



UNIVERSIDAD DE MURCIA

DEPARTAMENTO DE DERECHO FINANCIERO,
INTERNACIONAL Y PROCESAL

La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas

Tesis presentada por Antonio
Quirós Fons para la obtención
del grado de doctor, bajo la
dirección de la Profesora
Doctora M^a Ángeles Sánchez
Jiménez.

Murcia, mayo de 2006

AGRADECIMIENTOS

Quisiera expresar con estas líneas mi profunda gratitud a todas aquellas personas que con su ánimo y colaboración han hecho posible la finalización del presente trabajo. Especialísimamente a mi Directora, la Profesora M^a Ángeles Sánchez Jiménez, por su dedicación, su inestimable labor orientadora y sus agudas observaciones.

Agradezco a mis compañeros y amigos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia –auténticos universitarios– el apoyo recibido durante estos años, debiendo mencionar expresamente a nuestra Decana, la Profesora Esperanza Orihuela Calatayud, por su disponibilidad, su sincero interés por este trabajo y sus amables consideraciones.

Deseo referirme a mis profesores de la Facultad de Derecho de la Universitat de València, principalmente los del Departamento de Derecho internacional, que me alentaron en la labor investigadora, y la Profesora Rosa M^a Moliner Navarro, que con su generosa colaboración ha contribuido al enriquecimiento de este estudio. También, a mis compañeros y amigos de los sucesivos Encuentros en materia de Inmigración, a los que no voy a citar por temor a omitir alguno, profesionales comprometidos e ilusionados con su trabajo que constituyen el motor de la Extranjería.

Como no podría ser de otro modo, por su calado humano, expreso mi agradecimiento a los miembros de la Dirección General de Inmigración, Voluntariado y Otros Colectivos de la Consejería de Trabajo y Política Social, especialmente a los también amigos Basilio Gómez Castaño, M^a Antonia Madrid Izquierdo, Antonio García-Nieto Gómez-Guillamón y Abdellah Maoas, por su cordialidad y sus expertas opiniones y sugerencias.

También agradezco a mi familia su paciencia y comprensión ante mis ausencias, además de su incondicional apoyo. El buen fin de este trabajo será para ellos sin duda motivo de orgullo y alegría.

No puedo dejar de referirme a José Manuel García Carrasco, por sus acertados consejos prácticos, así como a Alejandro Ortega Cotarelo y tantos otros amigos que además de sufrir las contrariedades que les he podido ocasionar, han supuesto un continuo estímulo con su sonrisa y su afecto.

Murcia, mayo de 2006.

A mis padres y hermanos

ÍNDICE

ABREVIATURAS	<i>Página</i> xiii
INTRODUCCIÓN	15

PARTE PRIMERA **CONDICIONANTES EN LA ARTICULACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR**

CAPÍTULO I. FUNDAMENTACIÓN DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

I. DERECHO A LA VIDA EN FAMILIA Y A LA INTIMIDAD FAMILIAR.....	23
1. Intimidad familiar.....	24
2. Vida en familia	25
3. Posiciones doctrinales	26
II. FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL	27
1. Derechos fundamentales.....	27
2. Principios rectores	31
III. EL MANDATO DEL ARTÍCULO 39.1 CE	32
1. Contenido.....	32
2. Protección	33
3. Calificación del derecho	35

CAPÍTULO II. CONSIDERACIÓN DEL DERECHO DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

I. INTERPRETACIÓN DE ACUERDO CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES.....	37
1. Criterio constitucional de vinculación a los Tratados. El artículo 10.2 CE	37
2. Criterio legal de vinculación a los Tratados. El artículo 3 LOE	38
3. Jurisprudencia	40
II. TRATADOS INTERNACIONALES	42
1. Ámbito universal.....	42
2. Ámbito regional. El Consejo de Europa	45
3. Sistema de protección internacional de los derechos humanos	46
III. EL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO DE ROMA	47
1. La necesaria interpretación del derecho a la reagrupación familiar de conformidad con los principios reconocidos por el artículo 8 del Convenio de Roma	47
2. Interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	49
A) Vida familiar.....	50
B) El respeto de la vida familiar como derecho de doble alcance	52
a) Injerencias.....	53
b) Obligaciones positivas. Reconocimiento de la reagrupación subordinado a la ley del Estado..	56

CAPÍTULO III. DERECHO COMUNITARIO: LA EXTRANJERÍA Y LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

I. INCIDENCIA EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS	61
1. Comunitarización del derecho de extranjería: tratamiento diferenciado de la libre circulación y la política migratoria.....	61
2. Del derecho internacional al derecho comunitario	62
3. Derecho originario	64
4. Derecho derivado	67
A) Estancia e inmigración ilegal: elementos conexos a la residencia.....	67
B) Residencia: desarrollo de la libre circulación "accesoria"	70

5. Progresos en la Política Migratoria Común	72
A) Impulso político.....	72
B) Trato justo a ciudadanos de terceros países. De Tampere a La Haya	74
a) Admisión y residencia	77
b) Estatuto jurídico de los nacionales de países terceros. Residentes de larga duración	78
C) Motivos de un desarrollo normativo mínimo	82
II. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO COMUNITARIO: LA DIRECTIVA 2003/86/CE	83
1. Mínimo común denominador	83
2. Consideraciones procedimentales en la adopción de la Directiva	85
3. Fundamentación y contenido esencial del derecho	87
4. Sujetos	89
A) Titular	89
B) Beneficiarios.....	90
5. Procedimiento	93
A) Solicitud	93
B) Resolución	96
6. Injerencias y proporcionalidad	97

PARTE SEGUNDA

LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA ESPAÑOL

CAPÍTULO IV. EL RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR

I. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA	103
1. Objeto	103
2. Ámbito subjetivo	105
A) Exclusión de nacionales comunitarios y asimilados: evolución	106
B) Exclusión del personal diplomático y asimilado	108
C) Estatutos de los extranjeros. Los inmigrantes.....	110
II. ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA: DE PRERROGATIVA A DERECHO	114
1. La LO 7/1985, primera ley de extranjería y el RD 1119/1986, primer reglamento	114
A) Silencio legislativo y tratamiento reglamentario como tipo de visado	114
B) Instrucciones de 1994. Regulación específica sobre visados para reagrupación familiar.....	117
C) Fijación de la exención de visado y adaptación del procedimiento administrativo	123
2. El RD 155/1996, segundo reglamento de extranjería	125
III. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL RÉGIMEN ACTUAL	134
1. Configuración legal del derecho de reagrupación familiar	134
A) La LO 4/2000, punto de inflexión en el tratamiento de la reagrupación	134
B) La LO 8/2000, una tercera ley con cuerpo de reforma	138
C) El RD 864/2001, una apuesta por la tradición	141
D) LO 14/2003, la reforma al revés.....	144
2. Sujetos del derecho	150
A) Titular.....	150
B) Beneficiarios. Derecho internacional privado	157

CAPÍTULO V. EL CÓNYUGE, PRINCIPAL BENEFICIARIO DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

I. NOCIÓN DE CÓNYUGE A EFECTOS DE REAGRUPACIÓN	161
II. CONTROL DE LEGALIDAD	172
III. MATRIMONIOS ENTRE EXTRANJEROS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO	176
1. Ausencia de separación. Convivencia o vida conyugal efectiva	176
2. Reconocimiento de efectos a la poligamia. Orden público atenuado	179
3. Disolución de vínculos anteriores	184
A) Disolución en el Estado de origen.....	184

B) Disolución de la familia anterior residente en España	193
4. Celebración en fraude de ley	201
IV. MATRIMONIOS ENTRE EXTRANJEROS CELEBRADOS EN ESPAÑA	207
1. Capacidad para contraer matrimonio	209
A) Intervención del orden público en la aplicación de la ley nacional	210
B) Libertad de estado para contraer matrimonio en España	213
2. Consentimiento	214
3. Requisitos de forma en caso de matrimonio celebrado en España	219
 CAPÍTULO VI. OTROS BENEFICIARIOS DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR	
I. HIJOS REAGRUPABLES Y REQUISITOS PARA SU REAGRUPACIÓN	223
1. Filiación por naturaleza	223
A) Control de la filiación	223
B) Requisitos de los beneficiarios	225
2. Filiación adoptiva	231
3. Hijos de uno solo de los cónyuges	237
4. El <i>nasciturus</i>	245
II. REPRESENTADOS DEL REAGRUPANTE	246
III. ASCENDIENTES REAGRUPABLES Y OTROS FAMILIARES A CARGO	249
IV. ¿OTROS FAMILIARES REAGRUPABLES?	253
V. PARTICULARIDADES DE LOS FAMILIARES DE ESTUDIANTES EXTRANJEROS	255
 CAPÍTULO VII. PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL EN VIRTUD DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR	
I. SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN	257
1. Legitimación	257
2. Documentación básica adjunta a la solicitud	258
3. Documentación específica	261
A) Empleo y/o recursos económicos suficientes	261
B) Informe o acta notarial de disponibilidad de vivienda adecuada	264
II. RESOLUCIÓN DE LA SOLICITUD	267
III. VISADO	270
1. Solicitud	270
2. Tramitación	272
3. Denegación	275
4. Concesión y entrada	278
IV. RECURSOS	279
1. Recursos administrativos	280
2. Recursos contencioso-administrativos	282
3. Suspensión de las resoluciones recurridas	286
 CAPÍTULO VIII. FAMILIARES EN ESPAÑA: REGULARIZACIÓN ORDINARIA	
I. FAMILIARES EN ESPAÑA. REAGRUPACIÓN <i>DE FACTO</i>	291
1. Familiares en situación regular	291
2. Familiares en situación irregular	295
II. ARRAIGO FAMILIAR	295
1. Familiares beneficiarios	296
2. Informe de inserción y recomendación para la exención de contrato	299
3. Vías para llevar a buen término el itinerario de arraigo	301
4. Jurisprudencia relativa al arraigo social	306
A) Exención de visado	307
B) Anulación de expulsión	311
III. VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA	313
IV. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA DEL HIJO DE RESIDENTE LEGAL	319
V. HABILITACIÓN REGLAMENTARIA PARA LA AMPLIACIÓN DE SUPUESTOS	322

PARTE TERCERA
LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EJERCIDA POR CIUDADANOS DE LA UE

CAPÍTULO IX. EL RÉGIMEN COMUNITARIO DE LIBRE CIRCULACIÓN, HORIZONTE PARA EL RÉGIMEN COMÚN DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR

I. DERECHO COMUNITARIO	327
1. Derecho originario. Ciudadanía de la Unión y libertad de circulación	328
2. Derecho derivado. Asimilados	332
A) Derecho derivado convencional	332
B) Derecho derivado autónomo. Familiares extracomunitarios	333
II. DERECHO INTERNO ESPAÑOL	340
1. El RD 178/2003 y los familiares beneficiarios	340
2. Ampliación del ámbito personal con el régimen español	344
3. Ampliación del ámbito personal con la Directiva	349

CAPÍTULO X. LÍMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS FAMILIARES

I. FORMALIDADES ADMINISTRATIVAS	353
1. Exigencia de tarjeta de residencia para familiares extracomunitarios	353
2. Vigencia de la tarjeta de residencia de los familiares extracomunitarios	358
II. EXIGENCIA DE VISADO. STJCE DE 14 DE ABRIL DE 2005	362
1. El visado de estancia como único exigible frente al de residencia exigido por España	362
2. Régimen de exenciones. De su desarrollo a la inaplicación	364
3. Exención de visado. Sentencia MRAX	370
III. EXPULSIÓN	372

PARTE CUARTA
INTEGRACIÓN DE LA FAMILIA REAGRUPADA

CAPÍTULO XI. ESTATUTO DE LA FAMILIA REAGRUPADA

I. RESIDENCIA DEPENDIENTE	379
1. Pervivencia de la autorización. Vigencia y renovación	379
2. Extinción	382
II. RESIDENCIA INDEPENDIENTE Y REAGRUPADO REAGRUPANTE	386
1. Acceso al mercado laboral: residencia independiente de carácter laboral	387
2. Acceso a la residencia independiente sin vínculo laboral	390
3. Acceso a la residencia independiente de familiar reagrupado por residente permanente	393
4. Acceso a la vivienda por parte del reagrupado-reagrupante	395
III. PROTECCIÓN FRENTE A LA EXPULSIÓN	398
1. Protección legal	398
A) Especiales vínculos con España	399
B) Protección de la familia y la salud de la madre	403
2. Protección jurisdiccional	404

CAPÍTULO XII. MECANISMOS JURÍDICOS PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD MATERIAL DE LA FAMILIA REAGRUPADA

I. DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN	407
II. DERECHO A LA EDUCACIÓN	411
III. ACCESO A LA NACIONALIDAD	414
1. Nacidos en España de padres extranjeros	415
2. Consolidación, opción y carta de naturaleza	417
3. Residencia	418
4. Renuncia y doble nacionalidad	421
IV. DERECHOS SOCIALES	423
1. Asistencia sanitaria	424

2. Seguridad Social: prestaciones contributivas	426
A) Tipos de prestaciones.....	427
B) Supuestos de poligamia en la pensión de viudedad	430
3. Seguridad Social: prestaciones de nivel no contributivo	435
4. Servicios sociales: prestaciones básicas	439
V. MEDIDAS PARA LA INTEGRACIÓN	443
CONCLUSIONES	451
BIBLIOGRAFÍA	475

ABREVIATURAS

A:	Auto
AAVV:	Autores Varios
AN:	Audiencia Nacional
AP:	Audiencia Provincial
apd./apds.:	apartado/apartados
art./arts.:	artículo/artículos
ATC:	Auto del Tribunal Constitucional
BIMJ:	Boletín Informativo del Ministerio de Justicia
BOE:	Boletín Oficial del Estado
c./:	contra
CAS:	Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (1990)
Cc:	Código Civil
CCAA:	Comunidades Autónomas
CE:	Constitución Española
CEDH:	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950)
<i>Cfr.:</i>	Confróntese, compárese
CGPJ:	Consejo General del Poder Judicial
cit.:	citado
CNUDN:	Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989)
Coord.	Coordinado, coordinador
CP:	Código Penal
CSE:	Carta Social Europea (1961)
DA:	Disposición Adicional
DF:	Disposición Final
Dir.:	Dirigido, director
Dirs.:	Directores
D.T.:	Disposición Transitoria
DGRN:	Dirección General de los Registros y del Notariado
DNI:	Documento Nacional de Identidad
DOCE:	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH:	Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948)
ed./eds.:	editado, editor/editores
edic.:	edición
EEE:	Espacio Económico Europeo
<i>et al.:</i>	y otros
FJ:	Fundamento Jurídico
IAE:	Impuesto de Actividades Económicas
<i>Ibid.:</i>	Allí mismo
INE:	Instituto Nacional de Estadística
INEM:	Instituto Nacional de Empleo
IVA:	Impuesto sobre el Valor Añadido
J.D.I.:	Journal du Droit International
LAU:	Ley de Arrendamientos Urbanos
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGSS:	Ley General de la Seguridad Social (1994)
LJCA:	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LO:	Ley Orgánica
LOE:	Ley de extranjería vigente en la actualidad (texto refundido): Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, 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

LOE 1985:	Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España
LOGSE:	Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial (1985)
LOPJM:	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LOTIC:	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
np:	no publicado
núm., núms.:	número, números
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)
RAJ:	Repertorio Aranzadi Jurisprudencia
RD:	Real Decreto
RDGRN:	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
Rec.:	Recueil des arrêts del TJCE/Repertorio de jurisprudencia del TJCE
rec. cas.:	recurso de casación
REDI:	Revista Española de Derecho Internacional
REDUE:	Revista Española de Derecho de la Unión Europea
RLOE:	Reglamento de la LOE aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre
RRC:	Reglamento del Registro Civil (1958)
Rev.crit.DIP:	Revue critique de Droit International Privé
RJ:	Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi Westlaw)
RTD eur:	Revue trimestrielle de Droit Européen
SAN/SSAN	Sentencia/s de la Audiencia Nacional
ss.:	siguientes
STC/SSTC:	Sentencia/s del Tribunal Constitucional
STJCE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STS/SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo
STSJ/SSTSJ:	Sentencia/s 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
TS:	Tribunal Supremo
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia
TUE:	Tratado de la Unión Europea
UE:	Unión Europea
v.gr.:	por ejemplo
Vid.:	Véase
vol.:	volumen
VPO:	vivienda de protección oficial

INTRODUCCIÓN

A pesar de que la opinión pública manifiesta preocupación por la inmigración como uno de los principales problemas sociales¹, lo cierto es que los datos planetarios ofrecen otra visión: las sociedades europeas necesitan inmigrantes y los países pobres pueden beneficiarse también de la migración. Los inmigrantes enviaron remesas de, al menos, 88 billones de dólares a los países en vías de desarrollo durante el año 2002, un 54% más que los 57 billones que esos países reciben en ayuda al desarrollo. Con estos datos y siguiendo a Koffi Annan, sólo con una estrategia imaginativa para la integración de inmigrantes podrán los Estados asegurar que aquellos enriquecen la sociedad de acogida más que la desestabilizan. Los inmigrantes son, pues, parte de la solución, no parte del problema².

También está comprobado que las personas inmigrantes aspiran a reagrupar a la familia, siendo este deseo muy agudo en los casos en que, o bien los cónyuges, o bien los hijos, están separados. Además, cuando conviven con todos los hijos hay un mayor deseo de permanecer para siempre en España³.

Si vinculamos el destino de las remesas, o un importante porcentaje de las mismas, a los familiares reagrupables, la conclusión es sencilla: no tiene sentido

¹ Grupo de Opinión Pública de la Región de Murcia, *Barómetro Región de Murcia*, Universidad de Murcia, diciembre de 2002. La situación de los inmigrantes extranjeros es considerado el segundo problema en importancia: un 13% de encuestados lo coloca en primer lugar y un 16,4% lo sitúan como segundo problema por orden de importancia. Este tema ha desplazado de la segunda posición a la situación de la asistencia médica y sanitaria, que era el segundo problema en el Barómetro anterior (p. 10). Los aspectos peor valorados son: la situación de los inmigrantes extranjeros, la seguridad ciudadana, la lucha contra la droga, la vivienda, el abastecimiento de agua para riego o la política de empleo; todos estos factores son valorados negativamente por más del 40% de los entrevistados (p. 12).

² K. Annan, "Why Europe needs an immigration strategy", discurso del Secretario General de la ONU al Parlamento Europeo en *United Nations News* de 29 de enero de 2004, disponible en <<http://www.un.org/News/oss/sg/stories/sg-29jan2004.htm>>.

³ A. García-Nieto Gómez-Guillamón, *Familias inmigrantes fragmentadas: el caso de la Región de Murcia*, Actes del IV Congrés sobre la immigració a Espanya: Ciutadania i Participació, Girona, del 10 al 13 de noviembre de 2004. El estudio presenta diferencias entre los grupos nacionales. De este modo, entre los extranjeros procedentes del Magreb se aprecia una mayor cohesión familiar: son los que en mayor medida conviven con todos los hijos, y no suelen tener en el hogar a personas ajenas a la familia. Asimismo, la totalidad de las mujeres magrebíes que tienen cónyuge conviven con él, cuestión que sólo ocurre con la mitad de los varones de esta procedencia. Entre los extranjeros procedentes de Europa del Este y Latinoamérica y en especial de Ecuador es frecuente la convivencia en el mismo hogar de personas que rebasan el ámbito de la familia nuclear, dando lugar a un tipo de "familia amplia". Los extranjeros procedentes del África Subsahariana son los que tienen un menor grado de relación familiar y en mayor medida conviven con personas ajenas a la familia.

restringir la reagrupación familiar, cuando supone un beneficio no sólo social, sino también económico para el país de acogida. Conviene, por tanto, superar la concepción bidimensional que otorga a la reagrupación un carácter humanitario, sin mayor motivación que la legítima discrecionalidad del Estado para decidir en cada caso la asunción de un nuevo residente y las cargas sociales que implica⁴.

Aunque las nacionalidades de los extranjeros con mayor presencia en el Estado experimentan variaciones⁵, cuestión que afecta a las actuaciones de interculturalidad⁶, hay aspectos que demuestran, por un lado, el resultado de las reagrupaciones familiares ya realizadas, como el considerable aumento de los alumnos de origen inmigrante en los centros educativos no universitarios⁷. Por otro lado, los datos relativos a la edad demuestran que las reagrupaciones por parte de nacionales extracomunitarios seguirán solicitándose⁸, mientras que esto será menos frecuente entre ciudadanos comunitarios⁹.

La reagrupación familiar ha experimentado una evolución en el modo de ser concebida por parte del legislador, desde una mera prerrogativa de la Administración hasta un derecho reconocido a los extranjeros. En esta labor, los Tribunales han

⁴ *Tendencias de las migraciones internacionales*, OCDE, París, 2000. En los países del ámbito de la OCDE, se imponen condiciones progresivamente más severas a este tipo de inmigración. Se trata además del principal motivo que justifica la entrada de inmigrantes en su territorio.

⁵ En el caso de la Región de Murcia, los de origen latinoamericano han superado a los de origen africano. Los procedentes de Ecuador y Marruecos representan más de las dos terceras partes del total de inmigrantes extranjeros. J. M. Gómez Espín, "Inmigración y escolarización en la Región de Murcia", en *Papeles de Geografía*, núm. 37, 2003, pp. 105-134.

⁶ También podría considerarse desde la perspectiva de los derechos de las minorías. Cfr. F. Vallançon, "Altérité et droits des minorités", en *Minorités, culture et droits fondamentaux*, ed. por H. Pallard y S. Tzitzis, L'Harmattan, Paris, 2001, pp. 89-109. Reivindica la recuperación de los grados de alteridad, reemplazada por una uniformidad que se torna hostilidad. Grados ordenados conforme al principio de unidad que manifiestan: familia, vecinos, amigos y extranjeros. De este modo, invita a pensar sobre los derechos de las minorías. Concluye con la propuesta del recurso a una autoridad prudente que decida sobre la mayoría y la minoría, siguiendo el modelo de Roma (p. 109).

⁷ En la Región de Murcia representan más del seis por ciento de la población escolar en enseñanzas obligatorias no universitarias. Aunque de momento predominan los nacidos fuera de España (debido a la política de reagrupamiento familiar), las tendencias demográficas (más del veinte por ciento del total de partos en la Región es de madres inmigrantes extranjeras) traerán una segunda generación de alumnos y alumnas nacidos en la Región de Murcia. J. M. Gómez Espín, "Inmigración y escolarización en la Región de Murcia", cit., pp. 105-134., especialmente p. 120.

⁸ J. Gómez Fayrén, "Pluralidad sociodemográfica y cultural de la inmigración extranjera en España", en *Papeles de Geografía*, núm. 37, 2003, pp. 135-153. "El carácter reciente de la inmigración extranjera en España confiere al perfil demográfico de su población una tremenda juventud, peculiaridad indiscutible de la primera etapa migratoria. Esta mayoría de población adulta joven en edad fértil y laboral que inicia el proyecto migratorio es soltera o viene sola. En una fase posterior se produce la reagrupación familiar y se incorporan a la aventura cónyuges, parejas, hijos u otros familiares (p. 143)".

⁹ *Ibid.*: Pirámide invertida de residentes comunitarios. Inclinación que induce a gran número de europeos del Norte a instalar su residencia en España tras la jubilación (p. 147).

ejercido una influencia decisiva. Si ya se reconoce la reagrupación como un derecho de los extranjeros, las cuestiones que tal consideración suscita pueden ser las siguientes: ¿se trata de un derecho fundamental y, por tanto, de alcance universal, carente de sentido en cuanto a su diferente reconocimiento según la nacionalidad? ¿en qué disposiciones de derecho internacional puede fundamentarse la reagrupación familiar? ¿se corresponden con las de nuestro derecho interno? ¿cuál es el régimen aplicable? ¿a qué sujetos se aplica? ¿cuál es el procedimiento a seguir para poder ejercer este derecho? ¿con qué protección cuentan los extranjeros reagrupados en España como Estado de acogida?

En este trabajo, nos proponemos analizar la reagrupación familiar de extranjeros extracomunitarios en España desde diferentes perspectivas. Pretendemos, principalmente, con un fin tanto propositivo como proyectivo, cuestionar el régimen jurídico vigente de la reagrupación, evaluando sus fallos y los de su interpretación, proponiendo reformas legislativas concretas y en algunos casos prediciendo su funcionamiento. Otros objetivos complementarios serían, por un lado el comparativo, al identificar algunas similitudes y diferencias tanto con otros ordenamientos nacionales y supranacionales como con otros regímenes de diverso ámbito subjetivo, y por otro lado el descriptivo, descomponiendo el mencionado régimen en sus diversos aspectos y estableciendo relaciones de tal modo que ofrezcan una imagen de funcionamiento de la reagrupación. El método utilizado será el estructural, desglosando el tema en elementos tanto subsidiarios como convergentes al mismo. Las fuentes empleadas serán las legislativas, jurisprudenciales y doctrinales, incluyendo diversos actos institucionales, y dependiendo en cada apartado del correspondiente ámbito de aplicación contemplado.

Para el estudio de este derecho, es preciso en primer lugar tener en cuenta lo establecido por la Constitución Española y los Tratados Internacionales de los que nuestro Estado es parte, puesto que condicionan al legislador español en la regulación del régimen de extranjería (Parte Primera, Capítulos I y II). En particular, y como consecuencia de nuestra pertenencia a la Unión Europea, tiene especial relevancia el Derecho comunitario. Aunque esta incidencia se produce en toda la regulación de la extranjería, dedicaremos nuestra atención a las normas que afecten al derecho de reagrupación familiar (Capítulo III).

La Parte Segunda está dedicada al estudio de la reagrupación familiar en el régimen general de extranjería, cuyo ámbito de aplicación personal contempla la exclusión tanto de los nacionales comunitarios y asimilados, impuesta por la pertenencia de España a la Unión Europea, como de los beneficiarios del derecho de la diplomacia. Una vez identificados los destinatarios de esta regulación y tras haber analizado la evolución de las normas relativas a la reagrupación, será preciso estudiar las posibles situaciones en que pueden encontrarse tanto el titular del derecho como los diferentes beneficiarios o familiares reagrupables (Capítulo IV). Estos últimos deben cumplir unas condiciones de parentesco aparentemente muy definidas, que provocan la intervención directa del Derecho internacional privado: situaciones en las que deberá reconocerse administrativamente la validez de vínculos familiares establecidos formalmente en el extranjero y entre extranjeros, a efectos de autorización de residencia, pero que en nuestro ordenamiento jurídico pueden carecer de tal validez (Capítulos V y VI). Además de los aspectos sustantivos, debe ser tratado el procedimiento administrativo de autorización de residencia por reagrupación en España (Capítulo VII). Por otra parte, en nuestro Estado los extranjeros también tratan de ejercer el derecho sin cumplir las condiciones legalmente previstas, por lo que trataremos la reagrupación familiar *de facto*, que para ser “legalmente convalidada” deberá someterse a otra serie de requisitos particulares entre los que destacan el elemento temporal y el trabajo. En la LOE y el RLOE se califica como supuesto excepcional, principalmente de arraigo (Capítulo VIII).

