

# LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS PROCEDENTES DE TERCEROS ESTADOS\*

THE CONFIGURATION OF THE RIGHT TO FAMILY REUNIFICATION OF FOREIGNERS FROM NON-MEMBER COUNTRIES

SARA PARDO ARZA\*\*

**Resumen:** Este trabajo tiene por objeto analizar el derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros procedentes de terceros Estados y su aplicación en el marco jurídico europeo y español. Hemos prestado especial atención a la Directiva 2003/86/CE, y también hemos querido destacar el papel de la jurisprudencia en esta materia. Además, hemos relatado algunos de los problemas que suscita su aplicación respecto a los extranjeros procedentes de Estados con elementos culturales muy diferentes a los de la cultura europea, en concreto, los de los Estados sometidos a la *sharía* o ley islámica.

**Palabras clave:** reagrupación familiar, extranjeros, inmigración, integración, sociedad.

**Abstract:** The purpose of this work is to analyze the right to family reunification of foreigners from non member countries and its application in the European and Spanish legal framework. We have paid special attention to the Directive 2003/86/EC and we have also highlighted the role of the case law. Moreover, we have described some problems raised by its application in relation to third-country nationals when those countries have cultural elements very different from the European culture, in particular, those of the countries subjected by the *sharía* or islamic law.

**Keywords:** family reunification, foreigners, immigration, integration, society.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. FUENTES DEL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR; III. ELEMENTOS DEL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN SU CONFORMACIÓN; IV. LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL TEDH EN MATERIA DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y SU INCIDENCIA EN LA INTERPRETACIÓN DEL TC ESPAÑOL; 1. Asunto Marckx contra Bélgica y los principios de interpretación del TEDH en materia de reagrupación familiar; 2. Asuntos Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido, Gül contra Suiza y Ahmut

\* Fecha de recepción: 12 de marzo de 2017.

Fecha de aceptación: 16 de mayo de 2017.

\*\* Accésit en la VI edición del Premio Joven Investigador, en la modalidad «Derecho público y Filosofía del Derecho». Graduada en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela y estudiante del Master de Acceso a la Abogacía en la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: sara.pardo.arza@gmail.com.

contra Holanda; 3. Asunto Sen contra Holanda; 4. Asuntos Núñez contra Noruega y Agraw contra Suiza; 5. Influencia de la jurisprudencia europea en el criterio del Tribunal Constitucional español; V. PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA: EL MODELO DE FAMILIA EUROPEO FRENTE AL MODELO DE FAMILIA MUSULMÁN; VI. CONCLUSIONES; VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La inmigración es un fenómeno ancestral vinculado a la necesidad de los seres humanos de mejorar sus condiciones de vida. En épocas pasadas, la decisión de partir desde el país de origen estaba motivada, a su vez, por la necesidad de los Estados más prósperos de obtener la mano de obra necesaria para mantener su competitividad económica, así como sus niveles de bienestar social. Sin embargo, en el panorama internacional actual, parece ponerse de manifiesto que los fenómenos migratorios se ven favorecidos por una serie de circunstancias estrechamente relacionadas entre sí, tales como la mundialización de las relaciones económicas o la multiplicación de las posibilidades de transporte. Consecuentemente, las personas que hoy en día emigran, pueden hacerlo ingresando en ámbitos territoriales muy alejados de aquellos en los que iniciaron sus vidas sin la necesidad de desligarse del mundo cultural y relacional de su país de origen —«teoría de los espacios transnacionales<sup>1</sup>»—.

Además, la llamada «inmigración de asentamiento» con tendencia al establecimiento permanente, que se contraponen a la «inmigración de regreso<sup>2</sup>» en este sentido, se ha visto incrementada en las últimas décadas, lo cual ha hecho que cobre una especial importancia el derecho a la reagrupación familiar (RF) favoreciendo la integración y estabilidad del inmigrante en la sociedad de acogida<sup>3</sup>. Así las cosas, la tendencia expansiva de la inmigración familiar o de asentamiento, ha provocado que hablemos de una inmigración de composición social y demográfica más heterogénea, y que ya no solo pensemos en ese modelo migratorio individualizado de trabajadores extranjeros invitados o «*guest worker*», del que Alemania constituía el país prototipo<sup>4</sup>.

El término RF hace referencia a la situación en que los miembros de la familia de un nacional de un tercer Estado que ya reside legalmente en un Estado miembro (EM) de la Unión Europea (UE) acuden a reunirse con él con el fin de mantener la unidad familiar, y con independencia de que los vínculos familiares se hubieran originado en un momento anterior o posterior a la entrada de esta persona en dicho EM.

<sup>1</sup> VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., *La Reagrupación Familiar de los Extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de Derecho Aplicable*, Navarra (Thomson Aranzadi,) 2006, p. 37.

<sup>2</sup> ZEHRAQUI, A., *L'immigration. De l'homme seul à la famille*, París (CEMI), 1994, p. 61.

<sup>3</sup> EZQUERRA UBERO, J.J., «El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable», *Migraciones*, núm. 1, 1997, p. 183.

<sup>4</sup> GARCÍA LÓPEZ, M. E., «El Derecho a la Reagrupación Familiar de los Extranjeros Procedentes de Terceros Países», tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2012, p. 5.

Recientemente, el incremento de los flujos de refugiados y solicitantes de asilo que llegan a Europa ha propiciado la intensificación del problema de la separación forzosa de las familias. La reconstitución de esas familias a través de la RF es una decisión a adoptar de acuerdo con los principios básicos de los Derechos Humanos y en interés de la cohesión social.

En este contexto, muchos de los países europeos como España, que hace décadas no eran países receptores de inmigrantes, se han convertido en Estados con grandes tasas de residentes extranjeros<sup>5</sup>, lo cual ha propiciado un cambio de percepción del fenómeno migratorio en las sociedades de acogida. Así, la inmigración ha pasado de ser tradicionalmente considerada como positiva a percibirse como algo preocupante en muchos países, lo que ha hecho surgir corrientes contrarias a la recepción de inmigrantes que son poderosamente influyentes en el diseño de las políticas estatales<sup>6</sup>.

Por ello, conviene recordar que existen determinados derechos como el que aquí pasaremos a analizar, que han tenido un largo recorrido histórico, adquiriendo plena cabida tanto en el ordenamiento jurídico europeo como en los diferentes ordenamientos jurídicos estatales de los Estados miembros (EEMM) que conforman la UE, y que, por tanto, no debemos ignorar.

## **II. FUENTES DEL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR**

El derecho a la RF es objeto de protección primeramente en el plano internacional. Un primer grupo de instrumentos internacionales, sin referirse expresamente a este derecho, contemplan el derecho a la vida familiar y a su protección. Tal es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París, en la que se afirma que «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado», reflejándose en el propio texto tal protección, cuando se dispone que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, ...» y que «toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques». Este mensaje ha sido reafirmado y desarrollado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus arts. 23.1 y 10.1, respectivamente.

