1154</sup>, su concesión lleva aparejada el permiso de trabajo durante la vigencia de la tarjeta de residencia<sup>1155</sup>. Por lo que se refiere a la duración, el art. 45.5 del Reglamento de Extranjería señala que, dado su carácter excepcional, tendrán vigencia de un año.

En cuanto a la renovación y el cese de estas autorizaciones, el art. 47 del Reglamento de Extranjería distingue varias situaciones. En primer lugar, que los titulares de la autorización podrán renovarla siempre que continúen las circunstancias que motivaron su concesión; en caso contrario, podrán solicitar una autorización de residencia o una autorización de residencia y trabajo, siempre que cumplan los requisitos establecidos para ello, sin necesidad del visado. Y, en segundo lugar, que podrá solicitarse una autorización de residencia o una autorización de residencia y trabajo en los términos del art. 98 del Reglamento de Extranjería, siempre que cumplan los requisitos necesarios. La renovación y la autorización de residencia o de residencia y trabajo, si

---

documentos o de la veracidad de otras circunstancias en que se ha basado la solicitud, se recomendará la denegación de la autorización y se remitirá copia del acta al organismo competente para resolver. En caso de que surgieran dudas sobre el criterio a seguir, el órgano competente deberá elevar la consulta correspondiente a la Dirección General de Inmigración.

<sup>1154</sup> Salvo para el caso de los menores como es lógico.

<sup>1155</sup> Aunque el precepto no aclara de qué clase de autorización de trabajo se tratará. En el caso de los hijos de españoles al no exigirse la presentación de un contrato de trabajo al formalizar la solicitud, se entiende que no hay obstáculo alguno para que se trate de una autorización de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, en función de la voluntad del interesado. En cambio en los casos de arraigo social al requerirse la presentación del contrato se entiende que deberá de tratarse de una autorización de trabajo por cuenta propia. En el resto de supuestos la autorización de residencia no llevará aparejada automáticamente la de trabajo, aunque existe la posibilidad de pedirla. J.M. De Lorenzo Segrelles; "artículo 31 Situación de residencia temporal", cit. p. 811.

proceden, deberán ser solicitadas dentro de los 60 días naturales previos a la finalización de su vigencia, extendiendo dicha solicitud la validez de la autorización que se posea, hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los 3 meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de las posibles sanciones que le puedan ser aplicables.

En último lugar y para concluir con estos supuestos, hay que señalar la previsión contenida en la Disposición adicional primera del Reglamento de Extranjería en el que se prevé la posibilidad de que se den procesos de regularización ordinaria e incluso procedimientos de autorización específicos y autorizaciones individuales<sup>1156</sup>.

## **5.2. El arraigo como límite a la expulsión del extranjero.**

Los vínculos familiares y, en especial el arraigo, tienen una importancia capital a la hora de evitar una posible expulsión del extranjero del territorio español. En los párrafos 5 y 6 del art. 57 de la LOE, que se ocupa precisamente de la expulsión, se establecen una serie de excepciones que comprenden estos casos<sup>1157</sup>.

En primer lugar, y con carácter previo, habrá que determinar en qué supuestos sería procedente la expulsión de un extranjero del territorio español<sup>1158</sup>. Procederá la expulsión<sup>1159</sup>, tal y como establece el art. 57.1

---

<sup>1156</sup> A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 322.

<sup>1157</sup> En estos supuestos aunque se imposibilite la imposición de la expulsión esto no implica que se aprecie la falta de responsabilidad por lo que cabrá la imposición de la multa correspondiente.

<sup>1158</sup> Tal y como ha indicado López Muñoz siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 242/94) la expulsión no es una pena. Así, el Juez de Instrucción, recibido escrito de la Subdelegación o Delegación de Gobierno solicitando autorización para expulsar al extranjero, remitirá las actuaciones al Fiscal, quien deberá dictaminar. Para que el informe sea favorable, deben concurrir cinco requisitos legales: que la pena que se le pueda imponer no supere los seis años, que no se trate de determinados delitos (tráfico ilegal de mano de obra, contra los derechos de los

de la LOE, cuando los extranjeros realicen conductas tipificadas como muy graves (art. 54.1 y 2):

*Las infracciones muy graves, establecidas en el art. 54, apds. 1 y 2, son las siguientes:*

*a) Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.*

*b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.*

*c) La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito.*

*d) La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de trabajo,*

---

ciudadanos extranjeros y asociación ilícita que promueva el tráfico ilegal de personas), que el extranjero haya prestado declaración en calidad de imputado, que haya indicios racionales de criminalidad (el Fiscal se abstiene de formular escrito de acusación contra él, interesando que quede paralizada la vía penal a favor de la administrativa) y que se ejecute el Decreto de Expulsión.. M.J. López Muñoz, "La incidencia de la jurisdicción en el procedimiento de expulsión de extranjeros que hayan cometido delitos en España", *Actualidad Penal*, núm. 22, 2003, pp. 565-580. En estos casos la sustitución de la pena por expulsión deberá ser solicitada por la acusación y el acusado debe conocer tal posibilidad para alegar lo que estime oportuno. J. Muñoz Cuesta; "¿Es necesario el trámite de audiencia para proceder a la expulsión de un extranjero no residente que ha cometido un delito en España? Comentario a la STS, Sala 2ª de 8 de julio de 2004 ", *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, nº 6, 2004, pp. 259-262.

<sup>1159</sup> Respecto a la consideración de la expulsión como una sanción y la posible vulneración del principio <<non bis in idem>> puede consultarse: J.F. Mestre; "artículo 57 Expulsión del territorio" en C Espulgues, (Coord), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1261 y ss.



*incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.*

*e) La comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza.*

*f) El incumplimiento de las obligaciones previstas para los transportistas en el artículo 66, apds 1 y 2.*

*g) El transporte de extranjeros por vía aérea, marítima o terrestre, hasta el territorio español, por los sujetos responsables del transporte, sin que hubieran comprobado la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los citados extranjeros.*

*h) El incumplimiento de la obligación que tienen los transportistas de hacerse cargo sin pérdida de tiempo del extranjero o transportado que, por deficiencias en la documentación antes citada, no haya sido autorizado a entrar en España, así como del extranjero transportado en tránsito que no haya sido trasladado a su país de destino o que hubiera sido devuelto por las autoridades de éste, al no autorizarle la entrada.*

Por la realización de conductas graves previstas en los apartados a), b), e), d) y f) del art. 53 de la LOE:

*a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente*

*b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.*

*c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio.*

*d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.*

Finalmente, también procede la expulsión cuando en el término de un año se produzca una reincidencia en la comisión de una infracción de la misma naturaleza o hayan sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados<sup>1160</sup>.

En todos estos supuestos, el legislador contempla dos excepciones en las que no podrá ser impuesta la sanción de expulsión:

1- En aquellos casos en los que el extranjero tenga especiales vínculos con nuestro país. A este respecto, el art. 57.5 de la LOE enumera los siguientes supuestos:

- a) Los nacidos en España, que hayan residido legalmente en los últimos 5 años.
- b) Los que tengan reconocida la residencia permanente.
- c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.
- d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

2.- Se establece la imposibilidad de expulsar al extranjero en el caso de que preexistan determinados vínculos familiares. El art. 57.6 de la

---

<sup>1160</sup> A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 400.

LOE determina la no expulsión de los cónyuges, los ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero<sup>1161</sup> sometidos a alguna de las situaciones señaladas anteriormente<sup>1162</sup>, que hubieran residido legalmente en España durante más de dos años y las mujeres embarazadas cuando la medida pudiera suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre<sup>1163</sup>.

## **6- LA (IN)COHERENCIA DE LAS EXIGENCIAS ADMINISTRATIVAS.**

La descripción que acabamos de realizar sobre la reagrupación familiar en el ordenamiento jurídico español, revela profundas incoherencias sobre la caracterización de aquella como un derecho fundamental. Son numerosos los criterios, requisitos y limitaciones de tipo administrativo, que contradicen su naturaleza de derecho subjetivo y muchos otros los que contribuyen a generar un alto índice de inseguridad jurídica en su aplicación; en especial, el recurso frecuente a conceptos jurídicos indeterminados que propician una enorme discrecionalidad en la interpretación de muchos preceptos<sup>1164</sup>. Expondremos, a continuación, cómo y donde se producen estas incoherencias.

---

<sup>1161</sup> Se aprecia también en este artículo que esta enumeración de familiares no se corresponde con los que son susceptibles de reagrupación familiar.

<sup>1162</sup> En estos supuestos no se extenderá la infracción del reagrupante a los reagrupados aunque la autorización de residencia de estos dependa de la de aquel porque precisamente con la sustitución de expulsión por multa, ya no peligra la permanencia en España. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 404.

<sup>1163</sup> Si bien a este respecto el art. 141.9 del Reglamento de Extranjería sólo se refiere a la posibilidad de suspender la ejecución de la expulsión no la imposibilidad de imponerla. C. Espulgues (et alii); *Nacionalidad y Extranjería*, cit. p. 251.

<sup>1164</sup> STSJ Madrid de 31 de enero de 2001 nº 146, en este caso la resolución administrativa había denegado el visado por reagrupación familiar con el genérico argumento de no reunir los requisitos establecidos en la legislación vigente señalando el Tribunal que " *esta no es una motivación bastante para denegar un derecho subjetivo...*". Doctrina jurisprudencial reflejada en las STS de 10 de octubre de 1994 y 11 de julio de 1995 que establecía que " *una de las técnicas de control de la actividad discrecional de la administración por parte de los órganos jurisdiccionales es la que se verifica por razón de los hechos determinantes, comprobando si concurren o no en el supuesto enjuiciado las circunstancias de hecho previstas en la norma atributiva de la potestad discrecional ejercitada por la Administración*".

El artículo 18 de la LOE, bajo la rúbrica "*Procedimiento para la reagrupación familiar*", determina las condiciones materiales y temporales para el ejercicio del derecho<sup>1165</sup>. Estas son las siguientes:

### **6.1. Condiciones de vida mínimas.**

La LOE impone al reagrupante unos requisitos muy severos para el ejercicio del derecho que, de alguna manera, restringen tanto su ejercicio que lo desnaturalizan en su fundamentalidad.

#### *a) Requisito de carácter temporal*

Como regla general<sup>1166</sup>, los extranjeros residentes en España sólo podrán ejercer su derecho de reagrupación familiar cuando hayan residido legalmente un año en España y además tengan autorización para residir al menos otro<sup>1167</sup>. No se establece si la duración de esta residencia se debe entender de forma continuada o sumando los distintos periodos temporales que el extranjero ha residido en nuestro país.

El art. 42.1 del Reglamento de Extranjería establece que el reagrupante podrá presentar la solicitud de reagrupación desde el momento en que haya solicitado la renovación de su autorización de residencia, este extremo se acreditará mediante la presentación del resguardo de la solicitud de renovación<sup>1168</sup>. ¿Es congruente establecer

---

<sup>1165</sup> A este respecto se ha considerado más acertada la técnica legislativa de la Directiva de reagrupación familiar. A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 18 Procedimiento para la reagrupación familiar" en C. Esplugues, (Coord), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 494.

<sup>1166</sup> Como se verá en sucesivos apartados a esta regla general se añade una excepción para el caso de los ascendientes reagrupados.

<sup>1167</sup> La Directiva de reagrupación al regular este aspecto se refiere a la perspectiva fundada de obtener una residencia de larga duración, concepto en el que cabe considerar incluido la previsión del legislador español.

<sup>1168</sup> Así pues la reagrupación quedará condicionada a la obtención de esta renovación. La interpretación de este precepto planteó algunas dudas durante la vigencia del anterior reglamento, ya que en este se exigía que en el momento de la presentación de la solicitud del preceptivo informe gubernativo, que la autorización de

una tan severa limitación de carácter temporal al ejercicio de un derecho fundamental como es el derecho a la vida en familia?<sup>1169</sup>

Con este requisito el legislador pretende estabilizar la residencia del reagrupante, de tal forma que se encuentre en una posición más ventajosa para afrontar en mejores condiciones económicas la integración de su familia; pero pretender mejores condiciones no puede ser el presupuesto para la restricción de un derecho fundamental (esto sin olvidar otras consideraciones de política estatal en materia de extranjería como, por ejemplo, la protección del mercado laboral interno<sup>1170</sup>).

Por otra parte, no podemos olvidar que el cumplimiento de esta exigencia, en la mayoría de ocasiones, no es nada fácil para los extranjeros que residen en España. La precariedad del mercado laboral actual hace que predominen los contratos de carácter temporal, lo que impedirá en muchas ocasiones que los extranjeros cumplan los requisitos necesarios para obtener permisos de residencia de larga duración. Además, la imposición de este plazo mínimo de estancia del extranjero en nuestro territorio puede implicar un perjuicio irreparable para la continuidad de la vida familiar, ya que un distanciamiento prolongado de los miembros de la familia propiciado por estos plazos excesivamente largos (que suelen implicar una media de dos años desde que el inmigrante llega a nuestro país antes de que tenga lugar la reagrupación si todo va bien) a lo que se une la carencia de recursos económicos (lo que impide que puedan visitar a su familia durante este lapso de tiempo), puede provocar una profunda crisis de las relaciones familiares.

---

residencia ya renovada tuviera una vigencia como mínimo de 1 año. Lo que daba lugar al rechazo del inicio del expediente porque la vigencia de la prórroga no cubría como mínimo un año completo. A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 18 Procedimiento para la reagrupación familiar", cit. p. 504.

<sup>1169</sup> Aunque a este respecto es de alabar que nuestro legislador no haya incluido las limitaciones permitidas por la Directiva de reagrupación familiar, en la que tal y como establece en su art. 8.1 este periodo temporal de espera podrá alcanzar hasta los 2 y 3 años.

<sup>1170</sup> *Ibid.*, pp. 503 y 504.

**b) Requisitos de carácter material**

Los requisitos de carácter material responden a una concepción fundamentalmente economicista de la reagrupación familiar<sup>1171</sup>. La ley establece dos requisitos que deberán cumplirse con carácter obligatorio y simultáneo si el reagrupante quiere ejercitar su derecho de reagrupación (art. 18 Ley 8/2000):

- disponer de un alojamiento adecuado;
- acreditar la posesión de medios de subsistencia para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada.

Como antes hemos apuntado, el problema se plantea aquí por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que dejan un amplio margen de discrecionalidad a la Administración para su valoración al no determinarlos de manera objetiva y precisa.

**-Vivienda adecuada**

La LOE únicamente establece que debe tratarse de un "alojamiento adecuado", el problema es qué debemos entender y cómo debe interpretarse esta referencia a un "*alojamiento adecuado, para atender sus necesidades y a la familia*". La acreditación de la disponibilidad de una vivienda adecuada, tal y como establece el art. 42.2 e) del Reglamento<sup>1172</sup>, se realizará mediante un informe expedido por la

---

<sup>1171</sup> En este caso y como consecuencia directa de la exigencia de estos requisitos, la noción de vida en familia se configura por parte de nuestro legislador en materia de extranjería como una vida en común, por lo que habrá de procurarse que esta se lleve a cabo en unas condiciones <<normales>> que faciliten la integración en la sociedad de acogida. A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 18 Procedimiento para la reagrupación familiar", cit. p. 497

<sup>1172</sup> El art. 42.2 e) del Reglamento establece que la justificación documental que acredite la disponibilidad, por parte del reagrupante de una vivienda adecuada para atender las necesidades del reagrupante y la familia. Este requisito deberá justificarse mediante informe expedido por la Corporación Local del lugar de residencia del reagrupante. En el plazo máximo de quince días desde la solicitud, la Corporación deberá emitir el informe y notificarlo al interesado y, simultáneamente y por medios telemáticos cuando fuera posible, a la autoridad competente para resolver la autorización de reagrupación. Subsidiariamente, podrá justificarse este requisito

Corporación Local del lugar de residencia del reagrupante<sup>1173</sup> y, en caso de que ésta institución no emitiera dicho informe en el plazo máximo de 15 días desde la solicitud<sup>1174</sup>, el reagrupante podrá, subsidiariamente, justificar este requisito mediante la presentación de un acta notarial mixta de presencia y manifestaciones para acreditar las características y amplitud de la vivienda<sup>1175</sup>. Tanto el Acta como el Informe deberán hacer referencia a los siguientes extremos:

- Título que habilite para la ocupación de la vivienda.
- Número de habitaciones.
- Uso al que se destina cada una de ellas.
- Número de personas que la habitan.
- Condiciones de habitabilidad y equipamiento de la misma<sup>1176</sup>.

Por lo que se refiere a la acreditación de este requisito, la Administración viene exigiendo que el solicitante sea titular de un contrato de alquiler o propietario de una vivienda apta para acoger a su familia<sup>1177</sup>. Pero no olvidemos que es práctica habitual entre los

---

presentando acta notarial mixta de presencia y manifestaciones en caso de que la Corporación local no hubiera procedido a emitir el informe de disponibilidad de vivienda en el plazo indicado, lo que será acreditado con la copia de la solicitud realizada. En todo caso, el informe o acta notarial debe hacer referencia a los siguientes extremos: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones, uso al que se destina cada una de las dependencias de la vivienda, número de personas que la habitan y condiciones de habitabilidad y equipamiento de la misma."

<sup>1173</sup> Respecto a los informes municipales en la práctica administrativa éstos no se refieren a aspectos estructurales de la vivienda, sino a aspectos funcionales. Por lo que estos se suelen realizar por los servicios sociales comunitarios sin perjuicio de que, al amparo de la potestad autoorganizativa de los municipios, se pueda encomendar su realización a la Policía Local, a los servicios de Urbanismo o Vivienda e incluso a la Oficina Catastral. A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 18 Procedimiento para la reagrupación familiar", cit. p. 498.

<sup>1174</sup> Por lo que se puede afirmar el carácter potestativo de este informe.

<sup>1175</sup> E. Ortega; *Manual práctico de derecho de extranjería*, cit. p. 239.

<sup>1176</sup> En la práctica habitual se sigue considerando dentro de estos requisitos la disponibilidad de agua corriente, electricidad, sistema de obtención de agua caliente y red de desagües que se exigían en el anterior reglamento y que ahora han desaparecido de la regulación.

<sup>1177</sup> En cuanto al título que habilita a la ocupación de esta vivienda también cabría incluir dentro de estos supuestos el subarriendo siempre que medie autorización del propietario o la cesión en precario si se demuestra la realidad y estabilidad en la

inmigrantes dividir la casa con otros inmigrantes como forma de reducir gastos y que esta situación puede ocasionar problemas a la hora de acreditar la adecuación de la vivienda<sup>1178</sup>.

Tal y como veremos que ocurre con las demás exigencias, la Administración realiza un requerimiento de documentación sin valorar en ningún momento la situación socio-laboral del solicitante y, además, es una realidad indiscutible que los puestos de trabajo en los que se permite trabajar a los ciudadanos de terceros países suelen estar caracterizados por una continua movilidad geográfica (construcción, agricultura...) y, en muchas ocasiones, son trabajos domésticos en régimen de internos.

A este problema debemos añadir otro: cada vez resulta más difícil para los inmigrantes conseguir que se les alquile una vivienda; y muchas veces si consiguen arrendar una casa, su contrato suele ser fraudulento<sup>1179</sup>. De lo expuesto se deduce lo desproporcionado de esta exigencia, pues en el momento de presentar la solicitud<sup>1180</sup> se exige un

---

disposición de dicho alojamiento. También cabría incluir en estos supuestos los arrendamientos rústicos, en los que se arrienda una finca con derecho a casa-habitación así como el uso de viviendas que vengan atribuidas a los reagrupantes por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten ( porteros, guardas, asalariados, empleados). A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. pp. 265 y 266.

<sup>1178</sup> En los supuestos en los que se plantea el empadronamiento de diversas personas en la vivienda y algunas personas ya no residen en esta, se requiere que el propietario suscriba una declaración jurada del número de personas que se alojan en la misma y bajo la base de estas premisas se expide un informe por el Área de Bienestar Social y posteriormente se emite una Certificación de la Secretaría Municipal en la que se recoge su contenido. G. Lago; "Los Ayuntamientos ante la reagrupación familiar", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 13, 15 de febrero de 2004, p. 420.

<sup>1179</sup> En los casos en que se trate de un contrato de arrendamiento verbal el reagrupante podrá probar la existencia de este contrato mediante los recibos de pago efectuados por las rentas mensuales.

<sup>1180</sup> A este respecto el legislador español no ha hecho uso de la posibilidad que le concedía la Directiva de reagrupación familiar en su art. 16 y sólo apreciará las condiciones de la vivienda en el momento de presentar la solicitud, sin que un cambio en las mismas pueda afectar al estatuto de los familiares reagrupados con posterioridad, ya que para la renovación del permiso por reagrupación el art. 44.2 del Reglamento de Extranjería únicamente exigirá la disposición de empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, así como la cobertura de la asistencia sanitaria. A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 18 Procedimiento para la reagrupación familiar", cit. p 499.



contrato de alquiler para una vivienda en la que se vivirá con los familiares teóricamente reagrupados; es decir, se obliga a pagar el alquiler de un piso que no se ocupará probablemente hasta la llegada de estos familiares, algo que no ocurrirá hasta pasados por lo menos cinco meses, si es que se tiene mucha suerte<sup>1181</sup>.

*-Medios de subsistencia adecuados*

El segundo requisito material es la acreditación, por parte del reagrupante, de unos “*medios de subsistencia suficientes*”. La indeterminación de esta formulación y su falta de concreción legal permite establecer una diversidad de parámetros para su determinación.

La Ley de Extranjería, con su habitual ambigüedad, generadora de inseguridad jurídica, establece en su art. 18.1, que el reagrupante deberá aportar la prueba de que dispone de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada. A este respecto el art. 42.2 d) del Reglamento de Extranjería concreta este requisito exigiendo la acreditación de empleo y/o recursos económicos suficientes.

En este sentido nos encontramos otra vez ante la duda de cómo debemos interpretar el término “*medios de subsistencia suficientes*” porque se trata de un término bastante relativo: lo que es suficiente para uno de estos inmigrantes, acostumbrados a vivir con el mínimo, seguramente no lo será para ninguno de nosotros. Muchos autores han abogado por fijar una cantidad, tomando como parámetros el salario mínimo interprofesional o el mínimo vital establecido a efectos de deducción presupuestaria por la Ley del IRPF, este último parámetro nos permitiría adecuar la cantidad al número de miembros que componen la unidad familiar<sup>1182</sup>

---

<sup>1181</sup> E. Izquierdo; “El ejercicio práctico de un derecho fundamental”, *Revista de Extranjería* nº 3, [www.reicaz.es](http://www.reicaz.es).