No todos los extranjeros son tratados como tales y especialmente en el ámbito de la reagrupación familiar, la nacionalidad del reagrupante y de los familiares reagrupables no sólo condiciona sino que determina el régimen aplicable. De este modo, trataremos además, desde sus propios fundamentos, el denominado “régimen de comunitarios” como modelo tendencial para la reagrupación familiar de extranjeros extracomunitarios (Parte Tercera, Capítulos IX y X). Aparece así la paradoja entre la obligación de garantizar el respeto de este derecho por parte del Estado y el esfuerzo del mismo en no permitir el establecimiento de todos aquellos

que serían susceptibles de reivindicarlo: ¿cómo evitar la aplicación de un principio que se debe defender?¹⁰

Finalmente, nos preguntamos con qué protección cuentan los extranjeros reagrupados en España como Estado de acogida (Parte Cuarta). Si defendemos la importancia de la reagrupación familiar como factor de integración de los extranjeros, es necesario conocer la situación jurídica de la familia una vez reagrupada, especialmente las condiciones establecidas para el acceso a un estatuto de residencia independiente, íntimamente relacionado con el acceso tanto a un empleo como a una vivienda por parte de aquellos miembros de la familia que a su vez deseen reagrupar, además de la protección frente a la expulsión (Capítulo XI). El resto de mecanismos que se plantean en el itinerario de integración de la familia reagrupada merecen su comentario: el acceso a la nacionalidad, el acceso a la educación, y los diferentes beneficios sociales que en conjunto garantizan la seguridad material de la familia reagrupada (Capítulo XII).

¹⁰ A pesar de tal situación contradictoria, sabemos que una solución es posible y que los actores implicados están sobradamente capacitados para desarrollarla. Para ello, hacemos nuestra una reflexión de García Amado: “si el poder de las instituciones públicas o de las empresas privadas de lo que llamamos el primer mundo es tal que puede de plurales modos determinar la situación interna y las decisiones de los Estados terceros (como los de América Latina, por ejemplo) los ciudadanos de estos Estados se convertirán en nuevos súbditos sin voz o siervos atados feudalmente a la tierra si no pueden extender sus derechos de todo tipo y ejercerlos también allí desde donde se les gobierna”. J. A. García Amado, “¿Porqué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?”, en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 3, (julio) 2003, pp. 9-28.

PARTE PRIMERA
CONDICIONANTES EN LA ARTICULACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA
REAGRUPACIÓN FAMILIAR

En el momento de articular el régimen de extranjería, el legislador español está limitado o condicionado, pues debe hacerlo de acuerdo con lo establecido por la Constitución Española y los Tratados Internacionales de los que nuestro Estado es parte. En particular y como consecuencia de nuestra pertenencia a la Unión Europea, tiene especial relevancia el Derecho comunitario. Si bien la incidencia se produce en toda la regulación de la extranjería, dedicaremos nuestra atención a las normas que afecten al derecho de reagrupación familiar.

CAPÍTULO I. FUNDAMENTACIÓN DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

I. DERECHO A LA VIDA EN FAMILIA Y A LA INTIMIDAD FAMILIAR

La LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹¹, reformada por LO 8/2000¹², LO 11/2003¹³ y LO 14/2003¹⁴, en adelante LOE, así como el Reglamento de ejecución de la misma, aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre¹⁵, en adelante RLOE, constituyen el régimen general aplicable en España a los supuestos de extranjería.

Bajo la rúbrica "Reagrupación familiar", el Capítulo II de la LOE agrupa cuatro artículos dedicados a regular específicamente el derecho de reagrupación familiar, si bien partiendo de un reconocimiento general del "derecho a la intimidad familiar", encabezamiento del artículo 16, cuyo primer apartado establece que "los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España".

En el siguiente apartado, se recoge un segundo reconocimiento por el que los extranjeros residentes en España tienen derecho "a reagrupar con ellos a los

¹¹ *BOE* núm. 10, de 12 de enero de 2000. Corrección de errores en *BOE* núm. 20, de 24 de enero de 2000.

¹² *BOE* núm. 307, de 23 de diciembre de 2000. Corrección de errores en *BOE* núm. 47, de 23 de febrero de 2001.

¹³ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. *BOE* núm. 234, de 30 de septiembre de 2003. Esta reforma no afecta a la reagrupación familiar directamente, sino sólo en lo relativo al procedimiento sancionador y a la ley aplicable a la nulidad, separación y divorcio, en el Código Civil.

¹⁴ 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; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (*BOE* n.º 279, de 21 noviembre 2003).

familiares que se determinan en el artículo 17”, a lo que cabría añadir, para completar la incoación del contenido, que en las condiciones requeridas por el artículo 18 y con los efectos previstos por el artículo 19 para circunstancias especiales.

Tras esta primera lectura del instrumento legislativo en que se reconoce el derecho de reagrupación familiar, es preciso concretar el fundamento constitucional del mismo, confuso en el tenor literal, así como la posible interpretación que del mismo se pueda hacer según lo dispuesto en los Tratados internacionales, considerados por Sánchez Jiménez como auténticos condicionantes o límites del legislador estatal¹⁶.

1. Intimidación familiar

El derecho a la intimidad familiar es un derecho fundamental garantizado por la Constitución en su artículo 18, apartado primero, "encuadrado por la doctrina más autorizada entre los derechos de la personalidad"¹⁷. Se encuentra protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas de acuerdo con lo establecido en la LO 1/1982, en cuyo artículo primero, tercer apartado, se expresa su carácter irrenunciable, inalienable e imprescriptible¹⁸.

Sobre el contenido de “intimidación familiar”, la primera ocasión en que se debió pronunciar el Tribunal Constitucional fue en su Sentencia 231/1988 de 2 de diciembre¹⁹: Además de recogerse el carácter personalísimo derivado de la dignidad de la persona, cuestión indiscutida, del derecho a la intimidad, también se reconoce la titularidad a “otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar”. Añade que, aunque deba comprobarse caso a caso esta protección constitucional basada en el vínculo y debida a la repercusión moral de un determinado acontecimiento, “no cabe dudar que ciertos eventos que puedan

¹⁵ BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005. Corrección de errores en BOE núm. 130, de 1 de junio de 2005. Deroga el anterior Reglamento, aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio, BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001. Corrección de errores en BOE núm. 240, de 6 de octubre de 2001.

¹⁶ M. A. Sánchez Jiménez, "La articulación del Derecho de Extranjería", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 95-104, especialmente pp. 102-103.

¹⁷ 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.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1988.

ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad, por lo que existe al respecto un derecho –propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible” (FJ 4º). Algunos autores ven en este planteamiento “una clara relación entre intimidad personal e intimidad familiar, de manera que esta última viene a significar el reconocimiento de una cierta dimensión suprapersonal del derecho a la intimidad, en principio individual, al núcleo “familiar” de relaciones más cercanas”²⁰.

2. Vida en familia

El derecho a la vida en familia no viene reconocido como tal en la Constitución. Únicamente en el artículo 39.1 de la misma, en tanto que uno de los principios rectores de la política social y económica, se manifiesta que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”²¹. Sin embargo, el carácter orgánico del reconocimiento legislativo otorgado al derecho a la vida en familia supone una primera aproximación a la posible consideración de derecho fundamental²², pues si el legislador no lo hubiera considerado así, lo habría incluido en la relación de artículos no orgánicos²³ de la Disposición Final 4ª LOE.

²⁰ P. Santolaya Machetti, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch - Institut de Dret Públic, Valencia, 2004, p.17. Otros han querido ver además, destacando este mismo FJ 4º, “cómo la defensa constitucional se extiende a la protección del honor y cómo al destacar el “valor del vínculo” que une a ciertas personas, está defendiendo determinados efectos de las parejas de hecho y de la transexualidad” C. García García, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Universidad de Murcia, 2003, p. 237. Sin embargo, esos efectos quedan relegados al ámbito de la casuística por la trascendencia de los hechos probados en situaciones de convivencia “more uxorio”, debiendo además afectar a la personalidad del conviviente. Recordemos que el *supérstite* de una unión de hecho no resulta coartado en su libre desarrollo de la personalidad porque la ley no le reconozca una pensión de viudedad, STC 184/1990. Sobre la posible reforma en este aspecto, *vid.* F. Cavas Martínez, “La pensión de viudedad : estado de la cuestión y propuestas para su reforma”, en *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, pp. 207-226.

²¹ Art. 39.1 CE, primero del Cap. III, de los principios rectores de la política social y económica, dentro del Título I, de los derechos y deberes fundamentales. El tenor de este precepto y el siguiente, sobre protección integral de los hijos, conjugado en tiempo presente, carece de la imperatividad propia de la conjugación en futuro, utilizada en el resto de principios. Coincide con el modo de plantear el reconocimiento de los derechos fundamentales, también en presente, como realidades preexistentes.

²² El art. 81.1 CE establece la reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

²³ Estos son el art. 10, relativo al “derecho al trabajo y a la Seguridad Social”, el art. 12, relativo al “derecho a la asistencia sanitaria”, el art. 13, relativo al “derecho a ayudas en materia de vivienda” y el art. 14, relativo al “derecho a Seguridad Social (sic) y a los servicios sociales”, dictados en ejercicio de lo dispuesto en el art. 149.1.2ª CE.

El derecho a la reagrupación familiar, a diferencia de los dos anteriores, no es un derecho constitucional sino legal, pues sólo aparece reconocido, como hemos visto, en el artículo 16.2 LOE. Podemos deducir de las condiciones de ejercicio, la definición del derecho desarrollado: el derecho de los extranjeros residentes en España a solicitar la entrada y residencia de algunos miembros de la familia.

3. Posiciones doctrinales

Ante esta diversidad de conceptos, deben formularse algunas observaciones. En primer lugar, los derechos reconocidos en el artículo 16 LOE son aparentemente tres: el derecho a la vida en familia, el derecho a la intimidad familiar y el derecho a reagrupar (art. 16.2). Sin embargo, nadie sigue la postura de considerarlos autónomamente, sino que confluyen diversas posiciones relativas al carácter fundamental y al contenido:

Un reducido sector doctrinal afirma que el artículo 16.1 LOE recoge un único derecho fundamental a la vida en familia y a la intimidad familiar reconocido por el artículo 18 CE a toda persona²⁴. Llegan a esta conclusión atendiendo tácita o expresamente, según los casos, tanto al tenor de la LOE como a los textos internacionales y lo consideran dotado de una doble vertiente, derivada de los tratados, que consiste en lograr la reunión familiar y evitar injerencias²⁵. Sin embargo, en su mayoría no se decantan por el carácter fundamental del derecho de reagrupación familiar que se derivaría de aquel²⁶.

²⁴ E. Aja y M. A. Cabellos, "La reagrupación familiar", en *La nueva regulación de la inmigración en España*, coord. por E. Aja, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 136-145; R. M. Moliner Navarro, "Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España", en *Actualidad Civil*, núm. 14, 2001, pp. 487-519; F. Alonso Pérez, "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, 2004, de 28 de abril, pp. 1-3; I. Arriaga Iraburu, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Pamplona, 2003, p. 287; L. Moreno Blesa, "Reagrupación familiar", en *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, coord. por J. M. Campo Cabal, Civitas, Madrid, 2001, pp. 139-154, p. 140.

²⁵ I. Arriaga Iraburu, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit., pp. 289-291; L. Moreno Blesa, "Reagrupación familiar", cit., pp. 139-154, especialmente p. 140.

²⁶ No se pronuncian o, como Moliner Navarro, opinan que sigue siendo necesario encontrar un fundamento más sólido para categorizar en toda su dimensión un derecho fundamental a la reagrupación familiar (R. M. Moliner Navarro, "Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España", cit., pp. 487-519, p. 492.). En cambio, claramente a favor de su carácter fundamental, E. Aja y M. A. Cabellos, "La reagrupación familiar", cit., pp. 136-145, p. 138.

Defienden otros autores la distinción entre el derecho fundamental a la intimidad familiar y el derecho a la vida familiar en cuanto principio rector, del que la reagrupación familiar sería un mero derecho instrumental, parte de su contenido²⁷. Sólo si fundamentamos la reagrupación en este último precepto constitucional, será posible aceptar la diferencia de trato que se da en la aplicación del derecho a la vida familiar entre españoles y extranjeros y entre los propios extranjeros según sus nacionalidades o por circunstancias humanitarias, como es el caso de los refugiados.

De cualquier modo, pasemos a analizar la última postura, a nuestro juicio más plausible, desde sus elementos dogmáticos, los definatorios tanto de los derechos fundamentales como de los principios rectores, para cimentar la distinción y aplicarla a los derechos de los extranjeros, en concreto al de reagrupación familiar.

II. FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

1. Derechos fundamentales

La Constitución Española²⁸ establece al inicio de su Título I, de los derechos y deberes fundamentales, en el artículo 10, apartado 2, que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se

²⁷M. Moya Escudero, "El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de extranjería", en *La Ley*, núm. 4982, (D-25 vol.1) 2000, de 1 de febrero, pp. 1691-1703, p. 1693; J. L. Gómara Hernández, E. Azparren Jover, E. De la Iglesia Palacios y D. Agorreta Ruiz, *Prontuario de Extranjería*, DAPP, Pamplona, 2005, pp. 243-247; P. Santolaya Machetti, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, cit., pp. 13-62; M. González Beilfuss, "El reagrupament familiar", en *III Simposi OBSEI "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", en *Anuario da Facultade 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", en *Spanish Yearbook of International Law*, núm. VII, (1999-2000) 2003, pp. 1-37; C. Gutiérrez Espada, "El derecho de reunificación familiar del extranjero en España (desde la perspectiva de un internacionalista)", en *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 19, (septiembre) 2003, pp. 103-122; M. Aguilar Benítez de Lugo y H. Grieder Machado, "La reagrupación familiar de los extranjeros en España", en *El nuevo Derecho de extranjería*, coord. por A. Rodríguez Benot y C. Hornero Méndez, Comares, Granada, 2001, pp. 97-143; C. Esplugues Mota y M. De Lorenzo Segrelles, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España: (análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 70-75. Con anterioridad a la aprobación de la LOE, vid. J. J. Ezquerro Ubero, "El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable", en *Migraciones*, núm. 1, 1997, pp. 177-215, especialmente p. 189. También la doctrina extranjera defiende esta postura. Vid. F. Jault-Seséke, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, LGDJ, Paris, 1996, especialmente pp. 17-63.

²⁸BOE núm. 311, de 1 de 29 de diciembre de 1978.

interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Conviene precisar los términos empleados en este precepto básico, pues de ello depende el rigor y la coherencia del desarrollo posterior²⁹:

Derechos constitucionales. La doctrina es pacífica en designar los derechos fundamentales como aquellos que se encuentran reconocidos constitucionalmente³⁰, lo cual coincide con el tenor del artículo 10.2 CE. Sin embargo, en España hay dos posturas respecto al alcance de esta expresión:

- El Tribunal Constitucional ha considerado tradicionalmente como derechos fundamentales exclusivamente a los que se reconocen en la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero de la Constitución, denominándose al resto “derechos constitucionales”³¹, artículos 15 al 29 además del 14, sobre igualdad. Tal Sección se denomina “Derechos fundamentales y libertades públicas” y su articulado es el único invocable para obtener la protección jurisdiccional del recurso de amparo (artículo 53.2 CE).

- Un amplio sector doctrinal opina sin embargo, que dejar de reconocer la condición de fundamentales a aquellos derechos de los que se ocupa la Sección Segunda, de “Derechos y deberes de los ciudadanos”, artículos 30 al 38 CE, significaría contravenir los textos internacionales en que sí se les reconoce tal carácter, por lo que consideran que deben incluirse, pues vienen caracterizados, como veremos, por “la vinculación al legislador y la protección judicial efectiva de ella derivada”³². Esgrimen estos autores un parcial acogimiento de este criterio por la jurisprudencia constitucional. Un ejemplo de trascendencia para nuestro trabajo por afectar a uno de los familiares reagrupables es el derecho a contraer matrimonio en igualdad de condiciones.

Para adoptar una determinada postura, deberemos distinguir, en primer lugar, entre “los derechos fundamentales” y “las normas *relativas* a los mismos”, para

²⁹ Como se ve, partimos de una base, ausente todavía de la condición “extranjero”, necesaria para comprender la evolución jurisprudencial española.

³⁰ En cuanto a la diferencia con los “derechos humanos”, sería meramente de uso, siendo habitual esta expresión en los textos internacionales y la otra, “fundamentales”, en el ámbito interno. *Cfr.* A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª edic., Tecnos, Madrid, 1991, pp. 29-38.

³¹ *Cfr.* STC 160/1987, sobre el carácter fundamental de la objeción de conciencia, art. 30.2 CE.

evitar caer en el positivismo epistemológico de una primera etapa jurisprudencial en materia de extranjeros, y para poder recurrir, en segundo lugar, a una interpretación teleológica, por la que: se asumen los textos internacionales, se descarta el posible conflicto de derechos, se consolida el fundamento ontológico, se aplica el principio de proporcionalidad y finalmente se centra el esfuerzo hermenéutico en la determinación del contenido esencial de cada derecho fundamental.

Dogmática de los derechos fundamentales. La evolución de la jurisprudencia constitucional española y del TEDH se orienta ya hacia la línea exegética comentada, la teleológica, adoptando por el momento, si bien de modo incompleto, el mencionado criterio de proporcionalidad. Por tanto, el horizonte interpretativo de la teoría general expuesta será alcanzado cuando los Tribunales resuelvan del siguiente modo: siguiendo a Alexy en el análisis estructural y asumiendo el fundamento ontológico para que pueda aplicarse en todo caso, siendo pues general y coherente, el conflicto sólo se podrá dar entre reglas, desplazando una a la otra. En el supuesto de los principios, lo que sucederá es que uno precederá a otro en determinadas circunstancias: éstas constituyen el supuesto de hecho de una regla - norma adscrita de derecho fundamental, *v. gr.*, una Sentencia del Tribunal Constitucional - , que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. Superado así el conflictivismo, podemos desarrollar una serie de afirmaciones³³:

- El derecho fundamental es una posición jurídica fundamental, en la que — mediante una norma iusfundamental— se encuentra un sujeto en relación con un objeto y con otros sujetos.

- El objeto de un derecho fundamental es un bien jurídico fundamental, que lo es por su condición de exigencia básica de la condición humana para la vida de la sociedad. Prescindir de la fundamentación ontológica impediría distinguir a los derechos fundamentales de los restantes derechos y a los derechos fundamentales entre sí.

³² P. Santolaya Machetti, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, cit., pp. 33-35.

³³ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1ª edic., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 62-114; *vid. in extenso* J. Cianciardo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Navarra, 2000.

- Existe una distinción ontológica y estructural entre, por un lado, las normas iusfundamentales, que tienen un contenido regulable y limitado y por otro, los derechos fundamentales, que son ilimitables y limitados.

- Partiendo del fundamento ontológico del derecho fundamental, podemos afirmar que este constituye un límite al poder estatal, de tal modo que toda intervención pública debe respetar el principio de proporcionalidad: adecuada al fin, la medida más moderada de entre todas las igualmente eficaces y proporcionada, en la ecuación costes-beneficios y en el respeto del contenido de los derechos involucrados.

- La conexión del artículo 53.1 CE con el artículo 9.2 CE pone de manifiesto que la garantía del contenido esencial ha de entenderse también con un contenido positivo, constitutivo de un mandato dirigido a los poderes públicos de realizar una “política de derechos fundamentales”, es decir, de asumir una posición activa en la promoción de los derechos. Esto resalta la faceta prestacional de los mismos y hace que se puedan entender como derechos subjetivos a la vez que instituciones.

- El contenido esencial es una garantía, complementaria con la proporcionalidad, frente a su limitación legal inconstitucional y un mandato al legislador para que promueva los derechos fundamentales.

- La determinación del contenido esencial, por ser este una realidad compleja, es abierta y de carácter teleológico. Esto es, variará según las circunstancias históricas y dependerá de la finalidad perseguida por el derecho fundamental de que se trate.

- No es posible hablar de conflictos entre derechos fundamentales pues estos, como objetos exigidos por la naturaleza humana, nacen ajustados unos con otros. La convergencia de intereses contradictorios sobre el mismo objeto no invalida la afirmación anterior, porque los intereses, las aspiraciones, no son *per se* derechos, y porque la sociabilidad forma parte de la naturaleza humana. Cada derecho no es antisocial, ni puede ser reconocido prescindiendo de las exigencias básicas de las demás personas.

Vistos los rasgos definitorios de los derechos fundamentales, no parece que en España debamos reconocer como tales únicamente a los recogidos en la Sección

Primera del Capítulo Segundo, Título Primero de la Constitución, sino a todos los reconocidos en las dos primeras Secciones del Capítulo Segundo de su Título Primero.

2. Principios rectores

Después de conocer los atributos de los derechos fundamentales, resta la calificación de los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I, artículos 39 a 52), entre los que se encuentra el de la protección a la familia. Desde el punto de vista dogmático, estos principios son considerados como mandatos de optimización de las posibilidades fácticas, esto es, como máximos de adecuación y de necesidad³⁴. No se trata, por tanto, de derechos que se impongan constitucionalmente frente al legislador, sino de pretensiones comunitarias que la Constitución incorpora a fin de justificar determinadas políticas públicas, demandas sociales cuya satisfacción depende primordialmente de las disponibilidades económicas del Estado³⁵.

Este planteamiento dificulta la aplicación de lo establecido en el artículo 10.2 CE a los principios rectores en cuanto mandatos de optimización, pues carecerían de contenido esencial y no podrían cambiar de naturaleza jurídica al ser interpretados conforme a los Tratados internacionales para trocarse en derechos fundamentales.

Sin embargo, analizando algunos de los principios rectores del Capítulo III, entre ellos el artículo 39 CE, descubrimos que contienen exigencias específicas al legislador, lo cual implica un cierto contenido esencial que debe ser respetado. Si ello es así, el contenido esencial del mandato, igual que en el derecho fundamental, ya es una garantía, complementaria con la proporcionalidad, frente a su limitación legal, que en el caso de los mandatos de optimización no será inconstitucional, pero deberá justificarse, con carácter cualificado si además consiste en una reforma regresiva.

Como muestra de la indisponibilidad reconocida a un principio rector, además de su configuración legal, la STC 37/1994, de 10 de febrero, establece: “(a) El art. 41 CE impone a los poderes públicos la obligación de establecer -o mantener- un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros

³⁴ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 62-114.

términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público «cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo... un núcleo o reducto indisponible por el legislador» (STC 32/1981, fundamento jurídico 3.), de tal suerte que ha de ser preservado «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (STC 26/1987, fundamento jurídico 4., y 76/1988, fundamento jurídico 4.).

c) Salvada esta indisponible limitación, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (SSTC 65/1987, fundamento jurídico 17, entre otras).”

III. EL MANDATO DEL ARTÍCULO 39.1 CE

3.1. Contenido

En la STC 222/1992 de 12 de diciembre, sobre una cuestión de inconstitucionalidad, se concretan algunos aspectos fundamentales del contenido que puede atribuirse al principio rector de protección a la familia:

- “Es claro que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo tal mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte «a priori» constitucionalmente obligado. Tan claro como esto es, sin embargo, que, configurado por la Ley un determinado mecanismo o expediente para la protección familiar, su articulación concreta deberá llevarse a cabo en el respeto a las determinaciones de la Constitución y, muy específicamente, a lo que impone el principio de igualdad (FJ 4º).”

- Queda incluido en el concepto constitucional de «familia», el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, con abundante

³⁵ P. Santolaya Machetti, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, cit., pp. 36-42.

fundamentación legal y jurisprudencial, además de los supuestos que no tienen su origen en el matrimonio (FJ 5°).

- “La protección constitucional de la familia puede dar lugar no sólo a la adopción de normas que tienen como objeto directo a la unidad familiar existente, sino al establecimiento, también, de ventajas o beneficios de vario tipo con fundamento en una previa relación familiar disuelta o extinguida «mortis causa» (FJ 4°).”

- “El mandato de protección a la familia no entraña, sin más, un deber para los poderes públicos de dispensar tal amparo, indeferenciadamente y sin matices, a todo género de unidades familiares, siendo evidente que puede el legislador diferenciar entre unas y otras en atención, por ejemplo, a criterios de necesidad relativa o a otros que resulten igualmente racionales (FJ 4°)”.

- “Los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas (FJ 6°).”

2. Protección

Puede observarse la vinculación del legislador en un pronunciamiento sobre una materia más próxima a la protección de la familia, la filiación adoptiva, en relación con el artículo 14 CE (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 6°): “La Constitución no contiene una definición del instituto de la filiación, dejando un amplio espacio a la regulación del legislador, el cual se encuentra obviamente vinculado y constreñido por distintos mandatos constitucionales, entre ellos, en lo que ahora interesa, por la prohibición de discriminación por razón de nacimiento (art. 14 CE), en cuanto comprensiva de la igualdad entre las distintas clases de filiación, así como por la obligación de asegurar «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación» (art. 39.2 CE).”

Más concretamente, el ATC 275/1994, de 18 de octubre, también fundamentado en la discriminación del artículo 14 CE en relación con el artículo 39.1 CE, establece que “para que pudiera apreciarse la vulneración del mandato constitucional de protección de la familia sería preciso que el legislador estableciera un régimen jurídico que dispensara un peor trato a los sujetos pasivos integrados en unidades familiares por comparación a los sujetos no integrados en tales unidades; en tal supuesto, los términos de comparación deberían estar constituidos por los sujetos que forman parte de una familia y los que no se integran en familia alguna.”

Podemos añadir, a modo de confirmación de todo lo expuesto, dos afirmaciones taxativas de la STC 116/1999, de 17 de junio, en un recurso de inconstitucionalidad: “: “el art. 39.1 CE no regula, en puridad, ningún derecho o libertad pública(FJ 3º), (...): la Constitución garantiza el instituto de la familia y, por ende, la existencia de «un reducto indisponible o núcleo esencial» del mismo (STC 32/1981, fundamento jurídico 3., últimamente reiterado en las SSTC 40/1998 y 109/1998), a cuya preservación «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (STC 26/1987, fundamento jurídico 4.)», la Constitución obliga”(FJ 13º).

De cualquier modo, sigue siendo posible la protección constitucional de un mandato de optimización en relación con otro derecho fundamental, la tutela judicial, también frecuentemente invocado. Así, cuando el acceso a la protección establecida en un principio rector es perjudicado por la falta de razonabilidad de una decisión judicial, puede prosperar un recurso de amparo que la considere lesiva del artículo 24.1 CE. Lo comprobamos en un asunto de extranjería en que la STC 95/2000 de 10 abril, refiriéndose a la resolución recurrida, afirma que resuelve el tema debatido en el proceso sobre la base de la no obtención por la interesada del visado para residencia, cuando lo cierto es que ésta se encontraba judicialmente eximida de tal requisito hasta que se decidiera definitivamente sobre la pretensión deducida en la jurisdicción contencioso-administrativa. Además, el TC consideró que la Sentencia impugnada incurría en una evidente falta de razonabilidad al ponderar y calificar la situación jurídica en España de la interesada, de la cual había derivado directamente la desestimación de la pretensión actora. Precisamente aquella desestimación había perjudicado el acceso de la ciudadana extranjera a la asistencia sanitaria proporcionada por el sistema público de Seguridad Social y, en último término, a la

protección de la salud a la que se refiere el artículo 43 CE. El hecho de que se trate de uno de los principios rectores de la política social y económica, lleva al TC a recordar que tales principios no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6º) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 CE, todo ello para justificar que la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (SSTC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2º y 126/1994, de 25 de abril, FJ 5º).