Otros instrumentos internacionales que han reconocido el derecho a la RF han sido la Convención sobre los Derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, con afirmaciones tales como «Es derecho de los niños y sus padres y madres salir de cualquier país y entrar

---

<sup>5</sup> GARCÍA LÓPEZ, M. E., «El Derecho a la Reagrupación Familiar de los Extranjeros Procedentes de Terceros Países», cit., p. 14.

<sup>6</sup> LÓPEZ SALA, A.M., *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Barcelona (Anthropos), 2005, p. 166.

en el propio, con miras a la reunificación familiar o el mantenimiento de la relación entre unos y otros» y el Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, de 18 de diciembre de 1990.

Por otra parte, en el ámbito regional europeo, hay que tener en cuenta la protección de la familia que se dispone el art. 16 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 e igualmente, el Convenio europeo relativo al Estatuto jurídico del trabajador migrante, de 24 de noviembre de 1977, que reconoce el derecho a la RF en su art. 12, aunque solo afecta a trabajadores nacionales de un Estado parte que se desplacen a otro Estado parte.

No obstante, el instrumento más destacado dentro de este marco regional es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950<sup>7</sup>, el cual protege de manera indirecta el derecho a la RF en su art. 8 como expresión legítima del derecho al respeto a una vida familiar normal. El CEDH, además, establece en su art. 1 un amplio ámbito de aplicación personal que permite tanto a nacionales como a los no nacionales de los Estados parte del mismo, ser titulares de los derechos y libertades que este reconoce e invocar su protección cuando sean vulnerados.

Por lo que se refiere al ámbito de la UE, la regulación en sentido estricto de la RF no comienza hasta la adopción del Tratado de Ámsterdam. En efecto, en el marco de desarrollo del objetivo de la creación de un «espacio de libertad, seguridad y justicia común» se consideró esencial la adopción de una serie de medidas en materia de inmigración, entre las que se incluyó la RF<sup>8</sup>. En el año 1999 se realizaban importantes afirmaciones en las Conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Tampere, donde se señalaba que la UE debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente dentro del territorio de sus EEMM y que para ello, debería elaborarse una política de integración que les concediera derechos y deberes comparables a los de los ciudadanos de la UE, y que fomentara medidas contra la discriminación, el racismo o la xenofobia.

De igual manera, el derecho a la RF se vio reforzado por la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, de 7 de diciembre del 2000, a la que el Tratado de Lisboa de 2007 ha reconocido fuerza jurídica obligatoria.

Con todo, realmente no se puso fin a la laguna existente en el ordenamiento jurídico en relación con este derecho hasta la adopción de la Directiva 2003/86/CE de 22 de sep-

<sup>7</sup> Este Convenio ha sido ratificado por todos los Estados miembros pero todavía está pendiente de ser ratificado por la Unión Europea. No obstante, el art. 6.3 TUE considera que los derechos del CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales. Por ello, a pesar de no estar la UE vinculada de forma directa por este Convenio, el TEDH puede referirse a sus preceptos, invocándolos como Derecho en la Unión de forma indirecta por la consideración que el Tratado de la Unión Europea hace actualmente del Convenio. Pese a ello, se espera que la ratificación por parte de la Unión se haga próximamente, tal y como se prevé desde la promulgación del Tratado de Lisboa, pues esto conllevaría una mayor acción conjunta en materia jurídica entre TEDH y TJUE en cuanto a la interpretación del derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros.

<sup>8</sup> APARICIO CHOFRE, L., «La aplicación de la directiva comunitaria sobre reagrupación familiar, cinco años después», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, núm. 57, 2006, pp. 144-145.

tiembre, que regula el derecho a la RF de forma específica. Quiere esto decir que hasta la adopción de esta Directiva eran los EEMM los responsables de establecer los requisitos necesarios para autorizar la RF de trabajadores extranjeros en situación regular, sin que el TJUE pudiera entrar a valorar la compatibilidad entre las normas internas de cada Estado miembro con el art. 8 del CEDH<sup>9</sup>.

Conviene subrayar que la Directiva es aplicable en los casos en los que reagrupante y familiares sean nacionales de terceros estados, puesto que la vinculación de alguna de estas personas por la vía de la nacionalidad con algún EM activaría la aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los EEMM<sup>10</sup>. En este sentido, hay que destacar la diferencia entre los regímenes aplicables a aquellas personas que tengan la ciudadanía de la Unión y sus familiares, que serán titulares de la libertad de desplazamiento, y los que se aplican a los familiares de nacionales de terceros Estados, cuyo derecho queda supeditado a la obtención de las autorizaciones correspondientes.

Por otro lado, el derecho a la RF también ha sido objeto de regulación en el plano nacional. La primera Ley Orgánica de Extranjería (LOE) de 1985 solo hacía una mención incidental a este derecho. Sin embargo, las reformas que se han ido sucediendo en materia de extranjería a lo largo de los años han ido ampliando dicha mención inicial, produciendo variaciones en algunos de los elementos esenciales en su configuración. Hay que tener en cuenta que el desarrollo normativo posterior es fiel reflejo de la evolución y correspondiente adaptación que ha venido exigiéndose desde el plano europeo, reflejándose ya en el art. 10.2 de la CE la necesidad de interpretar los Derechos Fundamentales y libertades que allí se recogen de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias que hubieran sido ratificados por España.

Actualmente, el derecho a la RF se encuentra regulado en el Capítulo II de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. No obstante, la vigencia de la primera redacción de esta ley fue breve, puesto que se reformó en diciembre del mismo año, sustituyéndose por el texto de la LO 8/2000 de 22 de diciembre.

Por su parte, el RD 864/2001 de 20 de julio por el que se aprobó el Reglamento de Ejecución de la LO 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras ser reformada por la LO 8/2000 de 22 de diciembre, resultó en cierto modo controvertido, puesto que determinadas Asociaciones pro inmigrantes de Andalucía interpusieron recurso contencioso-administrativo contra el RD ante el Tribunal

<sup>9</sup> ARRESE IRIONDO, N., *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, Bilbao (Argitaipen Zerbitzua), 2011, p. 83.

<sup>10</sup> GÓMEZ CAMPELO, E., «La compleja aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar», *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 12, 2009, pp. 79-80.

Supremo (TS), que dictó sentencia el 20 de marzo de 2003. Se solicitaba la declaración de nulidad de la llamada «reagrupación en cadena», a la que se refería en el art. 41.5 del RD. El TS estableció en este sentido, tal y como señala Arrese Iriondo<sup>11</sup>, que la exigencia de obtener un segundo permiso de residencia –independiente del que obtuvieran como familiar reagrupado– para poder ejercer el derecho a la RF supone privar a quienes han obtenido la residencia en virtud de una previa RF del derecho a que ellos mismo puedan a su vez reagrupar a sus familiares.