<sup>1182</sup> E. Ortega, *Manual práctico de derecho de extranjería*, cit. p. 238.

La determinación de esos medios está delegada en la potestad reglamentaria ministerial. El art. 42.2 d) del Reglamento de Extranjería establece que mediante Orden del Ministro de la Presidencia, a propuesta de los Ministros de Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, se determinará la cuantía de los medios de vida exigibles, así como el modo de acreditar su posesión, teniendo en cuenta el número de personas que pasarán a depender del reagrupante<sup>1183</sup>. A la espera de que se dicten estas instrucciones, para la justificación de los medios económicos, se suelen utilizar los criterios que preveía el anterior art. 44 c) del Reglamento de 2001 (aunque en el actual hayan desaparecido) y que son los siguientes:

- original y copia del contrato de trabajo y de los tres últimos recibos de salarios o fotocopias de boletines de cotización en el supuesto de trabajadores por cuenta ajena.
- Justificación de ingresos de la persona en situación de inactividad.
- Declaración, en su caso, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente año anterior en el supuesto de trabajadores por cuenta propia o cuenta ajena.
- Justificante de afiliación y alta en la Seguridad Social o seguro de asistencia sanitaria y sus beneficiarios.

Aunque la jurisprudencia realiza una interpretación amplia de este requisito, la obstaculización administrativa en ocasiones provoca situaciones inverosímiles. Ejemplo de este “*absurdo*” es el caso de las

---

<sup>1183</sup> En la práctica los baremos utilizados en la determinación de estos medios de subsistencia son distintos según las oficinas de extranjeros de cada provincia. Baremos que no están publicados y que únicamente se comunican de forma extraoficial a las organizaciones sociales a través de reuniones informales para facilitar su trabajo. A modo de ejemplo se pueden citar los baremos empleados por la oficina de extranjeros de Valencia que utiliza el Salario Mínimo Interprofesional más el 20% por cada familiar a reagrupar (600 € + 120 €) y la de Tenerife en la que también se requiere el salario mínimo interprofesional más (230.-€) en este caso por cada persona reagrupada. [www.reicaz.es](http://www.reicaz.es) ( 17 de enero de 2008).

trabajadora/es de servicio doméstico que, como documentación acreditativa de estar al corriente con las obligaciones de la Seguridad Social, aportan certificado de vida laboral expedido por la T.G.S.S., donde constan los pagos realizados. La Administración no acepta como válida esta documentación y requiere los recibos de cotización, exigencia que paraliza el procedimiento, dejándolo aparcado y provocando que en muchos casos se termine archivando el expediente. No podemos olvidar que, en la mayoría de los casos, estos recibos están en mano de los empleadores, y que éstos normalmente no son informados de la iniciación de los expedientes de Reagrupación familiar por parte de los trabajadores/as, ante el temor de ser despedidos (el empleador suele considerar que si el trabajador extranjero trae a su familia no rendirá del mismo modo en el trabajo a desempeñar<sup>1184</sup>).

Afortunadamente, los Tribunales han considerado que en los casos en los que no se desempeña una actividad lucrativa, estos medios podrán acreditarse mediante la presentación de documentos que permitan verificar la tenencia de un patrimonio o la percepción de ingresos periódicos, incluyendo la aportación de títulos de propiedad, cheques certificados, cartas de pago, tarjetas de crédito o certificación bancaria<sup>1185</sup>. Mientras que en los casos en los que se realiza una actividad lucrativa, las pruebas podrán consistir en además de las nóminas, en las cartillas de ahorros, los extractos de las cuentas y las remesas económicas a la familia<sup>1186</sup>.

Finalmente, entre los requisitos materiales, desaparece de la LOE el requisito de ser titular de un seguro de asistencia médica y éste se recoge en el art. 42.2 d) del Reglamento de Extranjería como una faceta más dentro del requisito de la exigencia de poseer una recursos

---

<sup>1184</sup> E. Izquierdo; "El ejercicio práctico de un derecho fundamental", cit.

<sup>1185</sup> STSJ Navarra, de 21 de febrero de 2003.

<sup>1186</sup> A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 18 Procedimiento para la reagrupación familiar", cit. p 501.

suficientes para atender tanto las necesidades sanitarias de su familia en el supuesto de no estar cubiertas por la Seguridad Social.

### **6.2- El procedimiento administrativo de tramitación.**

El procedimiento de reagrupación familiar es muy complejo, que se regula en el art. 18 LO 4/2000 y en los arts. 42 a 44 de su Reglamento, donde se exigen excesivos trámites burocráticos tanto en el país de residencia del reagrupante como en el país en el que residen los familiares que van a ser objeto de la reagrupación lo que conlleva una duración dilatada en la mayoría de supuestos.

El nuevo Reglamento establece, en su Disposición Adicional 11ª, el carácter preferente de este tipo de procedimiento y simplifica su regulación.

#### **ARTICULO 18. PROCEDIMIENTO PARA LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR.**

*1. Los extranjeros que deseen ejercer este derecho deberán solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de los miembros de su familia que deseen reagrupar. Al mismo tiempo, deberán aportar la prueba de que disponen de un alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada..*

*2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17.3, inciso primero, podrán ejercer el derecho a la reagrupación con sus familiares en España cuando hayan residido legalmente un año y tengan autorización para residir al menos otro año<sup>1187</sup>*

*3. Cuando se acepte la solicitud de reagrupación familiar, la autoridad competente expedirá a favor de los miembros de la familia que vayan a reagruparse la autorización de residencia, cuya duración*

<sup>1187</sup> Precepto modificado por la L.O 14/2003, de 20 de noviembre. BOE nº 279 de 21 de noviembre de 2003.

*será igual al período de validez de la autorización de residencia de la persona que solicita la reagrupación*<sup>1188</sup>.

Como vemos, el procedimiento de reagrupación familiar se puede estructurar en tres fases que, aunque a veces se solapan en el tiempo, cronológicamente ordenadas son:

- Solicitud y obtención de la autorización de residencia temporal a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar
- Solicitud y obtención del visado para la reagrupación familiar por parte de los familiares reagrupables
- Solicitud y obtención del permiso de residencia de los familiares reagrupables.

#### *a) Inicio del procedimiento*

El procedimiento se inicia siempre a instancia del reagrupante, que deberá solicitar personalmente<sup>1189</sup> ante el órgano competente la autorización de residencia temporal a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar. Como norma general, el reagrupado deberá estar fuera del territorio del Estado en el que esté residiendo el reagrupante. Esta solicitud deberá cumplimentarse en el modelo oficial y se acompañará de la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos que antes en el punto anterior se han analizado<sup>1190</sup>.

---

<sup>1188</sup> Precepto añadido por la L.O 14/2003, de 20 de noviembre. BOE nº 279 de 21 de noviembre de 2003.

<sup>1189</sup> La carga de la presentación personal de las solicitudes bajo pena de inadmisión lejos de agilizar la tramitación de los procedimientos administrativos puede llegar a comportar un colapso de los registros de los órganos competentes (como de hecho ha sucedido) y también elimina la posibilidad de presentación conjunta de dichas solicitudes a través de ONG's o profesionales como abogados o gestores administrativos. V. Aguado i Cudolà; "Las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos en materia de extranjería: los problemas de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre", *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, (marzo) 2004, pp. 123-139, p. 137.

<sup>1190</sup> En concreto el art. 42.2 del Reglamento establece la presentación de la siguiente documentación:

Recibida y valorada la solicitud de autorización y la documentación presentada, la autoridad gubernativa procederá a comunicar al solicitante el sentido de ésta. En caso de ser denegatoria se le notificará al interesado y se motivará la causa de la denegación, tal y como remarca la disposición adicional sexta del reglamento. En caso de resolverse afirmativamente, se concederá la autorización y se suspenderá la eficacia de la autorización hasta la expedición, en su caso del visado, y hasta la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional. Dicha resolución se comunicará al reagrupante y de manera simultánea al Ministerio de Asuntos y de Cooperación y a la misión u oficina consular en cuya demarcación resida el extranjero. En caso de que la resolución fuera denegatoria, se basará en un informe policial: los arts. 42.3 y 4 del Reglamento prevén que éste sea requerido de oficio y que tendrá efecto vinculante. La resolución denegatoria deberá ser motivada y se notificará al interesado.

La *disposición adicional octava* del nuevo Reglamento establece que el plazo máximo para notificar las peticiones de autorización de residencia por reagrupación familiar será de mes y medio. Además, la disposición adicional undécima del Reglamento establece, como ya señalamos, que las solicitudes de visados y autorizaciones de residencia por motivos de reagrupación familiar tendrán tratamiento preferente. Pero este plazo de resolución en la práctica es muy variable: unos seis meses en el mejor de los casos<sup>1191</sup>; pero llegando a alcanzar un año, en no

---

a) La copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares y, en su caso, de la edad y la dependencia legal y económica.

b) La copia del pasaporte, documento de viaje o cédula de inscripción del solicitante de la reagrupación en vigor.

c) Copia de la correspondiente autorización de residencia, o de residencia y trabajo, ya renovada o, conjuntamente, de la primera autorización y del resguardo de solicitud de renovación.

d) En los casos de reagrupación del cónyuge, <<declaración jurada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge>>.

<sup>1191</sup> A este respecto el Tribunal Supremo ya indicó en su sentencia Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 1 octubre de 1992 en un supuesto de

pocos supuestos, cuando el plazo establecido legalmente, como hemos visto, es de mes y medio. Las Administraciones implicadas se culpan unas a otras por el retraso, mientras que el interesado no recibe ningún tipo de explicación<sup>1192</sup>.

Una vez obtenida dicha autorización, la eficacia de ésta se suspenderá hasta la expedición, en su caso, del visado y hasta la efectiva entrada del extranjero en el territorio nacional<sup>1193</sup>. Dicha resolución será comunicada al reagrupante y por medios telemáticos, y de forma simultánea cuando fuera posible, tanto al Ministerio de Asuntos Exteriores como a la misión diplomática o consular española en cuya demarcación viva el extranjero susceptible de ser reagrupado, tal y como se establece en los arts. 42.5 y 6 del Reglamento de Extranjería.

#### *b) Segunda fase del procedimiento*

El familiar que se desea reagrupar tendrá que acudir personalmente a la Misión Diplomática u Oficina Consular de España en su país de residencia y presentar la solicitud de visado de residencia para reagrupación familiar. Dicha solicitud se presentará con la documentación genérica requerida así como con una copia, a presentar en el plazo de dos meses de la petición de información cursada por el extranjero reagrupante, y la documentación que acredite el parentesco y la dependencia legal o económica. La *disposición adicional cuarta*

---

denegación de visado por reagrupación comunicada con seis meses de retraso, que "aunque de por sí son contrarias al ordenamiento y suponen un perjuicio indebido al particular, no son sin embargo invalidantes". A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 269..

<sup>1192</sup> E. Izquierdo; "El ejercicio práctico de un derecho fundamental", cit. [www.reicaz.es](http://www.reicaz.es)

<sup>1193</sup> Solamente se admitirá la autorización directa en los casos en los que sea aplicable una circunstancia excepcional prevista legal o reglamentariamente. En el régimen vigente, encontramos dos de estas excepciones: el hijo de residente legal que ha permanecido en España dos años, del artículo 94.2. del Reglamento, y los familiares que convivan con el interesado en el momento de la modificación de autorización de estancia por estudios a autorización de residencia y trabajo, del art. 95 del Reglamento. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 269.

establece que en los supuestos de presentación de solicitudes y recogida de visado de estancia, tránsito y de residencia por reagrupación familiar de menores, ambos trámites puedan realizarse mediante un representante debidamente acreditado, en los demás supuestos lo deberá realizar el familiar interesado personalmente<sup>1194</sup>.

El plazo de esta solicitud se duplica, pasando a 60 días y subsanando de alguna forma el reducido margen que antes se establecía, ya que sólo el envío de la documentación consumirá la mitad del plazo. Además hay que añadir el tiempo que le llevará al familiar reagrupable conseguir la tramitación de toda la documentación exigida por el consulado: certificado médico, autorización de viaje, etc. En este caso la Misión Diplomática o Consular seguirá la tramitación ordinaria requiriendo la información o informes pertinentes, que podría incluso llegarse al punto de requerir la comparecencia del solicitante.

La misión diplomática u oficina consular notificará la concesión del visado en el plazo máximo de dos meses y deberá ser recogido por el solicitante personalmente (en el caso de menores podrá ser recogido por su representante).

Por lo que respecta a la actuación de los Consulados como órganos instructores del expediente, muchas veces los reagrupados se encuentran con que ni tan siquiera se les admite a trámite la solicitud de visado, amparándose la autoridad consular en la consideración de la inviabilidad de la misma. Se genera aquí una flagrante indefensión que no podrá ampararse en el art. 25.2 de la LOE ya que en estos supuestos no se ha producido una denegación de la solicitud, pues ni tan siquiera se

---

<sup>1194</sup> También se permitirá la solicitud por medio de representante debidamente acreditado en los supuestos en los que el familiar no residiera en la población en que tiene su sede la misión diplomática u oficina consular y se acreditan motivos fundados que obstaculicen el desplazamiento del solicitante, como la lejanía de la Misión u Oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso, o razones acreditadas de enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente su movilidad.



ha recibido tal solicitud de visado. Así pues, tenemos una negativa a tramitar la solicitud que general el archivo de la solicitud de informe realizada y que, de hecho, impide el ejercicio del derecho porque próva de la posibilidad de realizar siquiera la solicitud<sup>1195</sup>.

El art. 43.2 del Reglamento de Extranjería exige, como hemos ya señalado, que la solicitud de visado venga acompañada de cierta documentación acreditativa de la identidad y de la condición del solicitante y de su situación física<sup>1196</sup>. Además, durante esta tramitación se podrá requerir la comparecencia del solicitante, para mantener una entrevista personal<sup>1197</sup>, cuando se estime necesario, al objeto de comprobar tanto la identidad, como el vínculo familiar así como la dependencia legal o económica y la validez de la documentación presentada<sup>1198</sup>.

El art. 43.1 del Reglamento de Extranjería establece que la inadmisión o denegación del visado procederá cuando el extranjero se hallase en España en situación irregular: así quedara evidenciado por el

---

<sup>1195</sup> El art. 25.2 dispone que reglamentariamente se establecerán las causas que puedan motivar la denegación del visado y en su apartado 3 ordena que la denegación sea expresa y motivada, indicando los recursos que procedan.

<sup>1196</sup> El art. 34.2 requiere que se aporte junto a la solicitud:

a) Pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses.

b) Certificado de antecedentes penales o documento equivalente, en el caso de solicitante mayor de edad penal, que debe ser expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años y en el que no deben constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español.

c) Copia de la autorización de residencia notificada al reagrupante.

d) Documentación original que acredite los vínculos familiares y, en su caso, la edad y la dependencia legal o económica.

e) Certificado médico, con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades cuarentenables contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional.

<sup>1197</sup> La exigencia de esta comparecencia personal en la entrevista desvirtúa la eficacia de la representación. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 271.

<sup>1198</sup> La incomparecencia, salvo fuerza mayor, en el plazo fijado, que no podrá exceder de quince días, producirá el efecto de considerar al interesado desistido en el procedimiento. Durante la entrevista deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración española y el representante del interesado, en caso de que éste sea menor, además del intérprete, en caso necesario y de la misma quedará constancia mediante un acta firmada por los presentes, de la que se entregará copia al interesado. (art. 43.2 y 3 del Reglamento de Extranjería).

poder de representación o por los datos que le consten a la Administración. También procederá la denegación si los representantes de la Administración llegan al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos, o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado: en estos supuestos tal y como establece el art. 43.4 del Reglamento de Extranjería se denegará la concesión de forma motivada<sup>1199</sup> y, en caso de haberse celebrado entrevista se remitirá copia del acta al organismo que hubiera autorizado inicialmente la residencia temporal<sup>1200</sup>. En último lugar, procederá la denegación cuando el familiar se encuentre incluido dentro de la lista de personas no admisibles, tal y como se establece en la *Disposición Adicional 6ª* apartados 4 y 7 del Reglamento de Extranjería.

Contra estas resoluciones denegatorias, el art. 65 de la LOE establece que cuando el extranjero no se encuentre en España, podrá interponer los recursos procedentes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes los remitirán al organismo competente<sup>1201</sup>.

---

<sup>1199</sup> Respecto a la falta de motivación el Tribunal Supremo, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 1 octubre de 1992, estableció que ésta supone una clara vulneración de las normas sobre el procedimiento administrativo, ello tanto más cuanto que la ausencia de motivación restringe o limita las posibilidades de llevar a cabo una tutela judicial efectiva, pues en el caso de la revisión de los actos propia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dicha revisión se extiende a los fines de los actos afectados para cuyo conocimiento es criterio esencial el manifestado en la motivación. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. p. 276.

<sup>1200</sup> La Disposición Adicional sexta del Reglamento de Extranjería en su apartado 6º establece que, en este supuesto, además, debe informarse al interesado de los hechos y circunstancias constatadas y, en su caso, de los testimonios recibidos y de los documentos e informes, preceptivos o no, incorporados que, conforme a las normas aplicables, hayan conducido a la resolución denegatoria. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. p. 276.

<sup>1201</sup> Con carácter general los recursos administrativos se encuentran previstos en los arts. 107 a 119 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, mientras que los recursos contencioso administrativos se regulan en el Título IV de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley 29/98, de 13 de julio. En estos supuestos

La concesión del visado y, por tanto, la aceptación de la solicitud de reagrupación, obliga a la autoridad competente a expedir la autorización de residencia a favor de los miembros de la familia que vayan a reagruparse, cuya duración será igual a la del reagrupante. Pero esta autorización no es automática y así el reagrupado, titular del visado, deberá solicitar el correspondiente permiso de residencia durante el plazo de vigencia de su visado, que en ningún caso será superior a 3 meses. En el plazo de un mes desde la entrada, deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero. Así pues, comenzará de nuevo la odisea administrativa del reagrupado, ya que se le requerirá que presente, otra vez, toda la documentación que ya presentó para la tramitación del expediente de informe de reagrupación familiar. La resolución de los expedientes de residencia no laboral está tardando en la práctica una media de siete meses como mínimo.<sup>1202</sup>

La renovación de las autorizaciones de residencia por reagrupación familiar deberá solicitarse en el plazo de 60 días antes de su expiración y, por regla general, se presentarán y tramitarán conjuntamente con la del reagrupante. Cuando la resolución sea desfavorable<sup>1203</sup> deberá producirse la salida obligatoria del solicitante y el silencio administrativo en la resolución se entenderá positivo. La presentación de la solicitud

---

no es posible que los familiares reagrupables que se encuentren en el Estado de origen se acojan a la asistencia jurídica gratuita, lo que sin duda supondrá en muchas ocasiones un límite al ejercicio de sus derechos, ya de por sí complicado al no encontrarse en el territorio nacional. J. De Lucas, "La difícil igualdad (A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional)", *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 3, (julio) 2003, pp. 209-220.

<sup>1202</sup> E. Izquierdo; "El ejercicio práctico de un derecho fundamental", cit.

<sup>1203</sup> Respecto a la denegación de la solicitud tal y como señala A. Álvarez Rodríguez éstas puede deberse a un incumplimiento del artículo 6.2 en relación con el artículo 17 de la Directiva 2003/86/CE, puesto que la denegación debe ser por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública, según la gravedad o el peligro que implique o el tipo de infracción cometida por el miembro de la familia, además de tener debidamente en cuenta la naturaleza y la solidez de los vínculos familiares de la persona y la duración de su residencia en el Estado miembro, así como la existencia de lazos familiares, culturales o sociales con su país de origen. A. Álvarez Rodríguez; "La transposición de Directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración", cit., pp. 49-50.

prorrogará la validez de la autorización hasta la resolución del procedimiento ex art. 44.1 y 2 del Reglamento de Extranjería. Las autorizaciones de residencia por reagrupación familiar también pueden extinguirse<sup>1204</sup>.

Como regla general la residencia de los familiares reagrupados se condiciona al permiso de residencia del reagrupante<sup>1205</sup>, por lo que, como

---

<sup>1204</sup> Las causas de extinción responden a las dispuestas con carácter general para la residencia temporal y permanente. Así las extinciones podrán ser:

a) Extinción de residencia temporal por resolución tácita (arts. 10 y 75.1 d) del Reglamento de extranjería): Cuando haya recaído sobre ellos una resolución de expulsión, salvo caducidad del procedimiento o prescripción de la infracción o de la sanción o se tenga conocimiento, por conductos diplomáticos, a través de Interpol o por cualquier otra vía de cooperación internacional, judicial o policial, de que se encuentran reclamados, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países, siempre que los hechos por los que figuran reclamados constituyan delito en España y sin perjuicio de su detención, en los casos en que ésta proceda.

b) Extinción de residencia temporal por resolución (art. 75.2 del Reglamento de Extranjería) en las siguientes situaciones:

- 1- El extranjero deja de disponer de recursos económicos o medios de vida suficientes, de asistencia sanitaria garantizada o de vivienda adecuada, sin poder disponer de ellos en un plazo de tres meses contados a partir de la notificación en relación con tal circunstancia.
- 2- Cuando cambie de nacionalidad o pierda la misma, contemplando la posibilidad de adquirir otra autorización de residencia en atención a las nuevas circunstancias.
- 3- Cuando desaparezcan las circunstancias que sirvieron de base para la concesión.
- 4- Cuando se compruebe la inexactitud grave en las alegaciones formuladas por el titular para obtener la autorización de residencia.
- 5- En los supuestos en los que deje de poseer pasaporte, documento análogo o, en su caso, cédula de inscripción, válidos y en vigor, salvo que se pueda justificar el haber realizado los trámites necesarios para la renovación o recuperación del pasaporte o documento análogo.
- 6- Cuando permanezca fuera de España durante más de seis meses en un período de un año.

c) La Residencia permanente se extinguirá, tal y como establece el art. 76 del Reglamento de Extranjería, por resolución motivada, si se comprueba la inexactitud grave de las alegaciones formuladas por el titular para obtener dicha autorización y si se encuentra incluido en alguno de los supuestos de prohibición de entrada ya mencionados arriba. También en los casos en los que hubiera permanecido fuera de España durante más de 12 meses consecutivos o más de treinta meses en el cómputo global de los cinco años de residencia.

<sup>1205</sup> La vigencia de la primera autorización de residencia de los familiares reagrupados se extenderá en el caso de que esta sea temporal hasta la misma fecha de la autorización del reagrupante (ex art. 42.7 del Reglamento de Extranjería) y en el caso de que esta sea permanente hasta la fecha de validez de la tarjeta de identidad del extranjero reagrupante, en estos supuestos la posterior autorización de residencia

a continuación se verá, en el supuesto de que estos familiares quisieran obtener un permiso independiente o un permiso de trabajo deberán iniciar un nuevo procedimiento para su obtención y acreditar la concurrencia de una serie de requisitos<sup>1206</sup>.