3. Calificación del derecho

Tras la separación en dos categorías diferenciadas de todos los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, podemos afirmar que nos encontramos ante un derecho fundamental a la intimidad familiar, en el artículo 18, además de otro a contraer matrimonio en igualdad, en el artículo 32, y un principio rector consistente en la protección de la familia, del artículo 39.1. El tratamiento de este último demanda una concreta interpretación, no ya para descubrir su carácter fundamental, sino para constatar su carácter cualificado y su alcance en nuestro ordenamiento, concretamente en su vertiente de reagrupación familiar, que podrá materializarse, siguiendo las calificaciones dogmáticas de Alexy, tanto en el derecho a una acción positiva fáctica, en que el extranjero puede solicitar la entrada de un determinado familiar, como en el derecho a una acción positiva normativa³⁶, según el cual se puede exigir al Estado bien la adecuación normativa de la reagrupación a la interpretación de acuerdo con los Tratados Internacionales o bien la transposición de la Directiva comunitaria sobre la materia, para permitir, *v. gr.*, el acceso de familiares no previstos legalmente.

³⁶ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 186-209.

CAPÍTULO II. CONSIDERACIÓN DEL DERECHO DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

I. INTERPRETACIÓN DE ACUERDO CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES

1. Criterio constitucional de vinculación a los Tratados. El artículo 10.2 CE

En un principio, el Tribunal Constitucional, que no ha dudado en incluir la Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título Primero en el ámbito de interpretación conforme a los tratados proclamado en el artículo 10.2 CE, sí lo ha negado al Capítulo Tercero del mismo Título al pronunciarse sobre la presunta infracción del artículo 39.4, según el cual, los niños gozarán en España de la protección prevista en el Acuerdos internacionales que velan por sus derechos (STC 36/1991, de 14 de febrero). Concluye que, en cierto modo, opera una recepción genérica de esas normas de protección que, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el caso del art. 10.2, no incorpora el contenido propio de derecho fundamental alguno, puesto que, en general (art. 53.3 CE) los principios reconocidos en el capítulo tercero del título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables (FJ 5º).

Esta circunstancia se debe, siguiendo los fundamentos de la misma Sentencia, a que el artículo 10.2 de la Constitución se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados Internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo

segundo del título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 CE, que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso.

Con mayor crudeza se refleja el grado de vinculación en la STC 186/2004, de 2 de noviembre (FJ 2º), que reconoce la notable virtualidad hermenéutica de los tratados internacionales (STC 263/1994, de 3 de octubre, FJ 3º) y su claro valor interpretativo a la luz de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, pero sostiene que no le corresponde, al conocer un recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia per se de textos internacionales que obliguen a España, sino tan sólo comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC), citando las SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 3º; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 2º; y 56/2003, de 24 de marzo, FJ 1º.

2. Criterio legal de vinculación a los Tratados. El artículo 3 LOE

Acabamos de comprobar que el Tribunal Constitucional se muestra remiso a una posible aplicación del artículo 10.2 CE también al principio rector que nos ocupa, justificable por el hecho de que dispone de cierto contenido esencial. Caso de admitirse, no quiere ello decir que lo convierta en derecho fundamental, sino que impone, como veremos a continuación con la jurisprudencia constitucional, la interpretación del contenido del derecho según la definición internacional que se otorgue al mismo. Esta extensión del alcance puede verse no sólo en la ubicación del artículo 10.2 CE dentro del Título I, sino también, con carácter particular en el artículo 3.1 LOE. De esta aseveración se derivaría un criterio legal absoluto de vinculación a los Tratados y otro criterio constitucional relativo.

En efecto, el artículo 3 LOE, sobre derechos de los extranjeros e interpretación de las normas, en su apartado 1, establece el reconocimiento, a los extranjeros, del goce “en España de los derechos y libertades reconocidos en el

Título I de la Constitución *en los términos establecidos en los Tratados internacionales*, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”. Esta disposición es tímidamente innovadora respecto al artículo 13.1 CE, que sólo se refiere al goce en España de las libertades públicas, pero en definitiva recoge lo que ya estableció el Tribunal Constitucional desde sus primeros pronunciamientos al respecto³⁷. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el mencionado artículo constitucional ha sido el fundamento básico para desarrollar los derechos de los extranjeros desde la primera Ley Orgánica³⁸, de 1985.

Continúa el apartado segundo del artículo 3 LOE con una disposición de mayor trascendencia si cabe, pues se especifica 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 signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas"³⁹. Esta cláusula es de gran trascendencia para la reagrupación familiar, pues “a contrario esto significa que la identidad cultural que hemos considerado como uno de los objetivos de la educación de los extranjeros puede consistir en creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales diversos a los derechos incluidos en la Declaración Universal y demás Tratados internacionales”⁴⁰, creencias

³⁷ E. Rojo Torrecilla, "Inmigración y derechos humanos: retos y perspectivas", en *Jueces para la Democracia*, núm. 44, (julio) 2002, pp. 54-66.

³⁸ LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. *BOE* núm. 158, de 3 de julio 1985.

³⁹ El subrayado es nuestro.

⁴⁰ E. Aja, "Aspectos jurídicos de la integración social de los inmigrantes", en *II Encuentro de jóvenes investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo, Barcelona, 17 - 18 de diciembre, 2004*, disponible en <<http://www.pcb.ub.es/idp/esp/recerca/immigra/jovenes/encuentro.htm>>. Sobre esta dicotomía, *vid.* A. Colomer Viadel, "Evolución de las normas sobre inmigración en Europa. Entre la integración solidaria y la desconfianza temerosa.", en *La inmigración en España*, coord. por A. Eiras Roel y D. González Lopo, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 253-265. El autor afirma que “nos hemos parapeteado en la desconfianza temerosa y en una pretensión asimiladora que tiene bastante de genocidio cultural y desconoce la fecundidad del mestizaje de las sociedades multiculturales”.

legitimadas por las leyes internas de algunos Estados de origen, especialmente en relación con el trato discriminatorio entre sexos⁴¹.

Sin embargo, ante el reto de afrontar los requerimientos de la inclusión identitaria en las sociedades multiculturales, Zaccaria pone el énfasis en el esfuerzo por conseguir la universalización, no universalidad, de los derechos humanos, tomando las culturas como punto de partida para "la individuación de lo que es universalmente digno de reconocimiento o universalmente intolerable, pero no el punto de llegada capaz de definir *in toto* los parámetros de la convivencia⁴².

3. Jurisprudencia

El TC en su Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, clarificó que se dan tres categorías distintas de derechos para los extranjeros conforme a los artículos constitucionales analizados en el capítulo primero: derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos (imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc.), derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (artículo 23 con la salvedad que contiene) y 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.

En sentencias posteriores, el Alto Tribunal, parece decantarse por el criterio de los "propios términos" para declarar que en la tercera categoría apuntada, deben enmarcarse todos aquellos derechos reconocidos sin distinción de nacionalidad e

⁴¹ A. Mezghani, "Le juge français et les institutions du droit musulman", en *J.D.I.*, núm. 3, (Juillet-Août-Septembre) 2003, pp. 721-765. Se plantea el autor qué sentido tiene el compromiso del Estado de respetar la igualdad de sexos si la subordina al respeto de su derecho interno que es por definición inigualitario. Añade que si el Derecho internacional público no ha encontrado una respuesta adecuada, la inaplicación internacional de la ley interna podría constituir una. El respeto de los derechos del hombre es también una obligación de *jus cogens* que ningún Estado se encuentra autorizado a transgredir (p. 765). Un supuesto muy claro sería la mutilación genital femenina. *Cfr.* M. D. Adam Muñoz, *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del derecho internacional privado*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba e Instituto Andaluz de la Mujer, Córdoba, 2003.

⁴² G. Zaccaria, "Tolerancia y política de reconocimiento", en *Persona y Derecho*, núm. 49, 2003, pp. 107-124. Concluye el autor: "La idea de cultura que hago mía es una idea abierta, fluida, no autorreferencial o estática. Olvidar esto significa paradójicamente sustituir el individualismo, que indudablemente ha acompañado durante mucho tiempo a la justificación del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales, por otra forma de individualismo: el individualismo de los grupos, las culturas o las comunidades.

incluso los reconocidos sólo a nacionales españoles, en la medida en que así lo decida el legislador estatal o internacional (STC 115/1987).

Respecto al límite que constriñe al legislador en la denominada configuración legal del contenido del derecho⁴³, la jurisprudencia constitucional ha evolucionado de una concepción del contenido esencial indisponible constitucionalmente declarado hacia la postura por la cual debe atenderse además a lo establecido por los Tratados que vinculen a España (STC 84/1993)⁴⁴. De este modo, el Tribunal Constitucional afirma que los Tratados internacionales confieren a los contenidos de los derechos el “perfil exacto” querido por la Constitución (SSTC 254/1993, 42/1994 y 91/2000).

El Tribunal Constitucional todavía no se ha pronunciado sobre el fondo de la cuestión. Como indica en el ATC 95/2004, de 23 marzo, “(e)n el supuesto presente, el órgano proponente cita como preceptos constitucionales infringidos por el artículo 25.1 LOE los arts. 18.1 y 39.1 CE. Sin embargo, el Auto de planteamiento de la cuestión carece de toda explicación acerca de las razones por las que el órgano judicial entiende que el precepto legal es contrario al artículo 39.1 CE (...) (y) se limita a acumular argumentos aislados que no resultan vertebrados a través de una línea discursiva de desarrollo que muestre una conexión coherente entre ellos para justificar la supuesta infracción del artículo 18.1 CE por parte del precepto cuestionado.”

Ante la indefinición de nuestra jurisprudencia constitucional en relación con el contenido del derecho de reagrupación familiar, debemos acudir a continuación a la regulación que se le da en los textos internacionales, sólo amparados por la remisión legal del artículo 3.1 LOE, pues la legitimidad constitucional con base en el artículo 10.2 CE no es segura mientras la reagrupación sea considerada, como parece, la manifestación de un principio rector.

⁴³ Jiménez de Parga divide estos derechos entre configuración legal no desconstitucionalizadora -diferencias de tratamiento que no permiten la afectación del contenido esencial del derecho- y plena configuración legal -derechos vinculados a la nacionalidad, destacando el de igualdad, libertades de residencia y de circulación y el derecho de petición) y finalmente, derechos fundamentales vinculados a la nacionalidad (sufragio). M. Jiménez de Parga, "Justicia constitucional e inmigración", en *Persona y Derecho*, núm. 49, 2003, pp. 15-31.

⁴⁴ M. Arcos Vargas, "Nacionales, ciudadanos y extranjeros circulan en territorio comunitario", en *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en Derechos Humanos*, coord. por J. A. Carrillo Salcedo, Akal, Madrid, 2002, pp. 209-228; J. Tajadura Tejada, "Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 7, (noviembre) 2004, pp. 9-52.

II. TRATADOS INTERNACIONALES

1. **Ámbito universal**

En la Declaración Universal de Derechos del Hombre⁴⁵ se establece, por un lado, que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (art. 16.3)⁴⁶, mientras que por otro se afirma que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia (...)” (art. 12 DUDH).

Además, respecto a la creación de este “elemento natural y fundamental de la sociedad”, se establece que “(1) Los hombres y las 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” (art. 16 DUDH).

Los demás tratados internacionales de ámbito universal⁴⁷ abundan en esa doble dimensión del reconocimiento del derecho a la vida en familia iniciada por la Declaración Universal: El artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁸, de 19 de diciembre de 1966 tiene idéntico tenor, mientras que el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁹, de 19 de diciembre de 1966, establece además la necesidad de 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”.

⁴⁵ Resolución 217/III, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 10 de diciembre de 1948.

⁴⁶ Obsérvese que el art. 39.1 CE se formula a modo de respuesta del presente precepto.

⁴⁷ Para un análisis *in extenso* del mismo, *vid.* A. Álvarez Rodríguez, “La entrada en vigor de la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990”, en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 2, (marzo) 2003, pp. 9-51; también, de la misma autora, “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990”, en *Migraciones*, núm. 5, 1999, pp. 121-160.

⁴⁸ Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977, *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977.

⁴⁹ Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977, *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977.

Debemos anotar, por su incidencia, dos textos sectoriales promovidos por la ONU. El primero de ellos es el Convenio sobre los derechos del niño⁵⁰, de 20 de noviembre de 1989, que en el artículo 9 reconoce el derecho del niño a no separarse de sus padres, mientras que en el artículo 10 recoge el derecho de reunificación familiar, por el que toda solicitud a efectos de reunión debe ser atendida de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los artículos 28 y 29 se refieren al acceso a la educación de calidad que favorezca el desarrollo de su personalidad. Como señala Jault-Seseke, el Convenio no obliga a los Estados parte a autorizar la reagrupación, simplemente recuerda su fundamento humanitario y recomienda su favorecimiento⁵¹.

Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias. La dimensión internacional de la reagrupación familiar más completa regulada hasta el momento es la del Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, de 18 de diciembre de 1990, que aunque no ratificado por ningún Estado de la UE, entró en vigor el primero de julio de 2003⁵².

En el ámbito personal del Convenio, se reconocen como “familiares” a “las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate” (art. 4).

En cuanto a la familia como tal, aunque no se la define sí, en cambio, se reitera lo ya dispuesto desde la Declaración Universal y así, el primer apartado del

⁵⁰ Ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, *BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

⁵¹ F. Jault-Seseke, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, cit., p. 32.

⁵² Convenio adoptado en Nueva York, por la Resolución 45/158 de 18 de diciembre de 1990 de la Asamblea General de Naciones Unidas. Estados parte: Argelia, Argentina, Azerbaiyán, Bangladesh, Belice, Benin, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Camboya, Cabo Verde, Chile, Colombia, Comores, Ecuador, Egipto, El Salvador, Filipinas, Gabón, Ghana, Guatemala, Guinea, Guinea-Bissau, Guyana, Honduras, Indonesia, Kirguzstan, Lesotho, Liberia, Jamahiriya Árabe Libia, Mali, México, Marruecos, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Árabe Siria, Sao Tome e Principe, Senegal, Serbia y Montenegro, Seychelles, Sierra Leona, Sri Lanka, Tayikistán, Timor-Leste, Togo, Turquía, Uganda, Uruguay. *Vid.* A. Álvarez Rodríguez, "La entrada en vigor de la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990", cit., pp. 9-51; K. Jastram, "Family unity: the new geography of family life", en *Migration Information Source: Selected Readings on Migration, Refugees and Integration (June 2002 - August 2003)*, dir. por J. Pattee, Migration Policy Institute, 2003, pp. 31-34, disponible en <<http://www.migrationpolicy.org>>.

artículo 44, además de reconocerla como “el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado”, impone a los Estados Partes la adopción de “medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio”.

La reagrupación familiar viene reconocida en el siguiente apartado con un tenor que otorga cierto margen de discrecionalidad: “Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo”.

Observamos que el ámbito personal del Convenio tiene mayor alcance que el de la reagrupación reconocida en el mismo, puesto que para poder reagrupar a los hijos, estos no sólo deben estar a cargo del reagrupante, sino que además deben ser solteros y menores de edad. Además los otros familiares a cargo sólo se admitirán, conforme al apartado tercero del mismo artículo 44, por razones humanitarias. Respecto al cónyuge no hay variaciones.

En la que podríamos denominar fase de integración de los familiares, una vez que ya han sido reagrupados en el Estado de acogida, o “de empleo”, como es designado por el Convenio, estos tendrán reconocido el acceso en igualdad de condiciones con los nacionales a la enseñanza, los “servicios de orientación y capacitación vocacional”, los servicios sociales y de salud y a la vida cultural y la participación en ella (artículo 45.1).

También en los siguientes apartados se concretan aspectos relacionados directamente con la integración de los hijos en el sistema escolar local mediante la enseñanza del idioma local, la enseñanza de su lengua y cultura maternas y planes especiales de enseñanza en su lengua materna.

La autorización de residencia independiente de los reagrupados por fallecimiento del trabajador migratorio o de disolución del matrimonio, viene recomendada al Estado de empleo con base en la consideración de la unidad de la familia y el período de tiempo que esos familiares hayan residido en él. En caso

negativo, se prevé la concesión de un “tiempo razonable para arreglar sus asuntos en el Estado de empleo antes de salir de él” (artículo 50).

2. **Ámbito regional. El Consejo de Europa**

En el ámbito del Consejo de Europa, destaca la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961⁵³, que concreta la protección debida y establece en su artículo 16 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”. 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”.

También debemos citar el Convenio relativo al Estatuto jurídico del trabajador migrante, de 24 noviembre de 1977, que en su artículo 12, apartado primero, reconoce el derecho de reagrupación familiar⁵⁴, pero que lamentablemente sólo afecta a trabajadores nacionales de un Estado parte que se desplacen al territorio de otro Estado parte, además de que el tercer apartado del mismo artículo permite al Estado parte suspender temporalmente la obligación de atender a las reagrupaciones en determinadas partes de su territorio. Esta limitación viene justificada, tal como apunta Cholewinsky, por el momento histórico en que se negoció el Convenio, posterior al declive de la migración laboral a la Europa del Este en los años 1973-74⁵⁵.

De cualquier modo, es preciso destacar, dentro del Convenio de Roma (CEDH), el artículo 8, como formulación acabada y susceptible de mayor aplicación:

⁵³ Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, *BOE* núm. 153, de 26 de junio de 1980. Aunque no afecta a los artículos mencionados, téngase en cuenta la Carta Social revisada del Consejo de Europa, de 3 de mayo de 1996, que entró en vigor el primero de julio de 1999, *Council of Europe Treaty Series*, núm. 163. Firmada por España el 23 de octubre de 2000, pero todavía no ratificada.

⁵⁴ Convenio relativo al Estatuto jurídico del trabajador migrante, hecho en Estrasburgo el 24 noviembre de 1977, ratificado por España el 6 de mayo de 1980, *BOE* núm. 145, de 18 de junio de 1983.

⁵⁵ R. Cholewinski, "The protection of the right of economic migrants to family reunion in Europe", en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 43, (july) 1994, pp. 568-598.

reconoce a toda persona el derecho al “respeto de su vida familiar” y prohíbe toda injerencia de la autoridad pública en su ejercicio que no esté prevista legalmente y sea necesaria. Le dedicaremos el capítulo siguiente.

3. Sistema de protección internacional de los derechos humanos

En cuanto a la protección internacional de la reagrupación familiar considerada en el ámbito de los Derechos Humanos, conviene tener en cuenta, como apunta Villán Durán, que desde 1945 hasta la fecha, tanto la ONU y sus organismos especializados o subsidiarios como las Organizaciones regionales, 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 procesales⁵⁶. Dicho entramado se traduce en los diferentes procedimientos de reclamación por presuntas violaciones de derechos humanos:

- El procedimiento de informes periódicos tiene poca relevancia práctica en España y para ello, el Ejecutivo debiera, por un lado, cumplir con su deber de presentar los informes y, por otro lado, incorporar las ONG de derechos humanos al proceso de redacción de los mismos⁵⁷. Estas últimas, además, debieran ser más activas en el seguimiento de la atención prestada a las observaciones finales y recomendaciones emanadas de los distintos Comités (de Derechos Humanos, de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los Derechos del Niño, contra la Tortura, para la Eliminación de la Discriminación Racial,...).
- Los procedimientos de quejas individuales en el mecanismo convencional cuasicontencioso pueden incoarse en España una vez agotados los recursos judiciales internos, ya apuntados, ante tres Comités y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, rigiendo la regla *non bis in idem*, por la que sólo se escogerá el mecanismo más beneficioso de entre los cuatro para cada caso concreto. 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.

⁵⁶ C. Villán Durán, "La protección internacional de los derechos humanos: el sistema universal y su vigencia en España", en *Humana Iura*, núm. 10, 2000, pp. 61-110.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 107.

- 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* para los distintos mecanismos convencionales contemplados en este apartado, cuyos exponentes más relevantes en España, en relación con el objeto de nuestro trabajo, son: 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.

Como puede deducirse, estos mecanismos supranacionales son asimilables a una institución de ámbito estatal, el Defensor del Pueblo, que a juicio de numerosos autores juega un papel fundamental en la protección de los derechos recurriendo a los textos internacionales, y que ha demostrado hacerlo no sólo para resolver cuestiones individuales sino también en el análisis de problemas de mayor envergadura⁵⁸. Sin embargo, este tipo de tutela dista mucho de satisfacer los intereses de las familias afectadas en cada caso, por lo que se hace preciso recurrir a la protección jurisdiccional del derecho de reagrupación familiar. A continuación, profundizaremos en el mecanismo convencional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el más eficaz en la materia que nos afecta.

III. EL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO DE ROMA

1. La necesaria interpretación del derecho a la reagrupación familiar de conformidad con los principios reconocidos por el artículo 8 del Convenio de Roma

Como veremos al analizar el ámbito comunitario, el criterio legal de interpretación de los derechos de los extranjeros que en España establece con carácter general el artículo 3 LOE, se singulariza, dentro del ámbito comunitario, en la Directiva sobre reagrupación familiar, objeto del siguiente capítulo. Concretamente, en el segundo inciso del segundo considerando de dicha Directiva, el

⁵⁸ L. C. Reif, "Building Democratic Institutions: The Role of National Human Rights Institutions in Good Governance and Human Rights Protection", en *Harvard Human Rights Journal*, núm. 13, (spring) 2000, pp. 1-70.

legislador comunitario descende a la norma fundamental por la cual se reconoce el derecho de reagrupación: “La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

El supuesto merece un ejercicio de teoría jurídica⁵⁹: la Directiva, como regla, condiciona el ejercicio del derecho y no puede impedir el cumplimiento del fin del derecho reconocido en las normas iusfundamentales, primero las positivas, directamente establecidas tanto en el Convenio de Roma como en la Carta de la Unión⁶⁰ —considerada, en relación con aquel, como mecanismo de protección en el interior del sistema de la UE y dotada de carácter constitucional⁶¹—, calificables como principios, y después las enunciadas por el TEDH en interpretación del artículo 8 CEDH, denominadas normas adscritas de derecho fundamental, calificables como reglas⁶².

A pesar del grado de discrecionalidad de que disponen los Estados miembros en el momento de transponer Directivas, no sería concebible que los fundamentos del régimen de reagrupación establecidos en los Estados afectados, en concreto España, fueran diferentes a los comunitarios. Esta necesaria armonía entre los ordenamientos impone una interpretación muy concreta, teniendo en cuenta además, que al encontrarse este derecho, entre otros tantos, directamente establecido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 7), el derecho migratorio está ahora basado en derechos y no en la discrecionalidad⁶³. Conviene no olvidar, sin

⁵⁹ Seguimos aquí el análisis estructural más aplaudido por la doctrina. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 62-114.

⁶⁰ DOCE C 200 de 8 de febrero de 2000. Constituye la Parte II del proyecto de Constitución europea, recogiendo en su art. 7 (art. II-67 en el Tratado) el derecho que toda persona tiene “al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones” (Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, DOUE C 310, de 16 de diciembre de 2004).

⁶¹ F. C. Mayer, “La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne”, en *RTD eur*, núm. 39, (2) 2003, pp. 175-196. El autor aclara que, en relación con el CEDH, la Carta es una protección en el interior del sistema de la UE (p. 190). También constata que la gran mayoría de juristas de derecho comunitario y derecho constitucional la consideran como un verdadero texto constitucional o cuasiconstitucional (p. 195).

⁶² Con este planteamiento, en el momento de aplicar la Directiva, el conflicto sólo se podrá dar entre reglas, desplazando una a la otra. En el supuesto de los principios, lo que sucederá es que uno precederá a otro en determinadas circunstancias: éstas constituyen el supuesto de hecho de una regla - norma adscrita de derecho fundamental, v. gr. una Sentencia del TEDH -, que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. Cfr. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 66-73.

⁶³ S. Peers, “Immigration, asylum and the European Union charter of fundamental rights”, en *European Journal of Migration and Law*, núm. 3, (2) 2001, pp. 141-169.

embargo, que esta institucionalización en materia de derechos fundamentales se ha recogido dentro del estatuto jurídico del ciudadano europeo, concepto que por definición excluiría a los extranjeros. Pero, paradójicamente, sin la nota de la generalización, es difícil que nos encontremos ante "verdaderos derechos fundamentales"⁶⁴.

Sería por tanto gratuito, en tales circunstancias, defender y demostrar la importancia del Convenio de Roma, precisamente por la interpretación que el Tribunal de Estrasburgo ha desarrollado de su artículo 8 y la especial acogida que la jurisprudencia constitucional le ha dispensado, cuando ya debe ser acatado por imperio de la ley. El principio de legalidad del artículo 9.3 CE así lo reconoce, siendo en este caso el principio comunitario el que informa la ley española.

2. Interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A través del cauce hermenéutico abierto por el artículo 6.2 del TUE, que remite directamente al CEDH⁶⁵, y tomando como eje el tenor de su artículo 8, que reconoce a toda persona el derecho al "respeto de su vida familiar" y prohíbe toda injerencia de la autoridad pública en su ejercicio que no esté prevista legalmente y sea necesaria⁶⁶, podemos recurrir a una determinación amplia del contenido del

⁶⁴ J. P. Rodríguez, "La ciudadanía europea como presupuesto de la Carta de derechos fundamentales", en *Persona y Derecho*, núm. 45, 2001, pp. 45-79 (p. 73).

⁶⁵ Art. 6.2 del TUE: "La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario." El mantenimiento de esta remisión en la citada Constitución europea, a la vez que la inclusión de la Carta en la Parte II, tiene sentido en el prolongado período en que la Unión tardará en adherirse efectivamente al CEDH. Esta adhesión, además, evitará posibles conflictos y contribuirá a reforzar la interdependencia entre el CEDH y el Derecho de la Unión. *Cfr.* J. Martín y Pérez de Nanclares, "El proyecto de Constitución Europea: Reflexiones sobre los trabajos de la Convención", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 15, 2003, pp. 527-572. Efectivamente, la Unión tardará en adherirse, a pesar de que el artículo I-7.2 de la Constitución europea la habilite e impela a ello ("procurará"), por el riesgo que supondría una decisión política desfavorable a la adhesión, que provocaría, en un futuro lejano, el debilitamiento de la protección de los derechos fundamentales ofrecida por el Consejo de Europa. D. Turpin, "L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne. Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe", en *RTD eur*, núm. 39, ((4) oct.-déc.) 2003, pp. 615-636. Sin embargo, se trata de un riesgo que se debe correr por sus ventajas, pues vincularía por igual a toda la Unión Europea, tanto a sus instituciones como a sus Estados miembros, además de que, por diversos indicios, parece una adhesión deseada por ambas partes. *Cfr.* S. Sanz Caballero, "Interferencias entre el Derecho comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, (enero-abril) 2004, pp. 117-158.

⁶⁶ El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Instrumento de Ratificación de 26 de

derecho que el TEDH ha elaborado con su interpretación evolutiva⁶⁷ en las demandas por vulneración del derecho al respeto de la vida familiar de los extranjeros⁶⁸.

A) *Vida familiar*

El Tribunal de Estrasburgo, en el caso de demandantes extranjeros, admite como constitutivos de vida familiar diversos vínculos, tanto jurídicos como fácticos y de consanguinidad:

- Parejas: matrimonio y unión de hecho se encuentran protegidos, si bien la mera convivencia debe probarse por medios de carácter cualificado, como la existencia de hijos comunes. Determinadas modalidades, como los matrimonios poligámicos u homosexuales, dependerán de su reconocimiento en el Estado demandado⁶⁹.
- Filiación natural y adoptiva. Los vínculos paternofiliales de cualquier relación están protegidos, incluso en caso de mayoría de edad de los hijos, en que se exigen elementos de dependencia más allá de los lazos emocionales normales (*Gül c/. Suiza*, de 19 de febrero de 1996).
- Ascendientes. En este caso se exige convivencia y dependencia⁷⁰.
- Otros familiares: igual que para los ascendientes, también se ha aceptado la vida familiar entre hermanos si además existe

septiembre de 1979, *BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979), establece en su artículo 8, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar, que:“(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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. También deben ser tenidos en cuenta los sucesivos Protocolos que enmiendan el CEDH, ratificados por España en su mayoría. Especialmente importante es el Protocolo núm. 11, de 11 de mayo de 1994, que modificó sustancialmente el mecanismo de protección. Ratificado por España el 16 de diciembre de 1996, entró en vigor el 1 de noviembre de 1998.