La siguiente reforma de la ley de extranjería, la LO 14/2003 de 20 de noviembre, se adoptó meses después de la entrada en vigor de la Directiva 2003/86/CE sobre RF pero, al contrario de lo que pueda parecer, el objetivo de esta primera reforma no era dar una efectiva aplicación a las disposiciones de la Directiva europea, sino más bien tratar de evitar determinadas situaciones como, por ejemplo, los fraudes que se estaban produciendo en torno a las «reagrupaciones en cadena» que habían dado lugar a tanto debate en ese mismo año. Para ello, y tratando de superar el déficit legal que supuso la sentencia del TS de 20 de marzo de 2003, se establecía en el art. 17.2 la exigencia de que el reagrupado que quiera reagrupar a sus propios familiares debe disponer de «una autorización de residencia y de trabajo obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante». Más adelante, en el RD 2393/2004, se volvió a incidir en este aspecto, detallando con mayor rigor las condiciones del ejercicio de este derecho. Sin embargo, respecto a la reagrupación de los ascendientes, mientras que la ley exigía que estos tuvieran residencia permanente en el art. 17.3, el RD exigía la titularidad de una autorización independiente en su art. 40.2.

Finalmente, la adopción de la LO 2/2009 de 11 de diciembre resultó más que justificada por la necesidad de realizar importantes reformas en el derecho a la RF y procurar con ello una mayor adaptación a la normativa europea. Destacó, entre otras cosas, la inclusión como familiar reagrupable a la pareja que tenga con el reagrupante una relación análoga de afectividad a la del cónyuge en el matrimonio<sup>12</sup>.

### III. ELEMENTOS DEL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y EL PAPEL JURISPRUDENCIAL EN SU CONFORMACIÓN

El análisis del derecho a la RF debe hacerse desde el punto de vista de la Directiva 2003/86/CE, que es la norma que, como ya se anticipó, marca las pautas que deben seguir las legislaciones de los EEMM de la UE en esta materia. Asimismo, tendremos en cuenta lo que se dispone en el Derecho español y lo que se ha ido constatando mediante la jurisprudencia en relación con la configuración de los elementos de este derecho.

<sup>11</sup> ARRESE IRIONDO, N., *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, Bilbao (Argitaipen Zerbitzua), 2011, ob. cit. p.87.

<sup>12</sup> Aparejado a esta nueva reforma, tiene lugar la publicación de un nuevo Reglamento, el 557/2011 de 20 de abril.

En primer lugar, al titular de este derecho se le conoce como reagrupante. A tenor de los arts. 2 y 3 de la Directiva, se tratará de un nacional de un tercer Estado que goce de un permiso de residencia en el EM del que se trate y que cuente, por tanto, con expectativas de permanencia en dicho territorio. Además, el art. 8 de la Directiva deja la puerta abierta a que los EEMM puedan requerir al reagrupante haber residido en su territorio un determinado período de tiempo, sin que pueda ser superior a los dos años, salvo que se trate de un refugiado, en cuyo caso no será posible la aplicación de este requisito.

Por otra parte, los beneficiarios de este derecho son los denominados reagrupados. En este sentido, la Directiva parte del concepto de familia nuclear, que sería la conformada en términos generales por el cónyuge y los hijos, biológicos o adoptivos, menores de edad y solteros. Además, cada EM tiene la facultad de decidir sobre la ampliación de este núcleo básico de beneficiarios, extendiéndolo a parejas de hecho, ascendentes en primer grado y en línea recta, sean del reagrupante o del cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen, así como a los hijos mayores de edad del reagrupante o del cónyuge que no estén casados y se hallen en situación de dependencia debido a su estado de salud –arts. 4.2 y 4.3 Directiva 2003/86/CE–.

En este sentido, el Tribunal Constitucional (TC) español ya había adoptado un criterio flexible años antes de la adopción de la Directiva 2003/86/CE en lo que se refiere a la equiparación entre el matrimonio y la unión de hecho «cuando se trata de aplicar normas que contemplan exclusiva o preponderantemente la situación de convivencia y de afectividad»<sup>13</sup>.

De igual manera, se aclara que se considerarán beneficiarios los hijos, bien sean del reagrupante y de su cónyuge, o siendo solo hijos del reagrupante o de su cónyuge, cuando sea el reagrupante quien tiene la custodia y está a cargo de los mismos.

A este respecto, en los supuestos de menores no acompañados cabe la posibilidad de que este sea sometido a un examen u otro criterio previo de integración por parte del EM correspondiente, siempre que en la fecha de aplicación de la Directiva esto ya se halle recogido en la legislación nacional del EM, y con excepción de los menores que sean considerados como refugiados.

En realidad, el art. 7.2 de la Directiva deja abierta la posibilidad de implantación de exámenes de integración cívica para el resto de beneficiarios de la RF en general, y de hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha establecido que «la obligación de superar un examen de integración cívica de nivel elemental permite garantizar que los nacionales de terceros países adquieran conocimientos que resultan indiscutiblemente útiles para establecer vínculos con el Estado miembro de acogida»<sup>14</sup> y a pesar de hacer hincapié en que tales exámenes deben ajustarse siempre a las exigencias del principio de proporcio-

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 222/1992 de 11 de diciembre.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 9 de julio de 2015, Asunto C-153/14, *Minister van Buitenlandse Zaken contra K y A*, apartados 53, 54 y 56.

nalidad, no deberíamos olvidar que la RF en sí misma constituye un elemento favorable a la integración de la persona en la sociedad de acogida.

Por otro lado, la Directiva también recoge en su art. 7 la posibilidad de que los EEMM puedan exigirle al reagrupante la acreditación de determinados requisitos como disponer de una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región, un seguro de enfermedad, o recursos fijos y regulares suficientes para su manutención y la de los miembros de su familia. Respecto a este último requisito, destaca entre la jurisprudencia del TJUE el Asunto Chakroun<sup>15</sup> –primera cuestión prejudicial que resolvió el Tribunal acerca de la Directiva sobre RF–. El TJUE consideró que no existía justificación alguna en lo que disponía la legislación holandesa cuando exigía diferente nivel de ingresos según que los vínculos familiares se hubieran constituido en un momento anterior o posterior a la entrada del reagrupante en el EM, puesto que la propia Directiva lo impide –art. 2 d)–.

No obstante, en otros casos sí se han admitido las limitaciones establecidas por los EEMM, como ocurre en el Asunto Mimoun Khachab<sup>16</sup>, resuelto en el propio 2016. En este asunto, el TJUE sí admitió lo dispuesto por la legislación española que otorga el plazo de un año para acreditar tales recursos, haciendo hincapié en que al exigir que sean regulares, también se da cabida a un control periódico a posteriori.

Además, como recoge Antonio Quirós Fons<sup>17</sup>, también se puede exigir vida familiar efectiva. Esto se deduce de la interpretación a sensu contrario del artículo 16.1 b), pudiendo el EM denegar la reagrupación «cuando el reagrupante y el miembro o miembros de su familia no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva». A este respecto, cada vez existen más modos de prevención y están más determinadas las consecuencias que conlleva el fraude de los matrimonios de conveniencia, siendo mayoritariamente de tipo civil y administrativo y constituyendo delito cuando se utilice como medio para la inmigración clandestina o se recurra a la falsificación de documentos para llevar a cabo el fraude.