### **6.3. Autorización de residencia independiente de los familiares reagrupados.**

La obtención de un permiso de residencia independiente del vinculado al reagrupante se contempla en el art. 19 de la LOE bajo la rúbrica "*Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias excepcionales*". En este precepto se contempla la posibilidad de que el cónyuge, los hijos y los ascendientes reagrupados puedan obtener un permiso de residencia independiente siempre cuando se verifiquen una serie de circunstancias.

#### ARTÍCULO 19. EFECTOS DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES<sup>1207</sup>.

*1. El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando obtenga una autorización para trabajar. En caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia doméstica, podrá obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma.*

*2. Los hijos reagrupados obtendrán una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar.*

*3. Los ascendientes reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente cuando obtengan una autorización para trabajar cuyos efectos se supeditarán a lo dispuesto en el artículo 17.3.*

---

del reagrupado será de carácter permanente. A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 18 Procedimiento para la reagrupación familiar", cit. p 507.

<sup>1206</sup> Así pues esta autorización de residencia de los familiares reagrupados se caracterizará por dos notas: la dependencia y la temporalidad. Ibidem.

<sup>1207</sup> Precepto añadido por la L.O 14/2003, de 20 de noviembre. BOE nº 279 de 21 de noviembre de 2003.

*a) El cónyuge reagrupado*

El art. 19.1 establece, como vemos, dos supuestos en los que se podrá adquirir una autorización de residencia independiente. Con carácter general, cuando obtenga una autorización para trabajar. Con carácter excepcional, si hubiera sido víctima de violencia doméstica (desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección). La interpretación de este precepto plantea algunas cuestiones. En primer lugar, el cónyuge reagrupado puede modificar su situación migratoria de residencia a la situación de residencia y trabajo, por cuenta propia o ajena, con una serie de ventajas<sup>1208</sup>. No obstante, la modificación en el tipo de residencia puede conllevar algunos riesgos en su estatus, dado su carácter temporal (la relación laboral puede acabar) y su sujeción a los mismos requisitos del régimen general llegado el momento de la renovación (requisitos materiales y familiares)<sup>1209</sup>.

Además de estas dos circunstancias excepcionales, existen otros tres casos en los que el cónyuge puede adquirir la residencia independiente aún sin autorización para trabajar.

---

<sup>1208</sup> En estos supuestos no se exigirá la residencia legal de 1 año establecida en el art. 96. 1 y 3 del Reglamento de Extranjería, ni se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo o carecer de antecedentes penales. A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 19 Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias excepcionales" en C. Esplugues, (Coord), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 511. Pero al mismo tiempo el legislador establece un umbral por debajo del cual no es admisible la residencia independiente, en aquellos casos en los que la retribución resultante fuera inferior al salario mínimo interprofesional (SMI) a tiempo completo en cómputo anual (art. 41.6 Reglamento de Extranjería). A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 387.

<sup>1209</sup> Estos inconvenientes se plantearán en los casos en los que no se pueda acreditar la continuidad de la relación laboral, o el cumplimiento de los requisitos materiales y familiares exigidos en el momento de la renovación. Ante esta situación de la posible precariedad de la residencia independiente así obtenida sería más aconsejable que el cónyuge esperase hasta consolidar una permanencia legal antes de modificar su propia situación migratoria. A este respecto el art. 72.1 del Reglamento de Extranjería dispone que se podrá acceder a la residencia permanente cuando se acredite una residencia legal y de forma continuada en el territorio durante 5 años. A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 19 Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias excepcionales", cit. p. 513.

- a) Cuando el cónyuge no se encuentre separado y haya residido en España durante cinco años (arts. 41.1 y 4 del Reglamento de Extranjería).
- b) En caso de ruptura del vínculo conyugal cuando se acredite al menos 2 años de convivencia en España (art. 16.3 LOE y 41.2 d) del Reglamento de Extranjería)<sup>1210</sup>.
- c) En el caso de que falleciera el reagrupante (art. 41.2 c) del Reglamento de Extranjería).

También estos supuestos, al quedar la situación de residencia del cónyuge reagrupado sujeta al régimen general en orden a sus renovaciones, presentará los mismos inconvenientes de exponerse a una posible denegación de la renovación por ausencia de integración en el mercado laboral<sup>1211</sup>.

*b) Los hijos reagrupados*

El art. 19.2 también concede a los hijos reagrupados la posibilidad de obtener la residencia independiente del reagrupante ligada a la mayoría de edad<sup>1212</sup> y a la autorización para trabajar. El Reglamento de Extranjería incluye también en este supuesto a los hijos de su cónyuge y

---

<sup>1210</sup> La redacción del art. 41.2 a) del Reglamento de Extranjería permite considerar roto el vínculo por separación de derecho o divorcio, y posibilita considerar ampliado el ámbito personal del supuesto a los cónyuges separados de derecho. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 391.

<sup>1211</sup> Por lo que en estos supuestos se debería haber previsto la concesión automática de la autorización para trabajar. Ya que en estos supuestos, sino tal y como indica el art. 41.3 del Reglamento de Extranjería, la renovación dependerá del miembro de la familia con el que convivan. A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 19 Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias excepcionales", cit. p. 514.

<sup>1212</sup> Está limitación puede suponer una discriminación respecto a los trabajadores nacionales, ya que en estos casos la edad mínima para trabajar serán los 16 años. Con la finalidad de salvar este impedimento se podría acudir a la emancipación. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. cit. p. 388.

a los menores sobre los que el reagrupante ostente la representación legal (se excluyen por razones obvias a los incapacitados)<sup>1213</sup>.

El art. 72 del Reglamento de Extranjería otorga a estos hijos un derecho de residencia permanente, cuando alcancen la mayoría de edad y lleven residiendo 5 años en nuestro país.

*c) Ascendientes reagrupados*

El tercer apartado del art. 19 también liga la autorización de residencia independiente de los ascendientes reagrupados a la autorización para trabajar, cuyos efectos se supeditarán a los dispuesto en el art. 17.3.

En este supuesto, la obtención de una autorización para trabajar, en base a lo dispuesto en el art. 96.3 del Reglamento de Extranjería, aunque no estará sometida al plazo de residencia legal de 1 año, deberá atenderse a los requisitos de la situación nacional de empleo y certificado de antecedentes penales expedidos por el país de origen. También en este caso se podrá obtener la residencia permanente tras 5 años de residencia legal y continuada en España (ex art. 32 de la LOEXIS). En los casos contemplados en el art. 72.3 del Reglamento de Extranjería (jubilados, incapaces, apátridas, oriundos, etc.), no se exige ningún requisito temporal<sup>1214</sup>.

<sup>1213</sup> A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia, "artículo 19 Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias excepcionales", cit. p. 518.

<sup>1214</sup> El art. 72.3 del Reglamento de Extranjería establece que la autorización de residencia permanente se concederá a los extranjeros que acrediten que se encuentran en cualquiera de estos supuestos:

a) Residentes que sean beneficiarios de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social.

b) Residentes que sean beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social o de prestaciones análogas a las anteriores obtenidas en España y consistentes en una renta vitalicia, no capitalizable, suficiente para su sostenimiento.

c) Que hayan nacido en España y al llegar a la mayoría de edad acrediten haber residido en España de forma legal y continuada durante, al menos, los tres años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud.

d) Que hayan sido españoles de origen y hayan perdido la nacionalidad española.



## **7. LA DENOMINADA REAGRUPACIÓN EN CADENA.**

Las últimas reformas de la LOEXIS tuvieron lugar en 2003. La Ley 11/2003, modificó el sistema y supuestos de expulsión<sup>1215</sup> y, posteriormente, la Ley 14/2003 modificó algunos aspectos relativos al régimen de reagrupación familiar<sup>1216</sup>.

Esta última reforma vino motivada, tal y como se señala en la propia Exposición de Motivos, por la necesidad de adaptar la normativa interna a las decisiones adoptadas a nivel comunitario en los últimos años<sup>1217</sup> y por la necesidad de incorporar las consideraciones realizadas por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003<sup>1218</sup> que declaraba nulas algunas de las disposiciones del Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería<sup>1219</sup>.

---

e) Que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva.

f) Apátridas o refugiados que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España.

g) Extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España, o a la proyección de España en el exterior. En estos supuestos, corresponderá al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales la concesión de la autorización de residencia permanente, previo informe del Ministro del Interior.

<sup>1215</sup> M. Arias; "Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio de 2004", en *La Ley*, núm. 6160, 2005, de 3 de enero, disponible en *La Ley*, <<http://www.laley.es>>, p. 1497-1509

<sup>1216</sup> Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOE), modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

<sup>1217</sup> Aunque a este respecto hay que señalar que si bien en la exposición de motivos se citan algunas Directivas, entre estas no se menciona la Directiva sobre reagrupación y eso que ya había sido publicada dos meses antes. Por lo que se puede afirmar que aunque nuestro Derecho interno se adapta a las directrices comunitarias sobre reagrupación familiar nuestro país no ha transpuesto todavía esta norma, ya que el art. 20.1 de la propia Directiva exige a los Estados miembros que cuando adopten dichas disposiciones éstas harán referencia a la Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia "artículo 16 Derecho a la intimidad familiar", cit. p. 422.

<sup>1218</sup> STS, Sala Tercera, de 20 de marzo de 2003, BOE núm. 117, de 16 de mayo de 2003.

<sup>1219</sup> Real Decreto 864/2001, de 20 julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley

Por lo que respecta a la reagrupación familiar, la reforma introduce dos importantes modificaciones: la prohibición de las reagrupaciones en cadena y la desaparición de la exención de visado. Con ello, nuestro ordenamiento contempla dos regímenes para el ejercicio de la reagrupación familiar: el de aquellos que la ejercitan por primera vez y la de los familiares reagrupados que pretenden, a su vez, ejercitar este derecho. Este último supuesto es lo que se conoce como reagrupación en cadena.

La reagrupación en cadena consiste, pues, en el ejercicio de la reagrupación familiar por parte de un reagrupante que fue previamente reagrupado. El objetivo de la reforma se dirigía, precisamente, a evitar los fraudes en este tipo de reagrupaciones<sup>1220</sup>. Con anterioridad, la LOE permitía la reagrupación por parte de aquellos familiares que hubieran adquirido la residencia en virtud de previa reagrupación y remitía al desarrollo reglamentario las condiciones de ejercicio del derecho. El art. 41.5 del RD 864/2002, de 20 de julio, limitaba la reagrupación en cadena a que los reagrupados contaran ya con un permiso de residencia independiente del permiso del reagrupante y acreditaran reunir los requisitos previstos en la LOE.

A este respecto, la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo, apoyándose en el Dictamen del Consejo de Estado<sup>1221</sup>, resolvió que un Reglamento no podía invertir el criterio de *in Ley*. Consideraba, pues, que la posición adoptada reglamentariamente restringía el ejercicio del derecho de reagrupación sólo a quienes gozaban de un segundo permiso de residencia, independiente de las circunstancias familiares que permitieron su propia reagrupación; es decir, se eliminaba por vía reglamentaria la reagrupación en cadena establecida sin restricciones en

---

Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000. BOE núm. 174, de 21 de julio 2001.; corrección de errores BOE núm. 240, de 6 octubre 2001.

<sup>1220</sup> Apartado cuarto de la Exposición de Motivos.

<sup>1221</sup> Dictamen 2606/2000, de 28 de julio de 2000.

el texto legal. A resultas de lo cual, el precepto fue anulado por la sentencia<sup>1222</sup>.

La consecuencia de este pronunciamiento condujo a modificar el art. 17.2<sup>1223</sup> de la LOE por medio de la Ley 14/2003<sup>1224</sup>, introduciendo en el texto legal las restricciones anuladas por contemplarse en el texto reglamentario. Tras esta reforma, los familiares previamente reagrupados, que quieran ejercer su derecho a reagrupar a otros familiares, deberán cumplir los requisitos establecidos en este precepto y desarrollados por el art. 40 del Reglamento de Extranjería: ser titulares de una autorización de residencia y trabajo obtenida independientemente de la del reagrupante y acreditar que reúnen los requisitos establecidos en la LOE para poder ser reagrupantes (condiciones materiales y temporales exigidas con carácter general<sup>1225</sup>).

---

<sup>1222</sup> Fundamento Jurídico 5º de la STS, Sala Tercera, de 20 de marzo de 2003, BOE núm. 117, de 16 de mayo de 2003.

<sup>1223</sup> Se modifica el art. 17 de la LOE y se introducen 2 nuevos apartados, el 3 y el 4 quedando de la siguiente forma:

2. Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en esta Ley Orgánica.

3. Cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residente permanente y acreditado solvencia económica.

Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo.

4. Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación.

<sup>1224</sup> El Parlamento Vasco interpuso un recurso de inconstitucionalidad núm. 1024-2004, contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que reforma la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Extranjería. BOE núm. 102, de 27 de abril de 2004. Respecto a las críticas recibidas, cfr. M. Aparicio Wilhelmi, "La última reforma de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 14/2003). Un análisis crítico a la luz de su falta de eficacia y de eficiencia", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 6, (julio) 2004, pp. 31-54.

<sup>1225</sup> El art. 18 LOE, tal y como ya se vio anteriormente, requiere que se haya residido legalmente durante un año y que tenga autorización para residir al menos durante otro y que se acredite la disponibilidad de un alojamiento y de los medios de subsistencia suficientes para atender sus necesidades y las de su familia.

Cuando se trata de un ascendiente reagrupado, la reagrupación en cadena se somete a una regulación especial recogida en el art. 17.3 de la LOE. En estos casos sólo se podrá ejercer el derecho tras haber obtenido la condición de residente permanente<sup>1226</sup> (no bastará con la autorización de residencia y para trabajar obtenidas de forma independiente como en los casos de reagrupación por otros familiares) y tras haber acreditado solvencia económica. La concurrencia de estos dos requisitos, si tenemos en cuenta las exigencias impuestas a la reagrupación de ascendientes (ser mayores de 65 y estar a cargo del reagrupante), harán en la práctica muy difícil su cumplimiento<sup>1227</sup>.

Se contempla una excepción a este régimen en los casos en los que el ascendiente tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado. En tales supuestos podrá ejercer el derecho en los mismo términos que el resto de familiares reagrupados<sup>1228</sup>. También aquí se establece una dualidad de regímenes en función del familiar al que quiera reagrupar el ascendiente previamente reagrupado.

La modificación operada por la Ley 14/2003, afecta también al artículo 19 LOE, en el que se regula el acceso a una residencia independiente del reagrupante. En estos supuestos se establece como requisito común, tanto para el cónyuge como para los hijos, el haber obtenido una autorización para trabajar, exceptuándose el supuesto del cónyuge víctima de violencia doméstica<sup>1229</sup>.

---

<sup>1226</sup> Como se ha señalado en apartados anteriores la consideración de residente permanente se obtiene tras la residencia durante al menos 5 años en nuestro país.

<sup>1227</sup> A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia " artículo 17 Familiares reagrupables", cit. p. 485 Algunos autores han expresado sus dudas respecto a la discriminación por razones de edad que puede constituir esta previsión. P. Aguelo y J.L. Rodríguez Candela ; "Algunos aspectos críticos del texto de Reforma de la LOEx", *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 4, (noviembre) 2003, pp. 89.

<sup>1227</sup> Es decir al de poseer una autorización independiente de residencia y de trabajo establecida en el art. 17.2 de la LOE.

<sup>1228</sup> Es decir al de poseer una autorización independiente de residencia y de trabajo establecida en el art. 17.2 de la LOE

<sup>1229</sup> Para un análisis más completo de este precepto nos remitimos a la ya realizada en el apartado anterior.

La última modificación destacable en el régimen de la reagrupación familiar es la supresión del apartado 7 del art. 31 LOE, con lo que desaparece el supuesto de exención de visado por motivos humanitarios o colaboración con la justicia<sup>1230</sup>. La Exposición de Motivos<sup>1231</sup> justifica su desaparición para dotar al visado de una nueva función adicional: servir de acreditación documental de una previa autorización administrativa para residir y, en su caso, trabajar en España. Además, se anuda al visado otro efecto novedoso: habilitar al extranjero a permanecer en nuestro país en la situación para la que se le hubiere expedido<sup>1232</sup>. La exención de visado por motivos familiares deberá tramitarse ahora a través de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales (art. 19 LOE)<sup>1233</sup>.

---

<sup>1230</sup> El apartado 7 establecía que: Excepcionalmente, por motivos humanitarios o de colaboración con la Justicia, podrá eximirse por el Ministerio del Interior de la obligación de obtener el visado a los extranjeros que se encuentren en territorio español y cumplan los requisitos para obtener un permiso de residencia. Cuando la exención se solicite como cónyuge de residente, se deberán reunir las circunstancias de los artículos 17 y 18 y acreditar la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año.

<sup>1231</sup> Apartado IV de la Exposición de Motivos.

<sup>1232</sup> A pesar de esta previsión, que sólo en el ámbito de las autorizaciones de trabajo y residencia puede ser aceptable, en el caso de la reagrupación familiar el visado continúa careciendo de efectos más allá de servir para entrar en España, ya que una vez el reagrupado entre en nuestro país deberá solicitar la tarjeta de residencia. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. p. 149.

<sup>1233</sup> La autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales también ha sido objeto de modificación, ahora se incluyen en la ley, unos supuestos de manera concreta y en otros de manera más genérica «de supuestos excepcionales», habilitando al reglamento para una regulación más precisa de qué situaciones tendrán cabida dentro de este enunciado genérico. De este modo, desaparecen los dos supuestos previstos legalmente en el tercer apartado del artículo 31, antes de esta última reforma, referidos uno a los extranjeros que en su momento hubieran obtenido tal permiso sin haber podido renovarlo y otro a aquellos que acrediten una permanencia en territorio español durante un periodo

mínimo de cinco años. A. Quirós; *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*. p. 149.

Por su parte, el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre<sup>1234</sup>, que aprobó el nuevo Reglamento de la LOE<sup>1235</sup>, recoge pretende responder a la necesidad de una ordenación sistemática, más adecuada a la realidad y más accesible para sus destinatarios; y dar mayores garantías a los ciudadanos reduciendo el ámbito de decisión discrecional de la Administración en los procedimientos. Respecto a la reagrupación familiar, introduce algunas novedades en las condiciones personales y materiales para el ejercicio de la reagrupación y las referidas al procedimiento de reagrupación<sup>1236</sup>.

Entre las primeras, cabe señalar la definición de "*familiares a cargo del reagrupante*" (art. 39) y la incorporación de cuatro incisos en el art. 40, referidos a la conservación de la residencia en determinados supuestos. La ordenación del procedimiento de reagrupación familiar ha sido muy positivo, ya que hasta el momento no se había tratado de manera uniforme y coherente<sup>1237</sup>. Aunque el Reglamento no altera la estructura básica del procedimiento, dividido en dos fases<sup>1238</sup> (arts. 42 y 43); su mérito consiste en ofrecer una especie de manual de tramitación e instrucciones para la presentación y examen de las solicitudes de reagrupación, simplificándolo de manera notable.<sup>1239</sup> Unifica los

---

<sup>1234</sup> Este reglamento también ha sido objeto de la presentación de varios recursos de inconstitucionalidad interpuestos por diversas asociaciones (Asociación Catalana para la Defensa de los Derechos Humanos, Asociación SOS Racismo del País Valenciano, etc) que han sido todos ellos desestimados en diversas sentencias STS 10, 9 y 8 de enero y 13 de junio de 2007.

<sup>1235</sup> Este se adopta como previsión del mandato al Gobierno contenido en la Disposición Adicional tercera de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre para que adapte a sus previsiones el Reglamento de ejecución de la citada Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

<sup>1236</sup> A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia " artículo 17 Familiares reagrupables", cit. p. 487..

<sup>1237</sup> A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia " artículo 17 Familiares reagrupables", cit. p. 487.

<sup>1238</sup> Esta nueva estructura procedimental se estableció por la Orden Ministerial de 8 de enero de 1999. BOE 13 de enero de 1999.

<sup>1239</sup> Para el análisis de este procedimiento nos remitimos al correspondiente apartado de este estudio.

procedimientos de expedición de visados y se regula de forma similar al régimen general de expedición de visados de residencia y trabajo<sup>1240</sup>.

## **8. PRESUPUESTOS DE UNA REGULACIÓN COHERENTE.**

Las modificaciones que la LOE ha realizado sobre la regulación del derecho a la reagrupación han supuesto una restricción sustancial del derecho, alejándose en algunos casos de las directrices marcadas por la Unión Europea y por los Tratados Internacionales<sup>1241</sup>. Consideramos que estas limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental resultan totalmente injustificadas e implican su vulneración en muchos casos. A continuación apuntaremos algunos aspectos que deberían modificarse por constituir, a nuestro juicio, presupuestos esenciales para el ejercicio del derecho fundamental y que en la actualidad contribuyen a su regulación incoherente.

- a) La primera modificación afectaría a la *titularidad* del derecho. Como ya hemos apuntado, la Ley 4/2000, antes de la reforma, atribuía la titularidad del derecho tanto al reagrupante como al reagrupado. Con la reforma operada por la Ley 8/2000, esta titularidad se limita únicamente al reagrupante<sup>1242</sup>. Opinamos que esta limitación implica una violación del derecho fundamental a la vida en familia. Pongamos un ejemplo. La *Convención sobre los Derechos del Niño* reconoce el derecho del niño a una familia y a vivir y ser educado por sus padres. Podría darse el caso de que uno o ambos progenitores se encontraran en nuestro país pero no ejerciesen su derecho a la reagrupación y el hijo quisiera vivir con sus padres, consciente de que en nuestro país encontraría más oportunidades

---

<sup>1240</sup> Aunque se contemplan algunas peculiaridades como la necesidad de demostrar los vínculos familiares y el visado únicamente autoriza a residir. A.P. Abarca y M. Vargas Gómez-Urrutia " artículo 17 Familires reagrupables", cit. p. 492.

<sup>1241</sup> R. González López; "Régimen jurídico de la Reagrupación familiar(tras la entrada en vigor del Real Decreto 864/2001 que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por LO 8/2000); cit. p. 45-60.

<sup>1242</sup> Doble titularidad cuyo reconocimiento si que se permite en la Directiva si así viene contemplada en la legislación de los Estados.

para su desarrollo y educación, siendo la reagrupación en esete caso muy beneficiosa para el interés del menor. ¿Cómo se puede negar al niño el derecho a la vida en familia ante la negativa de sus progenitores a hacer uso de la reagrupación, aún vulnerando su interés preferente?