⁶⁷ A favor de esta interpretación evolutiva, *vid.* R. Bernhardt, "Evolutive Treaty Interpretation, especially of the European Convention on Human Rights", en *GYIL*, núm. 42, 1999, pp. 11-25. El autor cuña, para el supuesto que nos ocupa, la categoría de *new developments under old norms* (p. 20).

⁶⁸ Seguimos la síntesis elaborada en I. Arriaga Iraburu, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit., especialmente pp. 79-279.

⁶⁹ Decisión sobre la admisibilidad 19628/92 (*R.B. c/. Reino Unido*, 29 de junio de 1992, np). *Cfr.* S. Sanz Caballero, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las uniones de hecho", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2, 2003, pp. 2481-2498.

dependencia y convivencia. Sin embargo, las relaciones entre tíos y sobrinos y entre primos hermanos⁷¹, exigen un “vínculo familiar fuerte”⁷².

Se trata pues de una situación imprecisa en la que son determinantes las notas de “preexistencia” de la vida familiar (anterior, en caso de reagrupación, a la entrada del reagrupante: Sentencia *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c/. Reino Unido*, FJ 68) y efectividad.

La exigencia de vida familiar efectiva contempla, por un lado, cohabitación, admitiendo otras formas de contacto como visitas, correspondencia o llamadas telefónicas (Sentencia *Berrehab c/. Holanda*, de 21 de junio de 1988, FJ 21) y, por otro, dependencia material o económica. En la Sentencia *Pini-Bertani y Manera-Atripaldi c/. Rumanía*, de 22 de junio de 2004, en ausencia de cohabitación anterior o posterior a la decisión de adopción, se admitió que los padres adoptantes se habían comportado como tales (FJ 143), utilizando para ello el único medio que se les permitía: enviar cartas a la hija adoptiva (FJ 147).

Finalmente, no es admisible una diferencia de trato por razón de sexo (y cualquiera de las otras ya conocidas, como raza u origen nacional) en el sentido del artículo 14 del Convenio. Así se recoge en la Sentencia *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c/. Reino Unido*. Sin embargo, el Estado condenado modificó la norma otorgando una igualdad formal pero restringiendo, y por tanto impidiendo, la reagrupación. A pesar de que el TEDH no tiene en cuenta la posibilidad de que se tratara de matrimonios de conveniencia, Sanz Caballero opina que las circunstancias del caso dan que pensar en tal sentido, puesto que uno de los matrimonios se contrajo en un país asiático por un rito difícilmente calificable como legal y otro se celebró a las tres semanas de conocerse la pareja⁷³.

⁷⁰ Este supuesto se reconoció en la Decisión sobre admisibilidad 8244/78 (*Uppal, Singh y otros c/. Reino Unido*, DR 17, pp. 149-165).

⁷¹ Decisión sobre la admisibilidad 7768/77 (*Singh c/. Alemania*, de 28 de febrero de 1977, np).

⁷² En la decisión sobre la admisibilidad 7912/77 (*Singh y Bains c/. Reino Unido*, de 28 de febrero de 1979, np), el demandante, de 15 años, no había vivido nunca con su tío.

B) El respeto de la vida familiar como derecho de doble alcance

Para completar el contenido del derecho, es preciso acudir al segundo apartado del artículo 8 CEDH, en el que, con carácter general, el objeto lo constituye la protección del individuo contra injerencias arbitrarias o injustificadas de los poderes públicos. Por tanto, el derecho puede ser vulnerado en aquellos casos en los que el demandante se ve amenazado con una medida de expulsión o denegación del permiso de residencia en el país en el que está establecido con su familia.

Sin embargo, también se ha reconocido una vertiente de carácter prestacional, por la que el derecho puede generar obligaciones positivas inherentes a su respeto efectivo⁷⁴. De este modo, pertenecen a este ámbito los supuestos en que el extranjero, legalmente establecido en el país de acogida, pide la entrada de algún miembro de su familia como prerequisite para el disfrute del derecho al respeto de su vida familiar, es decir, solicita el derecho a la reagrupación familiar.⁷⁵

Otra interpretación ha llevado a hablar de reagrupación activa, como derecho a solicitar la venida de los familiares, y reagrupación familiar pasiva, como derecho a permanecer en el territorio del Estado parte aunque sea en situación ilegal y evitar la expulsión⁷⁶.

Nos parece, sin embargo, más acertada la primera clasificación, de doble vertiente, puesto que distingue claramente la diferencia entre, por un lado, permitir el mantenimiento de la vida familiar y por otro, facilitar que la misma se reanude en el Estado de acogida. En definitiva, injerencia “mínima” y reagrupación “máxima”, entendidas como obligación de no hacer y obligación de hacer para el Estado, conforman a nuestro juicio el derecho del respeto a la vida familiar. Esto permite

⁷³ S. Sanz Caballero, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 137-138.

⁷⁴ Vid. infra STEDH *Marckx*. I. Arriaga Iraburu, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit., p. 273. La autora considera que ese es el resultado alcanzado por la jurisprudencia del TEDH: “el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar se hace posible siendo innecesaria, por tanto, la elaboración de un nuevo artículo que reconozca este derecho”.

⁷⁵ A favor de esta doble vertiente y por tanto, del reconocimiento de un derecho “derivado” a la reagrupación familiar, destaca como impulsor, H. Labayle, “L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale”, en *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, dir. por H. Fulchiron, LGDJ, Paris, 1999, pp. 103-107.

⁷⁶ E. López Barba y D. García San José, “El derecho de reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 64, 2001, pp. 43-82, p. 162.

concretar que la injerencia puede producirse cuando el derecho a la reagrupación ya se ha ejercido, habiéndose sometido o no a las condiciones legalmente establecidas, esto es, de modo legal o ilegal. En este sentido, el Estado, al intervenir, está llamado a no separar, en la medida de lo posible, una familia ya unida o reunida, mientras que con el deber de facilitar la reagrupación, sólo está impelido a no prolongar innecesariamente una separación imputable al titular del derecho. Partiendo pues de un marco legal establecido, la inaplicación de la injerencia-norma estatal en atención a los hechos vendrá motivada por un carácter humanitario y la autorización de la reagrupación, en cambio, implicará simplemente la efectiva ejecución de la norma estatal correspondiente.

a) Injerencias

La denegación de renovación del permiso de residencia puede constituir una injerencia en la vida familiar del extranjero, cuando, como en el caso *Berrehab c/. Holanda*, de 21 de junio de 1988, se acompaña una medida de alejamiento que impide al extranjero divorciado, mantener los vínculos con su hijo. El Tribunal considera que la injerencia estatal es desproporcionada cuando:

- La familia no puede seguir al extranjero expulsado al país de origen (*Beljoudi c/. Francia*, de 26 de marzo de 1992: prohibición definitiva de residencia a argelino en el territorio francés por comisión continuada de delitos).
- El extranjero no tiene ningún vínculo familiar en su país de origen porque llegó al de acogida a una edad muy temprana y con toda la familia (*Moustaquim c/. Bélgica*, de 18 de febrero de 1991: prohibición definitiva de residencia de menor marroquí en el territorio belga por comisión continuada de delitos; en el mismo sentido, *Radovanovic c/. Austria*, de 22 de abril de 2004: nacional de Serbia y Montenegro por delito de robo con agravante cometido siendo menor de edad y sin antecedentes penales). Con mayor motivo, resulta desproporcionada la expulsión del extranjero nacido en el Estado de acogida y con residencia permanente, además de familia (*Yilmaz c/. Alemania*, de 17 de abril de 2003: el Tribunal tuvo en cuenta sus circunstancias personales, el delito por el que se le expulsa y la ausencia de vínculos estrechos con Turquía).

- El extranjero, sordomudo, sólo podría encontrar un mínimo de equilibrio psicológico y social en el seno de su familia, compuesta en su mayoría por ciudadanos franceses carentes de vínculo alguno con Argelia (*Nasri c/. Francia*, de 13 de julio de 1995).
- La medida de prohibición definitiva de estancia privaría al interesado de sus hijos menores, que tienen la nacionalidad francesa⁷⁷, y de su esposa (*Mehemi c/. Francia*, de 26 de septiembre de 1997), pero una remisión de la misma con autorización de regreso del demandante, si bien con cierta demora, tres meses y medio, además de concederle una autorización temporal, que dejaba sin efecto jurídico la causa de su segunda demanda ante el TEDH, esto es, la conversión, por parte de los tribunales franceses, de la prohibición definitiva en temporal de diez años (*Mehemi c/. Francia*, de 10 de abril de 2003), como materialización del acatamiento de la primera resolución estrasburguesa.
- La naturaleza menor de los delitos y ausencia de infracciones posteriores se une a los motivos familiares (*Yildiz c/. Austria*, de 31 de octubre de 2002).

Si en los supuestos anteriores, la expulsión supone una medida desproporcionada, salvo que existiera una necesidad imperiosa, los argumentos que se han ido añadiendo a esa necesidad para justificar la medida son⁷⁸:

- La gravedad del comportamiento del extranjero (*Bouchelkia c/. Francia*, de 6 de septiembre de 1995, asunto núm. 23078/93: argelino reagrupado y condenado, durante la minoría de edad, a cinco años de prisión por violación; *Boughanemi c/. Francia*, Sentencia de 24 de abril de 1996: tunecino llegado a Francia con sus padres y condenado por proxenetismo agravado);

⁷⁷ En este y otros supuestos puede comprobarse que, en sustancia, el TEDH no establece una distinción por motivos de la nacionalidad del Estado demandado ostentada por alguno de los familiares del extranjero. *Vid. in extenso* X. Pesenti, "Les couples mixtes et étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme", en *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, dir. por H. Fulchiron, LGDJ, Paris, 1999, pp. 139-199.

⁷⁸ De cualquier modo, "el carácter eminentemente casuístico y, en parte, bastante errático de los fallos jurisprudenciales impide establecer criterios seguros" (X. Arzoz Santisteban, "Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar", en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, dir. por I. Lasagabaster Herrarte, Civitas, Madrid, 2004, pp. 254-327, p. 310).

- Los vínculos todavía existentes con el país de origen, a los que el Tribunal de Estrasburgo otorga mayor peso desde 1996 (*El Boujaïdi c/. Francia*, Sentencia de 26 de septiembre de 1997: marroquí reagrupado con toda la familia en Francia y condenado por tráfico internacional de estupefacientes; *Boujlifa c/. Francia*, Sentencia de 21 de octubre de 1997: marroquí reagrupado con cinco años de edad y condenado a seis años de prisión por ataque a mano armada; *Dalia c/. Francia*, Sentencia de 19 de febrero de 1998: argelino condenado por tráfico de drogas, que ha podido conservar vínculos reales con su país de origen porque llegó a Francia a la edad de diecisiete años; *Bahgli c/. Francia* (30 de noviembre de 1999); como excepción: Sentencias *Mehemi c/. Francia* (26 de septiembre de 1997), *Ezzoudhi c/. Francia*⁷⁹ (13 de febrero de 2001) y *Boultif c/. Suiza* (2 de agosto de 2001): se admitió la existencia de injerencia consistente en denegación a ciudadano argelino, casado con una ciudadana suiza, de renovación del permiso de residencia en Suiza, tras ser condenado por delitos de robo y tenencia ilícita de armas, teniendo en cuenta su irreprochable conducta en prisión, beneficiándose de una liberación anticipada. En el mismo sentido, *Mokrani c/. Francia*, de 15 de julio de 2003, en que el único vínculo con el país de origen era la nacionalidad⁸⁰.
- La necesaria firmeza de las autoridades en estos casos (*Chorfi c/. Bélgica*, Sentencia de 7 de agosto de 1996: marroquí reagrupado y condenado por tráfico de estupefacientes y asociación de malhechores); en la Sentencia *Nsona c/. Países Bajos*, de 28 de noviembre de 1996, el TEDH admite una expulsión de niña reagrupada por mujer residente (con autorización de carácter humanitario), ambas nacionales del antiguo Zaire, porque ésta había falsificado el pasaporte de la primera pasando por su madre.

⁷⁹ En la Sentencia, se convierte en elemento esencial la gravedad de los delitos: “Los delitos cometidos por el demandante no podrían considerarse, por lo tanto, ni separadamente, ni en su conjunto, de tal gravedad, teniendo en cuenta la severidad de la injerencia para el demandante, que posee intensos vínculos con Francia y no parece tener con Marruecos otra relación que la nacionalidad. Además, el carácter definitivo de la prohibición parece particularmente riguroso”.

⁸⁰ P. Boeles, "Case reports of the European Court of Human Rights", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (4) 2003, pp. 501-511.

b) Obligaciones positivas. Reconocimiento de la reagrupación subordinado a la ley del Estado

El TEDH admitió esta posibilidad en la Sentencia *Marckx*, de 27 de abril de 1979, en que añadía a la abstención de injerencias por parte del Estado, las obligaciones positivas inherentes a un “respeto” efectivo de la vida familiar (FJ 31). En todas las sentencias en que el TEDH ha adoptado esta perspectiva, salvo en una (*Sen c/. Holanda*, de 21 de diciembre de 2001), la ponderación desarrollada ha llevado a declarar la ausencia de “falta de respeto”⁸¹: *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c/. Reino Unido*, de 25 de mayo de 1985; *Cruz Varas y otros c/. Suecia*, de 20 de marzo de 1991; *Gül c/. Suiza*, de 19 de febrero de 1996; y *Ahmut c/. Holanda*, de 28 de noviembre de 1996.

En estos supuestos, ya no se tratará de comprobar la existencia de una injerencia sino de “falta de respeto” al incumplir la obligación de conceder permiso de entrada por reagrupación familiar. La diferencia que debe darse con la injerencia es la de que el familiar debe permanecer todavía en el Estado de origen para ser reagrupado, puesto que una vez haya entrado en el Estado de acogida, ya está unida la familia y cualquier actuación estatal supondrá una injerencia. Piénsese que además de la orden de expulsión, cualquier denegación, ya sea de renovación de residencia o de exención de visado, implica, en consecuencia la obligación de abandonar el Estado y, por tanto, separarse.

En las situaciones no admitidas legalmente para la reagrupación, el artículo 8 CEDH, en la interpretación dada por el TEDH, no impide al Estado que deniegue el acceso. Los pronunciamientos, cuyo denominador común es la posibilidad de desarrollar la vida familiar en otro Estado, llevan a concluir que dicho artículo no crea una obligación positiva a los Estados de admitir el extranjero y su familia en su territorio:

- *Abdulaziz*: El Estado no está obligado a respetar la elección de domicilio común por parte de unos matrimonios y aceptar la residencia de cónyuges

⁸¹ X. Arzo Santisteban, "Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar", cit., pp. 254-327. El autor afirma que "hasta la fecha el Tribunal no ha reconocido la existencia de un auténtico derecho a la reagrupación familiar derivado del art. 8, aunque la jurisprudencia más reciente, a pesar de que mantiene su habitual enfoque casuista, parece inclinarse más del lado de los intereses de las personas afectadas que del interés de los Estados en controlar los flujos migratorios y, con ello, posibilita en mayor medida la reagrupación familiar" (p. 309).

no nacionales en el país. En esta Sentencia, sin embargo, se deja entrever la obligación del Estado de respetar la elección del extranjero que se establece en su territorio si se refiriera a inmigrantes que ya tuvieran una familia a la que hubieran dejado tras de sí en otro país hasta el reconocimiento de su derecho a permanecer en el Estado de acogida⁸².

- *Gül*: no se admite la reagrupación de un hijo menor por parte de los padres porque no existen propiamente obstáculos al desarrollo de una vida familiar en Turquía, puesto que el niño vivía en casa de su hermano mayor y los padres podían ir regularmente a Turquía para verlo. El Tribunal considera expresamente que el asunto no se refiere solamente a la vida familiar sino también a la inmigración. Por tanto, como constata Sanz Caballero, Suiza queda legitimada para imponer una reagrupación parcial, tras estudiar el caso de cada familiar de modo individualizado⁸³.
- *Ahmut c/. Países Bajos*, de 28 de noviembre de 1996: el artículo 8 no garantiza el derecho de elegir el lugar más apropiado para desarrollar una vida familiar, destacando además el hecho de que la residencia separada del padre y del hijo es el resultado de la decisión tomada deliberadamente por el primero de establecerse en Holanda antes que permanecer en Marruecos. Tanto en este asunto como en el anterior, hay voces disidentes en el seno del Tribunal que califican tales medidas como desproporcionadas⁸⁴, con las que se vulnera el derecho de los hijos de estar con sus padres. En este último, además, el padre había adquirido la nacionalidad del país de acogida, lo que hacía entrar en juego el principio de igualdad con los nacionales de origen. El hecho de que conservara la nacionalidad marroquí

⁸² En el FJ 68 se señala que el caso no afecta a inmigrantes que, ya dotados de una familia, la habrían dejado atrás, en otro país, hasta el reconocimiento de su derecho de permanecer en el Reino Unido. Se trata, sin embargo, en el supuesto de las demandantes, de extranjeras que han contraído matrimonio una vez establecidas en el mencionado Estado como solteras. De este modo, el TEDH considera que el art. 8 no se puede interpretar en el sentido de que comporte la obligación general de respetar la elección, por parte de parejas casadas, de su domicilio común y de aceptar la instalación de cónyuges no nacionales en el país. Concluye declarando que las demandantes no han probado la existencia tanto de obstáculos que les hayan impedido llevar una vida familiar en su propio país, como de razones especiales para no atenerse a tal solución.

⁸³ S. Sanz Caballero, *La familia en perspectiva internacional y europea*, cit., p. 137.

⁸⁴ Votos disidentes, en ambas Sentencias, del Juez Martens, seguido en la primera por el Juez Russo y en la segunda por el Juez Lhômus. También hay que añadir a la Sentencia *Ahmut*, los votos disidentes del Juez Valticos y del Juez Morenilla.

no debe afectar al caso, más cuando el Reino de Marruecos no admite la renuncia de la nacionalidad.

- En la Sentencia *Taskin c/. Alemania*, de 23 de julio de 2002, se incide de nuevo en este aspecto, estimando la Corte que cuando la madre, residente en Alemania por problemas de salud, se recuperara, podría volver a Turquía, donde residen sus hijos desde hace dos años.
- También en la decisión sobre la admisibilidad en *Chandra c/. Países Bajos*, de 13 de mayo de 2003, se observa la tendencia a comprobar los vínculos con el país de origen, aunque en este supuesto fue decisiva la proximidad a la mayoría de edad en los hijos: la madre los reagrupó de facto mediante visado de estancia a la edad de 17, 16, 13 y 11 años respectivamente, con lo que el TEDH no queda persuadido de que no puedan desarrollar su vida familiar en Indonesia, además de no quedar demostrado que la madre no pueda volver allí⁸⁵.

En definitiva, cuando se trate de reagrupación, el caso dependerá de lo establecido en cada Estado. Si la propia legislación obliga a admitir la reagrupación del familiar de que se trate, entrará en juego el artículo 8. De lo contrario, sólo se ponderarán los inconvenientes de residir en otro país. Esta es la conclusión que se obtiene también al analizar el más conocido de los casos en que se ha concedido la reagrupación, la Sentencia *Sen*, de 21 de diciembre de 2001: El padre reagrupante turco había llegado a Holanda por reagrupación. Posteriormente, ya con residencia independiente, se casó en Turquía y volvió a Holanda. Nació en Turquía una primera hija del matrimonio en 1983. La mujer se reúne con el marido en 1986, dejando la hija a cargo de su hermana y cuñado. En 1990 nace en Holanda el segundo hijo. En 1992 el padre solicita la reagrupación de la hija mayor justificando el retraso por problemas conyugales ya resueltos. En 1994 nace en Holanda el tercer hijo y un año después se desestima el recurso por denegación de reagrupación de la hija mayor. El TEDH, igual que en los casos anteriores, observa que la separación fue

⁸⁵ P. Boeles, "Case reports of the European Court of Human Rights", cit., pp. 501-511. Incluso un visado de visita a familiares puede ser rechazado on base en el criterio de los vínculos más fuertes con el país de origen, como en la decisión sobre la admisibilidad en *Nessa y otros c/. Finlandia*, de 6 de mayo de 2003, en que parece que el TEDH quiera evitar una reagrupación encubierta: deniega la posibilidad de que una nieta de 6 años visite a su abuela residente en Finlandia, ambas nacionales de Bangladesh, permaneciendo los padres de la niña y una hermana en el país de origen.

responsabilidad de los padres, que decidieron establecerse en Holanda, y que la hija que pretendían reagrupar tenía más vínculos con el país de origen. Sin embargo, acaba decidiendo a favor de la reagrupación, puesto que los otros hijos habían vivido sólo en Holanda y estaban escolarizados allí, lo que hacía difícil trasladar la vida familiar a Turquía (FJ 40). Observamos que de no ser por la existencia de los dos hijos menores, la resolución coincidiría con la recaída en *Ahmut*.

También de los votos disidentes de los casos *Giül* y *Ahmut* y concordante de *Sen*⁸⁶, conviene destacar la incoherencia que supone enfrentar a unos padres residentes con la disyuntiva de elegir entre renunciar a su situación en el Estado de acogida o renunciar a la convivencia con sus hijos⁸⁷. En el mismo sentido, después de un análisis en abstracto de la jurisprudencia estrasburguesa, Labayle y Sanz Caballero detectan una clara contradicción, formulada respectivamente, entre el ejercicio del derecho del individuo a vivir en familia y el derecho soberano del Estado a admitir a quien desee en su territorio, o de otro modo, entre la afirmación del derecho a la reagrupación familiar y la denegación del derecho a elegir libremente el país de residencia⁸⁸.

⁸⁶ Voto concordante del juez Türmen. Cfr. A. G. Chueca Sancho, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, (noviembre) 2002, pp. 233-256. El autor considera que con el caso *Sen* se "demuestra la dificultad de la reagrupación familiar desde la perspectiva de la Convención Europea de Derechos Humanos", añadiendo que debe quedar claro "que este tratado internacional no reconoce ningún derecho de reagrupación familiar" (p. 248).

⁸⁷ En el mismo sentido, S. Van Walsum, "Comment on the *Sen* case. How wide is the margin of appreciation regarding the admission of children for purposes of family reunification?", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (4) 2002, pp. 511-520. La autora considera, por un lado, que el TEDH limita el amplio margen de apreciación concedido a los Estados mediante la obligación de permitir e incluso facilitar el normal desarrollo de la familia entre padres e hijos y, por otro, que los jueces en sus respectivos votos refieren el principio por el cual la esencia de la vida familiar consiste en que padres e hijos puedan disfrutar de la mutua compañía.

⁸⁸ S. Sanz Caballero, *La familia en perspectiva internacional y europea*, cit., p. 139.

CAPÍTULO III. DERECHO COMUNITARIO: LA EXTRANJERÍA Y LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

I. INCIDENCIA EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS

1. Comunitarización del derecho de extranjería: tratamiento diferenciado de la libre circulación y la política migratoria

La actividad de la Comunidad Europea, carente en un principio de atribución competencial expresa en materia de inmigración, se había limitado a regular situaciones entre nacionales de Estados miembros y nacionales de Estados terceros, además de los derechos atribuidos a éstos a partir de los convenios derivados del artículo 310 TCE (salvo el de los asimilados del EEE), de los cuales, el más beneficioso ya parte de la premisa de que el nacional extracomunitario goce del estatuto de trabajador residente temporal⁸⁹.

Sin embargo, la mencionada regulación ha derivado, pasando por diversas etapas, en la actual diferenciación entre nacionales comunitarios y extracomunitarios,

⁸⁹ El más beneficioso es el Acuerdo de asociación suscrito entre la CEE y Turquía en 1963, aprobado por Decisión del Consejo de 23 de diciembre de 1963, JOCE L 217, de 29 de diciembre de 1964 (contiene un Protocolo adicional y un Protocolo financiero, JOCE L 293, de 29 de diciembre de 1973). Le siguen en importancia: Acuerdo de Cooperación entre la CEE y la República de Túnez, firmado el 25 de abril de 1976 en Túnez, DOCE L 265, de 27 de septiembre de 1978, sustituido por el Acuerdo Euromediterráneo de Asociación, de 17 de julio de 1995 (DOCE L 97, de 30 de marzo de 1998), en vigor desde el 1 de marzo de 1998. Acuerdo de Cooperación entre la CEE y la República Democrática y Popular de Argelia, firmado el 26 de abril de 1976 en Argel, DOCE L 263, de 27 de septiembre de 1978, en vigor desde el 1 de noviembre de ese mismo año. Acuerdo de Cooperación entre la CEE y el Reino de Marruecos, firmado el 27 de abril de 1976 en Rabat, DOCE L 264, de 27 de septiembre de 1978, en vigor desde el 1 de noviembre del mismo año, sustituido por el Acuerdo Euromediterráneo de Asociación, de 26 de febrero de 1996, DOCE L 70, de 18 de marzo de 2000. Acuerdo Euromediterráneo de Asociación con Israel, de 20 de noviembre de 1995, DOCE L 147, de 21 de junio de 2000. Acuerdo de Cotonú, con los países ACP, de 23 de junio de 2000, DOCE L 317, de 15 de diciembre de 2000. Acuerdos con los dos Países de Europa Central y Oriental (PECOs) que todavía no se han adherido a la Unión: Rumania, DOCE L 357 de 31 de diciembre de 1994, en vigor desde el 1 de febrero de 1995; Bulgaria, DOCE L 358 de 31 de diciembre de 1994, en vigor desde el 1 de febrero de 1995. Vid. in extenso M. Illamola Dausà, *El estatuto jurídico de los trabajadores nacionales de terceros Estados: especial referencia al Acuerdo de Asociación con Turquía*, tesis doctoral, Facultat de Dret, Universitat de Girona, 2001.

a los que debe aplicarse un régimen distinto⁹⁰. Cada Estado miembro debe, por tanto, adaptar su ordenamiento a las directrices de la Unión, relativas, por un lado, a la Ciudadanía y por otro, a la Política Migratoria. Esta dicotomía legislativa impone un estudio separado, profundizando primero en el grado de influencia sobre los Estados en materia de Inmigración. En segundo lugar, será preciso analizar su materialización en un aspecto concreto, el de la reagrupación familiar, que incoará el estudio del régimen general en la Parte Tercera. Finalmente, el régimen aplicable a los ciudadanos de la Unión y asimilados ocupará la atención de la Parte Cuarta.

2. Del derecho internacional al derecho comunitario

Para entender en qué estado evolutivo se encuentra la Comunidad Europea al respecto, es preciso remontarse al momento en que el Acta Única Europea, adoptada en febrero de 1986⁹¹, introdujo un nuevo concepto: la consecución de un mercado único concebido como un espacio sin fronteras interiores en el que estuviera asegurada la libre circulación de las mercancías, personas, servicios y capitales conforme a las disposiciones del Tratado. El marco de la Cooperación Política Europea se mostró insuficiente para acometer este objetivo, mientras surgió, por la vía convencional, el sistema Schengen⁹², como auténtico punto de partida de la intervención comunitaria para la consecución de una plena libertad de circulación de todas las personas. Ha sido el instrumento jurídico básico para hacer desaparecer los controles sobre las fronteras interiores y diseñar las medidas compensatorias necesarias en las fronteras exteriores.