Una vez que es reconocida la RF, sus beneficiarios acceden a una serie de derechos que también se plasman en la normativa, tales como un permiso de residencia de un año, que será renovable, o un permiso de residencia independiente del permiso de residencia del reagrupante, acceso a la educación, acceso a un empleo por cuenta ajena o por cuenta propia y acceso a la orientación, formación, perfeccionamiento y reciclaje profesionales.

Por último, existen una serie de personas excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva, según se recoge en su art. 3.2. En primer lugar, no se les aplica a aquellas personas que hayan solicitado el reconocimiento del estatuto de refugiado y cuya solicitud aún

---

<sup>15</sup> STJUE de 4 de marzo de 2010, Asunto C-578/08, Rhimou Chakroun contra Minister van Buitenlandse Zaken.

<sup>16</sup> STJUE de 21 de abril de 2016, Asunto C-558/14, Mimoun Khachab contra Subdelegación del Gobierno de Álava.

<sup>17</sup> QUIRÓS FONTS, A., *La familia del extranjero. Regímenes de reagrupación e integración*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008.

no haya sido objeto de resolución definitiva. Tampoco se les aplicará a aquellos que estén autorizados a residir en un EM en virtud de una protección temporal, ni tampoco a los beneficiarios de protección subsidiaria o que soliciten autorización para residir por estos motivos y se encuentren a la espera de resolución sobre su estatuto.

En este sentido, cabe apuntar que nos referimos con protección temporal a un procedimiento de carácter excepcional por el que, en caso de afluencia masiva de personas desplazadas desde terceros países que no puedan volver a entrar en su país de origen por tratarse de zonas de conflicto armado o violencia permanente, o en las que estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática de sus derechos humanos, se les garantiza a las mismas una protección inmediata y de carácter temporal en virtud de la Directiva 2001/55/CE de 20 de julio. En concreto, esta protección se aplicará en todos los EEMM cuando el Consejo adopte, a propuesta de la Comisión, una decisión que constate esta afluencia masiva de personas en la UE. La protección durará un año y podrá prorrogarse hasta que se pueda asegurar un regreso seguro de las personas desplazadas. En virtud de dicha protección, se les debería conceder a estas personas un permiso de residencia, así como el beneficio de la RF, entre otros.

Al mismo tiempo, la aplicación de la Directiva 2001/55/CE excluye la aplicación de la Directiva 2009/3/CE por la que se aprueban las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los EEMM. Esta Directiva es de aplicación a los nacionales de terceros países que hayan presentado una solicitud de asilo, en tanto esta no haya sido resuelta, siendo extensible a los miembros de su familia nuclear si quedaran englobados por dicha solicitud conforme con la legislación nacional.

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, la Directiva 2003/86/CE a quienes sí se aplica es a aquellas personas a las que les haya sido reconocida la condición de refugiado, conforme la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951. Además de las especialidades acerca de los requisitos que se exceptúan en el caso de los refugiados a los que venimos haciendo referencia en líneas anteriores, cabe decir que sí se permite establecer una limitación a efectos de la RF, y es que los EEMM pueden decidir aplicar las especialidades recogidas en los arts. 9-13 de la Directiva únicamente a aquellos refugiados que acrediten que sus vínculos familiares se hubieran constituido con anterioridad a su entrada en dicho EM.

Por una parte, los EEMM pueden autorizar la reagrupación de otros miembros de la familia no recogidos en las normas generales, si están a cargo del refugiado. Igualmente, en el caso de los menores no acompañados, pueden autorizar la entrada y residencia de sus ascendientes en primer grado, de su tutor legal o de cualquier otro miembro de la familia en defecto de los primeros. Además, se establece que las solicitudes de RF que se realicen por parte de refugiados no podrán ser denegadas por el único motivo de no haber presentado toda la documentación requerida. En definitiva, una serie de especialidades que se entienden más que justificadas al tratarse de personas en una mayor situación de vulnerabilidad que se han

visto obligadas a abandonar sus países de origen por causas totalmente ajenas a su voluntad, y respecto de las cuales el drama de la separación forzosa de las familias es todavía mayor.

#### **IV. LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL TEDH EN MATERIA DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR SU INCIDENCIA EN LA INTERPRETACIÓN DEL TC ESPAÑOL**

A pesar de que el TJUE es el encargado de interpretar los preceptos de la Directiva 2003/86/CE, debemos hacer referencia a la importante contribución que ha tenido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la configuración del derecho a la RF por la vía de la interpretación del art. 8 del CEDH, que determina que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar.

##### **1. Asunto Marckx contra Bélgica y los principios de interpretación del TEDH en materia de reagrupación familiar**

La línea jurisprudencial del TEDH en esta materia comenzó con el Asunto Marckx contra Bélgica<sup>18</sup>. En este asunto, las demandantes alegaban la existencia de una vulneración por parte de la legislación belga al diferenciar entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales a la hora de conceder la protección del art. 8 del CEDH, considerando que solo los primeros eran la «verdadera familia». En este contexto, el TEDH elaboró por primera vez una noción autónoma del concepto «familia», independiente del de los derechos internos, que permitió superar arcaicas distinciones como la mencionada, concluyéndose que la protección del art. 8 CEDH debe extenderse a todos los hijos, sean matrimoniales o extramatrimoniales. Se determina, de forma tajante, que esta o cualquier otra discriminación en el mismo sentido carece de justificación alguna. De esta manera, se establece que la única limitación permitida al contenido del apartado 1 del art. 8 CEDH será la que se encuentre dentro de los términos del apartado segundo del propio art. 8 CEDH<sup>19</sup>.

Con esta sentencia se consigue, por tanto, una mayor protección a la institución de la familia, así como una amplia comprensión del concepto. Igualmente, la sentencia reconoce una obligación positiva para todos los EEMM, debiendo permitir estos la creación y

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH), Asunto Marckx contra Bélgica de 13 de junio de 1979.

<sup>19</sup> El apartado 2º del art. 8 CEDH establece que «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

normal desarrollo de la vida familiar, aunque, como apuntaría posteriormente el Tribunal, «sin llegar a consagrar un derecho general de los extranjeros a la reagrupación familiar»<sup>20</sup>.

Tras este *leading case* en materia de RF, y siguiendo las palabras de María Elisa García López<sup>21</sup>, podríamos clasificar la actividad jurisprudencial del TEDH en materia de RF en tres etapas: una primera, más restrictiva, conformada por los asuntos Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido, Gül contra Suiza o Ahmut contra Holanda<sup>22</sup>. Una segunda etapa, de carácter rupturista con la línea restrictiva de la primera, que estaría representada principalmente por el asunto Sen contra Holanda<sup>23</sup> y, por último, una tercera etapa en la que se situarían sentencias como las de los asuntos Núñez contra Noruega y Agraw contra Suiza, y que vendría a confirmar la línea progresista iniciada en la segunda<sup>24</sup>.