- b) La segunda modificación se refiere a la *“reagrupación en cadena”*, y que consistiría en no restringir el derecho a la reagrupación familiar a aquellos familiares que hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación, tal y como se ha hecho en la última reforma legislativa. El derecho fundamental a la vida familiar no puede restringirse en función de situaciones adminsitrativas.
- c) La tercera modificación que proponemos se refiere a los *familiares reagrupables*. No resulta fácil de justificar que el legislador haya omitido en la reforma la consideración de reagrupables para personas unidas por relaciones de hecho análogas al matrimonio, reconocidas por la jurisprudencia interna y europea (incluso mecnionadas por la Directiva en la materia) como constitutivas de vida familiar. Tampoco encuentra justificación que la categoría de reagrupables se limite a los hijos menores de 18 años, con total desconocimiento de la realidad social y económica actual, en la que cada vez más se retrasa la edad de emancipación de los hijos respecto al núcleo familiar. El derecho a la vida familiar no puede restringirse en función de un dato biológico que determinan una situación civil como la mayoría de edad (además de la discriminación que supone sobre los hijos de trabajadores comunitarios que como hemos visto podrán ser reagrupados hasta los 21 años).
- d) También resulta injustificado el establecimiento de un límite temporal en la gestión administrativa del procedimiento que priva de coherencia y sentido al ejercicio de este derecho fundamental.



El requisito de haber residido un año en nuestro país y tener autorización para hacerlo al menos otro, resulta totalmente desproporcionado, teniendo en cuenta la que debiera ser teóricamente la finalidad de este precepto: facilitar y dotar de estabilidad a la vida familiar y no el de limitar los supuestos de reagrupación. Por lo que se refiere a los requisitos materiales (disponer de una vivienda adecuada y medios económicos suficientes), la utilización de conceptos jurídicos indeterminados significa someter el ejercicio del derecho a la interpretación discrecional de la Administración, lo que resulta completamente intolerable cuando se trata del ejercicio de un derecho fundamental.

- e) La acreditación de disponer de una vivienda adecuada para poder reagrupar a sus familiares resulta, ambigua, excesiva y desproporcionada, teniendo en cuenta las condiciones reales en las que viven muchos miles de ciudadanos españoles en este país. Por otra parte, exigir la disponibilidad de esta vivienda con carácter previo a la reagrupación resulta inaceptable; en todo caso, debería acreditar que podría disponer de ella. La obligación de acreditar que dispone de medios de vida suficientes es todavía más ambigua y puede ser objeto de cualquier interpretación aleatoria y variable en función de políticas migratorias más o menos restrictivas. Ninguno de estos extremos respeta el contenido esencial mínimo del derecho fundamental a la vida familiar
- f) Las siguientes modificaciones corresponden al *procedimiento administrativo* que deberá seguirse para la obtención del permiso y visado por reagrupación familiar. Es imprescindible una simplificación (en trámites y en tiempo) del procedimiento que permita un ejercicio razonable del derecho. Una forma de lograrlo sería reducir la presencia de los órganos diplomáticos, transformando su rol de instructores en meros coadyuvantes

necesarios para el desarrollo del procedimiento y establecer plazos realistas y vinculantes para la Administración, además de evitar la reiterada exigencia de documentos que ya obran en poder de los órganos administrativos.

- g) Por último, deberían recuperarse los supuestos de *exención de visado* por motivos familiares, suprimida con las últimas reformas .

En todo caso, la adopción de estas sugerencias no sería sino una solución temporal, pequeños parches al problema, porque tal y como hemos expuesto en estas páginas, lo que en la actualidad se impone en materia de reagrupación familiar es un cambio de concepción: la reagrupación familiar es una manifestación del derecho fundamental de la vida familiar de los extranjeros, que se apoya en el derecho constitucional a la intimidad familiar (art. 18 CE) y no en el derecho más débil de la protección a la familia (art. 39 CE), con las consecuencias que ello implicará a la hora de establecer la regulación del procedimiento administrativo para su ejercicio.

## **CONCLUSIONES**

El itinerario que hemos seguido en nuestro trabajo para confirmar la hipótesis de la caracterización de la reagrupación familiar como derecho fundamental de los extranjeros, necesaria e ineludible consecuencia del derecho a la vida en familia, podría sintetizarse del siguiente modo:

- a) Hemos podido constatar una realidad que da sentido y constituye el marco de referencia de nuestra hipótesis: la familia, bajo sus diversas manifestaciones, ha sido en la historia de la humanidad y continúa siendo hoy una institución capital en la organización social y una componente esencial en el desarrollo de toda persona.
- b) Como consecuencia, la vida en familia puede y debe considerarse un bien fundamental de todo ser humano. Dicha categorización justifica doctrinalmente que la vida en familia deba configurarse como derecho humano y, por tanto, deba ser protegido y garantizado mediante los mecanismos jurídicos propios y reforzados de los derechos fundamentales. Ese mismo carácter de fundamentalidad es el que justificaría su atribución a todo sujeto con carácter universal.
- c) En el caso de los extranjeros, y esto corrobora la tesis que defendemos, la realización efectiva de ese derecho necesita del “proceso de especificación” y de su concreción en un derecho fundamental de titularidad restringida a quienes ostentan dicha condición: el derecho a la reagrupación familiar. A partir de ahí, toda su regulación en el orden nacional y comunitario debería articularse en función de su auténtica naturaleza.

A continuación desglosaremos ese itinerario, extrayendo de su desarrollo las principales proposiciones conclusivas que nos han

permitido confirmar el marco de referencia inicial que constituyó nuestra hipótesis de trabajo.

**Primera.** La familia, lejos de ser una institución en vías de extinción, como algunos vaticinaron, es objeto de una importante redefinición, lo que ratifica su vigencia y actualidad. Asistimos a una profunda reflexión y replanteamiento sobre su configuración, estructura y finalidades.

Junto a la familia extensa tradicional o a la familia nuclear propia de la modernidad en las sociedades industrializadas, han aparecido una multiplicidad de nuevos modelos convivenciales que aspiran a consolidar un estatuto social y jurídico de realidad familiar, en cuanto que basados en los elementos básicos que hoy parecen determinantes en la configuración del modelo (que ya no depende exclusivamente de la conyugalidad o el parentesco): nos referimos a la afectividad, la solidaridad y la vida en común. En este sentido la sociología y el Derecho nos dan noticia de la familia monoparental, las uniones de hecho, las uniones entre personas del mismo sexo o en la que uno de sus miembros es transexual, la familia pachtwork, la familia reconstruida, etc.

Más allá de los problemas conceptuales que suscita y de las dificultades y aporías que plantea su tratamiento jurídico, hemos constatado que el surgimiento de estos nuevos modelos convivenciales (familiares) responde básicamente a un nuevo redescubrimiento del papel de la familia en el desarrollo de la persona y de la ineludible dimensión familiar de todo ser humano, que rompe el tabú individualista (autista) planteado por la posmodernidad. En efecto, el sujeto, oprimido por los estrictos imperativos de una sociedad profundamente individualista, sometida al economicismo hedonista, redescubre la familia como ámbito esencial de relación humana, de cuidado altruista, de personalización, y como fuente esencial de apoyo afectivo y emocional, en el que cabe desarrollar un espíritu de solidaridad que ni el mercado ni

el Estado le procuran. De ahí que más de un 78% de los españoles declaren que para ellos la familia es el elemento más importante en su vida. Por su parte, el Estado, consciente del trascendental papel que la vida familiar representa para la consecución de un mayor bienestar y cohesión social, la ha convertido en una prioridad de sus políticas sociales.

**Segunda.** La dimensión familiar del ser humano, desde un punto de vista filosófico o moral, resulta esencial para fundamentar la necesidad del reconocimiento de un derecho a la vida en familia.

Esta dimensión se plasma en la constatación de una pluralidad de formas de dependencia del individuo respecto de la familia (psicológica, trascendente, biológica, económica, política y narrativa). Una dependencia que se extiende más allá de las primeras etapas del desarrollo de la persona y que constituye una particular manifestación de la naturaleza humana. Una naturaleza que requiere la satisfacción de determinadas necesidades con la finalidad de encontrar sentido a su propia limitación individual y existencial. Necesidades como el afecto, la intimidad, el reconocimiento o la solidaridad, características de la familia, se convierten en elementos esenciales para la realización personal de un sujeto no sólo durante su desarrollo primario, sino a lo largo de las sucesivas etapas de su vida.

**Tercera.** El reconocimiento de la familia como un derecho es una constante en los diversos documentos y tratados tanto a nivel nacional como internacional.

La concepción de la familia como derecho (el derecho a la familia), desde el punto de vista jurídico, plantea consecuencias diversas en función de su catalogación como derecho natural, como derecho humano o como derecho fundamental. Unas diferencias que, en la práctica, tienden a difuminarse. En todo caso, la consideración de la familia como un derecho fundamental, consecuencia de su reconocimiento como

derecho humano y de su incorporación a nuestro ordenamiento constitucional y legal, es una muestra inequívoca del deseo de nuestra sociedad de otorgarle el más alto nivel de protección.

**Cuarta.** Todos los documentos y tratados Internacionales relacionados con la positivación de los derechos humanos, en general, consideran a la familia una exigencia indiscutible de la dignidad humana; le otorgan un papel primordial en el desarrollo individual y social (de ahí que venga unánimemente recogida en esos documentos como *elemento natural y fundamental de la sociedad*) y abogan por el establecimiento de mecanismos para su protección adecuados a su propia naturaleza; si bien, ninguno de esos documentos se atreve a formular una definición de la misma.

Los Tratados Internacionales en el ámbito de las Naciones Unidas, protegen expresamente el *derecho a fundar una familia y a contraer matrimonio*, nada dicen en cambio sobre el derecho fundamental a “tener una familia”, que no puede esgrimirse en un sentido subjetivo. Sólo el Convenio sobre Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a *tener y vivir en familia*.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, por su parte, constituye hasta la fecha el elemento más completo de protección de los derechos humanos. En su art. 8 tampoco enuncia de forma explícita un *derecho fundamental a la vida en familia*, únicamente se limita a reconocer el derecho a *fundar una familia* y el derecho al *respeto de la intimidad personal y familiar*, sin suministrarlos tampoco una definición de lo que debe entenderse por familia. Esta indefinición ha permitido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretar el precepto, matizando y perfilando el contenido de la institución, de acuerdo con la realidad de cada momento.

Atendiendo a esta jurisprudencia, la vida familiar protegida por el Convenio Europeo debe ser real, efectiva y habitualmente preexistente. La noción de *vida familiar protegida* en este contexto (y que debe garantizarse en todo caso), además de las relaciones tradicionales entre los dos progenitores y sus descendientes, incluye también las relaciones de un solo progenitor y sus descendientes (la familia monoparental), las relaciones entre los miembros de la pareja, con independencia de la existencia de un vínculo matrimonial (uniones de hecho) y las relaciones de pareja en el supuesto de que uno de sus miembros sea un transexual. En cambio, rechaza la existencia de vida familiar protegida en el matrimonio entre personas del mismo sexo o las uniones poligámicas.

Con relación a la *protección de la vida familiar*, el Tribunal de Estrasburgo establece dos tipos de obligaciones para los Estados: positivas y negativas. Con ello se supera la clásica concepción liberal de la protección de los derechos fundamentales que únicamente establecía una obligación de abstención del Estado frente a los comportamientos de los particulares, para dar un paso más en la consecución del Estado social, exigiendo acciones positivas encaminadas a la garantía de estos derechos, que tendrán una gran importancia en la configuración de la reagrupación familiar como una manifestación del derecho a la vida en familia.

**Quinta.** El derecho comunitario únicamente se ocupa de la familia de una forma instrumental, pragmática y utilitarista en la medida en que afecta a determinados ámbitos que son objeto de su competencia, como puede ser la libre circulación de personas en el territorio comunitario. De ahí que no sorprenda la existencia de una pluralidad de regímenes en función de la condición y nacionalidad del sujeto implicado.

En ese sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en materia de familia se limita a lo siguiente: regulación diferenciada entre las familias comunitarias y extracomunitarias; extensión a las familias

monoparentales de los beneficios y prestaciones otorgados a la familia nuclear tradicional; equiparación entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, ampliando la protección de los hijos de ciudadanos comunitarios hasta los 21 años.

**Sexta.** La Constitución española, al igual que los documentos internacionales, tampoco contiene una definición de familia. Alude a ella directamente en el art. 39 (protección económica, social y jurídica; igualdad de los hijos; investigación de la paternidad) e indirectamente en el art. 18 (derecho a la intimidad privada y familiar) y en el art. 32 (derecho al matrimonio).

La jurisprudencia constitucional española ha afirmado que la familia protegida por la Constitución no se identifica únicamente con la familia de origen matrimonial, considerando legítimo otorgar determinados efectos jurídicos matrimoniales a las uniones de hecho. Sin embargo no ha tenido ocasión de pronunciarse todavía sobre la reforma del código civil planteada por la ley 15/2005, en virtud de la cual se amplía el concepto de matrimonio, incluyendo en él a dos personas del mismo sexo. Legislación que está sometida a un recurso de inconstitucionalidad, pero que ya se ha consolidado en el ámbito civil.

**Séptima.** La ubicación del art. 39 de la Constitución (única referencia directa a la familia) en el Capítulo III del Título I, bajo la rúbrica *De los principios rectores de la política social y económica*, se ha considerado por algunos como una devaluación constitucional de la familia, que la excluiría de la protección reforzada (recurso de amparo), de la que gozan los derechos fundamentales contenidos en el capítulo II de ese mismo título. Con ello se la reduciría a mero principio informador en la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, lo que descartaría toda posibilidad de considerar la vida en familia como un derecho fundamental en nuestro ordenamiento.



Como hemos demostrado, tal consideración no es acorde con la normativa internacional y que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la remisión contenida en el art. 10.2 de la propia Constitución. En efecto, plantear la vida familiar como un derecho fundamental en nuestro ordenamiento tiene su fundamento en una correcta interpretación del artículo 18 de la Constitución Española (que sí forma parte de los derechos fundamentales enunciados en el capítulo II), en el que se reconoce el polivalente derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

En efecto, este derecho va mucho más allá de la simple transposición del contenido de la intimidad personal a las relaciones familiares. El contenido esencial de la intimidad familiar, en sentido amplio, abarca todas las cuestiones referentes a la propia relación familiar en sí misma considerada, incluyendo la existencia misma de la propia relación familiar, como presupuesto para poder desarrollarla en libertad e intimidad. De ahí que el Tribunal Constitucional considere el artículo 18 de la Constitución como el equivalente, en el ordenamiento jurídico español, del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Obviamente, afirmar la existencia de un derecho fundamental a la intimidad familiar, que debe ser jurídicamente protegida, presupone aceptar la condición *sine qua non* de esa protección: la existencia de una vida familiar que genera un ámbito propio de intimidad. Ahora bien: ¿qué sentido tendría proteger la intimidad familiar con las garantías propias de un derecho fundamental si no fuera porque previamente se considera fundamental, a su vez, el derecho a la vida familiar. Carecería de lógica jurídica y de técnica legislativa el reconocimiento como derecho fundamental de la consecuencia o manifestación de una realidad que no se considerara, a su vez, como bien esencial, constitucionalmente protegible. En ese sentido, cabría hablar de un *prius* lógico e institucional

que se derivaría necesariamente de la consideración de la intimidad familiar como un derecho fundamental: la consideración, a su vez, de la vida familiar como derecho fundamental. He ahí nuestro principal argumento y el presupuesto sobre el que se cimenta toda nuestra ulterior reflexión acerca del derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros.

Esta interpretación amplia del concepto de intimidad, además de ser más acorde con las exigencias y la vinculación de nuestro derecho con el derecho internacional, en concreto con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, permite reconocer una dimensión positiva de la intimidad familiar: el derecho a desarrollar una vida en familia que debe ser protegido y garantizado. Sostener la existencia de ese derecho fundamental en el ordenamiento jurídico español justificaría que, eventualmente, pudiera interponerse un recurso de amparo en el caso de que se viera vulnerado. Un reconocimiento y protección que no plantea ya ningún tipo de problemas en otros ordenamientos como el italiano.

**Octava.-** La reagrupación familiar se presenta como una manifestación o un mecanismo imprescindible para el ejercicio del derecho a la vida en familia de los extranjeros. La justificación del reconocimiento de este derecho se sitúa en el proceso de especificación de los derechos humanos.

A este respecto consideramos que, dentro del proceso de especificación de los derechos humanos junto a las mujeres, los niños o las personas discapacitadas, habría que entender incluidos a los extranjeros, aunque no sea habitual, reconocerlo, al verse éstos sometidos a una situación de desventaja existencial. Este proceso en el caso de los extranjeros va más allá de constituir un mero apéndice del proceso de generalización, por el que se eliminan las diferencias entre ciudadanos y extranjeros en el disfrute de sus derechos, y debe concretarse en la atribución de derechos específicos, diferentes de los reconocidos con carácter general a los extranjeros (al extranjero, en el

ámbito europeo, ya se le garantiza el ejercicio de determinados derechos civiles básicos en el campo de la familia como la patria potestad, etc.), sino que sean acordes con la necesidad de una tutela específica de las necesidades básicas de su condición. La reagrupación familiar constituye, pues, el paradigma de este planteamiento: la atribución a los extranjeros de un derecho fundamental específico, en cuanto que único instrumento para el ejercicio de un derecho fundamental universal como es el derecho a la vida en familia.

**Novena.** La reagrupación familiar no aparece expresamente regulada como tal en ninguno de los documentos internacionales, ni tampoco en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Se trata de una elaboración jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la ha incluido como exigencia del contenido del art. 8 del CEDH y la ha convertido en el instrumento por excelencia para el ejercicio del derecho a la vida en familia de los extranjeros.

El Tribunal de Estrasburgo maneja un concepto amplio de reagrupación, que comprende la reagrupación en *sentido estricto*, entendiéndose por tal la reunión con el reagrupante, en un país del que éste no es nacional, de los miembros más próximos de su familia residentes en un país distinto y la reagrupación en *sentido negativo* o *protectivo*, utilizada para impedir la expulsión de un extranjero del país en el que reside su familia en virtud de su derecho prevalente a la vida familiar. El Tribunal, para el ejercicio del derecho, requiere una vida familiar, preexistente y efectiva, caracterizada por la existencia de relaciones reales y suficientemente estrechas entre sus miembros. En ambos supuestos el Tribunal considera que existe vida familiar, fuera del caso de progenitores y descendientes, en el caso de familias monoparentales, parejas de hecho, parejas en las que uno de los convivientes es transexual y en el caso de la familia extensa (ascendientes o hermanos) aunque con matizaciones.

**Décima.** La protección de la vida familiar de los extranjeros ha sido objeto de una importante evolución jurisprudencial. En este sentido se ha pasado de considerarse exclusivamente como una fuente de obligaciones negativas (abstención de los Estados), a considerar la existencia de obligaciones positivas que garanticen el disfrute efectivo del derecho.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha manifestado a favor de la protección y el mantenimiento del derecho a la vida en familia de los extranjeros, en detrimento del orden público nacional, incluso en el caso de haber cometidos delitos graves (Sentencias Berrehab, Moustaquim, Beljoudi, Djeroud y Nasri). Igualmente, el Tribunal reconoce la obligación estatal de admitir la entrada de familiares de extranjeros residentes en el país, como exigencia de su derecho a la vida familiar.

Podemos afirmar, en consecuencia, que la familia y la vida familiar tienen tal peso y sustantividad como bienes fundamentales de la persona que, junto a otros bienes como el interés superior del menor, se consideran protegibles y garantizables en todo caso, por encima, incluso, de consideraciones tan determinantes para un Estado como es el orden público o el bienestar económico del país de acogida.

**Undécima.** La regulación de la reagrupación familiar en la Unión Europea ha iniciado el camino de la unificación a partir de la adopción de la Directiva comunitaria 2003/86/CE, que regula de forma específica el derecho.

El objetivo inicial la Directiva 2003/86/CE fue consagrar, en el ámbito comunitario, un auténtico derecho fundamental a la reagrupación familiar de los extranjeros que residen legalmente en el territorio de un Estado miembro, unificando en torno a este presupuesto las legislaciones de los Estados, y erigiéndola en un mecanismo privilegiado para contribuir a la estabilidad personal y social de los inmigrantes que facilite su deseada integración social y cultural en la Unión Europea. Pero la realidad ha sido

bien distinta. Los Estados han ido recortando contenidos en los sucesivos proyectos hasta que finalmente se ha quedado un texto de mínimos (calificado como norma de "soft law"). En todo caso, lo fundamental es que la reagrupación ha perdido su configuración de derecho fundamental *a se* (como expresión de un derecho a la vida en familia), y ha quedado relegada a la condición de un derecho instrumental sobre el que se asienta la base de la incipiente política migratoria legal de la Unión Europea.

A pesar de constituir un indudable avance, la Directiva adolece todavía de serias limitaciones y consagra algunas discriminaciones entre ciudadanos comunitarios y extracomunitarios difíciles de justificar. Valga como ejemplo la posibilidad que tienen los ciudadanos comunitarios de reagrupar a los descendientes a su cargo hasta los 21 años, mientras que los nacionales de terceros países solo pueden hacerlo, en el mejor de los casos, hasta a los 18 años (pudiendo los países incluso rebajarlo hasta los 15 e incluso a los 12 años). Algo similar puede decirse de la distinción en el tratamiento de nacionales de terceros países con acuerdos de cooperación y asociación con Estados de la Unión Europea y los que no los tienen.

Tampoco resultan justificables las restricciones establecidas respecto del número de familiares reagrupables, limitadas a una concepción de la familia nuclear estricta, sin respetar la interpretación amplia del concepto consagrada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En esta misma línea resulta muy discutible la amplia discrecionalidad concedida a los Estados miembros para la regulación del derecho, lo que podría conllevar, además de la desvirtuación de su naturaleza fundamental, discriminaciones, efectos disuasorios, cuando no una promoción del *forum shopping* en materia de inmigración.

En este sentido consideramos plenamente justificados los motivos esgrimidos en el recurso interpuesto contra la Directiva por el propo

Parlamento Europeo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Desgraciadamente, el recurso fue desestimado por el Tribunal, en su sentencia de 27 de junio de 2006, no obstante, en ella se llega a reconocer que el derecho al respeto de la vida en familia forma parte de los derechos fundamentales que defiende la Unión Europea. Con ello, cabe en todo caso defender la naturaleza fundamental del derecho frente a una posible devaluación en su regulación interna por los Estados.