⁹⁰ Como se verá en la Parte Cuarta, los nacionales de los Estados miembros de la UE gozan de un estatuto basado en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, lo cual propicia la diferencia de trato. *Vid.* A. Álvarez Rodríguez, "La nueva ley española de extranjería ¿ruptura e incumplimiento de Tampere? ¿Innovación o seguimiento del modelo italiano?", en *Migraciones*, núm. 7, 2000, pp. 89-135.

⁹¹ Firmada los días 17 y 28 de febrero de 1986. Entró en vigor el 1.º de julio de 1987.

⁹² El "acervo de Schengen" surgió como alternativa rápida y eficaz al régimen de libre circulación que establecía el TCE y, mediante el Tratado de Amsterdam, ha sido integrado en el Protocolo B común al TUE y al TCE. Acuerdo firmado el 14 de junio de 1985 por Alemania, Bélgica, Francia, Holanda y Luxemburgo. Adheridos el resto de Estados miembros de la UE, salvo Irlanda y Gran Bretaña. Islandia y Noruega tienen estatuto de asociado (firmaron un acuerdo de intenciones para la adhesión en Luxemburgo el 19 de diciembre de 1996). Completado por el Convenio de Aplicación de Schengen (CAS), de 19 de junio de 1990, se puso en funcionamiento el 26 de marzo de 1995. Se complementa con la Convención de Dublín de 15 de junio de 1990, sobre derecho de asilo, y la Convención de Luxemburgo, de 15 de julio de 1991, sobre reforzamiento de la frontera exterior común.

El paso siguiente lo dio el TUE⁹³ con la nueva estructura en pilares de la Unión Europea. El tercer pilar, intergubernamental, por tanto extracomunitario, sobre Asuntos de Interior y Justicia, incluía como cuestiones de “interés común” la política de asilo, cruce de fronteras exteriores e inmigración. El primer pilar, comunitario, también otorgaba cierta competencia a la Comunidad, en concreto el derecho de petición para los residentes extracomunitarios⁹⁴ y el derecho de reclamación al Defensor del Pueblo⁹⁵, además de la determinación, por parte del Consejo, de los Estados terceros cuyos nacionales deberían poseer un visado para atravesar las fronteras exteriores de la Comunidad⁹⁶.

Sin embargo, se imponía una superación del modelo intergubernamental, debido a la incierta determinación de los objetivos, del papel de las instituciones y de los instrumentos jurídicos⁹⁷. Muestra de ello, por su interés como precedente, es la Resolución relativa a la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar, adoptada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea, de 1 de junio de 1993 en Copenhague⁹⁸. Carente de valor vinculante, constituye el

⁹³ El Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1.º de noviembre de 1993. Instrumento de Ratificación por parte de España en *BOE* núm. 11 de 13 de enero de 1994 (Correcciones de errores sucesivas en *BOE* núm. 12 de 14 de enero de 1994, núm. 138 de 10 de junio de 1994 y núm. 93 de 18 de abril de 1997).

⁹⁴ Actual art. 194 TCE: “Cualquier ciudadano de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a presentar al Parlamento Europeo, individualmente o asociado con otros ciudadanos o personas, una petición sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Comunidad que le afecte directamente”.

⁹⁵ Actual art. 195.1 TCE, primer párrafo: “El Parlamento Europeo nombrará un Defensor del Pueblo, que estará facultado para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”.

⁹⁶ Antiguo art. 100 TCE, ya derogado. Materia regida ahora por el art. 62.2,b,i, desarrollada por el Reglamento (CE) núm. 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación del visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (*DOCE* L 81, de 21 de marzo de 2001), modificado por el Reglamento (CE) núm. 2414/2001, del Consejo, de 7 de diciembre de 2001 (*DOCE* L 327, de 12 de diciembre de 2001), por el Reglamento (CE) núm. 453/2003, del Consejo, de 6 de marzo de 2003 (*DOCE* L 69, de 13 de marzo de 2003) y por el Reglamento (CE) núm. 851/2005 del Consejo de 2 de junio de 2005 (*DOCE* L 141, de 4 de junio de 2005). Lista de Estados exentos, siempre que la estancia no supere los tres meses (art. 1.2, anexo II): Andorra, Argentina, Australia, Bolivia, Brasil, Brunei Darussalam, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Corea (República de), Costa Rica, Croacia, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos de América, Estonia, Guatemala, Honduras, Hungría, Israel, Japón, Letonia, Lituania, Malasia, Malta, México, Mónaco, Nicaragua, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Polonia, República Checa, Rumania, San Marino, Santa Sede, Singapur, Uruguay, Venezuela, Regiones Administrativas Especiales de la República Popular China -RAE de Hong Kong, RAE de Macao-.

⁹⁷ J. Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002, p.46.

⁹⁸ Ref. SN 2828/1/93 WGI 1497

primer intento europeo de armonización en materia de extranjería⁹⁹: se fijaron unos principios comunes que debían adoptarse en los ordenamientos nacionales antes del 1 de enero de 1995. España lo hizo el mismo año mediante Acuerdo del Consejo de Ministros¹⁰⁰.

3. Derecho originario

Con el Tratado de Amsterdam¹⁰¹, se consuma la comunitarización de la política de inmigración (artículo 63.3 TCE, Título IV), que antes pertenecía al ámbito de la cooperación intergubernamental en el tercer pilar (Título VI del TUE) y ahora su alcance es muy amplio, quedando al amparo extracomunitario tan sólo la cooperación judicial y policial en materia penal (arts. 29 a 42 TUE). El Tratado de Niza¹⁰² sólo introduce reformas de carácter procedimental¹⁰³, por lo que debe considerarse consolidado el contenido sustantivo establecido en Amsterdam. Estas

⁹⁹ P. Santolaya Machetti, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, cit., p. 119.

¹⁰⁰ Vid. *infra* en el Capítulo IV, Apd. II.

¹⁰¹ Firmado el 2 de octubre de 1997, entró en vigor el 1 de mayo de 1999. Instrumento de Ratificación por parte de España en *BOE* núm. 109 de 7 de mayo de 1999 (Corrección de errores en *BOE* núm. 188 de 7 de agosto de 1999. También se formaliza la comunitarización del Derecho internacional privado mediante el nuevo artículo 65, cuestión que advierte A. Borrás constatando que ya no puede afirmarse que en esta materia la Comunidad Europea sólo llega hasta allí donde le permite la Conferencia de La Haya. A. Borrás Rodríguez, "Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam", en *REDI*, núm. LI, (2) 1999, pp. 383-426.

¹⁰² El Tratado de Niza, por el que se modificó el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 26 de febrero de 2001 (*BOE* núm. 267, del 7 de noviembre de 2001) y ratificado por España el 27 de diciembre de 2001, entró en vigor el 1 de febrero de 2003 (*BOE* núm. 24, de 28 de enero de 2003). También impulsó el proceso relativo al estatuto de la Carta de Derechos Fundamentales, ya citada en el Capítulo II, apd. III.1.

¹⁰³ Mediante la inclusión del párrafo quinto en el art. 67 TCE y por virtud de protocolos y declaraciones, el Tratado de Niza amplía el ámbito de la toma de decisiones comunitarias por mayoría cualificada y por procedimiento de codecisión a las siguientes materias del Título IV: cooperación judicial en materia civil (art. 65 TCE), salvo Derecho de familia; normas y procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en las fronteras exteriores (art. 62.2.a TCE, diferido al momento en que se logre un acuerdo sobre el ámbito de aplicación de dichas medidas); medidas que establezcan las condiciones en que los nacionales de terceros países puedan viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a los tres meses (art. 62.3 TCE, a partir del 1 de mayo de 2004); medidas en materia de asilo (art. 63.1 TCE, a partir de la adopción de un marco comunitario); normas mínimas de protección temporal a personas desplazadas (art. 63.2 TCE, a partir de la adopción de un marco comunitario); inmigración y residencia ilegales (art. 63.3 TCE, a partir del 1 de mayo de 2004); cooperación administrativa (art. 66 TCE, a partir del 1 de mayo de 2004 – esta materia continúa sometida al procedimiento de consulta-). Cfr. M. Bacigalupo Sagesse, "Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas (el espacio de libertad, seguridad y justicia)", en *Políticas Comunitarias*, coord. por E. Linde Paniagua, Colex, Madrid, 2001, pp. 183-220. Vid. *in extenso*, C. J. Moreira González, coord., *Tratado de Niza. Análisis, comentarios y texto*, Colex, Madrid, 2002.

materias, junto a las cuestiones relativas al asilo, vienen recogidas en el Título IV TCE, con el que se pretende desarrollar progresivamente el recién creado “espacio de libertad, seguridad y justicia” (art. 61). Su artículo 63 constituye la principal base jurídica del incipiente derecho derivado en materia de asilo e inmigración, pero aquí desbrozamos únicamente lo relativo a inmigración, de tal modo que pueden considerarse los siguientes ejes aglutinantes:

- condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar (artículo 63.3 a TCE);
- la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales (artículo 63.3 b TCE);
- derechos y condiciones para que los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro puedan viajar (artículo 62.3 TCE) o residir en otros Estados miembros (artículo 63.4 TCE);

El sistema Schengen sólo regula las estancias de hasta tres meses (art. 18 CAS), mientras que las más prolongadas se configuran como política de inmigración propiamente dicha. Ésta será competencia de la Comunidad, compartida con los Estados, que sólo podrán mantener o introducir en estos ámbitos disposiciones nacionales compatibles con el Tratado y con los acuerdos internacionales (artículo 63.4, párrafo 2º TCE). Para Iglesias Buhigues, “se trata, en definitiva, de una nueva competencia transferida del ámbito nacional al comunitario”¹⁰⁴. Sin embargo, a todo el Título IV, elenco de disposiciones atributivas del “ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”¹⁰⁵ cedido al ámbito comunitario, 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 IV amparándose en el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior¹⁰⁶. Esta cláusula no puede someterse al control del Tribunal

¹⁰⁴ J. L. Iglesias Buhigues, "Política comunitaria de inmigración y lucha contra la inmigración ilegal", en *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, núm. 36, (monográfico) 2002, pp. 117-125.

¹⁰⁵ Art. 93 CE. Se transfiere, por tanto, el ejercicio de una competencia nacional, no la titularidad.

¹⁰⁶ Art. 64.1 TCE: “El presente título se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior.”

de Justicia (art. 68.2 TCE)¹⁰⁷, por lo que ha sido definida como auténtica “carta blanca”¹⁰⁸ para los Estados.

Concurren otras limitaciones al mismo Título IV, aunque con menor intensidad o alcance, como son, por un lado, la cláusula excepcional del artículo 64.2 TCE, sólo para el supuesto de una llegada repentina de nacionales de terceros países, tan delimitada que podría quedar desvirtuada por el cómodo recurso a la anterior¹⁰⁹; por otro lado, el artículo 69 TCE remite a tres Protocolos anejos al TCE y al TUE en virtud de los cuales el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca se hallan exentos de vinculación por lo dispuesto en el Título IV y pueden, no obstante, decidir lo contrario, en cualquier momento y medida¹¹⁰.

Como contrapartida, las medidas enunciadas, van acompañadas por otras de carácter garantista, como son las adoptadas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza (art. 65 TCE), las que tome el Consejo para garantizar la cooperación entre los servicios pertinentes de las administraciones de los Estados miembros en los ámbitos previstos en el Título IV (art. 66 TCE) y la posibilidad de un control jurisdiccional particular además del ya existente mediante cuestión prejudicial (art. 68, apd. 1 y 3 TCE)¹¹¹.

¹⁰⁷ El mencionado artículo es taxativo: “El Tribunal de Justicia no tendrá en ningún caso competencia alguna sobre las medidas o decisiones adoptadas con arreglo al punto 1 del artículo 64 relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior.”

¹⁰⁸ J. Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, cit., p. 102.

¹⁰⁹ En efecto, la medida restrictiva se limita a seis meses y la debe adoptar el Consejo por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión, pudiendo ser fiscalizada por el Tribunal de Justicia, aunque todo ello “sin perjuicio del apartado 1”.

¹¹⁰ Art. 69: “La aplicación del presente título quedará sometida a lo dispuesto en el Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda así como al Protocolo sobre la posición de Dinamarca, y se entenderá sin perjuicio del Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido y a Irlanda”.

¹¹¹ En primer lugar, en el primer apartado se particulariza de modo imperceptible el alcance del ámbito de aplicación de la cuestión prejudicial del artículo 234 mediante unas determinadas circunstancias y condiciones (“cuando una cuestión sobre la interpretación del presente título o sobre la validez o la interpretación de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título se plantee en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional pedirá al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”). Por otro lado, el tercer numeral introduce la posibilidad de que el Consejo, la Comisión o un Estado miembro pueda pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una nueva cuestión “de interpretación del presente título o de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título”. Al no enmarcarse en un proceso determinado, añade la disposición que “el fallo emitido por el

4. Derecho derivado

A) Estancia e inmigración ilegal: elementos conexos a la residencia

Estancias de corta duración. Vienen regidas por el artículo 62 TCE, con el control en las fronteras exteriores y la política de visados¹¹² como ejes. Este artículo contempla las cuestiones que ya venían reguladas en el sistema Schengen, quedando de este modo reforzadas, principalmente por el, ahora posible, control jurisdiccional del TJCE. Conviene conocer las diferentes medidas establecidas en materia de estancia por su influencia en el ámbito específico de la residencia, puesto que afectan al cruce de fronteras, tanto interiores como exteriores. Respecto a las primeras, sólo se trata de garantizar la ausencia de controles sobre las personas, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países, además de establecer las condiciones en las que estos últimos puedan viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a tres meses, plazo que una Propuesta de Directiva presentada para su desarrollo se ha permitido ampliar a seis meses¹¹³.

Sin embargo, respecto al cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros, se establecen, por un lado, las normas y los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en dichas fronteras. En los primeros artículos del Convenio de Aplicación de Schengen

Tribunal de Justicia en respuesta a tal petición no se aplicará a sentencias de órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tengan fuerza de cosa juzgada”.

¹¹² En relación con estas medidas, algunos autores opinan que el visado de corta estancia no constituye ya un medio eficaz y necesario de control de las migraciones. Al contrario, su supresión conduciría a un derecho absoluto de viajar. Lejos de ser un recurso de migración, dicen, esta movilidad facilitada lleva a reducir la migración de instalación en beneficio de desplazamientos de estancias cortas. Así F. Crépeau y J. Y. Carlier, "Integration regionale et Politique migratoire: Le "Modèle" européen entre cooperation et communitarisation", en *J.D.I.*, núm. 4, 1999, pp. 953-998. Concluyen estos autores con las venturosas consecuencias que tendrá esta medida, al permitir ir y volver, favoreciendo los intercambios y la comprensión entre los pueblos en el seno de grandes grupos en construcción.

¹¹³ COM (2001) 388 final, de 10 de julio de 2001, Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones en las que los nacionales de terceros países pueden viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a tres meses por la que se introduce una autorización específica de viaje y por la que se fijan las condiciones de entrada para desplazamientos de una duración no superior a seis meses. *DOCE* E 270, de 25 de septiembre de 2001. Art. 1: “El objeto de la presente Directiva es establecer las condiciones en que:

- a) los nacionales de terceros países, presentes legalmente en el territorio de un Estado miembro, pueden viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a tres meses ;
- b) los nacionales de terceros países que proyecten desplazarse en el territorio de dos o varios Estados miembros durante un período no superior a seis meses pueden obtener una autorización específica de viaje, que les permite entrar con vistas a desplazarse en el territorio de los Estados miembros.”

(CAS), se definen las condiciones de cruce legal de fronteras exteriores, siendo en todo caso más estrictos para los nacionales de Estados terceros y gravando a los transportistas con obligaciones de supervisión¹¹⁴. De cualquier modo, el desarrollo de estas disposiciones se da en el Reglamento (CE) 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)¹¹⁵. Por otro lado, se imponen las normas sobre visados aplicables a las estancias cuya duración no supere los tres meses, que incluirán: i) la lista de los terceros países cuyos nacionales tengan la obligación de ser titulares de visado para cruzar una frontera exterior, y de aquellos cuyos nacionales estén exentos de esa obligación, desarrollado por el Reglamento (CE) núm. 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001¹¹⁶; ii) los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados por los Estados miembros, concretados en el art. 12 CAS; iii) un modelo uniforme de visado, establecido por el Reglamento CE 1683/95 del Consejo, de 29 de mayo de 1995¹¹⁷; iv) normas para un visado uniforme;

Inmigración ilegal: elementos conexos a la inmigración legal. En la estructuración de las materias de Inmigración que se lleva a cabo en el propio TCE, se ha podido comprobar ya el papel preeminente de que goza la vertiente ilegal de la misma¹¹⁸. La preocupación por combatirla es tal que las instituciones han desarrollado instrumentos constitutivos de una Política de Inmigración Ilegal¹¹⁹, a

¹¹⁴ Art. 26 CAS, desarrollado por la Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio del 2001, por la que se completan las disposiciones de dicho artículo. *DOCE* L 187, de 10 de julio de 2001. Complementada por la Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, *DOCE* L 261, de 6 de agosto de 2004. Para un análisis de la aplicación en España, *vid.* A. Rodríguez Benot, "El control de la inmigración en la frontera sur de la Unión Europea : la experiencia española", en *Nuevas estrategias para una política de inmigración solidaria*, M. J. Jiménez Lara y R. Franco Rojas, Mergablum, Sevilla, 2003, pp. 109-146.

¹¹⁵ *DOUE* L 105, de 13 de abril de 2006.

¹¹⁶ *DOCE* L 81, de 21 de marzo de 2001. Reglamento modificado por el Reglamento (CE) núm. 2414/2001, del Consejo, de 7 de diciembre de 2001 (*DOCE* L 327, de 12 de diciembre de 2001), por el Reglamento (CE) núm. 453/2003, del Consejo, de 6 de marzo de 2003 (*DOCE* L 69, de 13 de marzo de 2003) y por el Reglamento (CE) núm. 851/2005 del Consejo de 2 de junio de 2005 (*DOCE* L 141, de 4 de junio de 2005). *Vid. supra* lista de países exentos de visado.

¹¹⁷ *DOCE* L 164, de 14 de julio de 1995.

¹¹⁸ Art. 63.3,b) TCE. *Vid. in extenso* M. Samers, "An emerging geopolitics of 'illegal' immigration in the European Union", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 6, (1) 2004, pp. 27-45; S. Peers, "Key legislative developments on migration in the European Union", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 6, (1) 2004, pp. 67-91.

¹¹⁹ Como instrumento precursor, la Decisión del Consejo de diciembre de 1996, que de algún modo refunde sus Recomendaciones previas sobre inmigración ilegal, readmisión, empleo ilegal y cooperación en la ejecución de las medidas de expulsión (*DOCE* L 342 de 31 de diciembre de 1996). Como respuesta a los requerimientos de Tampere, básicamente el Libro Verde sobre política de

partir de un Plan de Acción paralelo¹²⁰, fruto de las mismas directrices políticas¹²¹. Pues bien, a pesar de configurar la cruz de la misma moneda, hay elementos que trascienden la frontera discursiva de la inmigración ilegal y están presentes en los textos legislativos relativos a inmigración legal:

- Los matrimonios fraudulentos o de conveniencia¹²². Aunque no recogidos expresamente como tales, subyacen como *ratio legis* en los requisitos para poder reagrupar al cónyuge y la eventual exención de visado correlativa, apartados en los que nos detendremos más adelante.

- La expulsión, aplicada a un amplio abanico de eventuales supuestos de ilegalidad. Esta sanción no es subsumible únicamente a la tipificación más generalizada del inmigrante que atraviesa una frontera exterior sin ningún tipo de documentación con la intención de fijar “ilegalmente” su residencia en un Estado miembro. También se impone en los casos de ilegalidad sobrevenida, independientemente del grado de voluntariedad del actor, basados en la carencia de documentación válida, aun poseyéndola caducada, sea visado o permiso de residencia. Parece oportuno, por tanto, proponer con la doctrina que la expulsión debería ser objeto de gradación, excluyendo claramente a determinados grupos de “ilegales”¹²³.

- La colaboración con la justicia, como uno de los motivos por los que un extranjero en situación irregular puede obtener una autorización de residencia de duración limitada. Este supuesto se prevé en la Directiva 2004/81/CE del Consejo de

repatriación de 10 de abril de 2002 [COM (2002) 175] y la Comunicación sobre materias de migración en las relaciones de la Unión Europea con países terceros (fundamentalmente los acuerdos de readmisión ya contemplados en Recomendaciones del Consejo), de 3 de diciembre de 2002, COM (2002) 703.

¹²⁰ Plan de Acción contra la Inmigración Ilegal, consistente en una Comunicación de la Comisión sobre Política Común en materia de Inmigración ilegal [COM (2001) 672 final] de 15 de noviembre de 2001, posterior a otra sobre Política Comunitaria de Inmigración [COM (2000) 757] de 22 de noviembre de 2000.

¹²¹ Sucesivos Consejos Europeos de Tampere, Laeken y Sevilla (*vid. infra*).

¹²² En la perspectiva de seguridad respecto a las de libertad y justicia del espacio europeo, por tanto, materia de inmigración ilegal, el Consejo adoptó una Resolución, de 4 de diciembre de 1997, “sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos” (DOCE C 382 de 16 de diciembre de 1997). La base de esa lucha reside en la sospecha de oficio ante los matrimonios en que al menos uno de los cónyuges sea nacional de tercer Estado.

¹²³ J. Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, cit., p.165. También incluye el autor, además del poseedor de documentación caducada, a quien “entra en territorio comunitario huyendo de una guerra o persecución o por otros motivos humanitarios, pero no encaja en el estricto concepto de refugiado derivado de las normas internacionales y, en su caso, constitucionales”.

29 de abril de 2004 relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes¹²⁴.

- Regularizaciones del «hecho consumado», que consisten en regularizar inmigrantes clandestinos que a menudo trabajan ya ilegalmente. Si bien este supuesto no se regula desde la Unión sino que se ha calificado por parte de la Comisión, que examinó la eficacia de los programas de regularización tanto para los emigrantes como para los Estados miembros en cuestión. Si bien estos programas permiten gestionar mejor la población, solucionar el problema del trabajo no declarado y aumentar los ingresos públicos, la Comisión concluye que estas regularizaciones constituyen, a pesar de todo, una forma de incentivo a la inmigración ilegal¹²⁵.

B) Residencia: desarrollo de la libre circulación “accesoria”

En cuanto a las materias relativas a estancias superiores a tres meses, básicamente las situaciones de residencia o permanencia, teniendo en cuenta las condiciones de entrada y los procedimientos sobre visados y permisos, constituyen buena parte de lo que ya se califica como “régimen común de extranjería de residencia y de derechos para los nacionales no comunitarios” y se define como “la libre circulación (de personas) indirectamente vinculada al mercado interior”¹²⁶, porque regula los aspectos complementarios que serán la consecuencia provocada por la plenitud del artículo 14 TCE¹²⁷. La justificación positiva de estos términos reside en el tenor del artículo 61, b) TCE, referido a la adopción de medidas “no necesariamente vinculadas en forma directa con la libre circulación de personas”.

Si, una vez precisada la naturaleza de “libertad accesoria” regulada en el Título IV TCE, nos atenemos al sustrato del derecho originario de extranjería que

¹²⁴ DOCE L 261 de 6 de agosto de 2004.

¹²⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 4 de junio de 2004, titulada «Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal», COM (2004) 412 final. Estudio solicitado por el Consejo de Salónica de junio 2003.

¹²⁶ J. A. Del Valle Gálvez, "La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (I y II)", en *Derecho comunitario material*, coord. por M. López Escudero y J. Martín y Pérez de Nanclares, McGraw Hill, Madrid, 2000, pp. 56-57.

¹²⁷ Esta plenitud del art. 14 TCE, con la supresión de los controles en las fronteras interiores, creará en la práctica, para algunos, “un único espacio federal en el que todas las personas, independientemente de su nacionalidad y estatuto jurídico, podrán viajar y residir” (*Ibid.*, p. 57).

vamos a desarrollar, conviene apreciar la trayectoria seguida hasta el momento desde Amsterdam para entender cómo se configura el derecho derivado emergente. El primer instrumento a tener en cuenta es el “Plan de Acción sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”¹²⁸, de diciembre de 1998, adoptado todavía por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior en aplicación del título VI del TUE. Este Plan se presentó en el Consejo Europeo de Viena¹²⁹ a instancia del anterior Consejo, reunido en Cardiff¹³⁰. En primer lugar, deja claro “el enfoque y la filosofía generales” del concepto por el que las tres nociones que lo constituyen son inseparables y tienen un denominador común, las personas, destacando la vinculación directa que el artículo 61,a) TCE efectúa entre las medidas de libre circulación y las orientadas a combatir y prevenir la delincuencia (art. 31,e) TUE)¹³¹. Arranca pues, con Ámsterdam, el reto de reconciliar libertad y seguridad, con un claro refuerzo de la primera, todavía limitada por la segunda¹³².

A partir de ese planteamiento y en el ámbito del Espacio de Libertad, el Plan de Acción destaca el salto cualitativo que supone poder dejar de recurrir a instrumentos de “derecho blando” y aborda las prioridades en las políticas de

¹²⁸ Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, *DOCE* C 19 de 23 de enero de 1999.

¹²⁹ Consejo Europeo de Viena. 11 y 12 de diciembre de 1998. En el apartado 85 de sus Conclusiones, insta al Consejo “a que prosiga su labor sobre (...) normas sobre nacionales de países terceros y una estrategia global sobre migración”, SN 300/1/98.

¹³⁰ Conclusiones de la Presidencia - Cardiff, 15 y 16 de junio de 1998, SN 150/1/98.

¹³¹ Este planteamiento es el que precisamente preocupa más en el ámbito laboral porque evidencia, según algunos autores, que “el binomio seguridad-libertad se vence claramente por el lado más débil cuando se trata de aplicar la Política Común de Inmigración”, repercutiendo en la Política Social Común. J. M. Gómez Muñoz y P. T. Rodríguez-Ramos Velasco, “La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea”, en *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, coord. por J. Cruz Villalón y T. Pérez del Río, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 31-56, p. 47.

¹³² Se trata de un hecho constatable al analizar el Plan de Acción en relación con los Títulos IV TCE y VI TUE, donde la mayor parte de las medidas enumeradas son de naturaleza represiva. *Cfr.* A. Weyemberg, “La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures: vers un rééquilibrage du couple liberté-sécurité?”, en *Revue Belge de Droit International*, núm. 2, 2000, pp. 612-639. La autora concluye que ese refuerzo se produce a través del refuerzo general de la protección de los derechos fundamentales, mediante el nuevo concepto de espacio de libertad, seguridad y justicia o por medio de cambios institucionales y el impacto de tales mejoras sobre la cooperación *Schengen*. Cita como ejemplos de limitaciones las medidas represivas de la ayuda a la entrada y residencia irregulares o las restricciones competenciales del TJCE. En definitiva, se trata de “*une réponse nuancée*” ya que todavía no se da un equilibrio real entre los dos polos que constituyen la libertad y la seguridad (*Ibid.*, p. 639). Como respuesta, es preciso que los actores supranacionales intervengan en el desarrollo normativo para aplacar las tendencias hacia la restricción y la exclusión, propias del paradigma de la seguridad. T. Kostakopoulou, “The ‘protective union’: Change and continuity in migration law and policy in post-Amsterdam Europe”, en *Journal of Common Market Studies*, núm. 38, (3) 2000, pp. 497-518.

inmigración y asilo, entre las que se encuentra la de defender la integración y los derechos de los nacionales de terceros países que viven legalmente en la Unión¹³³. En concreto, dentro de las Políticas relacionadas con la libre circulación de personas y en el ámbito de la inmigración, enumeraba medidas que se adoptarían, unas en un plazo de dos años desde la entrada en vigor del Tratado, como el instrumento sobre el estatuto jurídico de los inmigrantes legales, mientras que otras en un plazo de cinco años, como son las definidas en la letra a) del apartado 3 del artículo 63 del TCE y la del apartado 4 del mismo artículo¹³⁴.