En relación a esta línea jurisprudencial, cabe destacar la plasmación de una serie de criterios interpretativos muy recurrentes por parte del TEDH y de los que ha partido para la concreción de los derechos enunciados en el art. 8 del CEDH. A este respecto, cabría citar en primer lugar al «principio de efectividad o efecto útil», mediante el cual se trata de dotar de la mayor efectividad posible a los derechos del Convenio, lo que ha desembocado en el reconocimiento de obligaciones positivas para los EEMM.

Por otra parte, esto ha conducido a la llamada «protección de rebote», esto es, se permite dar entrada mediante la vía interpretativa a la protección indirecta de derechos no consagrados expresamente en el precepto siempre que exista un nexo causal entre el derecho no reconocido y el reconocido expresamente, siendo este el caso de la RF en relación con el respeto a la vida familiar<sup>25</sup>.

En tercer lugar, hay que referirse también al «principio de proporcionalidad», al que habitualmente recurre el TEDH, especialmente en aquellos casos en los que el CEDH posibilita limitaciones respecto de algunos preceptos como ocurre en el caso del respeto a la vida familiar. Como ya hemos mencionado anteriormente, las limitaciones a los derechos del art. 8.1 CEDH se encuentran en el apartado segundo del propio precepto. Así, podemos comprobar cómo los conceptos que sirven de límites a los derechos del primer apartado son, a su vez, nociones abiertas a la interpretación que consagran el potencial expansivo de

---

<sup>20</sup> SALES IJARDÍ, M., *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Barcelona (Bosch), 2015, p. 105.

<sup>21</sup> GARCÍA LÓPEZ, M. E., «El Derecho a la Reagrupación Familiar de los Extranjeros Procedentes de Terceros Países», ob. cit. p. 179.

<sup>22</sup> STEDH Asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985; STEDH Asunto Gül contra Suiza, de 19 de febrero de 1996; STEDH Asunto Ahmut contra Holanda, de 28 de noviembre de 1996.

<sup>23</sup> STEDH Asunto Sen contra Holanda, de 12 de diciembre de 2001.

<sup>24</sup> STEDH Asunto Núñez contra Noruega, de 28 de junio de 2011; STEDH Asunto Agraw contra Suiza, de 29 de julio de 2010.

<sup>25</sup> GARCÍA LÓPEZ, M.E. «El Derecho a la Reagrupación Familiar de los Extranjeros Procedentes de Terceros Países», ob. cit. pp. 141-145.

la protección que este artículo ofrece. En este sentido, también cabe advertir que los límites solo serán admitidos si no se varía el contenido esencial de las disposiciones del Convenio.

En relación con este principio, el TEDH utiliza la denominada «fórmula de especial balance» y el «test de los obstáculos», consistentes en ponderar los intereses individuales relativos al respecto de la vida familiar de los extranjeros y los intereses generales, que se refieren al establecimiento de controles de los flujos migratorios<sup>26</sup>.

En cuarto lugar, cabe mencionar que, en la medida en la que el CEDH es considerado un instrumento vivo, el TEDH trata de ajustarse al «principio de interpretación evolutiva», de modo que la interpretación se adapte a las circunstancias actuales.

Estos principios interpretativos han sido fundamentales en la construcción jurisprudencial del derecho a la RF por parte del TEDH y por consiguiente, cabe analizar cómo han sido plasmados en cada una de las resoluciones mencionadas.

## **2. Asuntos Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido, Gül contra Suiza y Ahmut contra Holanda**

En lo que se refiere a la primera etapa de la construcción jurisprudencial del derecho a la RF, en el asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido se planteó la reagrupación de los cónyuges extranjeros de tres mujeres residentes de forma legal y permanente en Reino Unido. Las demandantes alegaban la vulneración del derecho al respeto de la vida familiar por parte de las autoridades inglesas al denegar el derecho a permanecer en Reino Unido en el caso de los señores Abdulaziz y Balkandali y el derecho a entrar en el país en el caso del señor Cabales. Se afirmaba, además, la vulneración del principio de no discriminación recogido en el art. 14 CEDH por razón de sexo, puesto que la legislación inglesa establecía mayores trabas para la reunificación de los maridos que de las parejas femeninas. Por otra parte, existía otro tipo de discriminación al permitir únicamente la reagrupación de los parientes de aquellas personas que hubieran adquirido la nacionalidad por razón de nacimiento.

Como vemos, solo en el caso del señor Cabales estaríamos hablando de RF en sentido estricto, ya que es el único supuesto en el que nos encontramos con un nacional de un tercer estado que pretende entrar por primera vez en un EM con el fin de reunirse con su cónyuge. No obstante, los casos de los otros dos maridos también supondrían una RF *de facto* porque si bien residían en Reino Unido con sus parejas, lo hacían sin autorización legal. Así, por la similitud de contenido entre los casos, las demandas fueron acumuladas<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> GARCÍA LÓPEZ, M.E., «El Derecho a la Reagrupación Familiar de los Extranjeros Procedentes de Terceros Países», ob. cit., pp. 204-209.

<sup>27</sup> GARCÍA LÓPEZ, M.E. «El Derecho a la Reagrupación Familiar de los Extranjeros Procedentes de Terceros Países», op. cit., pp. 191-193.

El TEDH resolvió en primer lugar las dudas relativas a la aplicabilidad del art. 8 CEDH a las cuestiones migratorias. En contra de lo alegado por el Gobierno inglés, el Tribunal determinó que el CEDH y los Protocolos han de ser interpretados como un todo –en este caso el Protocolo número 4, que establece medidas relativas al derecho de entrada en un país– por lo que no debe excluirse que las medidas que se adopten en materia migratoria puedan estar relacionadas con el respeto a la vida familiar y la protección de rebote que dicho precepto ofrece a la RF.

El TEDH afirmaba que la «familia» a la que se refiere el art. 8 «debe en todo caso incluir la relación nacida de un matrimonio legal y no ficticio, (...) incluso si una vida familiar del tipo al que el Gobierno se refiere no ha sido todavía plenamente establecida<sup>28</sup>». Por último, el TEDH reiteraba la idea de que no existe una obligación general para los EM de admitir a extranjeros en su territorio, si bien las circunstancias singulares de cada caso concreto pueden dar lugar a que se produzca tal admisión.

Por otra parte, en el asunto Gül contra Suiza, el señor Gül gozaba, al igual que su mujer y su hija, de un permiso de residencia por razones humanitarias. Solicitó el permiso de residencia para sus otros dos hijos, los cuales residían en Turquía. Sin embargo, este permiso se le denegó porque, por una parte, la estancia por razones humanitarias no concedía posibilidad de que el titular pudiera solicitar la RF, y por otra, no se cumplían algunas de las condiciones que el Derecho suizo establecía para dar lugar a tal reagrupación –inadecuación de vivienda o escasez de medios materiales, entre otras–. Además, uno de los hijos ya era mayor de edad, lo que tuvo como consecuencia que la demanda del señor Gül alegando la violación del art. 8 por esta denegación solo se admitiera en relación al hijo menor de edad.