**Duodécima.** A pesar de que el plazo para la transposición de la Directiva a las legislaciones nacionales concluyó el 30 de octubre de 2005, sus disposiciones aún están pendientes de reflejarse en bastantes ordenamientos jurídicos nacionales. E incluso en no pocos, la legislación vigente en la materia la vulneran claramente: en Alemania, la reducción de la edad de los descendientes reagrupables; en Bélgica, la prohibición de la reagrupación en cadena, la obligación de reagrupar de forma conjunta a toda la familia en un determinado plazo o el tiempo de tramitación de la solicitud; en Italia, la adquisición de un permiso de residencia autónomo por parte del reagrupante o las eventuales garantías contra procedimientos de rechazo, retirada y falta de renovación del permiso de residencia; en Francia, los controles de ADN o los requisitos de integración que planea introducir su legislación; o el examen de integración requerido en Holanda.

Todo ello significa que, a pesar de los recursos interpuestos por la Comisión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra Luxemburgo, Malta, Italia y Alemania, por incumplimiento de la Directiva, los Estados europeos siguen privilegiando el control restrictivo de la inmigración por vía de parentesco, frente a la garantía del derecho fundamental a la vida en familia.

**Decimotercera.-** En el ordenamiento jurídico español tampoco encontramos una formulación del derecho a la reagrupación familiar como derecho fundamental reconocido a los extranjeros.

El legislador español no realiza una equiparación total entre los derechos de los nacionales y de los extranjeros, sino que establece tres categorías de derechos: aquellos que tienen un carácter universal y se atribuyen a toda persona, aquellos que únicamente se reconocen a los ciudadanos de un Estado y aquellos en los que se permite una diferenciación de trato en función de su desarrollo legislativo, si bien teniendo en cuenta que esa remisión legislativa, no supone su desconstitucionalización.

La Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LO 8/2000, de 2 de diciembre), como su nombre indica, es la encargada de llevar a cabo el desarrollo legislativo de los derechos de los extranjeros en nuestro país. En este sentido, la ley reconoce la reagrupación familiar como un derecho, en el artículo 16, bajo la rúbrica "*Derecho a la intimidad familiar*", ubicado en el capítulo II del Título I, relativo a los derechos y libertades de los extranjeros.

Del texto de la ley se deduce que el derecho a la reagrupación familiar es una manifestación del derecho de los extranjeros residentes a la vida en familia y a la intimidad familiar. Precisamente en su conexión directa con el derecho fundamental a la intimidad familiar (consagrado en el art. 18 de nuestra Constitución), entendida en un sentido amplio, tal y como hemos defendiendo en este trabajo, radica la clave que nos permite sostener su configuración como un derecho fundamental en nuestro ordenamiento. Una naturaleza que encuentra su apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, particularmente en su sentencia de 20 de marzo de 2003, al pronunciarse sobre la reagrupación en cadena.

El reconocimiento de su carácter fundamental supondría haber llegado al último escalón en su itinerario jurídico: de considerarse como la concesión de un simple permiso, o como un procedimiento administrativo para obtener un visado, ha pasado a contemplarse como

un auténtico derecho subjetivo. Una transformación que coincide con el incremento exponencial de su utilización en los últimos años, desde los 7 permisos concedidos en el año 2000 a los más de 97.700 expedidos en el año 2006 y que plasma una nueva manera de reconocer al extranjero como un ser humano, y una mirada hacia la integración antes que hacia el control y la represión. Por otra parte, ese carácter fundamental supone también importantes consecuencias en la configuración de este derecho, especialmente respecto a los mecanismos reforzados para su protección y garantía, que incluirían la posibilidad de acudir al recurso de amparo constitucional.

**Decimocuarta.** A pesar de la completa regulación que la LOE realiza del derecho a la reagrupación familiar y el que asimismo contempla su Reglamento de desarrollo, todavía se aprecian muchas carencias y no pocas previsiones que comprometen su consideración como un derecho fundamental e, incluso, podrían contravenir lo dispuesto en la Directiva sobre reagrupación familiar. Señalaremos los más relevantes que hemos analizado en el trabajo:

- La titularidad del derecho se reconoce únicamente al reagrupante y no a los familiares (lo cual supone una contradicción en la concepción del derecho).
- Prevalece una concepción de la familia nuclear estricta, que limita la determinación de los sujetos reagrupables en cuanto que formen parte de otros modelos convivenciales.
- Limitación excesiva de la edad de los descendientes reagrupables, restricciones excesivas para la reagrupación de los ascendientes y exclusión de otros posibles familiares.
- Restricciones para el ejercicio de la reagrupación en cadena.
- Exclusión de la posibilidad de ser eximido de visado por motivos familiares y la severidad en los requisitos establecidos para poder beneficiarse del arraigo por motivos familiares.



- Incoherencia e imprecisión en los requisitos materiales establecidos para su ejercicio, con ello se agiganta la discrecionalidad administrativa en la interpretación y se favorece una creciente inseguridad jurídica, prolongando y dilatando temporalmente su ejercicio.
- Complejidad excesiva del procedimiento administrativo de tramitación, que desvirtúa la realidad del ejercicio de un verdadero derecho subjetivo el interesado, que pasa a convertirse en una víctima de la descoordinación administrativa.

**Décimoquinta.** A la luz de estas graves deficiencias, consideramos imprescindible una modificación del articulado con el fin de responder, con claridad y coherencia, a las exigencias de un ejercicio efectivo del derecho fundamental a la vida en familia del extranjero en España. Señalamos algunos de los presupuestos principales que debería incorporar esa nueva regulación, coherente con el carácter fundamental del derecho:

- Reconocer que la titularidad del derecho recae sobre todos los miembros de la familia, porque todos tienen el mismo derecho a la vida en familia, no sólo el reagrupante, también los familiares reagrupables.
- Eliminar, en consecuencia, toda restricción sobre los familiares reagrupables, muy especialmente sobre los hijos (sean de la edad que sean), sobre los padres y sobre los hermanos.
- Prestar atención a los nuevos modelos convivenciales que se hayan consolidado y demostrado que generan auténtica vida familiar, en especial las uniones de hecho cuando puedan acreditarse.
- Prestar mayor atención a los “motivos humanitarios” cuando existen vínculos afectivos serios.

### *Conclusiones*

- Facilitar la obtención por parte de los reagrupados de un permiso de residencia y de trabajo independiente.
- Eximir del visado cuando concurren motivos familiares excepcionales.
- Mayor flexibilidad y concreción en las condiciones materiales mínimas exigibles.
- Simplificación de los procedimientos administrativos y eliminación de la arbitrariedad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABAD CASTELOS M: "La política de inmigración en la Unión Europea", en IGLESIAS CANLE, I (dir); *Inmigración y Derecho*; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- ABARCA, A.P y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M: "Artículo 16, Derecho a la intimidad familiar" en ESPLUGUES, C (Coord); *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- Id.: "Artículo 17 Familiares reagrupables" en ESPLUGUES, C (Coord), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- Id.: "Artículo 18 Procedimiento para la reagrupación familiar" en ESPLUGUES, C. (Coord), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- Id.: "Artículo 19 Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias excepcionales" en ESPLUGUES, C (Coord), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- ABELLÁN, V: *Normas comunitarias europeas y legislación española sobre establecimiento de personas físicas y sociedades*, IEA (Instituto de Estudios Administrativos), Madrid, 1974.
- ADAM, M. D: "La importancia de la normativa de extranjería en el acceso de las mujeres migrantes extranjeras al mercado laboral español", en FERNÁNDEZ LE GAL, A. y GARCÍA CANO, S., *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005.
- Id.: "Inmigración y violencia doméstica", *Actualidad Penal*, núm. 34, 2002.
- ADROHER, S: *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, Bosch y Universidad Pontificia de Comillas, Barcelona, 1993.
- AGUADO I CUDOLÀ, V: "Las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos en materia de extranjería: los problemas de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre", *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, (marzo) 2004.
- AGUELO NAVARRO, P: "Derechos Humanos y Legislaciones de Extranjería", en *Inmigración y Derechos*, FERNÁNDEZ SOLA, N y CALVO GARCÍA, M (Coords), Segundas Jornadas de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Mira Editores, Zaragoza, 2001.
- Id.: Normativa comentada sobre derecho de extranjería; Lex Nova, Valladolid, 2001.
- Id.: "Algunos aspectos críticos del texto de Reforma de la LOEx", *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 4, (noviembre) 2003.
- AGUILAR, M y GRIEDER, H: "El matrimonio de conveniencia", *BIMJ (Boletín de Información - Ministerio de Justicia)*, 15 octubre de 2000, n ° 1876.

Bibliografía

- Id: "La reagrupación familiar de los extranjeros en España", en RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO, C. (coord), *El nuevo Derecho de extranjería*, Comares, Granada, 2001.
- AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M: *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Tecnos, Madrid, 1996.
- AJA, E (coord.) (et alii): *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- AKANDJI-KOMBÉ, J.F: " Les droits des étrangers et leur suvegarde dans l'ordre communautaire", *Cahiers de Droit Européen*, nº. 3-4, 1995.
- ALBERDI, I: *La nueva familia española*, Taurus, Madrid, 1999.
- ALEXANDER, W: "Free movement of non- EC nationals: a review of the case-law of the Court of Justice", *European Journal of International Law*, vol. 53, nº. 3, 1992.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A: *La protección social de la familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- Id.: *Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral. Aspectos laborales*, Comares, Granada, 2002.
- ALEXY, R.: *Teoría del razonamiento jurídico*, trad. de M. Atienza, I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ALONSO, F.: "El Derecho a la Reagrupación Familiar de los Extranjeros. Innovaciones introducidas por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre", en *La Ley*, núm. 6006, de 28 de abril de 2004.
- ALVAREZ RODRIGUEZ, A: "Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho Comunitario. A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre derecho el derecho a la reagrupación familiar" ([http://www.icam.es/docs/ficheros/200407190008\\_6\\_4.pdf](http://www.icam.es/docs/ficheros/200407190008_6_4.pdf)).
- Id.: " La transposición de Directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración", *Migraciones*, num. 8, marzo 2006. (<http://iustel.com>)
- Id.: "La nueva ley de extranjería", *Migraciones* nº 7, junio 2000.
- ALZAGA, O: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Cortes Generales, Editorial de Derecho reunida, Madrid, 1997.
- ANDALUCIA ACOGE: *Propuestas para una Política Alternativa sobre Inmigración*. Ediciones Aljaima, Málaga, 1999.
- ANSELMO, D: Europa multiculturale, Islam e diritti dell'uomo, en GALASSO, A. (Coord), *Diritti fondamentali e multiethnicità*, Flaccovio, Palermo, 2003.
- APARICIO WILHELMI, M: "La última reforma de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 14/2003). Un análisis crítico a la luz de su falta de eficacia y de eficiencia", *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 6, (julio) 2004.
- APRELL, C: *Régimen administrativo de los extranjeros en España (Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados)*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- ARAGÓN, R: "Balance del proceso de regularización y los nuevos proyectos para la integración de los inmigrantes" en *Regularización de*

Bibliografía

- trabajadores extranjeros y reagrupación familiar de inmigrantes extranjeros en España*, Fundación Paulino Torres, Barcelona 1994.
- ARENDDT, H: *Vita Activa. La condición humana*, trad. de R. Gil Novales, Paidós, Barcelona, 1993.
- Id.: *Entre el pasado y el futuro, ocho ejercicios sobre la reflexión política*, trad. de A. Poljiak, Península, Barcelona, 1996.
- Id.: "Sobre la revolución (1963)", *Revista de Occidente*, Madrid, 1967.
- ARIAS, M: "Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio de 2004", *La Ley*, nº. 6160, de 3 de enero de 2005.
- ARRIAGA, I: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Navarra, 2003.
- Id.: "La reforma del sistema de protección de los derechos del hombre instaurado por el Convenio Europeo de 1950: el Protocolo nº 11", *Humana Iura*, 5, 1995.
- AUBERT, J.L: *Droit de la famille*, Armand Colin, Paris, 1997.
- BAINHAM, A (ed): *The International Survey of Family Law*, Family Law, Bristol, 2001.
- BALLESTER, A: "La Ley de extranjería: Nuevos y Viejos problemas jurídicos laborales de la inmigración", *Arxius de Ciències Socials*, nº 5 noviembre 2001, Valencia.
- BALLESTEROS, J: *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- Id.: *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1990.
- Id.: *Sobre el sentido del derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Id.: "El derecho a la familia. Identidad personal y biojurídica", *Manual de Bioética*, Gloria Tomás coordinadora, Ariel, Barcelona, 2001.
- Id.: *Universalidad y diferencia en los derechos humanos, Presente y futuro del liberalismo*, Eunsa, Pamplona, 2004.
- Id.: "El individualismo como obstáculo a la universalidad de los derechos humanos", *VVAA. Estudios en Homenaje al Prof. Javier Hervada*, Vol. II, EUNSA, Pamplona, 1999.
- Id.: "Las concepciones de la familia/s en las terceras vías", *VVAA. ( J.Pérez Adán coordinador )*, *Las terceras vías*, EIUNSA, Madrid, 2001.
- Id.: "¿Derechos?, ¿Humanos?", *Persona y Derecho*, Vol. 48, 2003.
- Id.: "La familia en la postmodernidad", *Acta Philosophica*, Vol. 13, 2004.
- BAUMAN, Z: *Amor líquido* (2003), trad. de M. Rosenberg y J. Arrambide, Fondo De Cultura Económica, Madrid, 2005.
- BECK-GERNSHEIM, E: *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia* (2000), trad. de P. Madrigal, Paidós, Barcelona, 2003.
- BELEMBAOGO, A: *The Family in International and Regional Human Rights Instruments*, Naciones Unidas, Nueva York, 1999.
- BENEDECK, W: "Nationality", en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of public international law*, North Holland, Amsterdam 1995.

*Bibliografía*

- BISCOTTINI, G: "L'ammissione ed il soggiorno dello straniero", en *Scritti in memoria di Emmanuele Orlando*, Vol. I, Padova, 1955.
- BLANC, A: *La protección internacional de los Derechos humanos a los 50 años de la Declaración Universal*, Tecnos, Madrid, 2001.
- BLANCH, H: "Schengen: le chemin de la libre circulation en Europe"; *RMC (Revue du Marché Commun et Unique)*, nº. 352, 1991.
- BLÁZQUEZ, M<sup>a</sup>. D: *La Ciudadanía de la Unión*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1998.
- Id.: "El derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 233 septiembre/octubre 2004.
- BOBBIO, N: *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Ed. Sistema, Madrid, 1990.
- Id.: *El positivismo jurídico* (1979), trad. de R. De Asís, A. Greppi, Debate, Madrid, 1993.
- BOELLES, P y KUIJER, A: "Harmonization of Family Reunification", en *A New Immigration Law for Europe?, The 1992 London and 1993 Copenhagen Rules on Immigration*, Dutch Centre for Immigrants, Utrecht, 1993.
- BOELES, P: " Propuesta de Directiva sobre reagrupación familiar y otras propuestas en el campo de la ley de inmigración", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, nº. 53, 2001. (<http://www.cidob.org/Castellano/Publicaciones/Afers/53boeles.htm>).
- BONET, J y BONDÍA, D: " La Carta Social Europea", en GOMEZ ISA, F (dir), *La Protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.
- BONETTI P: "Italia"; en AJA E y DIEZ L (cord); *La regulación de la inmigración en Europa, Colección de Estudios Sociales*, nº 17, Obra Social Fundación La Caixa, 2005. ([www.estudios.lacaixa.es](http://www.estudios.lacaixa.es)).
- BORRAJO, I: "El status de los extranjeros", *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*,; 1<sup>a</sup> ed, Civitas, Madrid, 1991.
- BORRÁS, A: "Evolución de la condición del extranjero en el medio social", en *Diez años de la Ley de Extranjería: balance y perspectivas*, Fundación Paulino Torras Domenech, Barcelona, 1995.
- BOTELLA, A: *La protección laboral de la familia*; Universidad de Jaén, Jaén, 1966.
- BOTTOMORE, T: "Family" A Dictionary of Marxist Thought, Blackwell Reference, Oxford, 1985.
- BOULANGER, F: *Doit civil de la famille, tome I, Aspects comparatifs et internationaux*, 3<sup>o</sup> éd, Economica, París, 1997.
- BOULDING, K. E: "Reciprocidad e intercambio. El individuo y la familia en la sociedad", en *La mujer en la sociedad mercantil*, obra coordinada por MICHEL, A, Siglo XXI, México, 1979.

- BRINKMANN, G: "Family Reunion, Third Country Nationals and the Community's New Powers", en GUILD, E, *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights, EC law*, Oxford University Press, Oxford.
- BOUCHARD, M.: "Dalla famiglia tradizionale a quella multietnica e multicultural: maltrattamenti ed infanzia abusata in < dimensione domestica>", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, nº 1, 2000.
- BUCHER A.: "La famille en droit international privé", *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, nº. 283, 2000.
- BUJOSA, L.M: *Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Ordenamiento Español*, Tecnos, Madrid, 1997.
- CABRILLO, F: *Matrimonio, familia, y economía*, Minerva ediciones, Madrid, 2000.
- CALVO, C: *Le Droit International Théorique et Pratique*; Vol. VI, Arthur Rousseau, Paris, 1896.
- CALVO CARAVACA, A.L Y CASTILLO RIGABET, F.: "El extranjero ante el recurso de amparo", *La Ley*, nº. 397, 1982.
- CAMPIGLIO, C: "La familia islamica nel Diritto internazionale privato italiano", *Rivista de Diritto Internazionale Privato e Processuale (Riv. Dir. Int. Priv. Proc)*, 1999.
- CAMPO J.M: *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Civitas, Madrid, 2001.
- CANEDO, Mª. P: "Reflexiones sobre la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea"; en CALVO GARCÍA CARAVACA; A y CASTELLANOS RUIZ, E; (Dir) *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos Internacionales*; Colex, Madrid, 1994.
- CANNIZZARO, E: "Esercizio di competenze e discriminación "a rovescio", *Il diritto dell'Unione Europa*, nº. 2, 1996.
- CAPDEVILA, M: "Los menores extranjeros indocumentados no acompañados (MEINA). Exigencia de nuevas respuestas" *II Congreso sobre la inmigración en España. España y las migraciones internacionales en el cambio de siglo*, Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones (UPCO) & Instituto Universitario Ortega y Gasset, Madrid 5, 6 y 7 de octubre de 2000.
- CAPUZANO, B: "Los menores extranjeros no acompañados", en RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO, C (Coords.), *El nuevo Derecho de Extranjería*, Comares, Granada, 2001.
- CARBONNIER, J: *Derecho flexible*, trad. de Díez Picazo, Tecnos, Madrid, 1974.
- Id.: "L'Etat dans une vision civiliste", *Droits*, nº 15, 1992.
- Id.: *Terre et ciel dans le droit du mariage, Le droit privé français au milieu du Xxe siècle*. Etudes affectes à G. Ripert, tome I- La famille. LGDJ (Librairie juridique de référence), 1950.
- CARDONA J. y SANZ S.: "La democracia, el desarrollo y los derechos humanos como fundamentos de la paz", en *Cultura de paz y medidas para garantizarla*, A. Colomer, (coord.), Punto y Coma, Editorial Nomos, Valencia, 2001.

- CARR, E. H. (et alii): *Los Derechos del Hombre*, trad. M. Nelken, LAIA, Barcelona, 1973.
- CARRERA, F.J y NAVARRO, N: *El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, Textos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1990.
- CASSESE, A: *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 1994.
- CELANO, B: "Defeasibility" e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili", *Ragion Pratica*, nº18, 2002.
- Id.: "Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXV, nº. 1, 2005.
- Id.: "I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz", en COMANDUCCI, P. GUASTINI, R. (a cura di), *Analisi e diritto 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 2002. ([http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi\\_2001](http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2001)).
- Id.: "Possiamo scegliere tra particolarismo e generalismo?", *Ragion Pratica*, nº. 25, 2005.
- CHARRO, P Y RUIZ DE HUIDOBRO, J.M: " La Ley Orgánica 4/2000: análisis técnico jurídico de sus principales novedades", *Migraciones* nº 7, 2000.
- CHINCHILLA, C: "La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Aranzadi Civil*, núm. 6 junio 1995.
- CIANCIO, A: *Lavoratori senza frontiere: la condizione giuridica dello straniero residente e la tutela dei diritti costituzionali*, *Rassegna Parlamentaria*, nº 3, Firenze, 1999.
- CICU A., MOSCHETTI A.M., DANESE A., DI NICOLA G.P: "Voce Famiglia", *Enciclopedia filosofica*, Bompiani, Milano, 2006.
- COHEN-JONATHAN, G: *La Convention Européenne des Drois de l'Homme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, Paris, 1989.
- Id.: "Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme", *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruselas, 1998.
- CONILL, J: *Horizontes de economía ética*, Tecnos, Madrid, 2004.
- COOPER, A: *La muerte de la familia*, trad. de J. Alfaya, Ariel, Barcelona, 1978.
- COOPER, D.E.: "voz Existentialist ethics", en CRAIG, E, *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Routledge, London, Retrieved November 10, 2007, from <http://www.rep.routledge.com/article/L024>.
- CORTÉS, J.M: "TJCE-Sentencia de 27.06.2006, Parlamento Europeo/Consejo, C-540/03-Restricciones al reagrupamiento familiar de nacionales de terceros países versus respeto de los derechos fundamentales", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 26, año 11, enero/abril 2007.
- COSTA, P.: *Cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari, 2005.
- COUSSIRAT-COUSTÈRE, V: "Famile et CEDH", en *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, Koln, 2000.
- Id.: "La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme", en *Internationalisation des*