5. Progresos en la Política Migratoria Común

A) Impulso político

En el Consejo Europeo de Tampere, reunido los días 15 y 16 de octubre de 1999 con carácter especial para tratar la creación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, se definió la Política Común de Inmigración a partir de lo propuesto por el Plan de Acción de Viena, quedando configurada por tres ejes aglutinantes: codesarrollo (asociación con los países de origen), gestión de los flujos migratorios y trato justo y derechos comparables para los residentes legales¹³⁵. Desde que se hicieran públicas estas Conclusiones, el término “comparables” ha sido muy discutido¹³⁶, pues condiciona el delicado ámbito de la integración efectiva.

¹³³ Las otras dos prioridades que se enumeran son la lucha contra la inmigración ilegal y dar la protección necesaria a aquellos que la necesiten incluso en los casos en que no se ajusten plenamente a los criterios de la Convención de Ginebra. Plan de Acción de 3 de diciembre de 1998, cit., apd. 8.

¹³⁴ Constituyen, en suma, el mencionado reducto de la Política de Inmigración (legal) y son (Plan de Acción, cit., p.9):

- condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar (artículo 63.3 a TCE),
- derechos y condiciones para que los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro puedan viajar (artículo 62.3 TCE) o residir en otros Estados miembros (artículo 63.4 TCE).

¹³⁵ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, SN 200/99, apds, 11-28. Ya desde años antes, parte de la doctrina considera que, si bien nada impide que se conceda a los extracomunitarios ciertos derechos de la ciudadanía bajo estatuto comunitario de residente, debe conservarse, en cambio, "la noción de ciudadanía, con todo su contenido legitimador y su desarrollo potencial" E. Pérez Vera, "Citoyenneté de l'Union européenne, nationalité et condition des étrangers", en *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, núm. 261, 1996, pp. 243-426, p. 423.

¹³⁶ M. Arcos Vargas, "Nacionales, ciudadanos y extranjeros circulan en territorio comunitario", cit., pp. 209-228. A favor de un trato “equiparable”, *cfr. passim J. De Lucas, S. Peña y A. Solanes, Trabajadores migrantes, Germania, Alzira, 2001*. En contra de “una aproximación mimética que lleve a justificar, por ejemplo, la equiparación de los derechos políticos entre ciudadanos de la Unión y nacionales extracomunitarios”, C. Jiménez Piernas, "La comunitarización de las políticas de

Con las disposiciones del Tratado de Amsterdam ya vigente, el Plan de Acción de Viena y las Conclusiones de Tampere, tanto la Comisión como los Estados miembros contaban ya con una base sólida de objetivos para desarrollar un programa de trabajo. El bloque de medidas necesario para alcanzar esos objetivos está siendo abordado con el impulso de sucesivos Consejos Europeos, mientras que el avance de su adopción y aplicación puede seguirse mediante un instrumento que la Comisión estableció con ese fin y que actualiza semestralmente: el Marcador para supervisar el progreso en la creación de un Espacio de “Libertad, Seguridad y Justicia” en la Unión Europea¹³⁷.

Elemento importante de ese programa de trabajo lo constituye la Comunicación de la Comisión sobre una Política Comunitaria de Migración de noviembre de 2000¹³⁸. Su trascendencia reside en la apuesta por un nuevo enfoque, global, integrado, de la inmigración para desarrollar lo requerido en Tampere, esto es, una definición clara de las condiciones de admisión y residencia de los nacionales de terceros países¹³⁹ unida a una política de integración (trato justo de los residentes extracomunitarios). En ese sentido, la Comisión consideró como punto de partida el examen de las cuestiones complejas de admisión de migrantes económicos.

El Consejo Europeo de Niza se hizo eco de la Comunicación sobre Política Comunitaria de Migración instando al Consejo a analizar sus propuestas¹⁴⁰. La propia Comisión, con el fin de preparar las discusiones sobre el progreso en la Creación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que tendrían lugar en el Consejo Europeo de Laeken en diciembre de 2001, presentó en julio una

inmigración y extranjería: especial referencia a España”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 13, (sep.-dic.) 2002, pp. 857-894, especialmente p. 893.

¹³⁷ Actualización del I Semestre de 2003 en Comunicación de la Comisión de 22 de mayo de 2003, COM (2003) 291 final.

¹³⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una Política Comunitaria de Migración, de 22 de noviembre de 2000, COM (2000) 757 final.

¹³⁹ Conclusiones de Tampere, cit., apd. 20: “El Consejo Europeo reconoce la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países, basadas en una evaluación conjunta de la evolución económica y demográfica de la Unión, así como de la situación en los países de origen. Para ello pide que el Consejo adopte decisiones con rapidez, basándose en propuestas de la Comisión. Dichas decisiones deberán tener en cuenta no sólo la capacidad de acogida de cada Estado miembro, sino también sus vínculos históricos y culturales con los países de origen”.

¹⁴⁰ Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Niza del 7 al 9 de diciembre de 2000, SN 400/1/00, apd. 52.

Comunicación sobre la aplicación de un método abierto de coordinación¹⁴¹ en la materia, especialmente en la gestión de flujos migratorios.

B) Trato justo a ciudadanos de terceros países. De Tampere a La Haya

Posteriormente, en los sucesivos Consejos Europeos de Laeken¹⁴², Sevilla¹⁴³, Salónica¹⁴⁴ y Bruselas¹⁴⁵ se acentúa la necesidad de avanzar con rapidez ante la proximidad de mayo de 2004 como plazo fijado en el Tratado a la vez que se aprueban o modifican algunas propuestas de derecho derivado en materia de inmigración y extranjería.

¹⁴¹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a un método abierto de coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración, COM (2001) 387, de 11 de julio de 2001. Los Estados han sido reacios a la aplicación de este método. *Cfr.* A. Caviedes, "The open method of co-ordination in immigration policy: a tool for prying open Fortress Europe?", en *Journal of European Public Policy*, núm. 11, (2) 2004, pp. 289-310.

¹⁴² Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Laeken, 15-16 de diciembre de 2001, apd. 41.

¹⁴³ Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Sevilla, 21-22 de junio de 2002, Boletín del PE de 24 de junio de 2002, apds. 26-39, especialmente el apd. 37, en el que insta al Consejo de la Unión a que apruebe antes de junio de 2003, entre otras, "las disposiciones sobre reagrupación familiar y el estatuto de los residentes permanentes de larga duración (sic)". También la cooperación que se pretende obtener de los terceros países se centra exclusivamente en los acuerdos de readmisión de sus nacionales y no beneficia el avance en materia de inmigración familiar ni tampoco se establecen cláusulas de protección frente a las expulsiones, cuanto menos las de carácter perentorio. Como crítica a estos acuerdos y el modo de potenciarlos, *vid.* M. Schieffer, "Community readmission agreements with third countries - Objectives, substance and current state of negotiations", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (3) 2003, pp. 343-357; D. Bouteillet-Paquet, "Passing the buck: A critical analysis of the readmission policy implemented by the European Union and its member states", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (3) 2003, pp. 359-377; E. A. Mrabet, "Readmission agreements. The case of Morocco", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (3) 2003, pp. 379-385.

¹⁴⁴ Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Salónica, 19-20 de junio de 2003, 11638/03, apds. 9-35, especialmente apd. 28: "Para poner en práctica las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, según las cuales a los nacionales de terceros países que residen legalmente se les debería conceder derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la UE, el Consejo Europeo considera que es necesario elaborar una política global y multidimensional sobre la integración de tales personas. Teniendo en cuenta que una integración satisfactoria contribuye a la cohesión social y al bienestar económico, esta política debería cubrir factores como el empleo, la participación económica, la educación y la enseñanza de la lengua, servicios sociales y de salud, vivienda y asuntos urbanos, así como la cultura y la participación en la vida social. A este respecto, el Consejo Europeo acoge favorablemente el hecho de que se haya alcanzado un acuerdo acerca de las Directivas sobre reagrupación familiar y sobre el estatuto de residente de larga duración, que son instrumentos esenciales para la integración de nacionales de terceros países". De especial interés resulta la calificación de "esenciales para la integración" que se da a las mencionadas Directivas.

¹⁴⁵ Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Bruselas, 16-17 de octubre de 2003, Reseña de prensa 17/10/2003, apds. 30-33. En el apd. 30, el Consejo Europeo "confirma el carácter de máxima prioridad política atribuido a la cuestión de la inmigración y reitera su empeño en un enfoque equilibrado entre la necesidad urgente de frenar la inmigración ilegal y de luchar contra la trata de seres humanos, por una parte, y por otra, la acogida y la integración de los inmigrantes legales con arreglo a los principios y prioridades fijados por los Consejos Europeos de Salónica, Sevilla, Laeken y Tampere".

Finalmente, el Programa plurianual de La Haya¹⁴⁶, refrendado por el Consejo Europeo de 4 y 5 de noviembre de 2004, se presenta como la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia, sucediendo, por tanto, al Programa de Tampere. Basándose en la evaluación del Programa anterior¹⁴⁷, resume los retos más importantes, destacando diez prioridades para los siguientes cinco años, y enumera medidas concretas para este período. Los objetivos estratégicos directamente relacionados con la clasificación originaria, trato justo a nacionales de terceros Estados, son tres y se recogen en los puntos 1, 4 y 5:

- “Derechos fundamentales y ciudadanía: crear políticas de gran alcance. Garantizar el pleno desarrollo de las políticas que controlen y fomenten el respeto de los derechos fundamentales para todo el mundo y de las que enriquezcan el contenido de la ciudadanía” (punto 1). Este objetivo trata intencionadamente con ambigüedad el término “ciudadanía” para evitar la concreción que se referiría sólo a la ciudadanía de la Unión y descartaría los eventuales progresos que, amparados en este objetivo estratégico, se puedan dar en el ámbito de la residencia legal de ciudadanos extracomunitarios¹⁴⁸.

- “Gestión de la migración; definición de un planteamiento equilibrado. Definir un planteamiento equilibrado para la gestión de la migración mediante el desarrollo de una política de migración que aborde el problema de la migración legal a escala de la Unión, endureciendo al mismo tiempo la lucha contra la migración ilegal, el contrabando y la trata de seres humanos, especialmente de mujeres y niños” (punto 4). En el cuarto objetivo, sobre gestión equilibrada, subyace un enfoque pretendidamente superado que queda de manifiesto al haberse deslizado la expresión “problema de la migración legal”¹⁴⁹.

- “Integración: aprovechar al máximo el impacto positivo de la migración en nuestra sociedad y nuestra economía. Desarrollar medidas de apoyo a los Estados

¹⁴⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: “Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia”, COM (2005) 184 final, de 10 de mayo de 2005.

¹⁴⁷ COM (2004) 401 final, de 2 de junio de 2004, “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones”.

¹⁴⁸ Desde la doctrina es frecuente demandar un estatuto de “ciudadanía”, aun “paralela”, para los residentes de larga duración. *Cfr. passim* N. Berger, *La politique européenne d'asile et d'immigration, enjeux et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2000.

¹⁴⁹ “Los inmigrantes son parte de la solución, no del problema.” K. Annan, “Why Europe needs an immigration strategy”, cit.

miembros e implantar una política mejor en materia de integración que permita aprovechar al máximo el impacto positivo de la migración en nuestra sociedad y nuestra economía e impedir el aislamiento y la exclusión social de las comunidades de inmigrantes. Así se contribuirá a la comprensión y al diálogo entre religiones y culturas, basados en los valores fundamentales de la Unión.”(punto 5). Con este último objetivo estratégico se confirma el importante papel que la cumbre de La Haya otorgó a la integración en la Política de Inmigración¹⁵⁰.

En cuanto a las medidas correspondientes a las mencionadas prioridades y su calendario, destacan, en el desarrollo de la política sobre migración legal, la evaluación y seguimiento de la transposición y aplicación de los instrumentos de la primera fase sobre migración legal (2005-2011), el debate relativo al Libro Verde sobre migración económica¹⁵¹ (2005) y, basándose en el resultado de la consulta pública sobre el Libro Verde en materia de migración legal, presentación de un Plan político, incluidos los procedimientos de admisión (2005). Por otra parte, se previó una Comunicación sobre un Marco europeo para la integración¹⁵² (2005) y una serie de medidas para fomentar el intercambio estructural de experiencias e información sobre la integración¹⁵³: gestión de las actividades preparatorias INTI (2005-2006), informes anuales sobre inmigración e integración (2005, en curso), Manual sobre integración (segunda edición 2006, en curso), desarrollo de un sitio web en internet (2006) y establecimiento de un Fondo para la integración (2007)”¹⁵⁴.

Acogiendo la distinción que Jiménez Piernas establece entre inmigración y extranjería como dos políticas públicas complementarias¹⁵⁵, nos fijaremos en el

¹⁵⁰ M. Pajares Alonso, "Las Políticas de Inmigración en la Unión Europea", en *Inmigración, Extranjería y Asilo*, dir. por E. Linde Paniagua y J. A. Moreno Díaz, Colex, Madrid, 2005, pp. 65-83.

¹⁵¹ COM (2004) 811 final, de 11 de enero de 2005, "Libro Verde: el planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica".

¹⁵² "Programa Común para la Integración. Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea", COM (2005) 389 final, de 1 de septiembre de 2005. Esta Comunicación se presenta como la primera respuesta de la Comisión a la invitación del Consejo Europeo a establecer un marco coherente para la integración, estructurado en medidas concretas destinadas a poner en práctica los principios básicos comunes, acompañadas de una serie de mecanismos de apoyo de la UE.

¹⁵³ Además, según el propio Plan, se realizan actividades complementarias en el marco de la estrategia europea de empleo y del proceso de inclusión social.

¹⁵⁴ Programa de La Haya, cit., p. 17.

¹⁵⁵ C. Jiménez Piernas, "La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España", cit., pp. 857-894, p. 864. P. A. Fernández Sánchez, *Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006, especialmente p. 12.

derecho derivado de la segunda, menos atendida que la primera¹⁵⁶, para analizar su primera positivación, la Directiva sobre reagrupación familiar. Según este autor, la “política pública de inmigración” estaría formada por los preceptos relativos a control de flujos migratorios, regularización, medidas de integración social y derechos sociales, mientras que la “política pública de extranjería” se identificaría con los preceptos que garantizan y desarrollan los derechos fundamentales reconocidos a los extranjeros. Frente a este planteamiento, Fernández Sánchez se refiere exclusivamente a política común de inmigración, aunque la designe como Derecho comunitario de la inmigración, en el que considera incluidos además el control de las fronteras y del asilo. Efectivamente, la calificación no es pacífica y siguiendo a Moya Escudero, si se entendiera el Derecho de extranjería de la UE como régimen normativo único que regulara de forma completa el estatuto de los nacionales de terceros Estados respecto de cualquier Estado miembro, no podría admitirse su existencia¹⁵⁷. Sí puede aceptarse, en cambio, aun mediante la utilización de Directivas que implican la pervivencia de regímenes divergentes, la consideración de un conjunto de normas constitutivas del estatuto de extranjería en la Unión Europea con una “marcada vocación funcional”, puesto que “se circunscribe a cuestiones consideradas complementarias a la consecución del Mercado Interior y, en particular, a la libre circulación de personas”¹⁵⁸.

Los instrumentos de derecho derivado en materia de extranjería, por tanto, se hallan enmarcados en el bloque constituido por el “trato justo a ciudadanos de terceros países” y agrupados por objetivos¹⁵⁹:

a) Admisión y residencia

En el objetivo de aproximación de las legislaciones nacionales sobre los requisitos de admisión y residencia de ciudadanos de países terceros, los trabajos de la Comisión se tradujeron en una propuesta de Directiva relativa a la admisión a

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 875.

¹⁵⁷ M. Moya Escudero, "Artículo 1. Delimitación del ámbito", en *Comentarios a la Ley de Extranjería*, coord. por C. Esplugues Mota, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 53-85., especialmente p. 63.

¹⁵⁸ I. Blázquez Rodríguez, "Hacia una política común de inmigración en la Unión Europea", en *Revista del Poder Judicial*, núm. 66, 2002, pp. 107-142, p. 118.

¹⁵⁹ Se trata de la estructura fijada en el Marcador para supervisar el progreso en la creación de un Espacio de “Libertad, Seguridad y Justicia” en la Unión Europea, Actualización cit. *supra*.

efectos de empleo¹⁶⁰, una Directiva relativa a la admisión a efectos de estudios o situaciones similares¹⁶¹ y la Directiva de mayor trascendencia para este trabajo, la relativa a la reagrupación familiar¹⁶². Tiene su causa próxima en la Propuesta por la Comisión de una Directiva del Consejo en diciembre de 1999¹⁶³, modificada en octubre de 2000¹⁶⁴ y en mayo de 2002¹⁶⁵, de conformidad con las conclusiones de Laeken. La versión finalmente aprobada responde, sin embargo, a un acuerdo político¹⁶⁶ del Consejo de febrero de 2003. Su causa remota reside en las disposiciones de la resolución relativa a la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar¹⁶⁷ en las Conclusiones de Copenhague de 1993, teniendo en aquel momento como base sólo el artículo K.1 TUE, en vigor desde enero del mismo año e intergubernamental. Dedicaremos la segunda parte del capítulo al análisis de esta Directiva, compendio de reglas *de minimis* para la ordenación estatal de un derecho de los extranjeros.

b) Estatuto jurídico de los nacionales de países terceros. Residentes de larga duración.

En atención al propósito de aproximación del estatuto jurídico de los nacionales de países terceros, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en marzo de 2001¹⁶⁸, finalmente aprobada por el Consejo en noviembre de 2003¹⁶⁹.

¹⁶⁰ COM (2001) 386, de 11 de julio de 2001: Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia.

¹⁶¹ Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, *DOCE* L 375 de 23 de diciembre de 2004.

¹⁶² Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, *DOCE* L 251, de 3 de octubre de 2003.

¹⁶³ COM (1999) 638, de 1 de diciembre de 1999.

¹⁶⁴ COM (2000) 624, de 10 de octubre de 2000.

¹⁶⁵ COM (2002) 225, de 2 de mayo de 2002.

¹⁶⁶ Acuerdo político del Consejo, Sesión núm. 2489, 27 y 28 de febrero de 2003, Boletín UE, 1/2-2003, punto 1.4.16. Las enmiendas presentadas posteriormente por el Parlamento Europeo en su Dictamen consultivo de 9 de abril de 2003 fueron rechazadas, Boletín UE, 4-2003, punto 1.4.6.

¹⁶⁷ Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Copenhague, 1 de junio de 1993.

¹⁶⁸ COM (2001) 127 final, de 13 de marzo de 2001, *DOCE* C 240E, de 28 de agosto de 2001.

¹⁶⁹ Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, *DOCE* L 16 de 23 de enero de 2004. *Vid.* estudio crítico en S. Boelaert-Suominen, "Non-eu nationals and Council Directive 2003/109/EC on the status of third-country nationals who are long-term residents: Five paces forward and possibly three paces back", en *Common Market Law Review*, núm. 42, (4) 2005, pp. 1011-1052.

La Directiva colma dos objetivos. Por un lado, el de otorgar un estatuto específico con esa categoría a los residentes legales durante cinco años ininterrumpidos y la renovación automática a los diez, que les confiere los derechos de competencia comunitaria, sociales, pero no los de competencia estatal, como el de voto o el acceso a la nacionalidad¹⁷⁰. De igual modo, restringe la posibilidad de expulsión¹⁷¹, pero no la elimina como sí lo hace la Directiva sobre libre circulación para los también extracomunitarios y residentes permanentes miembros de la familia de comunitarios¹⁷².

Por otro lado, regula los requisitos para que estos residentes en un Estado miembro lo puedan ser temporalmente en otro, sin perder su condición de larga duración en el primero. La Directiva constituye, por tanto, una primera etapa en la aplicación del apartado 4 del artículo 63 TCE, que la Comisión justifica esgrimiendo “las exigencias de un mercado laboral en pleno cambio que requiere mayor flexibilidad”¹⁷³.

Debiendo consumarse la transposición en los ordenamientos estatales antes del 23 de enero de 2006¹⁷⁴, se esgrime una igualdad de trato con los nacionales en

¹⁷⁰ Para algunos autores, las dos dimensiones tratadas en la Directiva (estatuto de residente de larga duración y derecho de residencia en otro Estado miembro) reflejan la tendencia hacia la noción de “ciudadanía civil paneuropea” basada en la residencia y no en la nacionalidad. *Cfr.* K. Fach Gómez, “Propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 2, (marzo) 2003, pp. 53-64, especialmente p. 57.

¹⁷¹ El CES en su Dictamen sobre esta Propuesta, sólo observa que el artículo 13.1, referido a la expulsión “no debe dar lugar a arbitrariedades” (Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, de 17 de octubre de 2001, *DOCE* C 36, de 8 de febrero de 2002, p. 59-62).

¹⁷² Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, *DOUE* L 158, de 30 de abril de 2004. Todo ello, a pesar de equiparar ambos estatutos en la Exp. de Motivos de la Propuesta para residentes de larga duración (apd. 5.3): “Dentro de esta categoría se incluyen los refugiados amparados por el estatuto del Convenio de Ginebra y los nacionales de terceros países que sean miembros de la familia de un ciudadano de la Unión”.

¹⁷³ Propuesta de Directiva residentes larga duración, *cit.*, Exposición de Motivos, apd. 5.8. Añade en el siguiente apartado que “efectivamente existen diversas categorías de nacionales de terceros países, por ejemplo, investigadores, deportistas o artistas, que, sin querer establecerse de una manera duradera, desean ejercer la movilidad por los distintos Estados miembros de la Unión Europea. Garantizar su movilidad es un reto que la Unión debe poder afrontar, si quiere ser competitiva al nivel internacional y aspira a convertirse en un polo de atracción para esas personas”.

¹⁷⁴ Art. 26 de la Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

diversos derechos¹⁷⁵ que inmediatamente deviene potestativa y, por tanto, carente de eficacia¹⁷⁶. Los requisitos exigidos para la obtención del estatuto de residente de larga duración son básicamente¹⁷⁷ la acreditación de disponer para sí mismo y para los miembros de su familia que estuvieren a su cargo de recursos fijos y regulares suficientes para la manutención, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los propios nacionales del Estado miembro de que se trate.

¹⁷⁵ Art. 11.1: “1. Los residentes de larga duración gozarán del mismo trato que los nacionales en lo que respecta a lo siguiente:

- a) el acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena y por cuenta propia, siempre y cuando éstos no supongan, ni siquiera de manera ocasional, una participación en el ejercicio del poder público, y las condiciones de empleo y trabajo, incluidos el despido y la remuneración;
- b) la educación y la formación profesional, incluidas las becas de estudios, de conformidad con la legislación nacional;
- c) el reconocimiento de los diplomas profesionales, certificados y otros títulos, de conformidad con los procedimientos nacionales pertinentes;
- d) las prestaciones de la seguridad social, de la asistencia social y de la protección social tal como se definen en la legislación nacional;
- e) los beneficios fiscales;
- f) el acceso a bienes y a servicios y el suministro de bienes y servicios a disposición del público, así como los procedimientos para acceder a la vivienda;
- g) la libertad de asociación y afiliación y la participación en organizaciones de trabajadores o empresarios o en cualquier organización profesional, incluidos los beneficios que tal tipo de organización pueda procurar, sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de orden público y de seguridad pública;
- h) el libre acceso a la totalidad del territorio del Estado miembro de que se trate, dentro de los límites impuestos por la legislación nacional por razones de seguridad.

¹⁷⁶ Art. 11, apds. 2 a 5: “2. En relación con lo dispuesto en las letras b), d), e), f) y g) del apartado 1, el Estado miembro de que se trate podrá restringir la aplicación de la igualdad de trato a los casos en que el lugar de residencia habitual o de inscripción del residente de larga duración, o de los miembros de su familia para los que se solicitaren las prestaciones o beneficios, se halle en su territorio.

3. Los Estados miembros podrán restringir la igualdad de trato con sus nacionales en los casos siguientes:

- a) los Estados miembros podrán mantener restricciones al acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia cuando, de conformidad con la legislación nacional o comunitaria vigente, dicho acceso esté reservado a los nacionales o a los ciudadanos de la Unión Europea (UE) o del Espacio Económico Europeo (EEE);
- b) los Estados miembros podrán exigir que se acredite un nivel lingüístico adecuado para acceder a la educación y la formación.

El acceso a la universidad podrá supeditarse al cumplimiento de requisitos previos educativos específicos.

4. Los Estados miembros podrán limitar la igualdad de trato a las prestaciones básicas respecto de la asistencia social y la protección social.

5. Los Estados miembros podrán permitir el acceso a prestaciones adicionales en los ámbitos a que se refiere el apartado 1.

Asimismo, los Estados miembros podrán decidir que se otorgue igualdad de trato en ámbitos no considerados en el apartado 1.

¹⁷⁷ Art. 5 de la Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

A esas condiciones deben añadirse otras potestativas que se refieren, por un lado, a los recursos obtenidos, respecto a los cuales, cada Estado miembro, aunque deberá evaluarlos en función de su naturaleza y regularidad, nada tienen prescrito salvo la posibilidad de tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos antes de la solicitud del estatuto de residente de larga duración. Por otro lado, la Directiva recoge expresamente un requisito potestativo, cumplir las medidas de integración que, de conformidad con la legislación nacional, los Estados miembros puedan exigir. Tal condición se abandona en la discrecionalidad de los Estados y desvirtúa gravemente la aproximación en los criterios de admisión, pues no se trata de una primera entrada en el espacio de la Unión, sino de un cambio de residencia intracomunitario. Puede considerarse, por tanto, como un estatuto vacío que no aporta valor añadido a las legislaciones nacionales¹⁷⁸.

Miembros de la familia del residente de larga duración. La Directiva impone, en su artículo 16.1, que cuando el residente de larga duración ejerza su derecho de residencia en un segundo Estado miembro y la familia estuviera ya constituida en el primer Estado miembro, deberá autorizarse a los miembros de su familia que cumplan las condiciones referidas en el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE¹⁷⁹ a acompañar al residente de larga duración o a reunirse con él.

Sin embargo, en el mismo artículo 16, apartado cuarto, se permite que el segundo Estado miembro requiera a los miembros de la familia del residente de larga duración que, a su solicitud de permiso de residencia, adjunten el permiso de residencia de residente de larga duración-CE o el permiso de residencia y un documento de viaje válido, o copias certificadas de los mismos, además de pruebas mediante las cuales puedan acreditar que han residido como miembros de la familia del residente de larga duración en el primer Estado miembro y que disponen de recursos fijos y regulares, que sean suficientes para su propia manutención sin recurrir a la asistencia social del Estado miembro de que se trate, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el segundo Estado miembro, o de que el residente de larga duración dispone para los miembros de su familia de dichos recursos y de dicho seguro. Los Estados miembros evaluarán estos recursos

¹⁷⁸ N. Berger, *La politique européenne d'asile et d'immigration, enjeux et perspectives*, cit., p. 128.