Constatada la existencia de la vida familiar y relación paterno-filial a pesar de existir una separación física, el TEDH establecía lo siguiente: «la extensión de la obligación, para un Estado, de admitir en su territorio parientes de inmigrantes depende de la situación de los interesados y del interés general» lo que lleva a valorar las circunstancias concretas del caso a través del denominado «test de los obstáculos».

Así, el TEDH introdujo el principio de proporcionalidad en materia de RF mediante la denominada «fórmula de especial balance», consistente en ponderar los intereses individuales relativos al respeto de la vida familiar de los extranjeros y el establecimiento de controles de los flujos migratorios. El Tribunal optó, por tanto, por endurecer el ya mencionado test de los obstáculos y aminoró las expectativas creadas en torno al reconocimiento de un derecho de RF en el contexto de la protección que ofrece el art. 8 CEDH<sup>29</sup>.

La tercera sentencia relevante de esta primera etapa fue dictada en el asunto Ahmut contra Holanda. Este asunto trataba de un nacional marroquí que emigró a Holanda, lugar

<sup>28</sup> STEDH Asunto Abdulaziz, cit., apartado 62.

<sup>29</sup> GARCÍA LÓPEZ, M.E., «El Derecho a la Reagrupación Familiar de los Extranjeros Procedentes de Terceros Países», ob. cit., pp. 210-211.

en donde años después adquirió la nacionalidad holandesa. Habiendo dejado a sus hijos atrás, a cargo de su mujer, esta murió en un accidente de tráfico. Los hijos, estando por entonces a cargo de los abuelos, se trasladaron a Holanda con el padre y solicitaron permiso de residencia en este país. El permiso se les denegó y se ordenó su expulsión, frente a lo que los hijos alegaron que se estaba vulnerando el respeto a su vida familiar, pero la demanda, al igual que en el Asunto Gül –el que, por cierto, fue fallado en el mismo año– solo fue admitida respecto al señor Ahmut y su hijo menor de edad.

El TEDH trajo a colación la doctrina ya establecida en el caso Gül, y en cuanto al análisis de las circunstancias del caso, se extrajeron las siguientes conclusiones, todas ellas siguiendo una línea restrictiva: el hijo no estaba integrado en Holanda; respecto del padre, se obvió hacer cualquier tipo de análisis en relación con su integración en Holanda, país en el que había rehecho su vida, trabajaba, y convivía desde hacía unos siete años aproximadamente. Por otra parte, parecía sugerirse una cierta penalización al señor Ahmut por haber conservado su nacionalidad de origen además de haber adquirido la holandesa. Finalmente, se establecía que la denegación por parte de las autoridades holandesas no impedía «el mantenimiento del grado de vida familiar por el cual había optado en primer lugar él mismo al trasladarse a Holanda<sup>30</sup>». Además, aseguraba el Tribunal, que en el caso de que el señor Ahmut hubiera querido intensificar sus lazos familiares, el art. 8 no contemplaba el derecho a elegir el lugar más adecuado para desarrollar la vida familiar. Consecuentemente, el Tribunal estimó no haber lugar a la violación del precepto.

### 3. Asunto Sen contra Holanda

En el Asunto Sen contra Holanda abre una segunda etapa en la que se produce una ruptura con la línea restrictiva que el TEDH había adoptado hasta el momento. Este asunto trataba de un hombre que había llegado a Holanda a doce años para reunirse con sus padres, también mediante un proceso de RF. Se había casado en Turquía con una nacional turca, lugar en el que tuvieron una hija. No obstante, él regresó a Holanda al tiempo que ella daba a luz y ella continuó residiendo allí con la hija. Posteriormente, la esposa obtuvo un permiso de residencia en Holanda, en donde tuvieron otros dos hijos. Aún así, para la hija no se solicitó el permiso hasta que esta cumplió nueve años de edad, argumentando que habían tardado tanto por razón de las desavenencias conyugales que habían sufrido anteriormente. En consecuencia, el gobierno se negó a conceder el permiso.

El asunto se enmarcaba de forma que la cuestión principal era dirimir si efectivamente existía obligación positiva o no por parte del EM de permitir a la menor residir en su territorio con el fin de mantener y desarrollar una vida familiar. Cabe destacar que se hablaba ya de desarrollar una vida familiar, lo que implicaba la superación del concepto

<sup>30</sup> STEDH Asunto Ahmut, cit., apartado 70.

de «familia del inmigrante» que tradicionalmente utilizaba el TEDH asemejándola a una familia «ambulante»<sup>31</sup>.

El Tribunal, mediante el análisis de las circunstancias concretas de este caso, establecía que «sin llegar a consagrar un derecho general de los extranjeros a la reagrupación familiar»<sup>32</sup> dado que «el único vínculo con su país de origen es la nacionalidad y, por tanto, existían obstáculos para trasladar su vida familiar a Turquía (...) la llegada de Sen a los Países Bajos constituía el medio más adecuado para desarrollar una vida familiar con esta, ya que, teniendo en cuenta su edad, había que favorecer su integración en la célula familiar de sus padres»<sup>33</sup>.

El TEDH concluyó que existía una violación del art. 8 del CEDH ante la negativa de las autoridades de los Países Bajos a permitir que una niña residente en Turquía se reúna con sus padres. De esta manera, el TEDH desmontó su doctrina anterior, otorgando un mayor peso a los intereses individuales frente a los intereses generales de control de los flujos migratorios y colocándose en una posición más proclive a la RF.

#### **4. Asuntos Núñez contra Noruega y Agraw contra Suiza**

Dentro de la tercera etapa, en el Asunto Núñez contra Noruega, una mujer dominicana alegaba que la orden de expulsión que pesaba contra ella la separaría de sus hijas menores de edad y que las infracciones cometidas que habían dado lugar a su expulsión –tras la comisión de un robo se le impuso la prohibición de regresar a Noruega en un período de dos años, lo cual incumplió utilizando una identidad falsa y constituyendo así un segundo delito– no justificaban tal separación.

En este caso, el TEDH confirmó nuevamente que el art. 8 es aplicable a supuestos de migración familiar, incluso cuando, como ocurre en este caso, los vínculos se hubieran formado una vez que la Sra. Núñez ya se encontraba dentro del EM y en condiciones de irregularidad.

Finalmente, determinó que la expulsión y la prohibición de entrada en Noruega durante dos años constituyen una violación del art. 8 por ir en contra del interés superior de las menores, privando a estas de mantener contacto con su madre.

Por último, respecto al asunto Agraw contra Suiza, las autoridades suizas habían denegado la petición de asilo a una ciudadana procedente de Etiopía, que decidió permanecer en el país de forma ilegal dado que Etiopía se negó a su repatriación. Además, le habían denegado la posibilidad de modificar la asignación cantonal de manera que pudiera trasladarse a residir al cantón donde se encontraba su marido.

---

<sup>31</sup> GARCÍA LÓPEZ, M.E., «El Derecho a la Reagrupación Familiar de los Extranjeros Procedentes de Terceros Países», ob. cit., pp. 220-222.

<sup>32</sup> SALES I JARDÍ, M., *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 105.

<sup>33</sup> STEDH Asunto Sen, cit., apartado 39.