*Bibliografía*

- droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ (Librairie juridique de référence), Paris, 1996.
- Id.: *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, LGDJ, (Librairie juridique de référence), Paris, 1996.
- CREMONA, M. "Citizens of third countries: movement and employment of migrant workers within the European Union", *Legal Issues of European Integration*, nº.2, 1995.
- CRUZ DIAZ DE TERÁN, M.: "La similitud con los derechos naturales", en MEGIÁS QUIRÓS, J.J. (coordinador), *Manual de derechos humanos*, Thomson Aranzadi, Cizur Nevar (Navarra), 2006.
- CRUZ VILLALÓN, P: *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, in *idem*, *La curiosidad del Jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1999.
- CUADRA, L: "Derecho a la Reagrupación Familiar en la legislación española; Derecho español", *Aequalitas*, nº 6; 2001.
- D'AGOSTINO, F: *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991.
- DAL LAGO, A: *Non persone*, Feltrinelli, Milano, 2000.
- DANCY, J. P: "Moral Particularism", en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (<http://plato.stanford.edu>.)
- DE BRUYCKER, P: "Bélgica"; en AJA E y DIEZ L (cord); *La regulación de la inmigración en Europa*, Colección de Estudios Sociales, nº 17, Obra Social Fundación La Caixa, 2005,. ([www.estudios.lacaixa.es](http://www.estudios.lacaixa.es).)
- DE CASTRO I.: *Derecho Civil de España*, tomo II, reed. Civitas, Madrid , 1984.
- DE ESTEBAN, J y LÓPEZ GUERRA, L: *El régimen constitucional español*, Vol I, Labor, Barcelona, 1980. p.319.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ, F.: "Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille", *RTD civ (Revue trimestrielle de droit civil)*,1995.
- DE LAMY, B.: "Les transsexuels ont-ils un droit à la vie familiale? ", *JCP (La Semaine Juridique)*,éd. famille, marzo 1998.
- Id.: "Une frontière du droit au respect de la vie familiale: l'éloignement des délinquants du territoire français", *JCP (La Semaine Juridique )* éd. Famille, junio 1998.
- DELGADO, M: "Cambios recientes en le proceso de formación de la familia", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 64/93.
- DE LORENZO SEGRELLES, J.M: "Artículo 35 Residencia de menores" en ESPLUGUES, C (Coord), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- Id.: "Artículo 33 Régimen especial de los estudiantes" en ESPLUGUES, C (Coord), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- Id.: "Artículo 31 Situación de residencia temporal", en ESPLUGUES, C (Coord), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

- DE LUCAS, J. (et alii): *Introducción a la Teoría del Derecho*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Id.: "Inmigración, ciudadanía, derechos: el paradigma de la exclusión", en RODRÍGUEZ, M. E, TORNOS, A. (editores), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Comillas, Madrid, 2000.
- Id.: "Algunos equívocos sobre el concepto y fundación de los derechos humanos", en en BALLESTEROS, J. (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- Id.: "Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes", en AÑÓN, Mª.J. (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- Id.: "La globalización no significa universalidad de los derechos humanos", *Jueces para la Democracia* 32 , 1998.
- Id.: "Ciudadanía europea e inmigración", *Revista CIDOB d'affers internacionals*, núm. 53, 2001.
- Id.: "Propuestas sobre políticas de inmigración en Europa: el debate en España"; Ponencia presentadas en el II Congreso sobre Inmigración en España, Madrid, Octubre 2000.
- Id.: "7 modestes proposicions sobre la nova Llei d'estrangeria", en *Món Jurídic*, nº 147, marzo 2000.
- Id.: "La difícil igualdad (A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional)", *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 3, (julio) 2003.
- DE MIGUEL, A.: *La Familia en la sociedad industrial*, en AA.VV Universitas, Tomo XII, Salvat, Barcelona, 1972.
- DE MORA, E.: "Derechos humanos y derechos subjetivos", en MEGIÁS QUIRÓS, J.J, *Manual de derechos humanos : los derechos humanos en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- DE SALVIA, M: "Nazionalità in senso formale e nazionalità in senso sostanziale nella Convenzione europea dei diritto dell'uomo", *Rev. Int. Dir. Uomo*, 1995.
- DE SCHUTTER, O: "La souveraineté de l'État et les droits de la personne immigré", *Revue du Droits des étrngers*, 84, 1995.
- DE SENA, P: " Diritti, costituzionalismo e ordine internazionale", *Ragion Pratica*, vol. 18, 2002.
- Id.: "Diritti dell'uomo", en: S. Cassese *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006.
- Id.: "Diritti fondamentali" en: M. Flores *Diritti umani*, Utet, Torino, 2007.
- Id.: " Giustizia Internazionale", *Jura Gentium ( Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale)*, [http: // www. Juragentium.unifi.it/it/surveys/thil/desena.htm](http://www.Juragentium.unifi.it/it/surveys/thil/desena.htm).
- DE SINGLY, F: "La famille réinventée", *Cultures en mouvement*, nº 12, novembre 1998.
- DIAGO, M.P.: "La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, núm. LVI, (2) 2004.

- DIEZ DE VELASCO, M: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, (15ªed), Madrid, 2005.
- DIEZ-PICAZO, L.M.: Il matrimonio tra persone dello stesso sesso, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione, Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*. Il Mulino, Bologna, 2007.
- DONATI, P: *Manual de sociología de la familia*, (1998), trad. de M. Herrera Gómez, Sonia Pagés Luis, Eunsa, Pamplona, 2003.
- DREZCMCZEWSKI, A: "The position of aliens in relation to the European convention on Human Rights: A general survey", Council of Europe, *Human Right of Alien in Europe. Proceeding of the Colloquy of Funchal-Madeira*, october, 1983, MN, 1985.
- DUMON, W: *Changing family policies in the member states of the European Union*, European Observatory on National Family Policies, Bruselas, 1997.
- DURÁN, A.: *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Colex, Madrid, 2004.
- Id.: "Los menores extranjeros en la legislación española aspectos administrativos e internacional privatistas", *Revista General Informática de Derecho*. Marzo 2003.
- DWORKIN, R: *El imperio de la justicia* (1986), trad. di C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988.
- Id.: *Tomar los derechos en serio* (1977), trad. De M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.
- DYER, A: "The Internationalization of Family Law", *UC Davis Law Review*, vol. 30, 1997.
- EL-HUSSEINI, R.: "Le droit international privé français et la répudiation islamique", *Revue critique de droit international privé (Rev. Crit.dr.int.priv.)*, 1999.
- ESCOBAR, C: "Extranjería y ciudadanía en la Unión Europea", en *Extranjería e inmigración en España y la Unión Europea*, Colección Escuela Diplomática, núm. 3, Madrid, 1998.
- ESPÍN, D: "Artículo 39. Protección de la familia", en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dir. ALZAGA VILLAMIL, O.), Tomo IV, Edersa, Madrid, 1996.
- ESPINAR VICENTE, J.M: *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Universidad de Alcalá de Henares, 2001.
- ESPLUGUES, C y DE LORENZO, M: *El nuevo régimen de la inmigración en España*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Id.: *Nacionalidad y Extranjería*, 3ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Id.: "El Derecho de Extranjería como banco de pruebas del Derecho internacional privado: el derecho a la reagrupación familiar en la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2000.
- Id.: "Inmigración y Derecho de Extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)", en *La multiculturalidad: especial referencia al*

Bibliografía

- Islam, RODRÍGUEZ BENOT, A.; CGPJ (Consejo General del Poder Judicial), Madrid, 2002.
- EZQUERRA, J.J: "El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable", *Migraciones*, 1 (1997).
- FELDMAN, D: "The developing scope of Article 8 of the European Convention in Human Rights", *European Human Rights Law Review*, n. 3, 1997.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. (coord): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2000.
- FERNANDEZ DE LA HOZ, J: Families and social exclusion in the European Union, European Observatory of the Social Situation, Viena, 2001.
- FERNANDEZ MASIA E: "De la ficción a la realidad: la creciente problemática de los matrimonios de convivencia en España", *Revista de Derecho Privado (RDPR)*, Sept. 1998.
- FERNANDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E.: *Igualdad y derechos*, Técno, Madrid, 2003.  
Id.: "Derechos humanos del universalismo abstracto a la universalidad concreta", *Persona y derecho*, 41 (1999) .
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A: "La circulación de los ciudadanos extracomunitarios en la UE", *Cuadernos Europeos de Deusto*, n. 12, 1995.
- FERRAJOLI, L: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999.
- FERRARESE, M.R: *Diritto sconfinato, Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*; Laterza, Roma-Bari, 2006
- FINNIS, J: *Ley natural y derechos naturales*, (1980) trad. de S. Cristóbal Orrego, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- FINOCCHIARO, G: *La tutela giuridica dello straniero in Italia e nei Paesi europei, normative comparate sull'immigrazione*, Maggioli Editore, Rimini, 1996.
- FISHKIN, J.S: *Justice, equal opportunity and the family*, *Political Theory*, Vol. 11, No. 3 (Aug., 1983).
- FLAQUER, L: *El destino de la familia*, Ariel, Barcelona, 1988.
- FLAUSS, J.F: "La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?", *La Convention européenne des droits de l'homme: Développements récents et nouveaux défis*, sous la direction de FLAUSS, J.F et SALVIA, M., Bruylant, collection Droit et Justice, Bruselas, 1997.
- FORNER, J.J: "La familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y extranjería", BORRÁS, A y MERNISSI, S. (ed), *El Islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política*. Icaria-Antrazyt, Barcelona, 1998.
- FULCHIRON H: *Les étrangers et la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Librairie du Droit et de Jurisprudence, Paris, 1999.
- GAJA, G: "Les discriminations à rebours: un revirement souhaitable", en *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, Bruylant, Bruselas, 1999.

Bibliografía

- GALA VALLEJO, C: *La familia y su protección en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS), Madrid, 2002.
- GALLINO, L: Voce Famiglia, sociologia della , in idem, *Dizionario di Sociologia*, Utet, Torino, 1978.
- GALOPPINI, A: "Ricongiungimento familiare e poligamia", *Diritto di famiglia e delle persone*, 2000.
- GARCÍA AMADOR, F.V: *Principios de Derecho Internacional que rigen la responsabilidad*, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1963.
- GARCÍA AÑÓN, J: "Los derechos humanos como derechos morales; aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez", en BALLESTEROS, J., *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- Id.: "Medidas antidiscriminatorias y derechos de los inmigrantes", in Añón *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- GARCÍA CANTERO, G: "Familia y Constitución", en *Desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 1982.
- GARCIA COSO, E: " Los progresos en el diseño de una regulación europea común en materia de inmigración extracomunitaria", en la obra colectiva *Regulación legal de la extranjería e inmigración en España*, edit. J.M Ruiz de Huidobro De Carlos, Publicaciones de la Universidad de Comillas, Madrid 2006.
- GARCÍA PARDO, N: "El futuro de las migraciones; intenciones y potencial migratorio"; *Ponencia presentada en el II Congreso sobre Inmigración en España*, Madrid, Octubre 2000.
- GARCIA PASCUAL, C: "La función del juez en la creación y protección de los Derechos Humanos" en BALLESTEROS J (Ed); *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: "The Right to Family Reunification in the Spanish Law System", *Spanish Yearbook of International Law*, núm. VII, (1999-2000), 2003.
- Id.: "La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio medios de control internos y comunitarios", *Actualidad Civil (AC)*, nº 18, 3-9N/1999.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S.: "Derechos y libertades de los extranjeros en España: el derecho a la reagrupación familiar", *Anuario da Faculta de de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, 2003.
- GARIBO, A.P: *Los derechos de los niños: una fundamentación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.
- GARRIDO FALLA, F: *Comentarios a la Constitución*, 2ª Ed, Civitas, Madrid , 1985, 1ªed. 1980.
- GARRIDO GÓMEZ, M.I: *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000.

*Bibliografía*

- GASPAR, R. A.: "Violencia familiar ejercida contra la mujer inmigrante" *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 13, 2003.
- GAYA, R.: "Inmigración, matrimonio y Derecho", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. III, Madrid, 2003.
- GILLIGAN, C.: *In a different voice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1982.
- GISBERT, R.J.: "La exención de visado por matrimonio en la nueva Ley de Extranjería", *Actualidad Administrativa*, nº 21, 2003.
- GÓMARA HERNÁNDEZ J. L., AZPARREN JOVER E., DE LA IGLESIA PALACIOS E. y AGORRETA RUIZ D.: "Prontuario de Extranjería", *DAPP, Publicaciones Jurídicas*, Pamplona, 2005.
- GÓMEZ, Y.: *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1990.
- GÓMEZ CRESPO, P.: "Gestación y puesta en práctica de la reagrupación familiar", *Migraciones*, nº 5, 1999.
- GONZÁLEZ BEILFUSS M.: "El reagrupament familiar", en *III Simposi OBSEI (Observatorio de la evolución de las instituciones) Les actuacions públiques en l'àmbit de la immigració: Entre el control dels fluxos migratoris i la integració social*. Barcelona, 7 i 8 de juny, 2004.
- GONZÁLEZ CAMPOS J.L.: *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, Madrid, 1999.
- Id.: "Derecho de Familia. El matrimonio", en AGUILAR BENITEZ DE LUGO; M., *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid, Tecnos, 1996.
- GONZALEZ GAITANO, N.: *El deber de respeto de la intimidad*, Eunsa, Pamplona, 1990.
- GONZALEZ LÓPEZ, R.: "Régimen jurídico de la reagrupación familiar en la Ley de Extranjería (tras la entrada en vigor del Real Decreto 864/2001 que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por LO 8/2000)", *Revista Xurídica Galega*, nº 36, 2002.
- Id.: "Régimen Jurídico de la Reagrupación Familiar", *Revista de Extranjería* nº11, [www.reicaz.es](http://www.reicaz.es).
- GONZÁLEZ SEARA L.: "Nuevas formas y políticas familiares en los sistemas de bienestar", en MUÑOZ MACHADO S., GARCÍA DELGADO J.L., GONZÁLEZ SEARA L. (directores), *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Civitas, Madrid, 2002.
- GRASSANO; P.: "Il diritto del genitore extracomunitario a ricongiungersi con i figli minori quale diritto fondamentale riconoscibile ad ogni persona umana"; *Lo Stato Civile Italiano*; S.E.P.E.L.; Nº 3 marzo 1999; Bologna.
- GREWE, C.: " Les droits fondamentaux des étrangers dans les pays de l'EU", *Working Paper*, Instituto Universitario Ortega y Gasset, 1995.
- GROENENDIJK, K., FERNHOUT, R., VAN DAM, D., VAN OERS, R., STRIK, T., *The Family Reunification Directive in Eu Member States. The First Year of Implementation*, Centre for Migration Law Nijmegen, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2007.
- GROSSO, E.: *Le vie della cittadinanza*, Cedam, Padova, 1997.

- GRUYON-RENARD, I: "El fraude en materia de estado civil en los Estados miembros de la CIEC", *BIMJ (Boletín de Información - Ministerio de Justicia)*, nº 1803-1804.
- GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, A: "Intimidación y familia", en LÓPEZ ORTEGA, J.J (dir), *Cuadernos de derecho judicial*, nº 22, 1996.
- GUTIÉRREZ, C.: "El derecho de reunificación familiar del extranjero en España (desde la perspectiva de un internacionalista)", *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 19, (septiembre) 2003.
- HAILBRONNER, K: "Third-country nationals and EC law", en ALLAN & ANTOLA, E., *A citizens's Europe, In Search of a New Order*, Sage Publication, London, 1995.
- Id.: "Immigration and asylum law under the Amsterdam Treaty", *CMLRev (Common Market Law Review)*, num. 5.
- HANTRAIS, L.: *Gendered policies in Europe: Reconciling employment and family life*, Macmillan, Londres, 2002.
- HAREVEN, T. K.: "Historia de la familia y la complejidad del cambio social", *Revista de demografía histórica*, vol. 13, 1, 1995.
- HARREMOES, E: "Le Conseil de l'Europe et le droit de la famille"; en *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*; sous la direction de GANGHOFER, R, Presses Universitaires de Strasburg, 1992.
- HARRIS, D.J, O'BOYLE, M., WARBRICK, C.: *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, Dublin, Edimburgh, 1995.
- HEGEL, G. F: *Filosofía del derecho*, Dirección General de Publicaciones, México, 1975.
- HERVADA, J: *Introducción crítica al Derecho Natural*, EUNSA, Pamplona, 1994.
- HOLMES, S. y SUNSTEIN, C.: *Il costo dei diritti. Perché la nostra libertà dipende dalle tasse* (1999), trad. it. E. Caglieri, ed. it. a cura di C. Fusaro, ed. il Mulino, Bologna 2000.
- HONDIUS, F. W: "Civil Status Fraud", en KORELLA, D. y TOWMEY, P.M, *Towards a European Immigration Policy: current situation, perspectives: European conference organized by Association of former students of the College of EuropeEruges, Hellanion Greece, Lawyers of Pireus, Kalamos, Greece 25 august*, European Interuniversity press, Brussels.
- HOOGENBOOM, T: "The status of non-Community nationals in Community law", *European Journal of International*, vol. 36, 1992.
- HORKHEIMER, M: "La familia y el autoritarismo", en E. Fromm, M. Horkheimer, T. Parsons y otros, *La Familia*, Península, Barcelona, 1970.
- IGLESIAS DE USSEL, L: "La protección de la familia en España", *Papeles de Economía Española*, nº 77, 1988.
- IRIARTE, J. L.: "Las medidas de protección de menores procedentes de países musulmanes en territorio español", en RODRÍGUEZ BENOT, A. (dir), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Madrid, 2002.

- IZQUIERDO, E: "El ejercicio práctico de un derecho fundamental", *Revista de Extranjería* nº 3. ([www.reicaz.es](http://www.reicaz.es)).
- JACQUE, J-P: "Le respect de la vie privée et familiale dans la jurisprudence des organes de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales", *Annales de l' Université de Sciences Sociales de Toulouse*, XXIX, 1981.
- JACOT-GUILLARMOD, O: " Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", en AA.VV, dir. PETTITI, L.E, DECAUX, E., IMBERT, P-H, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2ªed., Economica, Paris, 1999.
- JANER, J: "Política de Inmigración y Acuerdos de Readmisión", *Ponencia presentada en el II Congreso sobre Inmigración en España*, Madrid, Octubre 2000.
- JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M: "Menores marroquíes no acompañados en Andalucía: el caso de Sevilla. De 1996 a 2000", *II Congreso sobre la inmigración en España. España y las migraciones internacionales en el cambio de siglo*, Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones (UPCO) & Instituto Universitario Ortega y Gasset. Madrid 5, 6 y 7 de octubre de 2000.
- Id.: "Los niños de la calle en la Medina de Tánger y los menores inmigrantes indocumentados solos en Andalucía", *Ofrim suplementos*, Junio 1999.
- JUSS, S: "Reino Unido", en AJA, E. y DíEZ, L. (cord); *La regulación de la inmigración en Europa, Colección de Estudios Sociales*, nº 17, Obra Social Fundación La Caixa, 2005. ([www.estudios.lacaixa.es](http://www.estudios.lacaixa.es).)
- KAYSER, P: "Le regroupement familial dans le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français", *La semaine juridique (JCP)*, ed. G, núm 21-22, 1993.
- KELSEN, H: *Esencia y valor de la democracia*, trad. De R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra, Comares, Granada, 2002.
- KOMMERS, D. P.: "Immigration", in BERNHARDT, R. (ed.), *Encyclopedia of public international law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Amsterdam, 1992.
- KYMLICKA, W: *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, (1990), trad. De R. Gargarella, Ariel, Barcelona, 1995.
- LA SPINA, E: "La protección del derecho a la vida familiar de los extranjeros por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". (<http://www.uv.es/CEFD/14/laespina.pdf>).
- LABACA, Mª L. "El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español", *Noticias Jurídicas*, enero 2005.
- LABAYLE, H: "Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes", *Revista francesa de Derecho Administrativo (Rev. fr. dr. adm.)*, 1993.
- LABRADA, V: *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos: Fundamento. Historia. Declaración Universal de 10.XII.1948*; Civitas, 1ª ed., Madrid, 1998.



- LAGO, G: "Los Ayuntamientos ante la reagrupación familiar", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 13, 15 de febrero de 2004
- LA TORRE M.: "Citizenship: A European Wager", *European Citizenship*, Hague, Kluwer, 1998.
- LÁZARO GONZÁLEZ I.: "Inmigración y derecho internacional privado español. Apuntes para uno estudio", en RODRÍGUEZ, M.E y TORNOS, A., *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Universidad Pontificia de Comillas, Comillas, 2000.
- Id.: "La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar", *Migraciones*, 12 (2002).
- Id.: *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002.
- LEBRETON, G: *Libertés publiques e droits de l'Homme*, Armand Colin, Paris, 1997.
- LEMA, M.: "Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España", *Migraciones Internacionales*, Vol. 2, núm. 2, julio-diciembre de 2003.
- LEVINET, M: "La confirmation de l'infléchissement de la jurisprudence de la CEDH en matière de contrôle des mesures d'éloignement des étrangers", *La semaine juridique (JCP)* 1997.
- LEVI STRAUSS, C: *Les structures elementaires de la parenté*, Mouton & Co., Paris, 1968.
- LEZERTUA, M: *El derecho a la vida privada y a la familia en la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- LIDDY, J: "Article 8: the pace of change", *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 5, n.3, 2000.
- Id.: "The Concept of Family life under the ECHR", *European Human Rights Law Review*, 1990.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.: "Leyes de familia y Constitución: ley 13/2005 de 1 de julio y ley 15/2005 de 8 de julio", *Revista de derecho privado*, n.3, 2006.
- LINDE, E., MELLADO, P., MIRALLES, P., BACIGALUPO, M; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ C; FUENTETAJA J.A: *Principios de Derechos de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2000.
- LÓPEZ BARBA, E.: "Extranjería. Reagrupación familiar", en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C (coord) *Extranjeros en España – Régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2001.
- LÓPEZ y LÓPEZ, A.M: "Nacionalidad" en ALZAGA, O. (Dir): *Comentarios a las leyes políticas*, II; Edersa, Madrid, 1984.
- LÓPEZ MUÑOZ, M. J.: "La incidencia de la jurisdicción en el procedimiento de expulsión de extranjeros que hayan cometido delitos en España", *Actualidad Penal*, núm. 22, 2003.
- LÓPEZ ORTEGA, J: *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, Cuadernos de Derecho Judicial; Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

Bibliografía

- LOSADA, H; "Estatuto Legal de los Extranjeros en España" en PALOMAR, A (Coord.); *Tratado de Extranjería. Aspectos Civiles, Penales, Administrativos y Sociales*, Thomson-Aranzadi, Madrid. 2003.
- LOSURDO, D: *Democrazia o bonapartismo. Trionfo e decadenza del suffragio universale*, Bollati Boringhieri, Milano 1993.
- LOWE, N y GILLIAN, D (eds.): *Families accross Frontiers*, Martines Nijhoff Publishers, La Haya, 1996.
- LUCHAIRE, F: *La protection constitutionnelle des droits de l'homme*, *Económica*, Paris, 1987.
- MACHADO, A: *Obra completa*, Vol. II, Espasa-Calpe, Madrid, 1989.
- MACCORMICK, N.: "Los derechos de los niños", in idem, *Derecho legal y socialdemocracia* (1982), trad. De M. L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990.
- MADIOT, Y. Y BREILLAT, D: " La familia, élément des droits de l'homme en Europe", en AA.VV, *Le droit non civil de la famille*, PUF (Presses Universitaires de France), Paris, 1983.
- MANGAS, A: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- MARCOS F y MASSÓ GARROTE, M.F: *Nuevo régimen de extranjería; La Ley*, Madrid, 2001.
- MARTIN, D: "Loi du 15 décembre 1980. Transposition du droit communautaire", *Revue du droit des étrangers*, n. 91, 1996.
- MARTÍN y PÉREX DE NANCLARES, J: *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L: "La familia en la Constitución española", *RDP (Revista de Derecho Privado)*, noviembre de 1981.
- MARTÍNEZ DE PISON, J: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1993.
- MARTÍNEZ DE VALLEGO FUSTER, B: "Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual", en BALLESTEROS, J. (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ PUJALTE, A.L: "Los derechos humanos como derechos inalienables", en J. Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- MARTINEZ SOSPEDRA, M: *Aproximación al Derecho constitucional español, la Constitución de 1978*, Fernando Torres, Valencia, 1980.
- MARTÍNEZ VEIGA, U: *La integración social de los inmigrantes extranjeros en España*; Ed. Trotta, Madrid, 1997.
- MASSÓ, M: "Nuevo Régimen de extranjería", *La Ley*, Madrid, Mayo 2001.
- MATSCHER, F: "Methods of Interpretation of the Convention", en AA.VV., *The European System for the Protection of Human Rights*, (ed. By MACDONALD, R. St. J., MATSCHER, F., PETZOLD, H.) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.