¹⁷⁹ *Vid. infra* Directiva sobre reagrupación familiar.

atendiendo a su naturaleza y regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y pensiones mínimos.

En los demás aspectos relativos a los miembros de la familia, cuyo permiso de residencia será de duración idéntica a la del residente de larga duración (artículo 19.3), la Directiva se remite a lo establecido por la otra relativa a reagrupación familiar¹⁸⁰.

C) *Motivos de un desarrollo normativo mínimo*

Hemos podido comprobar cómo la política pública comunitaria de extranjería se encuentra desatendida respecto a la de inmigración. Estamos asistiendo a una clara falta de correspondencia por parte del Consejo de la Unión en lo que se refiere a la voluntad política manifestada por los Consejos Europeos. Por tanto, en el ámbito de la extranjería se está positivando lo imprescindible. Motivos de este desajuste pueden ser los siguientes¹⁸¹:

1. Aprobación reciente o próxima de normas nacionales. Esta circunstancia limita la flexibilidad negociadora de los representantes de los Estados miembros en el marco del Consejo. Además, las legislaciones nacionales difieren unas de otras considerablemente, provocando el *visa shopping*¹⁸², es decir, la búsqueda de la más ventajosa por parte de los extracomunitarios.

2. Percepción negativa del fenómeno migratorio por parte de las opiniones públicas, que reflejan los representantes ante las propuestas de apertura al acceso de trabajadores extranjeros o mejora del estatuto de los establecidos. Por contraste, prosperan las relativas a limitar el acceso al espacio europeo o a combatir la inmigración ilegal¹⁸³.

¹⁸⁰ V. gr. en el supuesto de que la familia no estuviera todavía constituida en el primer Estado miembro (art. 16.5) y en el reconocimiento de derechos (art. 20.3).

¹⁸¹ Seguimos aquí las opiniones vertidas por un Director de la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea, si bien a título personal, en su análisis de la situación, E. González Sánchez, "Asilo e inmigración en la Unión Europea", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 13, (sep.-dic.) 2002, pp. 833-856, especialmente p. 849.

¹⁸² De ahí la preocupación actual de la Comisión dirigida al desarrollo de criterios comunes de admisión. Cfr. COM (2004) 811 final, de 11 de enero de 2005, "Libro Verde: el planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica".

¹⁸³ Esto responde a lo que se ha denominado "chovinismo del bienestar", en el que sus manifestaciones más radicales han convertido al inmigrante de competidor en alguien que comete "fraude de bienestar", J. Huysmans, "The European Union and the Securitization of Migration", en *Journal of Common Market Studies*, núm. 38, (5) 2000, pp. 751-777, p. 768. Así sucede además en los

3. El criterio de la unanimidad, generalizado en la adopción de decisiones en esta materia, dificulta la materialización de acuerdos consensuados. Cuando a pesar de ello se logra el consenso, tiende a realizarse al nivel del “mínimo común denominador”¹⁸⁴.

II. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO COMUNITARIO: LA DIRECTIVA 2003/86/CE

1. Mínimo común denominador

Esta Directiva¹⁸⁵ puede considerarse, a la vista de su proceso de gestación (*vid. infra*), como fiel reflejo, sino paradigma, del desarrollo normativo que se está dando a la política comunitaria de extranjería¹⁸⁶ en clave de mínimo común denominador. Podemos, pues, adelantar su calificación como de derecho derivado “blando”, próximo al *soft law* debido a un procedimiento con reminiscencias de carácter intergubernamental, de derecho internacional¹⁸⁷, puesto que exige unanimidad en el seno del Consejo y el Parlamento Europeo sólo emite un dictamen consultivo (artículo 67 TCE). Con todo ello, se confirman las sospechas, manifestadas con motivo de las primeras Propuestas de Directiva, de que la verdadera motivación de esta medida legislativa nace esencialmente de una

países candidatos a la UE, que ven cómo los esfuerzos de las negociaciones se centran en el control de fronteras exteriores. *Cfr.* C. Phuong, "Enlarging "Fortress Europe": EU accession, asylum, and immigration in candidate countries", en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 52, (july) 2003, pp. 641-664.

¹⁸⁴ E. González Sánchez, "Asilo e inmigración en la Unión Europea", cit., p. 851; D. J. Vicente Blanco, "Una regulación integral de la inmigración para Europa", en *REDUE*, núm. 5, (2º sem.) 2003, pp. 91-113. El autor lamenta la falta de racionalidad propia de la política que pervive en el sistema de adopción de acuerdos que establece el Tratado de Amsterdam, al conjugarse el mantenimiento de la unanimidad con la atribución de un derecho de iniciativa de los Estados. Añade: "Mientras las propuestas de la Comisión, que diseñan un programa legislativo ordenado y racional, van quedando aparcadas, las propuestas estatales, fruto de la voluntad variable de los gobiernos que ocupan la Presidencia, se imponen sin más coordinación ni lógica que la circunstancial." (p.113)

¹⁸⁵ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, *DOCE* L 251, de 3 de octubre de 2003, cit.

¹⁸⁶ Para respaldar la arriba anotada diferencia entre inmigración y extranjería y la inserción de esta Directiva en el marco de la segunda –protección de los derechos de los nacionales de terceros países–, resulta clarificadora la delimitación de ámbitos expuesta en el Primer Considerando: “Con el fin de instaurar progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea contempla, por un lado, la adopción de medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas, conjuntamente con las medidas de acompañamiento relativas a los controles en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración y, por otro, la adopción de medidas en los ámbitos del asilo, la inmigración y la protección de los derechos de los nacionales de terceros países.”

¹⁸⁷ Recuérdese que se trataba, hasta Ámsterdam, de una materia de interés común regulada desde 1993 en el art. K.1.3.b TUE.

necesidad económica más que de un principio humanitario¹⁸⁸. Sin embargo, dado que el resultado normativo se enmarca ya irremisiblemente en el Derecho Comunitario, debemos analizarlo desde ese prisma.

Descubrimos, en primer lugar, los mecanismos técnico-jurídicos de esta Directiva: la flexibilidad y la transitoriedad, necesarias fundamentalmente debido a la diversidad de los ordenamientos nacionales, pero que a la vez incrementan las diferencias en el tratamiento de la reagrupación dentro del territorio de la Unión, como advierte Vargas Gómez-Urrutia¹⁸⁹. La materialización de estos principios se opera mediante dos tipos de cláusulas, presentes en cada uno de los que han sido puntos de fricción durante los años de debate de la norma, una de mantenimiento del *statu quo* y otra de emplazamiento:

Cláusula de mantenimiento del statu quo. La primera cláusula tratará de impedir que los Estados utilicen las excepciones introducidas si no estuvieran previstas por “su legislación vigente en la fecha de aplicación de la presente Directiva”¹⁹⁰. El objetivo, en este caso, es evitar que la entrada en vigor de la Directiva sea paradójicamente la causa de más divergencias entre los Estados miembros.

Sin embargo, esta cláusula ha perdido virtualidad desde su previsión en la propuesta previa al acuerdo político, la de mayo de 2002. En aquella, los supuestos eran más (art. 4, apds. 1, 2 y 3, art. 7.1.c y art. 8) y se refería a la fecha de “adopción” de la Directiva, distinta de “aplicación”: se ha adoptado el 22 de septiembre de 2003,

¹⁸⁸ R. Cholewinski, "Family reunification and conditions placed on family members: Dismantling a fundamental human right", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (3) 2002, pp. 271-290.

¹⁸⁹ M. Vargas Gómez-Urrutia, "La reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho Comunitario de la Inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas en el Derecho comunitario", en *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dir. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Colex, Madrid, 2004, pp. 819-843, p. 842.

¹⁹⁰ Efectivamente, la Directiva prevé, “en casos muy limitados, excepciones para adaptarse a determinadas especificidades de las legislaciones nacionales vigentes” (Propuesta de Directiva de 2 de mayo de 2002, Exp. Motivos, apd. 2.1., COM (2002) 225 final). Estos casos se encuentran recogidos ambos en el art. 4: apd. 1, último párrafo (“*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* [el subrayado es nuestro].”) y apd. 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* [el subrayado es nuestro]. Si las solicitudes se presentaren después de los 15 años de edad, los Estados

pero su aplicación en los Estados miembros (art. 19) se deberá consumir a más tardar el 3 de octubre de 2005 (art. 20).

En el proceso de adopción de la Directiva, se han vertido numerosas críticas a la formulación de esta cláusula, pues facilita que los Estados modifiquen sus respectivas legislaciones en sentido restrictivo, hasta el momento de la “aplicación” efectiva en cada uno de ellos, debiendo haber mantenido, como mínimo, lo prescrito en la última propuesta¹⁹¹. A modo de contrapartida, la Directiva permite disposiciones más favorables de los Estados¹⁹².

Cláusula de emplazamiento. La segunda cláusula fija la próxima cita para examinar la siguiente etapa de la aproximación de las legislaciones sobre admisión a efectos de reagrupación familiar, dos años después de la fecha fijada como límite para la incorporación de la Directiva en las legislaciones nacionales, con el fin de revisar las disposiciones más flexibles¹⁹³.

2. Consideraciones procedimentales en la adopción de la Directiva

Partiendo de la base jurídica ya analizada -el artículo 63.3.a TCE-, la Directiva enumera los distintos documentos institucionales elaborados con motivo de su proceso de adopción. Esta enumeración, sin embargo, no es exhaustiva dado que en algunos puntos se encuentra sin actualizar. Se trata de la Propuesta de la Comisión y los sucesivos dictámenes del Parlamento Europeo, del Comité Económico y Social y del Comité de las Regiones.

En primer lugar, el Consejo hace mención de “la Propuesta de la Comisión” y anota la publicación de las dos primeras versiones, de primero de diciembre de 1999

miembros que decidan aplicar esta excepción autorizarán la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación familiar.”).

¹⁹¹ En este sentido, *cfr.* Dictamen del CES de 17 de julio de 2002, apd. 2.1., DOCE C 241 de 7 de octubre de 2002; I. Lázaro González, "La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar", en *Migraciones*, núm. 12, 2002, pp. 43-79; P. Boeles, "Directive on family reunification: Are the dilemmas resolved?", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 3, (1) 2001, pp. 61-71.

¹⁹² Art. 3.5. Sobre esta y otras diferencias con respecto a la primera versión de propuesta, *cfr.* M. P. Canedo Arrillaga, "La Propuesta de la Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el Derecho Internacional Privado", en *Mundialización y familia*, coord. por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, Colex, Madrid, 2001, pp. 121-142.

¹⁹³ Esta cláusula viene recogida en el art. 19 (Disposiciones finales): “Periódicamente, y por primera vez a más tardar el 3 de octubre de 2007, la Comisión informará al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la presente Directiva en los Estados miembros, proponiendo, en su caso, las modificaciones necesarias. Estas propuestas de modificación se referirán prioritariamente a los artículos 3, 4, 7, 8 y 13.”

CONDICIONANTES EN LA ARTICULACIÓN DEL RÉGIMEN DE REAGRUPACIÓN

y de 6 de septiembre de 2000 respectivamente¹⁹⁴, omitiendo la tercera versión¹⁹⁵, de 2 de mayo de 2002. Precisamente sobre esta propuesta modificada, el Consejo, modificándola sustancialmente, adoptó un acuerdo político en febrero de 2003¹⁹⁶, pudiendo hablarse de una cuarta versión definitiva pendiente de ulterior aprobación (CNS/2001/0074, núm. 6912/03). Se aprobó sin debate en la Sesión núm. 2525, el 22 de septiembre de 2003. Puede hablarse de modificación sustancial si se tienen en cuenta los cambios introducidos en la tercera versión:

Propuesta de 2 de mayo de 2002	Directiva 2003/86/CE [el subrayado es nuestro]	
No existe art. 4.6.	Art. 4.6.: “ <i>Excepcionalmente</i> , 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, <i>si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva</i> . 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.”	
Art. 5.4.: “Cuanto antes y, en todo caso, a más tardar a los nueve meses de la fecha de la presentación de la solicitud, las autoridades competentes del Estado miembro notificarán por escrito a la persona que haya presentado la solicitud la resolución adoptada. En circunstancias excepcionales relacionadas con la complejidad del examen de la solicitud, podrá ampliarse el plazo mencionado en el párrafo primero, <i>pero en ningún caso podrán sobrepasar los 12 meses.</i> ”	Art. 5.4.: “Cuanto antes y, en todo caso, a más tardar a los nueve meses de la fecha de la presentación de la solicitud, las autoridades competentes del Estado miembro notificarán por escrito a la persona que haya presentado la solicitud la resolución adoptada. En circunstancias excepcionales relacionadas con la complejidad del examen de la solicitud, podrá ampliarse el plazo mencionado en el párrafo primero.”	
Art. 7.2.: “Los Estados miembros sólo podrán fijar las condiciones relativas a la vivienda, al seguro de enfermedad y a los recursos previstos en el apartado 1 con el fin de garantizar que el reagrupante esté en condiciones de subvenir a las necesidades de los miembros de su familia, una vez reagrupada, sin financiación pública. Estas disposiciones no podrán implicar discriminación alguna entre los nacionales y los ciudadanos de terceros países.”	Art. 7.2.: “Los Estados miembros podrán requerir que los nacionales de terceros países cumplan las medidas de integración de conformidad con la <u>legislación nacional</u> .”	
Art. 13.2.: “El Estado miembro de que se trate expedirá a los miembros de la familia un permiso de residencia renovable de idéntica duración a la del permiso de residencia del reagrupante.”	Art. 13.2.: “El Estado miembro de que se trate expedirá a los miembros de la familia un <i>primer</i> permiso de residencia <i>de una duración mínima de un año</i> . <i>Dicho permiso de residencia será renovable.</i> ”	
Art. 14.2.: “Los Estados miembros podrán limitar el acceso a un empleo asalariado o a una actividad independiente de los ascendientes y de los hijos mayores contemplados en el apartado 2 del artículo 4.” No hay apd. 3.	Art. 14.2.: “Los Estados miembros podrán decidir, de conformidad con su Derecho nacional, las <i>condiciones que los miembros de la familia deberán cumplir</i> para ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia. Estas condiciones establecerán un <i>plazo no superior en ningún caso a 12 meses</i> , durante el cual los Estados miembros podrán estudiar la situación de sus mercados laborales <i>antes de autorizar a los miembros de la familia a ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia</i> . (3.) Los Estados miembros podrán limitar el acceso a una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia de los ascendientes <i>en línea directa y en primer grado</i> y de los hijos mayores <i>solteros</i> contemplados en el apartado 2 del artículo 4.”	

¹⁹⁴ 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.

¹⁹⁵ Publicada en el DOCE C 203 E de 27 de agosto de 2002, p. 136.

¹⁹⁶ Acuerdo político del Consejo, Sesión núm. 2489, 27 y 28 de febrero de 2003, Boletín UE, 1-2, 2003, punto 1.4.16.

Seguidamente, aparece citado el dictamen del Parlamento Europeo, también con la mala fortuna de que se anota o refiere sólo a la publicación¹⁹⁷ del de 6 de septiembre de 2000, sobre la primera propuesta de la Comisión y cuyas enmiendas parcialmente aceptadas fueron la causa de la segunda propuesta. Obviamente, el próximo dictamen recaería sobre la tercera versión¹⁹⁸. Sin embargo, el Parlamento Europeo lo emitió el 9 de abril de 2003 y sus enmiendas fueron rechazadas el mismo día, existiendo ya una cuarta versión del Consejo, de 28 de febrero. Cabe preguntarse si se violó el procedimiento de consulta del artículo 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 adoptados¹⁹⁹, aunque el TJCE evite, probablemente por conveniencia, pronunciarse con claridad²⁰⁰.

En tercer lugar, el dictamen del CES que se cita es el de 25 de mayo de 2000²⁰¹, cuando el Consejo ya disponía de otro, de 17 de julio de 2002, sobre la tercera versión²⁰², manifiestamente contrario a la misma, pero no formalmente negativo, con la “esperanza, más que con la convicción, de que esta última lectura lleve rápidamente a una conclusión de la tramitación de la propuesta y a la aprobación definitiva del documento”²⁰³. De ello puede extraerse que un eventual dictamen relativo a la cuarta versión habría sido más rotundo a la vez que igualmente resignado.

3. Fundamentación y contenido esencial del derecho

Fundamentación. La justificación pragmática de esta regulación, esto es, de la fijación según criterios comunes de las condiciones materiales para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar²⁰⁴, viene expuesta en el cuarto Considerando de la

¹⁹⁷ DOCE C 135 de 7 de mayo de 2001, p. 174.

¹⁹⁸ El Parlamento Europeo tuvo que esperar a la tercera versión de la propuesta, causada por el nuevo enfoque requerido en el Consejo Europeo de Laeken con el fin de alcanzar el éxito de las negociaciones en el seno del Consejo de la Unión. *Vid.* apd. 2 Exp. motivos de la propuesta modificada de 2 de mayo de 2002, COM (2002) 225 final.

¹⁹⁹ *Cfr.* Coordinadora Europea por el Derecho de los Extranjeros a vivir en familia, *Propuesta (al PE) de Recurso para la anulación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003, relativa al derecho a la reagrupación familiar, por el Parlamento Europeo ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en virtud del artículo 230 del TCE*, octubre de 2003, disponible en <<http://www.coordeurop.org>>.

²⁰⁰ STJCE de 27 de junio de 2006, Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea, C-540/03.

²⁰¹ DOCE C 204 de 18 de julio de 2000, p. 40.

²⁰² DOCE C 241 de 7 de octubre de 2002.

²⁰³ *Ibid.*, punto 3.2.

²⁰⁴ Art. 1 de la Directiva.

Directiva, donde se establece la siguiente relación de causalidad: “la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia; contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal como se declara en el Tratado”²⁰⁵.

Contenido. Sabiendo ya por qué se regula esta materia, comprobamos además que versa sobre las condiciones de ejercicio de un determinado derecho. Hemos visto también que se trata de un derecho instrumental de otro fundamental (“la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia”). Queda, pues, averiguar el contenido de ese derecho fundamental. Para ello, podemos partir del segundo considerando de la Directiva como guía: “Las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional. La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.”

La obligación de protección y respeto consagrada en numerosos instrumentos del Derecho internacional. En el primer inciso queda patente que el contenido consiste en un bien humano básico, el respeto de la vida familiar, exigido por la propia dignidad humana, con el fin de proteger la familia, reconocido en los textos internacionales a toda persona sin más determinación que la de ser persona. Recordando que los textos internacionales²⁰⁶ recogen todavía un derecho humano sin positivizar a nivel comunitario, debemos acudir al segundo inciso, que descende a la norma fundamental por la cual se reconoce el derecho: el artículo 8 CEDH.

Los principios reconocidos por el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH): Aunque ya ha sido comentado al analizar la jurisprudencia de Estrasburgo, la

²⁰⁵ Este objetivo fundamental se encuentra recogido en el artículo 2 y en la letra k) del apartado 1 del artículo 3 del TCE, mención expresa que se hacía en el octavo considerando de la Propuesta de Directiva de 2 de mayo de 2002.

²⁰⁶ *Vid. supra* Capítulo II.

Directiva condiciona el ejercicio del derecho pero se somete expresamente a la interpretación que del mismo ha elaborado el TEDH.

La Directiva regula, por tanto, además de las condiciones de ejercicio de su artículo 1, el régimen de sanciones y recursos, donde se establecen las medidas de denegación de solicitud, retirada de permiso, denegación de renovación o expulsión²⁰⁷ en los supuestos de incumplimiento - también sobrevenido - de las condiciones establecidas o de fraude (artículo 16), además de los de orden público, seguridad pública y salud pública (artículo 6).

4. Sujetos

A) Titular

El titular del derecho es el “reagrupante”, definido como “el nacional de un tercer país que, residiendo legalmente en un Estado miembro, solicite que los miembros de su familia se reúnan con él” (artículo 2.c) para, cabría añadir, “mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante”,²⁰⁸. Debemos completar el perfil del titular con los siguientes requisitos acumulativos, que acabarán configurando su estatuto específico junto con las pruebas que deberá aportar, en su caso, con la solicitud:

- ser titular de un permiso de residencia²⁰⁹, expedido por un Estado miembro por un período de validez superior o igual a un año²¹⁰ al que, sin embargo, el Estado de acogida puede añadir más tiempo de residencia legal hasta computar dos años²¹¹;
- tener una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente (artículo 3.1), con la intención de “no conceder el derecho a las personas que sólo

²⁰⁷ El Consejo ha utilizado la fórmula “dictar una decisión de devolver”, arts. 17 y 18.

²⁰⁸ Art. 2.d. Esta definición es más generosa que la interpretación dada al art. 8 CEDH por el TEDH en su jurisprudencia. El Tribunal de Estrasburgo es claro en la exigencia de “preexistencia” de la vida familiar anterior, en este caso, a la entrada del reagrupante. *Cfr.* Sentencia *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c/. Reino Unido*, FJ 68.

²⁰⁹ Art. 2.e: “cualquier autorización expedida por las autoridades de un Estado miembro por la que se permite a un nacional de un tercer país permanecer legalmente en su territorio, con arreglo a lo dispuesto en la letra a) del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento (CE) núm. 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (*DOCE* L 157 de 15 de junio de 2002)”.

²¹⁰ Art. 3.1. Nótese que permite la expedición del permiso en cualquier Estado miembro.

²¹¹ Art. 8. Este requisito facultativo puede animar el endurecimiento del plazo básico en los Estados miembros, pues ni siquiera lo condiciona una cláusula de mantenimiento del *statu quo*.

residan temporalmente, sin posibilidad de renovación. Esta exclusión contempla, en particular, a las personas *au pair*, becarios, etc.”²¹²;

Finalmente, debemos reseñar el peculiar estatuto del reagrupante-refugiado, de condiciones más favorables debido a las razones que le obligaron a huir de su país y que le impiden llevar en el mismo una vida de familia²¹³: debe hallarse reconocido como tal refugiado²¹⁴, con los vínculos familiares anteriores a su entrada²¹⁵, demostrables por cualquier medio de prueba (artículo 11), sin período de residencia previo (artículo 12.2) ni los citados requisitos potestativos²¹⁶.

B) Beneficiarios

Familiares reagrupables. El noveno considerando establece que “la reagrupación familiar debe aplicarse en todo caso a los miembros de la familia nuclear, es decir, al cónyuge y a los hijos menores de edad”, debiendo añadir “no casados”²¹⁷. Cualquier ampliación será facultativa: ascendientes, hijos mayores a cargo y pareja no casada (artículo 4, apartados 2 y 3). Sin embargo, incluso la familia nuclear se encuentra expuesta a las limitaciones facultativas que le puede imponer el Estado de acogida:

- el hijo de reagrupante poligámico y cónyuge no reagrupable, puede ser excluido (artículo 4.4, segundo párrafo);
- el hijo mayor de 12 años que llega independientemente del resto de la familia puede ser sometido a “examen” previo de integración²¹⁸;
- al reagrupante y su cónyuge se les puede exigir una edad mínima previa a la solicitud, que no exceda los 21 años (artículo 4.5). Esta medida trata de evitar

²¹² Comentario al art. 3.1., Propuesta de Directiva de 2 de mayo de 2002, cit. El proyecto personal de permanencia se convierte de este modo en esencial y disuasorio para eventuales reagrupantes en una situación laboral de precariedad, *v. gr.*, un empleo de duración limitada como práctica empresarial para un puesto duradero.

²¹³ Octavo considerando y arts. 9-12.

²¹⁴ Art. 2,b en relación con art. 9.2: “cualquier nacional de un tercer país o apátrida que goce de un estatuto de refugiado en los términos de la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967”.

²¹⁵ Art. 9.2. Requisito facultativo para los Estados, que en su gran mayoría lo imponen a todo reagrupante, como el propio TEDH (*vid. supra* Capítulo II, apd. III.2).

²¹⁶ Salvo, potestativamente, lazos especiales con un tercer país en que sea posible la reagrupación (art. 12.1, segundo párrafo).

²¹⁷ Condición impuesta en el art. 4.1, segundo párrafo.

²¹⁸ Art. 4.1, último párrafo. Sometido a cláusula de mantenimiento del *statu quo*, *vid. supra* apd. 1.

los matrimonios forzados y ha sido criticada por colisionar tanto con los correspondientes textos internacionales como con los ordenamientos internos de los Estados miembros²¹⁹;

- el hijo mayor de 15 años puede ser excluido²²⁰;
- se puede exigir vida familiar efectiva. Esta exigencia se obtiene interpretando *a contrario* el artículo 16.1, b, de tal modo que el Estado puede denegar una solicitud “cuando el reagrupante y el miembro o miembros de su familia no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva”. Esto puede llevar a una prueba diabólica si no se tiene muy en cuenta la jurisprudencia del TEDH sobre este requisito de vida familiar efectiva, que, en síntesis, contempla, por un lado, cohabitación, admitiendo otras formas de contacto como visitas, correspondencia o llamadas telefónicas (Sentencia *Berrehab*) y, por otro, dependencia material o económica.²²¹ Desde luego, como observa Sanz Caballero, el TJCE ha tenido en cuenta la prueba de la convivencia efectiva²²², *v.gr.*, para un caso de posible expulsión por ausencia de solicitud de renovación del permiso de reagrupación²²³;

La Directiva deja definidos también los supuestos en que los Estados pueden ampliar el ámbito personal de autorización de entrada y residencia, limitando por tanto el alcance de su discrecionalidad:

- 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;
- 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;

²¹⁹ I. Blázquez Rodríguez, "El derecho del inmigrante a una vida en familia: una perspectiva desde el Derecho comunitario europeo", en *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, A. Fernández Le Gal y S. García Cano, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005, pp. 179-201.

²²⁰ Art. 4.6. Sometido a cláusula de mantenimiento del *statu quo*, *vid. supra* apd. 1.

²²¹ *Cfr.* I. Arriaga Iraburu, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit. p. 88.

²²² S. Sanz Caballero, *La familia en perspectiva internacional y europea*, cit., pp. 256-257.

²²³ STJCE *Sezgin Ergat*, de 16 de marzo de 2000, C-329/97.

- 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, y de los hijos menores no casados, incluidos los adoptivos, de estas personas, así como de los hijos mayores en las mismas condiciones que el apartado anterior. No se menciona a los ascendientes “de estas personas”.

Derechos reconocidos en el Estado de acogida. La relación de derechos que se derivan para los familiares reagrupados comprende un mínimo necesario y condicionado:

- primer permiso de residencia (renovable) de un año (artículo 13.2);
- acceso a la educación, a un empleo y a la formación profesional (artículo 14.1): El Estado puede condicionar este derecho con requisitos indefinidos, salvo el plazo de autorización para trabajar, fijado en 12 meses (artículo 14.2);
- permiso de residencia autónomo a los cinco años: El artículo 15.1 contempla el plazo de cinco años de residencia como máximo y, caso de los hijos, una vez alcanzada la mayoría de edad. Permite la denegación en caso de ruptura;

Nacionales turcos. En el supuesto de los nacionales turcos, lo prescrito por la Directiva, a la espera de su transposición o declaración de efecto directo, es más beneficioso que el régimen especial de que gozan. De este modo, el párrafo primero del artículo 7 de la Decisión núm. 1/80, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación, adoptada por el Consejo de Asociación creado por el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, permite el acceso al empleo a los familiares “siempre que hayan residido legalmente en el Estado miembro durante por lo menos tres años”, sin perjuicio de la preferencia de los trabajadores comunitarios (acceso libre a los cinco años). A los hijos, los hace depender de que uno de sus progenitores haya ocupado legalmente un puesto de trabajo en el Estado miembro de que se trate durante por lo menos tres años. Por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sabemos que para esos tres años, las

autoridades competentes de un Estado miembro pueden exigir “que los miembros de la familia de un trabajador turco a que se refiere esta disposición vivan con él”²²⁴.