En este sentido, el TEDH consideró que la reasignación cantonal de la demandante no habría incidido notablemente en el número de extranjeros en ese cantón ni alterado la repartición equitativa de cantones entre los solicitantes de asilo<sup>34</sup>. Consecuentemente, estimó que se había producido una violación del artículo 8 CEDH, castigando a Suiza por el número de años que mantuvo separados a la pareja.

En conclusión, se puede apreciar una primera tendencia del Tribunal que resulta contraria a la apreciación del derecho a la vida familiar, la cual ha tornado hacia el otro extremo, mostrándose cada vez más proclive a dicho reconocimiento y chocando, de esta manera, con las políticas migratorias restrictivas que hemos podido observar en distintos Estados europeos en los últimos años.

## **5. Influencia de la jurisprudencia europea en el criterio del Tribunal Constitucional español**

Por último, en cuanto al ámbito nacional, es innegable que la jurisprudencia europea del TEDH ha tenido una notoria influencia en la postura de los tribunales españoles. Así, el TC tuvo ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica y el encaje constitucional del derecho a la RF en la primera y más significativa de las ocho sentencias que dictó en el año 2007 acerca de los recursos de inconstitucionalidad que habían sido interpuestos contra determinados preceptos de la LO 8/2000 de 22 de diciembre en el año 2001<sup>35</sup>.

Se determinó, por una parte, que se trataba de un derecho de configuración legal, cuyo contenido vendrá determinado por lo dispuesto en los tratados y en las leyes. Además, en cuanto a su encaje constitucional, consideró que el art. 39 de la Constitución española (CE) era el más adecuado para darle cabida, cuando determina que los poderes públicos deben garantizar la protección de la familia, excluyendo de esta manera la vía del amparo constitucional para la tutela de este derecho<sup>36</sup>.

## **V. PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA: EL MODELO DE FAMILIA EUROPEO FRENTE AL MODELO DE FAMILIA MUSULMÁN**

Como ya adelantábamos, la Directiva sobre el derecho a la RF parte del concepto de familia nuclear. No obstante, hay que tener en cuenta que la familia es un concepto muy culturalmente condicionado, lo cual provoca la necesaria adaptación de diversas instituciones jurídicas que conforman el Derecho de familia de distintos territorios del mundo. En

<sup>34</sup> STEDH Asunto Agraw, cit., apartado 53.

<sup>35</sup> GARCÍA LÓPEZ, M.E., «El Derecho a la Reagrupación Familiar de los Extranjeros Procedentes de Terceros Países», ob. cit., p. 575.

<sup>36</sup> STC 236/2007 de 7 de noviembre.

este sentido, hemos decidido centrar nuestra atención en contraponer las diferencias que presentan los modelos de familia musulmán y europeo desde el punto de vista jurídico y a efectos del ejercicio del derecho a la RF, debido al gran número de inmigrantes de origen musulmán que han llegado a Europa en los últimos años.

Hay que advertir que el Derecho islámico no es homogéneo en todos los territorios en los que se aplica. No obstante, existen determinadas instituciones jurídicas dentro de su Derecho de familia que presentan características radicalmente distintas a las del marco jurídico europeo. Por ejemplo, el matrimonio se concibe en el marco jurídico europeo como algo monogámico, secular, igualitario y sometido a control judicial para su disolución. Sin embargo, en el Derecho islámico existen instituciones como el «matrimonio poligámico», el «repudio» o la «*kafala*», operando todas ellas en un contexto en el que impera la discriminación hacia la figura de la mujer.

Por ello, resulta interesante, a nuestro modo de ver, analizar qué ocurre ante el supuesto práctico en que un extranjero de origen musulmán llega a Europa y posteriormente decide reagrupar a su familia.

En primer lugar, respecto al matrimonio poligámico, este es quizás el supuesto menos conflictivo puesto que la propia Directiva –art. 4.4– y la LOE española –art. 17.1 a)– abordan esta cuestión ofreciendo una solución: no se podrá reconocer a más de un cónyuge a efectos de RF. Cabe destacar que tal solución se utiliza en aplicación del llamado orden público atenuado, esto es, se restringe el reconocimiento de la unión a efectos de la RF sin perjuicio de que sí se reconozcan otros efectos derivados de la misma. En definitiva, se trata de respetar la diversidad cultural sin dejar de lado los valores que imperan en nuestro propio ordenamiento y entorno cultural.

Otro tipo de problemas puede venir ocasionado por la disolución del matrimonio y la intención de reagrupar a un segundo o nuevo cónyuge. En este sentido, el repudio es una fórmula que proviene del Derecho de familia marroquí y consiste en que solo el marido puede poner fin al matrimonio de forma unilateral y sin necesidad de alegar una causa que justifique tal disolución. Además, en algunas ocasiones tiene oportunidad de revocar su decisión si lo cree conveniente.

La LOE española dispone expresamente que el extranjero que pretenda reagrupar a su nuevo cónyuge, solo podrá hacerlo si acredita que la disolución del matrimonio anterior ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación respecto del cónyuge anterior, así como de los hijos menores de edad o mayores en situación de dependencia. Por tanto, a pesar de que mediante el repudio el hombre ha de pagarle una cantidad pecuniaria a la mujer que podría asimilarse a una pensión compensatoria, resulta difícil imaginar que se puedan cumplir estos requisitos sin contravenir, una vez más, el orden público<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> LÓPEZ BARBA, E., «El modelo marroquí de familia y su incidencia en España a través del ejercicio del derecho a la vida en familia del extranjero residente: especial atención al cónyuge» *Aequalitas: revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 28, 2011, pp. 32-33.

¿Y qué ocurre con los hijos menores? Por una parte, respecto a los hijos de un matrimonio poligámico, la Directiva deja abierta la posibilidad de que un EM pueda limitar la RF de los hijos menores de otro cónyuge –distinto al reagrupado– y del reagrupante –art. 4.4–.

En este sentido, también hemos de prestar atención a la *kafala*, que es otra de las instituciones del Derecho islámico. La *kafala* consiste en que un hombre (*kafil*) se hace cargo de un menor (*makful*) que ha sido abandonado o se encuentra desamparado, garantizándole su mantenimiento y educación. Esta institución no crea vínculos sucesorios ni confiere derecho a la filiación<sup>38</sup>. De hecho, los estados islámicos prohíben la adopción y conciben que la filiación se establece únicamente de forma biológica. Por tanto, conviene dejar claro que no se puede asimilar la *kafala* a una adopción<sup>39</sup> y por consiguiente, no se puede considerar al *makful* como hijo adoptivo, al que sí se le considera beneficiario de la RF según la Directiva específica de este derecho.

Con todo, es posible permitir la reagrupación en estos casos si se cumplen una serie de condiciones:

Por una parte, si el menor careciera de padres, se podría asimilar a la tutela dativa y el reagrupante podría actuar como representante legal del menor, siendo válida su reagrupación.

Por otra parte, si los padres estuvieran vivos o el menor en sometido a tutela ordinaria, sería válida la reagrupación siempre que la *kafala* hubiera sido otorgada por autoridad pública previa declaración de desamparo del menor por parte de autoridad judicial o administrativa.