- McGLYNN, C: "The europeanisation of family law", *Clid and Family Law Quarterly*, 2001, n. 13.
- Id.: "A family law for the EU?", *Social law and policy in an evolving European Union*, J.Shaw, (ed), Hart; Oxford, 2000.
- Id.: "Families and the European Union Charter of Fundamental Rights: progressive change or entrenching the status quo?", *European Law Review*, 2001, vol. 26, n. 6.
- MECARY C Y DE LA PRADELLE , G: *Les droits des homosexuel/les*, collection Que sais-je?, PUF (Presses Universitaires de France), Paris, 1998.
- MEIL LANDWERLIN, G: "Cambio familiar y solidaridad familiar en España", *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales (Economía y sociología)*, 26, 2000.
- MERLDERS-KLEIN, M.T: "Internationalisation des droits de l'homme et evolution du droit de la famille: un voyage sans destination", en AA.VV., *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution de la famille* Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliqués du Droit privé, Université de Lille II, LGDJ (Librairie juridique de référence), Paris, 1996.
- MESTRE, J.F: "Artículo 57 Expulsión del territorio" en ESPLUGUES MOTA, C (Coord), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- MIELE, R, PALANCA, V, PALUMBO, V, PELLICCIA L, TOMASELLI, M.L:"La nuova legislazione sugli stranieri", *Gli Stranieri*, Union Printing edizioni, Viterbo, 1998.
- MILLER, D: *Sobre la nacionalidad : autodeterminación y pluralismo cultural*, Paidós, Barcelona, 1997.
- MOLINA, C., ESTEBAN DE LA ROSA G. y ARCE, E.: *La inmigración extranjera. Comentario sistemático al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005.
- MOLINER R: "El concepto de "familia nuclear" en la directiva europea 2003/86/CE sobre reagrupación familiar", *Revista Aequalitas Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre hombres y Mujeres. nº 15 jul-dic 2004*.
- Id.: "Reconocimiento jurídico de la unión homosexual en el derecho comparado", *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, Aranzadi, Pamplona, 2006.
- Id.: "El problema jurídico de las parejas de hecho", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Vidal Guitarte*, vol. II, Valencia, 1999.
- Id.: "Tratamiento jurídico de las uniones de hecho", en *Curso de Civil Valenciano*, *Revista General de Derecho*, Valencia, 2000.
- Id.: "Proceso de juridificación de las uniones de hecho en España", en *Estudios en homenaje al profesor Moreno Quesada*, Universidad de Granada Vol 2, 2000.

*Bibliografía*

- Id.: "Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España"; *Actualidad Civil* nº 14, 2001.
- MOLLER OKIN, S: *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, New York, 1989.
- MONÉGER, F.: "Aspettes théoriques et pratiques du mariage polygamique en France", en *Islam et en laïcité*, Presses Universitaire de Perpignan, Perpignan, 1992
- MORA, G.: *La Familia en la Sociedad del Siglo XXI*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Fundación de Ayuda contra la Drogadicción, Madrid, 2004.
- MORENO BLESA L: "Reagrupación familiar", en CAMPO J. M. (Coord), *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, Civitas, Madrid, 2001.
- MORESO, J.J: "Conflitti tra principi costituzionali" y A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano", *Ragion Pratica*, nº 18, 2002.
- MORGAN, D.H.J: *The Family. Politics and social theory*, Routledge & Kegan Paul, London, 1985.
- MOTILLA A. y LORENZO P.: *Derecho de Familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Colex, Madrid, 2002.
- MOYA, M (et alii): *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*; Comares, Granada, 2001.
- Id.: "El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de extranjería", *La Ley*, (D-25 vol.1), núm. 4982, 2000, de 1 de febrero.
- MÜLLER-GRAFF, P.CH: "The legal basis of the third pillar and its position in the framework of the Union Treaty", *CMLRev (Common Market Law Review)*, núm. 3, 1994.
- MUÑOZ, J.: "¿Es necesario el trámite de audiencia para proceder a la expulsión de un extranjero no residente que ha cometido un delito en España? Comentario a la STS, Sala 2ª de 8 de julio de 2004 ", *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, nº 6, 2004.
- MURILLAS, J: "Menores inmigrantes: aspectos jurídicos, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales". *Aranzadi*, Pamplona, nº 19/2000.
- NAISMITH, S: "Private and family life, home and correspondence", en *The birth of European human rights law*. Liber amicorum Carl Aage Norgaard, Salvia, M.Y. Villiger, M (eds), Nomos, Baden-Baden, 1998.
- NIESSEN, J., SCHIBEL, Y. and MAGONI, R. (eds.): *EU and US approaches to the management of immigration (mayo 2003)*. (<http://www.migpolgroup.com/uploadstore/Finland.pdf>).
- NINATTI S., "Il diritto alla vita familiare all'esame della Corte di giustizia" en M. Cartabria (a cura di), *I diritti in azione, Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*. Il Mulino, Bologna, 2007.
- NINO, C. S.: *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994.

- NUSSBAUM, M: "Aristotelian Social Democracy", en DOUGLASS, R.B., MARA, G.R., RICHARDSON, H.S. (eds.), *Liberalism and the Good*, Routledge, London, 1990.
- Id.: *Sex and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- Id.: "Human functionings and social justice. In defense of Aristotelian Essentialism", *Political Theory*, 20, 2, 1992.
- Id.: "Non relative virtues, an Aristotelian Approach", en SEN, A. (eds.), *The quality of life*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- OCHOA, N.: *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*; Civitas, Madrid, 2004.
- ODA, S: "El individuo en el Derecho Internacional", *Manual de Derecho Internacional Público*, Soerensen, Mexico, 1973.
- OLESTI RAYO, A: "La regulación de la inmigración en Europea: Unión Europea", en *La regulación de la inmigración en Europea*, coor. AJA E y DÍEZ L, Colección de Estudios Sociales nº 17, Barcelona, 2005. ([www.estudios.lacaixa.es](http://www.estudios.lacaixa.es)).
- OLLERO, A: *Diritto "positivo" e diritti umani*, a cargo de I. Trujillo Perez, Giappichelli, Torino, 1998.
- OPSHAL, T: "La Convention et le droit au respect de la vie familiale spécialement en ce qui concerne l'unité de la famille et la protection des droits des parents et tuteurs dans l'éducation des enfants" en AA.VV., *Vie privée et droits de l'homme. Actes du Troisième Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme* (Bruxelles, 30 septembre- 3 octobre 1970), Bruylant, Bruxelles, 1973.
- ORTEGA, E: *Manual práctico de derecho de extranjería*; 3ª ed, Europea de Derecho, Madrid, 2001
- PAGLIACCI, D: "L'amore tra autenticità, affettività e orizzonte comunitario. Il vincolo familiare", en ALICI, L. (a cura di), *Forme della reciprocità. Comunità, istituzioni, ethos*, Mulino, Bologna, 2004.
- PAJARES, M; "Una política de flujos migratorios", *Ponencia presentada en el II Congreso sobre Inmigración en España*, Madrid, Octubre 2000.
- PALLARO, P: "I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani nel diritto comunitario", *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, n.1, 2000.
- Id.: "La sentenza Guimont: un definitivo superamento "processuale" dell'irrelevanza comunitaria "sostanziale" delle "discriminazione a rovescio"?", *Revista Italiana di diritto pubblico comunitario*, nº. 1, 2001.
- Id.: "Sviluppi recenti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui rapporti tra espulsioni e rispetto della vita privata e familiare", *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*( Riv. Int. Dir. Uomo), 1998.
- PALOMAR, A (coord): *Tratado de Extranjería, Aspecto civiles, penales, administrativos y sociales*, Aranzadi, Navarra, 2004.
- PASTOR RAMOS, G: *La familia en España. Sociología de un cambio*, Sígueme, Salamanca, 2002.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A: *Curso de derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 8ª ed, Tecnos, Madrid, 2001.

- PECES-BARBA, G: *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995.
- PEERS, S: "Dazed and Confused: Family members' Residence Rights and the Court of Justice", *European Law Review*, 2001.
- Id.: "The EC-Switzerland Agreement on Free Movement of Persons: Overview and Analisis", *European Journal of Migration and Law*, vol. 2, 2000.
- PEÑA M.: "De los españoles y los extranjeros", en ALBAIADEJO M (Dir); *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo II, Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978.
- PÉREZ, M<sup>a</sup> J: "Menores no acompañados", *Revista de trabajo social. Servicios Sociales y política social*, nº 48.
- PÉREZ LUÑO, A.E: *Los Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Id.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid 1984.
- PÉREZ VERA, E: "Citoyenneté de l'Union européenne, nationalité et condition des étrangers", *R des C (Recueil des Cours)*; 1996.
- Id.: "La Constitución de 1978 y el Derecho internacional privado español: normas en materia de nacionalidad y extranjería", *Revista de Derecho Público*, 86, enero-marzo 1982
- PILLITU, P.A: "La tutela Della famiglia naturale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 72, n. 4, 1989.
- PINTORE, A: *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003.
- POLO, C: *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, CES (Consejo Económico y Social), Madrid, 1994.
- PONS, X y ROBINSON, M: *La Declaración Universal de Derechos Humanos: comentario artículo por artículo*, Icaria, Barcelona, 1998.
- POYAL, A: "La Protección de los Derechos Fundamentales en el Derecho Comunitario", *Revista de Estudios Europeos*. Nº 8/1994.
- QUIRÓS A.: *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*, Tesis doctoral, Murcia, mayo de 2006.
- Id.: " Derecho Comunitario de extranjería: Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del derecho interno español"; *Anales de Derecho Universidad de Murcia*, nº 21, 2003.
- RAMOS, I.I: "Trabajadores extranjeros e integración social", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social (TL)*, nº 54, 2000.
- RAWLS, J: *El liberalismo político*, trad. de A. Doménech, Crítica, Barcelona, 1996.
- Id.: *Una teoría de la justicia* (1971), trad. De M. D. González, Fondo de Cultura Económica, Madrid 1995.
- RASCÓN VALLADARES, E: *El derecho a contraer matrimonio y la constitución*, Aranzadi Civil, Pamplona, 2005.

Bibliografía

- RAWLS, J. "Una revisión de la idea de razón pública", en idem, *El derecho de gentes* (1999), trad. de Hernando Valencia Villa, Paidós, Barcelona 2001.
- REBOLLO, L: *El Derecho Fundamental a la Intimidación*, 2ª Ed, Dykinson, Madrid, 2005.
- RECASENS, L: *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1965.
- REES, G: "Art. 54", en AA.VV, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (2ªed.). (dir. PETTITI, L.E, DECAUX, E., IMBERT, P-H), Economica, Paris, 1999.
- RELAÑO, E.: "¿Sancionar al inmigrante o proteger las fronteras?: Un análisis crítico de la Ley de extranjería 14/2003, de 20 de noviembre, y la Política de inmigración común de la Unión Europea", *La Ley*, núm. 6017, 2004, de 13 de mayo.
- RIGAUX, F: "Interprétation consensuelle et interprétation évolutive" en AA.VV, SUDRE.F (dir), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998.
- RISSE,T, ROPP, S y SIKKINK, K: *The power of human rights: international norma and domestic change*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- ROBLES, G.: "La olvidada complementariedad entre deberes y derechos humanos", en en MEGÍAS QUIROS, J.J (coord.), *Manual de derechos humanos : los derechos humanos en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- ROCA, E: *Familia y cambio social (de la "casa" a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.
- Id.: *Derecho de Familia*, 3ªed, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 16
- RODRÍGUEZ BENOT A y HORNERO MÉNDEZ, C: *El nuevo Derecho de extranjería*; Comares, Granada; 2001.
- Id.: "El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural: (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la "Kafala")", *Revista general de derecho (RGD)*, núm. 667, 2000.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C: "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C y LIÑÁN NOGUERAS D.J, *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993.
- RODRIGUEZ-PIÑERO, M: "Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante", *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica (R.L)*, nº 8, 2001.
- ROTH, A.H: *The minimum standart of international law applied to aliens*, Sijthoff, La Haya, 1949.
- ROSS, A.: *Sobre el derecho y la justicia* (1958), Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1963.
- ROSSI L.S: "I beneficiari della libera circolazione delle persone nella giurisprudenza comunitaria", *Foro italiano*, IV, col, 1994.

Bibliografia

- RUDDICK, W: "voz Family, ethics and the", en E. Craig, *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Routledge, London, 1998, retrieved November 10, 2007, from (<http://www.rep.routledge.com/article/L025>).
- RUIZ DE HUIDOBRO, J.M: " El régimen legal de la inmigración en España: el continuo cambio", *Migraciones* nº 9, 2001.
- RUIZ MIGUEL, C: *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un estudio sobre la relación entre el Derecho nacional y el internacional*, Tecnos, Madrid, 1997.
- RUSSO C.: "Article 8, paragraphe 1" en PETTITI, L.E *La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995.
- SAGARRA; E: *La Legislación sobre extranjería e inmigración una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*. Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002.
- SÁNCHEZ-RODAS C: *Extranjeros en España; Régimen jurídico*; Laborum, Murcia 2001.
- Id.: "Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento para su inserción socio-laboral"; *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63.
- SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I y GONZÁLEZ VEGA, J: *Derechos humanos: textos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1999.
- SANTOLAYA, P: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch – Institut de Dret Públic, Valencia, 2004.
- Id.: *Comentarios a la nueva Ley de extranjería*, 2ª ed, Lex Nova, Valladolid , 2002.
- SANZ CABALLERO S.: *La Familia en perspectiva internacional y europea*; Tirant lo Blanch, Valencia , 2006.
- Id.: " El TEDH y las uniones de hecho", *Repertorio Aranzadi*, n. 8, 2003.
- SARTRE, J.P: *Las Palabras*, trad. de M. Lamana, Alianza, Madrid, 1982.
- SCALA, J: "Uniones Homosexuales y derechos humanos", *Persona y Bioética*, Vol. 9, Nº. 24, 2005.
- SCHIAVELLO, A: "Neil MacCormick teorico del diritto e dell'argomentazione giuridica.", in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Giappichelli, Torino 1999.
- Id: "L'isola che non c'è. Una critica alla concezione dell'eguaglianza di Ronald Dworkin", *Ragion Pratica*, 15, 2000.
- Id: "Principio di eguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico politico", *Ragion Pratica*, 14, 2000.
- SCHWARZENBERGER, G.: "The standard of civilization in International Law", *Current Legal Problems*, Stevens, 1955.
- SCOTT, J. W, L. TILLY, "Lavoro femminile e famiglia", en ROSENBERG, C. E. (coord), *La famiglia nella storia. Comportamenti sociali e ideali domestici* (1975), trad. it. di L. Comoglio, Einaudi, Torino, 1979.



- SEDFREY, J: *A handbook on the rights and remedies of migrant workers in the European Community under the ECHR*, Institute of International and Legal Studies, Diriman, 1993.
- SEN, A: *Inequality Reexamined*, Oxford University Press, Oxford, 1992.
- Id.: "Rights and Agency", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 11, 1982
- Id.: "Gender and Cooperative Conflicts", en TINKER, I., *Persistent Inequalities*, Oxford University Press, Oxford, 1990.
- Id.: "Gender inequalities and theories of justice", en NUSSBAUM, M., GLOVER, J. (eds.), *Woman, Culture and Development*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- Id.: "Elements of a theory of human rights", in *Philosophy and Public Affairs*, n. 4, 2004.
- SERRANO J.M: en GARRIDO FALLA F. (Dir): *Comentarios a la Constitución*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 1985.
- SHAW, J y MOORE, S: *New Legal Dynamics in European Integration*, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- SHORTER, E: *Naissance de la famille moderne*, édition du Seuil, points histoire, Paris 1981.
- SMART J.J.C y WILLIAMS, B: *Utilitarianism, For and Against*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973.
- SOLANES A.: "Sujetos al margen del ordenamiento jurídico: inmigrantes sin papeles", en PEÑA, S. (coordinador), *Inmigrantes. Una aproximación jurídica a sus derechos*, Germania, Alzira, 2003.
- SOYER, J-C, De SALVIA, M: "Le recours individuel supranacional: mode d'emploi", *LGDJ (Librairie juridique de référence)*, Paris, 1992.
- STANGOS, P: "Les ressortissants d'Etats tiers au sein de l'ordre juridique communautaire", *Cahiers de Droit Européen*, 1992.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, P: *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Comares, Granada, 2001.
- Id.: "Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales: propuestas de regulación en España.", *Dykinson*, Madrid, 1999.
- Id.: "Historia de su nacimiento", *Manual de derechos humanos : los derechos humanos en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- Id.: "Derechos humanos ¿inalienables o disponibles?", *Manual de derechos humanos: los derechos humanos en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- Id.: "Objeción de conciencia y matrimonio de personas del mismo sexo", *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, Aranzadi, Pamplona, 2006.
- Id.: "Fundamentos para el reconocimiento de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España", *Cuadernos del Instituto "Bartolomé de las Casas"*, nº 10, *Dykinson*, Madrid, 1999.

Bibliografía

- Id.: "Presupuestos para un reconocimiento jurídico coherente de las uniones homosexuales en España", Anuario de filosofía del derecho, 1999.
- Id.: "La institucionalización jurídica de la uniones homosexuales en España", La Ley, 2001.
- Id.: "Las uniones homosexuales en España", Claves de razón práctica, 2001.
- Id.: "El reconocimiento de las uniones homosexuales en la Ley de "uniones estables de pareja" de Cataluña", Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, 1998.
- Id.: "Reconocimiento de efectos jurídicos a una relación afectiva estable entre dos personas del mismo sexo", Orientaciones: revista de homosexualidades, 2001.
- Id.: "Adopción y uniones homosexuales", Orientaciones: revista de homosexualidades, 2002.
- Id.: "El matrimonio entre personas del mismo sexo frente a la adopción", Cuadernos de derecho judicial, 2005.
- TARABINI-CASTELLANI, M: *Reforma y Contrareforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- TAVERNIER, P: *Quelle Europe pour les droits de l'homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une " union plus étroite"*, Bruylant, Bruselas, 1996.
- TAYLOR, C: *La ética de la autenticidad*, (1991), trad. de P. Carbajosa Pérez, Paidós, Barcelona, 1994.
- TERRACCIANO, U: *Stranieri. Le nuove disposizione in materia di immigrazione*, Experta, Forli, 2005.
- Id.: *Stranieri. Cosa cambia con la legge Bosi-Fini*, Experta, Forli 2002.
- TOMAS ORTIZ DE LA TORRE; J.A: "Celebración del matrimonio", en AGUILAR BENITEZ DE LUGO; M, *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid, Tecnos, 1996.
- TRINIDAD, M. L.: "Los inmigrantes irregulares en la Ley 4/2000 y en su reforma: una regularización que no cesa", *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, (noviembre) 2002.
- TRIPODINA, C: "Il diritto del genitore extracomunitario al ricongiungimento col figlio minorenne", *Giurisprudenza Italiana (Giur. It.)*, 1998.
- TRUJILLO, I: *Imparzialità*, Giappichelli, Torino, 2003.
- Id.: "Nuevas dimensiones de la igualdad. La discutida juridicidad de los derechos sociales", *Persona y derecho*, 2001.
- TRUJILLO, I – VIOLA, F ( a cura di): *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- URBANO, E.: "La cuestión de la convivencia, en la violencia doméstica. A propósito de la STS 2ª 417/2004, de 29 de marzo de 2004", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 630, 2004.
- VAN DER MEERSCH, W.J.: "La référence au droit interne des états contractans dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'home", *Revista Internacional de Droit Comparé*, 1980.

*Bibliografía*

- VAN DIJK, P, VAN HOOF, G.J.H: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3ª ed, Kluwer Law International, The Hague, 1998.
- VARGAS, M: "La reagrupación familiar de los extranjeros en el derecho comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el Derecho comunitario" ; en CALVO GARCÍA CARAVACA, A y CASTELLANOS RUIZ, E; (Dir) *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos Internacionales*; Colex, Madrid, 1994.
- VASAK, K: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Volumen I, Unesco, Barcelona, 1984.
- VASSALLO PALEOLOGO, F: "I Minori Stranieri non accompagnati in Europa e in Italia"; en TRUJILLO, I y VIOLA, F; *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- Id.: *Migrazioni, Frontiere, Diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006.
- VASSEUS-LAMBRY, F: *La famille et la Convention Européenne des Droits de l'Home*; L'Harmattan, Paris, 2000.
- VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, Mª M: "La reagrupación familiar en la Unión Europea: Comentario a la Directiva 2003/86", *Revista General de Derecho Europeo*, Nº. 4, 2004.
- Id.: "¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración?, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 12 enero 2007.
- VELU, J y ERGEC, R: *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant Bruxelles, 1990.
- VERDROSS, A.: "Les règles internationaux concernant le traitement des étrangers", *R des C (Recueil des Cours)*; Vol. 37, 1931.
- VIDAL GIL E.J: "Los derechos humanos como derechos subjetivos", en J. Ballesteros, *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- Id.: *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
- Id.: "Jurisprudencia y cambios legislativos: la equiparación del cónyuge y el conviviente more uxorio en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional", *Revista General de Derecho*, 1992.
- Id.: "Los derechos de los colectivos vulnerables", Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Cerriol, Departamento de Derecho Constitucional, Valencia, 1995.
- Id.: "Los derechos de los extranjeros en España", *Revista de Serveis Socials, Conselleria de Treball i Serveis Socials. Generalitat Valenciana*, Valencia, 1995.
- Id.: "Los Derechos en la Convención del Niño y en la Constitución española", *La Constitución española en su XXV aniversario (M. Ballado y J. A., García Regueiro drs)*, Bosch, Barcelona, 2003.