En cambio, si la *kafala* se hubiera otorgado por los padres biológicos, «sin intervención judicial ni administrativa, y sin previa declaración de desamparo, la persona a la que se le ha confiado la guarda no puede considerarse representante legal del menor en España, porque nuestro ordenamiento jurídico lo impide»<sup>40</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, la inmigración es un fenómeno social y evolutivo que requiere de regulación. El derecho a la RF ha ido adoptando una mayor importancia de forma progresiva, lo que ha dado lugar a la adopción de la Directiva 2003/86 de 22 de septiembre.

<sup>38</sup> Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 15 de julio de 2006.

<sup>39</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A., «La kafala de Derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, pp. 821-825.

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 9 de diciembre de 2011.

Así las cosas, y a pesar de que su regulación en una forma específica ha supuesto un gran paso en torno a la configuración legal de este derecho, su redacción resulta, en ocasiones, confusa y demasiado ambigua –exigencia de una vivienda considerada «normal» o acreditación de recursos fijos y regulares «suficientes», entre otros–. Esta falta de concreción, unida al amplio margen de discrecionalidad que la Directiva otorga a los EEMM sobre algunas cuestiones como las mencionadas a modo de ejemplo, y al afán de algunos de ellos de seguir una línea restrictiva en materia migratoria, da lugar a continuas extralimitaciones o vulneraciones por su parte, así como a una intensificación de la labor por parte de los tribunales –TEDH, TJUE y TC en el caso de España– con el objetivo de paliar estas acciones. No obstante, aunque la contribución de la jurisprudencia en esta materia ha sido muy relevante la labor del TEDH podría haber sido más efectiva si, por ejemplo, sus sentencias tuvieran el efecto anulatorio del que gozan las resoluciones del TJUE o del TC.

Por otra parte, hay que reconocer que la realización de una regulación común en materia de familia en el plano internacional es una tarea muy compleja, por tratarse la familia de un concepto tan culturalmente condicionado. Por ello, no resulta extraño que se produzcan supuestos prácticos de difícil resolución como ocurre en el caso de la adaptación de las instituciones de la ley islámica o *sharía*. En este sentido, se ha intentado encontrar la armonía entre la multiculturalidad y el respeto a los valores de orden público presentes en nuestro ordenamiento jurídico. Es el caso de la *kafala*, en el que no se permite desvirtuar la institución hasta el punto de considerarla una adopción, pero sí requiere de una adaptación mediante la que se convierta en una especie de acogimiento familiar de los menores<sup>41</sup>.

En conclusión, a pesar de la gran evolución que ha tenido el derecho a la RF, el esfuerzo que deben hacer los EEMM y la UE en su conjunto en materia migratoria debe ser constante, siempre con miras a lograr el gran reto al que se enfrenta Europa en materia migratoria: alcanzar la conciliación entre la necesidad de gestión de los crecientes flujos migratorios por parte de los EEMM y la posición garantista que estos deben tener en relación con los derechos de los inmigrantes.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

### a) Artículos y monografías

APARICIO CHOFRÉ, L., «La aplicación de la directiva comunitaria sobre reagrupación familiar, cinco años después», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, núm. 57, 2006.

ARRESE IRIONDO, N., *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, Bilbao (Argitalpen Zerbitzua), 2011.

<sup>41</sup> Arts. 173 y 173 bis del Código Civil.

- EZQUERRA UBERO, J.J., «El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable», *Migraciones*, núm. 1, 1997.
- GARCÍA LÓPEZ, M. E., «El Derecho a la Reagrupación Familiar de los Extranjeros Procedentes de Terceros Países», tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2012.
- GÓMEZ CAMPELO, E., «La compleja aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar», *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 12, 2009.
- LÓPEZ BARBA, E., «El modelo marroquí de familia y su incidencia en España a través del ejercicio del derecho a la vida en familia del extranjero residente: especial atención al cónyuge», *Aequalitas: revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 28, 2011.
- LÓPEZ SALA, A. M., *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Barcelona (Anthropos), 2005.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A., «La kafala de Derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015.
- QUIRÓS FONTS, A., *La familia del extranjero. Regímenes de reagrupación e integración*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008.
- SALES I JARDÍ, M., *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Barcelona (Bosch), 2015.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., *La Reagrupación Familiar de los Extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de Derecho Aplicable*, Navarra (Thomson Aranzadi), 2006.
- ZEHRAQUI, A., *L'immigration. De l'homme seul à la famille*, París (CEMI), 1994.

## b) Instrumentos normativos

Plano internacional:

a) Ámbito universal:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966

- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio 1951
- Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989
- Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias de 18 de diciembre de 1990

b) *Ámbito regional europeo:*

i) Consejo de Europa:

- Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950
- Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961
- Convenio relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante de 24 de noviembre de 1977

ii) Unión Europea:

- Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992
- Tratado de *Ámsterdam*, de 2 de octubre de 1997
- Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007
- Carta Europea de Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000
- Directiva 2001/55/CE de 20 de julio relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida
- Directiva 2003/9/CE de 27 de enero por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados Miembro
- Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre sobre el derecho de reagrupación familiar
- Directiva 2004/38/CE de 29 de abril relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembro

Plano nacional:

- Constitución española de 1978
- Ley Orgánica de Extranjería 7/1985 de 1 de julio

- Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
- Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre sobre reforma de la Ley Orgánica 4/2000
- LO 14/2003 de 20 de noviembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000
- Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000
- Código Civil de 1889
- Real Decreto 864/2001 de 20 de julio
- Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre
- Real Decreto 557/2011 de 20 de abril
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de julio de 2006

### c) Jurisprudencia

- i) Tribunal Europeo de Derechos Humanos:
  - STEDH, Asunto Marckx contra Bélgica, de 13 de junio de 1979
  - STEDH, Asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985
  - STEDH, Asunto Gül contra Suiza, de 19 de febrero de 1996
  - STEDH, Asunto Ahmut contra Holanda, de 28 de noviembre de 1996
  - STEDH, Asunto Sen contra Holanda, de 12 de diciembre de 2001
  - STEDH, Asunto Agraw contra Suiza, de 29 de julio de 2010
  - STEDH, Asunto Núñez contra Noruega, de 28 de junio de 2011
- ii) Tribunal de Justicia de la Unión Europea:
  - STJUE de 4 de marzo de 2010, Asunto C-578/08, Rhimou Chakroun contra Minister van Buitenlandse Zaken
  - STJUE de 9 de julio de 2015, Asunto C-153/14, Minister van Buitenlandse Zaken contra K y A
  - STJUE de 21 de abril de 2016, Asunto C-558/14, Mimoun Khachab contra Subdelegación del Gobierno en Álava

iii) Tribunal Constitucional Español:

- STC 222/1992 de 11 de diciembre
- STC 236/2007 de 7 de noviembre

iv) Tribunal Supremo (España):

- STS (Sala de los Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 20 de marzo de 2003
- STS (Sala de los Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 9 de diciembre de 2011