- Id.: "¿Por qué los derechos de los inmigrantes?. Las razones del Derecho", Sociedad civil e Inmigración (V. Garrido Mayol, coord), Fundación Profesor Manuel
- Id.: "Consenso social y derechos de las minorías", Persona y Derecho, 2003.
- Id.: "Los derechos(y los deberes) fundamentales", Presente y futuro de la Constitución española de 1978, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- VIDAL MARTÍNEZ, J: "Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar", *Revista General de Derecho*, 1980.
- VILLÁN, C: "La protección internacional de los derechos humanos: el sistema universal y su vigencia en España", *Humana lura*, núm. 10, 2000.
- VILLIGER, M.E: "Expulsión and the right to respect for private and family life (art. 8 of the Convention)- an introduction to the Commission's case-law", en AA.VV., *Protecting Human Rights: The European Dimension/Protection des droits de l'homme: la dimension européenne. Studies in honour of/mélanges en l'honneur de:Gérard J. Wiarda* (edited by F.Matscherm H. Petzold), Carl Heymans Verlag, Köln-Berlín-Bonn-München, 1988.
- VIOLA, F: *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000.
- Id.: Il diritto come pratica sociale, Jaca Book, Milano, 1990.
- Id.: Le ragioni del diritto, Mulino, Bologna, 2003.
- Id.: De la naturaleza a los derechos: los lugares de la ética contemporánea; (trad. del italiano y estudio introductorio a cargo de Vicente Bellver), Comares, Granada, 1998.
- Id.: La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo, Universidad Nacional autonoma de Mexico, México, 2006.
- WALDRON, J.: *Derecho y desacuerdos* (1999), trad. de J.L. Martí, A. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- WEILER, J.H.H: "Thou shalt not Porrees a Stranger": On the Judicial Protection of the Human Rights of non-EC Nacional- A Critique, *EJIL (European Journal of International Law)*, vol. 3, 1992.
- WINTEMUTE, R: " Lesbian and gay Britons, the two Europes and the Bill of Rights debate", *European Human Rights Law Review*, n. 5, 1997.
- YOUNG, I.M.: "Justice and the Politics of Difference", *Princeton U.P*, Princeton, 1990.
- ZAGREBELSKY, G: *El derecho dúctil* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995.
- ZILLER, J, *Il nuovo Trattato europeo*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- ZINCONI, G: *Secondo rapporto sull'integrazione degli immigrati in Italia*, Commissione per le politiche di integrazione degli immigranti, il Mulino, Bolofia, 2001.
- ZOLO, D.: "Libertà, proprietà ed eguaglianza in Ferrajoli", *Teoría política*, XV, 1.
- Id.: Chi dice umanità, Einaudi, Torino, 2003.
- Id.: "Teoria e critica dello Stato di diritto", en COSTA, P. Y ZOLO, D., *Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002.

## ANEXO JURISPRUDENCIAL

### TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

(Sus sentencias pueden consultarse en la página oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int))

#### Sentencias:

- Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido*, 28 de mayo de 1985, serie A nº 94.
- Ahmut c. Holanda*, 28 noviembre 1996, serie A nº 24
- Airey c. Irlanda*, 9 octubre 1979, serie A nº 32.
- Al-Adsani c. Reino Unido*, 21 noviembre 2001, nº 35763/97.
- B c. Francia*, 25 marzo 1992, serie A nº 232-C.
- B c. Reino Unido*, 8 de julio de 1987, serie A nº 121.
- Baghli c. Francia*, de 30 de noviembre de 1999, nº 34374/97.
- Beldjoudi c. Francia*, de 26 de marzo de 1992, serie A, nº. 234-A.
- Berrehab c. Holanda*, de 21 de junio 1988, A nº 138.
- Bouchelkia c. Francia*, de 29 enero 1997, serie A, nº 28.
- Boughanemi c. Francia*, de 24 de abril de 1996, serie A, nº. 593.
- Boujlifa c. Francia*, de 21 de octubre de 1997, serie A, nº. 54.
- Boultif c. Suiza*, de 2 de agosto de 2001, nº 54273/00.
- Burghatz c. Suisse*, de 22 febrero 1994, Serie A, nº 280-B.
- Camp y Bourimi c. Holanda*, de 3 de octubre de 2000, nº 28369/95.
- C. c. Bélgica*, de 7 agosto 1996, Rec. 1996-III, fasc.
- Ciliz c. Holanda*, de 11 de julio de 2000, nº 29192/95.
- Dalia c. Francia*, de 19 de febrero de 1998, nº 62.
- El Boujaïdi c. Francia*, de 26 de septiembre de 1997, serie A, nº. 51
- Elsholz c. Alemania*, de 13 julio 2000, nº 25735/94.
- Ezzouhdi c. Francia*, de 13 febrero 2001, nº 47160/99.
- Gentilhomme, Schaff-Benhadji y Zerouki c. Francia*, de 14 de mayo. Nº 48205/99, 48207/99 et 48209/99.

- Görgülü c. Alemania*, de 26 de febrero de 2004, nº. 74969/01.
- Gul c. Suiza*, de 19 de febrero de 1996, serie A, nº. 195.
- HAAS c. Holanda*, de 13 de enero de 2004, nº 36983/97.
- Hoffman c. Austria*, de 23 junio 1993, Serie A nº. 255-C.
- Hokkanen c. Finlandia*, de 23 septiembre 1994, Serie A nº 299-A.
- Jakupovic c. Austria*, de 6 de febrero de 2003, nº. 36757/97.
- Johansen c. Noruega*, de 7 de agosto de 1996. Rec. 1996-III, fasc. 13.
- Johnston y otros c. Irlanda*, de 18 diciembre 1986, Serie A, nº 112.
- K y T c. Finlandia*, de 12 julio 2001, n ° 25702/94.
- Kamer c. Austria*, de 24 de julio de 2003, nº. 40016/98.
- Keengan c. Irlanda*, de 26 de mayo de 1994, Serie A nº 290.
- Kroon c. Holanda*, de 27 de octubre de 1994, Serie A nº 297.
- Marckx c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979, serie A, nº. 31.
- Mazurek c. Francia*, de 1 de febrero de 2000, nº 34406/97.
- McMichael c. Reino Unido*, de 24 febrero 1995, serie B, nº. 307.
- Mehemi contra Francia*, de 26 septiembre de 1997, serie A nº. 51.
- Moustaquim c. Bélgica*, de 18 de febrero de 1991, serie A, nº. 193.
- Musa y otros c. Bulgaria*, de 11 de enero de 2007, nº 61259/00.
- Nasri c. Francia*, de 13 julio 1995, serie B, n. 320.
- Nsona c. Holanda*, de 28 de noviembre de 1996, Recueil/Reports nº 23, 1996-V.
- Rees c. Reino Unido*, de 17 octubre 1986, Serie A nº 106.
- Sahin c. Turquía*, de 25 de septiembre de 2001, no. 31961/96.
- Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, nº 33290/96.
- Sen c. Holanda*, de 21 de diciembre de 2001, nº. 31465/96.
- Sommerfeld c. Alemania*, de 11 octubre 2001, nº. 31871/96.
- Vermeire c. Bélgica*, de 29 de noviembre de 1991, nº 214-C.
- X e Y c. Holanda*, de 26 de marzo de 1985, serie A 91, nº 8978/80.
- X e Y c. Suiza*, de 26 marzo de 1985, serie A, n. 91, nº 8978/80.

*Anexo jurisprudencial*

- X y otros c. Reino Unido*, de 22 abril 1997, nº 21830/93, Reports 1997-II.
- W c. Reino Unido*, de 8 de julio de 1987, nº 121.

## TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

### Sentencias

- *Adoui y Comuaille*, de 18 de mayo de 1982, asuntos 115 y 116/81.
- *Akman*, de 19 de noviembre de 1998, asunto C-210/97.
- *Akrich*, de 23 de septiembre de 2003, asunto C-190/01.
- *Alemania/Alta Autoridad*, de 10 de mayo de 1960, asunto 19/58.
- *Alemania/Consejo*, «organización de mercados del plátano», de 5 de octubre de 1994, asunto C-280/93.
- *Antonissen*, de 23 de febrero de 1991, asunto C- 292/89.
- *Arben Kaba / Secretary of State for Home Department*, de 6 de marzo de 2003, asunto C- 466/00.
- *Atzeni y otros*, 23 de marzo de 2006, asuntos acumulados C-346/03 y C-529/03.
- *Aydinli*, de 7 de julio de 2005, asunto C-373/03.
- *Baumbast y R c. Secretary of State for the Home Department*, de 17 de septiembre de 2002, asunto C- 413/99.
- *Bélgica/Comisión*, de 14 de abril de 2005, asunto C-110/03.
- *Bemini c./ Minister Van Onderwijs en Wetenschappen*, de 26 de febrero de 1992, asunto C-3/90.
- *Bettray*, de 31 de mayo de 1989, asunto 344/87.
- *Birden c./ Stradtgemeinde Bremen*, de 26 de noviembre de 1998, asuntos C-1/97 y C-245/94.
- *Bonsignore*, de 26 de febrero de 1975, asunto 67/74.
- *Bosman*, de 15 de diciembre de 1995, asunto 415/93.
- *Bouchereau*, de 27 de octubre de 1977, asunto 30/77.
- *Bozhurt*, de 6 de junio de 1995, asunto C-434/93.
- *Brown c/ Secretary of State for Scotland*, de 21 de junio de 1988, asunto 197/86.
- *Calfa*, de 19 de enero de 1999, asunto G-348/96.
- *Carmina Di Leo*, de 13 de noviembre de 1990, asunto 308/89.



*Anexo jurisprudencial*

- *Carpenter*, de 11 de julio de 2002, asunto C- 60/00.
- *Cirotti c./ Office National des Pensions*, de 2 de octubre de 1997, C-144/96.
- *Comisión c. Alemania*, de 18 de mayo de 1989, asunto 294/86.
- *Comisión/Consejo, «Convención sobre Seguridad Nuclear»*, de 10 de diciembre de 2002, C-29/99.
- *Comisión contra el reino de España*, de 14 de abril de 2005, asunto C-157/03.
- *Comisión c./Grecia*, de 29 de octubre de 1998, C- 185/96.
- *Comisión contra Holanda*, de 30 de mayo de 1991, asunto 68/89.
- *Cowan*, de 2 de febrero de 1989, asunto 186/87.
- *Curul*, de 4 de mayo de 1999, asunto C-126/98.
- *D. c. Consejo*, de 28 de enero de 1999, asunto T-264/97.
- *D y Reino de Suecia/ Consejo*, de 31 de mayo de 2001, asuntos C-122/99 y C-125/99.
- *Deak*, de 20 de junio de 1985, asunto 94/84.
- *Demirel*, de 30 de septiembre 1987, asunto 12/86.
- *Derin Ismail / Landkreis Darmstadt-Dieburg* , de 18 de julio de 2007, C-325/05.
- *Diatta c./ Land Berlín*, de 13 de febrero de 1985, asunto C- 267/83.
- *Dorio*, de 23 de enero de 1986, asunto 298/84.
- *Drießen y otros*, de 5 de octubre de 1993, asuntos acumulados C-13/92 a C-16/92.
- *Echternach y Moriz*, de 15 de marzo de 1989, asuntos 389/87 y 390/87.
- *Eila Pävikki Maahimo/ Kansaneläkelaitos*, de 7 de noviembre de 2002, asunto C-333/00.
- *Ergat*, de 16 de marzo de 2000, asunto C-329/87.
- *Eroglu*, de 5 de octubre de 1994, asunto C-355/93.
- *Eyüp*, de 22 de junio de 2000, asunto C-65/98.

- *Faik Günaydin et Al/ Freistaat Bayern*, de 30 de septiembre de 1997, asunto C-36/96.
- Francia/Alta Autoridad, de 21 de diciembre de 1954, asunto C-1/54.
- Francia y otros/Comisión, de 31 de marzo de 1998, asunto C- 30 /95.
- Francia/Parlamento y Consejo, «Ensayos en animales», de 24 de mayo de 2005, asunto C- 244/03.
- *Grant*, de 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96.
- *Gunaydin*, de 30 de septiembre de 1997 asunto C-36/96.
- *Hallouz-Choho*, de 3 de octubre de 1996, asunto C-126/95.
- *Haydar Akman/ Oberkreisdirektor des Rheinischbergischen Kreises*, de 9 de julio de 1998, C- 210/97.
- *Inzirillo*, de 16 de diciembre de 1976, asunto 63/76.
- *Jamet/Comisión*, de 28 de junio de 1972, asunto37/71.
- *Josette Pecastaing/ État Belge*, 5 de marzo de 1980, asunto C-98/79.
- *Kadiman*, de 17 de abril de 1997, asunto C-315/95.
- «Kali y Salz», de 10 de diciembre de 2002, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95.
- *Knoors*, de 7 de febrero de 1979, asunto 115/78.
- *Kraus*, de 31 de marzo de 1993, asunto C-19/92.
- *Kremzow*, de 29 de mayo de 1997, asunto C-299/95.
- *Krid*, de 5 de abril 1995, asunto C-103/94.
- *Kus*, de 16 de diciembre de 1992, asunto C-237/91.
- *Kziber*, de 31 de enero, asunto C-18/90.
- *Lair*, de 21 de junio de 1988, asunto 39/86.
- *Landesamt Fuer Ausbildungs-Foerderung c./ Lubor Gaal*, de 4 de mayo de 1995, asunto C-7/94.
- *Lawrie-Blum*, de 3 de julio de 1986, asunto 66/85.
- *Lebon*, de 18 de junio de 1987, asunto 316/85.
- *Levin*, de 23 de marzo de 1982, asunto 53/81.

*Anexo jurisprudencial*

- Lisa Jacqueline c/South West Trains Ltd* , de 17 de febrero de 1998, C-249/96.
- *Luisa y Carbone*, de 31 de enero de 1984, asuntos 286/82 y 26/83.
- *Luxemburgo c. Parlamento Europeo* y el Consejo contra la Directiva 98/5 relativa a la libertad de establecimiento de los abogados, de 7 de noviembre de 2000, asunto C- 168/98.
- Martínez Sala*, de 12 de mayo de 1998, asunto C-85/96.
- *Marx*, de 25 de julio de 2002, asunto C-459/99.
- *Meeusen c./ Hoofddirectie Van de Unbtormatie Beheer Groep*, de 8 de junio de 1999, C- 337/97.
- *Meryem Demirel/ Stadt Schawabisch Gmünd*, de 30 de septiembre de 1987, C-12/86.
- *Meyers c./ Adjudication Office*, de 13 de junio de 1995, C-116/94.
- *Morais*, de 19 de marzo de 1992, asunto C-60/91.
- *Morson y Jhanjan*, de 27 de octubre de 1982, asuntos 35/82 y 36/82.
- Moser*, de 28 de junio 1984, asunto 180/83.
- *Nani Givane y otros/ Secretary of State for the Home Department*, de 9 de enero de 2003, asunto C- 257/00.
- *Orfanopoulos e Oliveri*, de 29 de abril de 2004, causa C-482/2001 y C-493/2001.
- *Oteen*, de 28 de enero de 1992, asunto C-332/90.
- *Parlamento/Consejo, «transporte de mercancías»*, de 16 de julio de 1992, C-65/90.
- *Pieck*, de 3 de julio de 1980, asunto 157/79.
- Razanatsimba c./ Francia*, de 24 de noviembre de 1977, asunto C-65/77.
- Reed*, de 17 de abril 1986, asunto 59/85.
- *Roque*, de 16 de julio de 1998, asunto G-171/96.
- Royer*, de 8 de abril de 1976, asunto 48/75.
- *Rutili*, de 28 de octubre de 1975, asunto 36/75.
- *Salzgitter/Comisión*, de 13 de julio de 2000, C-210/98.

*Anexo jurisprudencial*

- *Saunders*, de 28 de marzo de 1979, asunto 175/78.
- *Sevince*, de 20 de septiembre de 1990, asunto C-192/89.
- *Sezgin Ergat c./ Stadt Ulm*, de 16 de marzo de 2000, asunto C-329/97.
- *Singh*, de 7 de julio de 1992, asunto C-370/90.
- *Stallone c./ Onem*, de 16 de octubre de 2001, asunto C- 212/00.
- *Stanley Adm. C./ Comisión*, de 7 de noviembre de 1985, asunto C-145/83.
- *Sumid*, de 27 de mayo de 1993, asunto C-310/91.
- *Tadeo Maruko y Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, de 1 de abril de 2008, asunto C-267/06
- *Taflan-met y al*, de 19 de septiembre de 1980, asunto C-277/94.
- *The Queen/ Suringer Singh*, de 7 de julio de 1992, asunto C- 370/90.
- *Torun*, de 16 de febrero de 2006, asunto C-502/04.
- *Transocean Marine Paint Association/Comisión*, de 23 de octubre de 1974, asunto 17/74.
- *Uecker y Jacquet*, de 5 de junio de 1997, asunto 64/96 y 65/96.
- *Vander Elst*, de 9 de agosto de 1994, asunto C-43/93
- *Van Duyn/ Home Office*, de 4 de diciembre, asunto C- 41/74.
- *Watson y Messener*, de 12 de diciembre de 1989, asunto C-265/88.
- *Wijsenbeck*, de 21 de septiembre de 1999, asunto C-378/97.
- *Yousfi c./ Bélgica*, de 20 de abril de 1994, asunto C-58/93.
- *Zaoui*, de 17 de diciembre de 1978, asunto 147/87.
- *Zoulika Krid c./ Francia*, de 5 de abril de 1995, asunto C-103/94.

## **Recursos TJCE**

- El recurso contra Luxemburgo fue interpuesto el 7 de febrero de 2007. Asunto C-57/07
- El recurso contra Malta fue interpuesto el 15 de febrero de 2007. Asunto C-87/07. DOUE de 14 de abril de 2007
- El recurso contra Italia fue interpuesto el 19 de febrero de 2007.

*Anexo jurisprudencial*

Asunto C-91/07. DOUE de 14 de abril de 2007.

-El recurso contra Alemania fue interpuesto el 3 de abril de 2007.

Asunto C-192/07. DOUE de 26 de mayo de 2007

## **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- STC 11/1981, de 8 de abril
- STC 12/1981, de 10 de abril
- STC 62/1982, de 15 de octubre
- STC 34/1983, de 6 de mayo.
- STC 64/1984, de 21 de mayo.
- STC 36/1984, de 14 de marzo.
- STC 101/1984, de 8 de noviembre.
- STC107/1984, de 23 de noviembre.
- STC 99/1985, de 30 de septiembre
- STC 115/1987, de 7 de julio.
- STC 170/1987, de 30 de octubre.
- STC 37/1988, de 3 de marzo.
- STC 231/1988, de 2 de diciembre.
- STC 45/1989, de 20 de febrero.
- STC 137/1990 de 19 de julio
- STC 184/1990, de 15 noviembre.
- STC 29, 30, 31, 35, 38, todas ellas de 14 de febrero de 1991.
- STC 64/1991, de 22 de marzo.
- STC 77/91, de 11 de abril.
- STC 112/1991, de 20 de mayo.
- STC 214/1991 de 11 de noviembre
- STC 29 y 222/1992, de 11 de diciembre.
- STC 303/1993, de 25 de octubre.
- STC 242/1994, de 20 de julio.
- STC 28/1995, de 6 de febrero.
- STC 89/1995 de 6 de junio.
- STC 203/1997, 25 de noviembre.
- STC 155/1998, de 13 de julio
- STC 95/2000, de 10 de abril.

*Anexo jurisprudencial*

- STC 119/2001 de 24 de mayo
- STC 224/2005, de 12 de septiembre
- STC 236/2007, de 7 de noviembre
- STC 259/2007, de 19 de diciembre
- STC 260 a 265/2007, de 20 de diciembre

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **SENTENCIAS**

- STS de 1 de octubre de 1992
- STS de 21 octubre de 1992
- STS de 11 diciembre de 1992
- STS de 18 de mayo de 1993
- STS de 22 julio de 1993.
- STS de 4 octubre 1994
- STS de 10 de octubre de 1994
- STS de 21 de diciembre de 1994
- STS de 30 diciembre de 1994.
- STS de 18 marzo de 1995.
- STS de 11 de julio de 1995
- STS de 19 de diciembre de 1995
- STS de 2 de enero de 1996
- STS de 29 de abril de 1996
- STS de 5 de noviembre de 1996
- STS de 14 de febrero de 1997
- STS de 4 de marzo de 1997
- STS de 29 de octubre de 1997
- STS de 22 de octubre de 1997.
- STS de 14 y 17 de octubre de 1997
- STS de 12 de diciembre de 1997
- STS de 12 de mayo de 1998
- STS de 4 de junio de 1998.
- STS de 14 de septiembre de 1998
- STS de 10 y 24 de noviembre de 1998.
- STS de 15 de diciembre de 1998
- STS de 21 de diciembre de 1998.
- STS de 28 de diciembre de 1998.



*Anexo jurisprudencial*

- STS de 19 de enero de 1999
- STS de 23 de enero de 1999.
- STS de 3 de junio de 1999.
- STS de 9 de marzo de 2000.
- STS de 6 de junio de 2000
- STS de 30 de septiembre de 2000.
- STS de 18 abril 2001.
- STS de 5 de junio de 2002.
- STS de 18 febrero de 2003
- STS de 20 de marzo de 2003
- STS de 16 de mayo de 2003
- STS de 6 de mayo de 2006
- STS de 6 de junio de 2006
- STS de 10, 9 y 8 de enero de 2007.
- STS de 13 de junio de 2007.

**AUTOS**

- Auto TS de 6 de febrero de 1996
- Auto TS de 17 de septiembre de 1996
- Auto TS de 13 de octubre de 1998
- Auto TS de 27 de enero de 1998

**SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

- STSJ de Aragón de 22 diciembre 2000.
- STSJ de Cataluña de 13 de mayo de 2004,
- STSJ de la C. Valenciana de 24 de octubre de 1998.
- STSJ de la C. Valenciana de 1 de marzo de 2001.
- STSJ de Galicia de 6 de Mayo de 1999.
- STSJ de Madrid de 16 enero 2001.
- STSJ de Madrid de 31 de enero de 2001.
- STSJ de Madrid de 16 de Mayo de 2007.

*Anexo jurisprudencial*

- STSJ de Navarra de 21 de febrero de 2003
- STSJ de Sevilla de 23 noviembre 1999.