Sin embargo, a pesar del acceso más restringido al empleo, los nacionales turcos residentes en un Estado de la Unión pueden reclamar los beneficios sociales correspondientes a sus familiares también residentes, con base en el principio de igualdad de trato con los nacionales comunitarios. Lo mismo sucede con los nacionales magrebíes (salvo los de Libia)²²⁵.

El trato de igualdad con los comunitarios en relación con el acceso a los beneficios de la protección social, por tanto, se basa en la nacionalidad, como consecuencia de determinados acuerdos bilaterales entre las Comunidades Europeas y los Estados, mientras que el resto de nacionales extracomunitarios no lo tiene reconocido en la Directiva de reagrupación familiar. Tampoco puede hablarse de un acceso efectivo en la Directiva de residentes de larga duración, pues, como hemos visto, se deja a discreción de los Estados. En consecuencia, dependerán de lo establecido en el Estado en que residan.

5. Procedimiento

Las normas procedimentales establecidas en la Directiva son de carácter potestativo, aunque concretan el contenido mínimo que debe ser regulado por los Estados. Todos los requisitos se encuentran en el artículo 5.

A) *Solicitud*

Legitimación. Puede presentar la solicitud tanto el reagrupante como el familiar, dependiendo de cada Estado. Se dispone que “los Estados miembros determinarán si, con el fin de ejercer el derecho a la reagrupación familiar, la solicitud de entrada y residencia debe ser presentada ante las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate, ya sea por el reagrupante ya sea por el miembro o miembros de la familia”. Atendiendo a la explicación de este artículo

²²⁴ STJCE *Kadiman*, de 17 de abril de 1997, C-351/95, Rec. I-02133. La Sentencia añade que “no obstante, razones objetivas pueden justificar que el miembro de la familia de que se trate viva separado del trabajador migrante turco”. También declara el efecto directo de esta disposición en los Estados miembros, “de forma que los nacionales turcos que cumplan los requisitos en él establecidos pueden acogerse directamente a los derechos que les confiere esta disposición” (FJ 28).

que se daba en la Propuesta de Directiva de 2002²²⁶, parece que la Directiva pretende que los Estados se definan no sobre la posibilidad de diferentes organismos de recepción de solicitudes, sino sobre quién deba iniciar el trámite. En este sentido, sería discutible que en un mismo Estado pudieran solicitar indistintamente reagrupante y familiar.

Para que la solicitud sea admitida a trámite y examinada, la Directiva impone que los miembros “residan fuera del territorio del Estado miembro en el que resida el reagrupante”. Sólo excepcionalmente admite que los Estados miembros puedan aceptar la solicitud cuando los miembros de la familia ya estén en su territorio.

Documentación adjunta obligatoria para los Estados miembros. Documentos acreditativos de los vínculos familiares. A fin de obtener la prueba de la existencia de dichos vínculos, se permite realizar entrevistas y cualquier otra investigación. En el caso de las parejas no casadas, si bien es potestativo, la Directiva impone una serie de factores a tener en cuenta en el momento del examen de la solicitud, con el mismo fin probatorio: hijos comunes, cohabitación previa, registro de la pareja y cualquier otro medio de prueba fiable.

- Documentos acreditativos, en el caso de hijos, de la titularidad del derecho de custodia y tenerlos a cargo –o la custodia compartida con consentimiento del otro titular-, minoría de edad legal en el Estado miembro correspondiente y ausencia de vínculo matrimonial.
- Documentos acreditativos de ausencia de razones de orden público, seguridad pública y salud pública que puedan impedir su entrada y residencia en el Estado miembro de que se trate. El desarrollo de estos motivos depende de cada Estado miembro.

²²⁵ G. Brinkmann, "Family reunification of third-country nationals: Access of family members to social protection benefits", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (3) 2002, pp. 291-308.

²²⁶ “El procedimiento de reagrupación familiar puede ser iniciado por el propio reagrupante o por el miembro o miembros de su familia que deseen reunirse con él a partir de su país o países de origen. En consecuencia, la solicitud puede presentarse en el Estado miembro de recepción ante las autoridades competentes, o en el país de origen de la familia ante las autoridades consulares del Estado miembro en cuestión. Esta disposición permite conciliar los dos tipos de procedimiento aplicados por los Estados miembros” (Comentario al art. 5.1 de la Propuesta de Directiva de 2002, cit.).

- Copias certificadas de los documentos de viaje del miembro o miembros de la familia.

Documentación potestativa. La Directiva permite que los Estados puedan exigir además la documentación acreditativa de (artículo 7.1):

- disponer 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;
- tener suscrito 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;
- obtener 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;²²⁷
- cumplir las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional (artículo 7.2). Este requisito es el más controvertido y criticado, pues deja total discrecionalidad a los Estados por la ambigüedad de su tenor. De hecho, *v. gr.*, en el derecho interno español no se concibe, de momento, una “medida de integración” cumplida por el inmigrante en clave claramente asimilacionista, sino cumplida por el Estado con carácter prestacional²²⁸;

Sólo cabe entender esta generosidad por la confianza que el legislador comunitario ha depositado en el requisito del reagrupante mediante la “perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente”, que implica la obtención de recursos suficientes. La discrecionalidad de que disponen en esta cuestión los Estados difícilmente se materializará en la ausencia de estas pruebas, tanto por

²²⁷La Directiva precisa el criterio de valoración de este requisito potestativo, primero imponiendo a los Estados miembros que evalúen dichos recursos en función de su naturaleza y de su regularidad y después proponiendo, más que permitiendo, que tengan en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia (art. 7.1.c, segundo inciso).

²²⁸No faltan, sin embargo, críticas a las medidas españolas como asimilacionistas. *Cfr.* F. Fernández-Crehuet López, "El Plan GRECO: las deficiencias de la asimilación cultural", en *Rev.Fac.Derecho Univ.Gr.*, núm. 5, 2002, pp. 175-193. La Directiva no concreta si estas medidas deben ser previas a la solicitud. Parece que se trata del compromiso de cumplimiento de las mismas por parte de toda la familia, incluido el reagrupante.

prudencia como por evitar un trato discriminatorio de los propios comunitarios, a los que, como veremos, se les exige claramente los recursos suficientes para no ser gravosos al Estado de acogida.

B) Resolución

Plazo de resolución. La Directiva establece un máximo de nueve meses, que inmediatamente deja sin efecto permitiendo su ampliación *sine die*, “en circunstancias excepcionales relacionadas con la complejidad del examen de la solicitud”²²⁹. Este mismo plazo está sometido a un umbral de tres años, pero por otro motivo transitorio: que el Estado tenga en cuenta su capacidad de acogida “en la fecha de adopción” de la Directiva. Se trata del artículo 8, segundo párrafo y caben dos interpretaciones de la cláusula de mantenimiento del *statu quo* aquí presente: entender por “adopción” la fecha de entrada en vigor o publicación (art. 21), o, en cambio, entender que se refiere a la “aplicación en los Estados” y, por tanto, igual que las otras fórmulas recogidas en los apds. 1 in fine y 6 del art. 4. Nos parece más apropiado atenerse al tenor literal, que impide la proliferación de normas internas antes del 3 de octubre de 2005 en ese sentido.²³⁰

Motivación. Se impone en el artículo 5.4 que “la resolución denegatoria de la solicitud deberá ser motivada”. Sin embargo, al hacer depender las consecuencias del silencio administrativo de lo que cada Estado determine en su legislación nacional, puede suceder que si la ausencia de resolución en plazo se considera negativa, carecería de motivación y, por tanto, vulneraría lo establecido imperativamente en la Directiva, causando además indefensión. Por otra parte y en caso de falta de transposición de este apartado, no caben muchas dudas sobre su efecto directo.

Sin embargo, caso de que el silencio se considere positivo, la copia sellada de la solicitud adquiere un valor preeminente para la obtención, en su caso, de los correspondientes visados y permisos de residencia.

Finalmente, como criterio de obligada consideración por parte del Estado miembro, la Directiva recuerda, que no concreta, el interés mejor del menor.

²²⁹ Art. 5.4, segundo párrafo.

6. Injerencias y proporcionalidad

Medidas que pueden tomar los Estados. Las posibles injerencias en el ejercicio del derecho de reagrupación familiar son las medidas que pueden adoptar los Estados y constituyen el régimen sancionador de la Directiva. Conviene tener en cuenta que se mencionan medidas, en el ámbito de sanciones y recursos (capítulo VII de la Directiva), que propiamente no son sanciones, puesto que para serlo, deben aplicarse a determinadas infracciones.

Las causas esgrimidas por la Directiva, que después enumeramos, son principalmente supuestos de hecho de los que se deduce un ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en condiciones no permitidas por la Directiva, que sólo en algún caso podrían calificarse como infracciones.

Sin embargo, lo cierto es que en el derecho interno español de extranjería, las sanciones son dos: la multa y la expulsión. En la Directiva, sólo una medida se aproxima: “dictar decisión de devolver”. Esta, además, únicamente se cita en tres circunstancias concretas: en el supuesto de enfermedad sobrevenida (para el que no está permitido dictar devolución, artículo 6.3), en el juicio de proporcionalidad que deben hacer los Estados (artículo 17) y en el derecho a los recursos previstos (artículo 18).

Las otras medidas son propias de la concesión, vigencia y renovación del permiso²³¹: denegar la solicitud, retirar el permiso y denegar la renovación.

Motivos para las injerencias de los Estados. Para poder aplicar dichas medidas, debe darse alguno de los siguientes motivos²³²:

- a) Motivos indeterminados: orden público, seguridad pública y salud pública²³³.
- b) No cumplirse o haber dejado de cumplirse las condiciones establecidas en la Directiva²³⁴. En relación con la renovación del permiso de residencia, si el

²³⁰ Cfr. I. Lázaro González, "La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar", cit., pp. 43-79.

²³¹ Se encuentran en los mismos artículos que la medida de devolución ya señalada (arts. 6.3, 17 y 18) y en el art. 16.

²³² Vienen recogidos en el art. 16 de la Directiva.

²³³ Art. 6. Se precisa la imposibilidad de aplicar la medida en caso de enfermedad o minusvalía sobrevenida.

reagrupante carece de los recursos suficientes sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro, la Directiva establece que el Estado miembro tenga en cuenta las contribuciones de los miembros de la familia a los ingresos familiares.

- c) No hacer o haber dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva. Se evita así la “elusión del objeto de la reagrupación, a saber, el mantenimiento o reconstitución de la unidad familiar”²³⁵.
- d) Constatación de que el reagrupante o la pareja no casada ha contraído matrimonio o mantiene una relación estable con otra persona. Este supuesto se refiere únicamente al vínculo conyugal o *more uxorio*. Si bien es de dudosa constitucionalidad constatar, por un lado, la relación estable, pues pertenece a la esfera de la intimidad personal, en el caso de un segundo matrimonio sin haber disuelto el primero, en cambio, lo que se da es un supuesto de poligamia, todavía contrario al orden público comunitario.
- e) Demostración de fraude:
 - Utilización de medios ilícitos, como información falsa o engañosa, documentos falsos o falsificados.
 - Instrumentalización del matrimonio, la relación de pareja o la adopción con el único fin de poder entrar o residir en un Estado miembro. Se permiten expresamente controles e inspecciones específicos cuando existan sospechas fundadas de alguno de los tres mencionados supuestos “de conveniencia”. Como posible elemento a tener en cuenta, en particular, para el momento de llevar a cabo una evaluación sobre esos supuestos, la Directiva se refiere a que estos se hayan formalizado después de que el reagrupante haya obtenido el permiso de residencia.

Proporcionalidad. El juicio de proporcionalidad que deba establecerse, entre el derecho protegido y la injerencia justificada, atenderá a unos criterios de

²³⁴ Se trata específicamente de las “condiciones para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar”, enunciado con el que se titula el capítulo IV de la Directiva, arts. 6 a 8.

²³⁵ Comentario al art. 16. Propuesta de Directiva de 2002, cit.

ponderación fijados en la propia Directiva para su apreciación por parte de los Estados: la gravedad o el tipo de infracción contra el orden público o la seguridad pública cometida por el miembro de la familia o el peligro que implique dicha persona²³⁶, 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 (artículo 17). Esta ponderación adolece, a nuestro juicio, de la mención de más lazos con el Estado de acogida además del tiempo de residencia (como mínimo, tantos como los previstos para el país de origen), lo cual iría en consonancia con la jurisprudencia del TEDH, si bien en los casos resueltos desde 1996, otorga mayor peso a los lazos con el país de origen: Sentencias *El Boujaïdi*, *Boujlifa*, *Dalia* y *Baghli* (como excepción: Sentencias *Mehemi*, *Ezzoudhi* y *Boultif*)²³⁷.

²³⁶ Art. 6.2, segundo párrafo.

²³⁷ Cfr. I. Arriaga Iraburu, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, cit., pp. 111-222.

PARTE SEGUNDA
LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL RÉGIMEN GENERAL DE
EXTRANJERÍA

El ámbito de aplicación personal del régimen general de extranjería contempla la exclusión tanto de los nacionales comunitarios y asimilados, impuesta por la pertenencia de España a la Unión Europea, como de los beneficiarios del derecho de la diplomacia. Una vez identificados los destinatarios de esta regulación y tras haber analizado la evolución de las normas relativas a la reagrupación, será preciso estudiar las posibles situaciones en que pueden encontrarse tanto el titular del derecho como los diferentes familiares reagrupables, así como las circunstancias en que puede desarrollarse el procedimiento de autorización de residencia en España por tal motivo.

CAPÍTULO IV. EL RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR

I. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA

1. Objeto

La primera peculiaridad del régimen general de extranjería, constituido por la LOE, las sucesivas reformas de la misma y el Reglamento que la desarrolla²³⁸ (a partir de ahora RLOE), aparece en el momento de averiguar su objeto. Puede pensarse que se encuentra en la denominación de la LOE, entendiendo que se trata de los “derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, porque no se encuentra en las disposiciones generales del Título Preliminar, donde se delimita el “ámbito”. Lamentablemente, conviene descartar el “título” por ser necesariamente sintético y constituir un reduccionismo, así como también los dos primeros artículos, generales, por centrarse en el ámbito personal, no el material.

Sólo queda la Exposición de Motivos de la LO 8/2000, de donde pueden extraerse algunas posibles definiciones en torno al objeto de la LOE:

(a) En el primer considerando, se define a la inmigración como “un hecho estructural que ha convertido a España en un país de destino de los flujos migratorios y, por su situación, también en un punto de tránsito hacia otros Estados, cuyos controles fronterizos en las rutas desde el nuestro han sido eliminados o reducidos sustancialmente.” Este es el “hecho” que se regula en la LOE, “partiendo de la situación y características de la población extranjera en España, no sólo en la actualidad, sino de cara a los años venideros”.

(b) Otra posibilidad, complementaria más que alternativa, en el mismo considerando, integra lo anterior (regular la inmigración) en un “planteamiento global y coordinado” cuyo objeto es el “fenómeno migratorio en España” en sus tres

dimensiones de control de flujos, integración de residentes extranjeros y desarrollo de los países de origen. Del tenor de lo establecido, podría entenderse el Derecho de Extranjería, desde una perspectiva amplia, como la plasmación de una Política de Integración, nacional, planteada de modo tridimensional y multidisciplinar, condicionada, aunque no determinada, por otra supranacional, la comunitaria²³⁹.

(c) El recurso a los encabezamientos de los Títulos I a IV puede presentarse, a nuestro juicio, como la aproximación más clara al objeto de la LOE y por ende, al del Derecho de Extranjería español: Derechos y libertades de los extranjeros, Régimen Jurídico de los extranjeros, Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador y Coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración. Esta es la vertebración que debe dar cuerpo al “planteamiento tridimensional”. El propio legislador, sin embargo, considera en otra Exposición de motivos (la del RD 178/2003, de 14 de febrero, constitutivo del régimen para comunitarios y asimilados –*vid. infra*–) que la LOE regula “la entrada, permanencia, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España, así como las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador” (octavo párrafo). Con ello, se excluiría lo relativo tanto a derechos y libertades como a coordinación política y administrativa.

La última de las opciones apuntadas, si bien no clarificada por el legislador, se encuentra definida ya desde que González Campos contemplara el Derecho de Extranjería como uno de los sectores del Derecho internacional privado, otorgando a la disciplina una doble dimensión. Por un lado, la administrativa, que comprende el grupo de normas, dentro del sistema estatal, que regula la entrada, permanencia y salida de extranjeros del territorio del Estado. Por otro lado, comprende la dimensión de la “condición de extranjero” o del “estatuto del extranjero”, relativa al goce de derechos del extranjero en el Estado de acogida²⁴⁰.

Partiendo del reconocimiento como factor fundamental en la integración de residentes extranjeros que se ha dado a la reagrupación familiar, es conveniente

²³⁸ *Vid. supra* Capítulo I., LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por LO 8/2000, LO 11/2003 y LO 14/2003. Reglamento aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre.

²³⁹ En el segundo considerando de la misma Exposición de motivos, se arguye que “nuestra normativa debe ser conforme con los compromisos asumidos por España, concretamente, con las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea los días 16 y 17 de octubre de 1999 en Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”. Ya hemos analizado estos “compromisos”. *Vid. supra* Capítulo III, apd. I.5.B.

analizar la misma desde esta última perspectiva, siendo uno de esos “derechos de los extranjeros” en el que además intervienen necesariamente los demás aspectos del régimen general, esto es, el régimen jurídico de los diferentes sujetos implicados, las infracciones en que pueden incurrir y sus correspondientes sanciones, así como la competencia administrativa en cada fase del itinerario de integración de la familia extranjera.

2. Ámbito subjetivo

El primer artículo de la LOE, sobre delimitación del ámbito, contiene, en su apartado primero, un concepto amplio de extranjeros, considerando como tales, “a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española”. Si bien todo nacional comunitario, por tanto, ciudadano de la UE, podría considerarse excluido de este concepto legal de extranjero²⁴¹, resulta más pacífico esperar al tercer apartado, en el que ya no existe conflicto conceptual en torno a lo que deba entenderse por extranjero y ciudadano.

Sin el vigente apartado tercero, el apartado segundo dejaría de ser una mera cláusula de salvaguardia, para convertirse en un canal de remisión directa y permanente, por lo menos, a la normativa comunitaria vigente, ya que lo dispuesto en la misma “se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte”²⁴². Esta cláusula constituye no sólo la vía de exclusiones tácitas, sino también el cauce para la afluencia de múltiples regímenes particulares o privilegiados. Estos, a su vez, pueden venir incoados en la propia LOE, referentes al objeto específico de la migración (estudiantes, “au pair”, y refugiados) y a circunstancias personales (apátridas, indocumentados y menores), como hallar su sede en convenios vinculantes para España que, según la nacionalidad del extranjero, establecen determinadas preferencias²⁴³.

²⁴⁰ J. D. González Campos, *Curso de Derecho internacional privado*, Oviedo, 1983, pp. 164-165.

²⁴¹ Esta alternativa es posible gracias al contenido actual de “ciudadanía de la Unión” (*vid. infra*), basada en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

²⁴² Artículo 1.2 LO 4/2000, modificado por LO 8/2000. Este apartado permite la exclusión vía TCE si se persiste en la consideración formal del comunitario como extranjero. A. Marín López, “El ámbito de aplicación personal de la Ley”, en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, coord. por M. Moya Escudero, Comares, Granada, 2001, pp. 3-32.

²⁴³ *Vid.* A. Álvarez Rodríguez, “La ley española de extranjería: problemas que plantea en materia de discriminación por razón de nacionalidad”, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1999, pp. 247-303.

A) *Exclusión de nacionales comunitarios y asimilados: evolución*

Esta exclusión viene impuesta por nuestra pertenencia a la Unión Europea, como ya hemos señalado *supra*, en el Capítulo III, quedando legalmente establecida mediante una remisión al régimen comunitario, al que se dedica la Parte Tercera.

Antes de la reforma operada en diciembre del 2000, el artículo 1.2 de la LO 4/2000 establecía, de modo explícito pero relativo, la exclusión de “los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario”, remitiendo a la legislación de la Unión Europea, salvo “en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables” para los que se aplicaría la Ley. Se trataba de una manifestación del principio de aplicación de la ley más beneficiosa, plasmado con un tenor de excepciones concatenadas.

Lamentablemente, este artículo 1.2 fue modificado sin obrar causa para ello ni en el proyecto del Gobierno ni tampoco en enmienda alguna, mediante una aparente regresión: copiar exactamente el contenido del artículo 3 de la antigua LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. La consecuencia era doble, pues desaparecían, por un lado, la aplicación alternativa de leyes según trato más favorable, y por otro, la exclusión directa de los sometidos a régimen comunitario²⁴⁴.

Con el texto tal como quedó, era preciso, en suma, invocar unas normas internacionales imperativas a través de una cláusula de salvaguarda, que, en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, se aprobó como tercer apartado del artículo 1 y por error de transcripción sustituyó al anterior. Este extremo no fue, en modo alguno, alarmante para el Director de Comisiones del Congreso de los Diputados, quien manifestó, a favor del mantenimiento de la redacción vigente dada por la Ley Orgánica 8/2000 sin llevar a cabo corrección de errores ni modificación

²⁴⁴ P. Aguelo Navarro y A. Álvarez Rodríguez, en un Informe de 23 de enero de 2001 presentado al Sr. Labordeta Subías, Diputado, consideran inadecuada la técnica de la corrección de errores, “dada la trascendencia de fondo del apartado eliminado que refuerza la interpretación favorable a la inaplicabilidad de la Ley de Extranjería a los nacionales españoles y comunitarios, salvo en los aspectos que pudieran resultar más favorables”. *Vid.* A. Álvarez Rodríguez y P. Aguelo Navarro, “Historia cronológica de la desaparición del apartado 2º del art. 1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 22 de diciembre”, en *Revista electrónica de extranjería del Real e Ilustre Colegio los Abogados de Aragón*, 2001, disponible en <<http://www.reicaz.es/extranjeria/revista/001/07>>.

legislativa, que la desaparición apuntada “carece de consecuencias jurídicas más allá de una proclamación de orden formal.”²⁴⁵

Algo similar al desaparecido apartado 1.2 LOE era lo que se disponía en el tercer numeral del Artículo único del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprobó el últimamente derogado Reglamento de ejecución de la LOE²⁴⁶, al establecer la aplicación del mismo “con carácter supletorio, o a los efectos que pudieran ser más favorables, a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y a las demás personas incluidas en el ámbito del Real Decreto 766/1992 (derogado y reemplazado por el RD 178/2003, que veremos con detalle más adelante)”. Esta exclusión, “recuperada” aquí, amparaba a los extranjeros aludidos, sin estatuto de ciudadano comunitario (aunque también lógicamente a éstos), con el límite de la inferioridad en el rango normativo, que no alcanzaba en modo alguno a la LOE. Por tanto, el RLOE, por el principio de jerarquía normativa²⁴⁷, no podía permitir la aplicabilidad de las disposiciones de la LOE que no hubiera desarrollado²⁴⁸.

²⁴⁵ Informe del Director de Comisiones de la S.G. del Congreso de los Diputados, de 12 de febrero de 2001, acerca de los escritos del G. P. federal de I.U. núm. reg. 21207 y del Sr. Labordeta Subías núm. reg. 21525 y del error advertido en el apartado 1 del artículo Primero de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000 de 11 de enero. Acaba su informe añadiendo: “Es evidente que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, a quienes se refiere este apartado, están amparados por el Derecho Comunitario Europeo, originario y derivado, así como por la legislación española dictada para la aplicación del mismo sin necesidad alguna de una afirmación en tal sentido en la LODELEX, cuya aplicación supletoria está –además– expresamente garantizada en dichas normas especiales. A mayor abundamiento, el nuevo apartado introducido en el artículo 1 proporcionaría también cobertura jurídica suficiente a los nacionales de Estados miembros de la UE”.

²⁴⁶ BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001; corrección de errores en BOE núm. 240, de 6 de octubre de 2001.

²⁴⁷ Proclamado en el art. 9.3 CE.

²⁴⁸ A. Álvarez Rodríguez, “Algunas irregularidades detectadas en el Real-Decreto 864/2001”, en *Entre Culturas*, núm. 41, (julio-septiembre) 2001, pp. 7-11. Este artículo no fue considerado como ilegal por el TS en la Sentencia de 20 de marzo de 2003. El TS deniega la nulidad declarando que la sola presencia de ese apartado tercero no es contraria a la ley: (FJ 1º) “Los recurrentes fundamentan su impugnación no en razones de legalidad, en ningún momento sostiene que dicha expresión contravenga precepto legal alguno ni que en él se regule materia sujeta a reserva de Ley, sino en razones de técnica normativa, por cuanto afirman que el precepto impugnado no es apto para llenar el vacío producido por la desaparición del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 4/2000 tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 8/2000, ya que sólo permite aplicar las normas reglamentarias como supletorias o cuando sean más favorables para las personas a que se refiere, pero no permite aplicar a estas mismas personas las disposiciones de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, cuando les sean más favorables, al contrario de lo que ocurría durante la vigencia del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 4/2000 antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000. Plantean los recurrentes más una cuestión de oportunidad que una cuestión de legalidad. Es posible que tengan razón en su argumentación, pero ello no es bastante para anular el precepto impugnado ya que eso sólo sería procedente si en el mismo se regulasen cuestiones reservadas a normas con rango de Ley o la regulación fuese contraria a las previsiones de la Ley 4/2000. Por otra parte no cabe pretender que por vía reglamentaria se modifiquen las previsiones legales puesto que eso sí implicaría

Esa solución implicaba continuar con el mantenimiento de una necesaria imbricación de fundamentos jurídicos a partir del artículo 1.2 de la LOE, pasando por la preceptiva legitimación interna²⁴⁹ para llegar al Tratado constitutivo de la CE²⁵⁰ y de este, por un lado, al derecho derivado autónomo directamente aplicable en relación con el derecho interno de transposición y, por otro lado, al derecho derivado convencional, todo porque el RD 178/2003 no es una ley especial y no desarrolla la LOE, aunque establezca un régimen diferenciado del general.

Finalmente, con la última reforma de la LOE, la exclusión se convierte en expresa y técnicamente adecuada. Así, en el apartado uno de del artículo primero de la LO 14/2003, se “propone” la adición en el artículo 1 de un nuevo apartado 3 con el contenido siguiente: “3. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se registrarán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.”

B) Exclusión del personal diplomático y asimilado

A las remisiones del artículo primero, les sigue una exclusión que trata de abarcar todas las formas de diplomacia, amparadas en normas de Derecho internacional que eximen a sus beneficiarios de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención del permiso de residencia, enumeradas en el artículo 2:

- a) Los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o

la anulación de la norma reglamentaria”. Para un comentario *in extenso* de la Sentencia, *vid.* E. López Barba, "Reglamento de Extranjería y nulidad de alguno de sus preceptos", en *Temas Laborales*, núm. 69, 2003, pp. 195-208.

²⁴⁹ De lo establecido en la Constitución Española (arts. 93-96), se desprende que los tratados son jerárquicamente inferiores a la misma (art. 95.1 CE), pues no pueden contravenirla (si así fuera, antes de firmarlo, debería modificarse la Constitución), y superiores a las leyes internas, pues pertenecen al ordenamiento interno y “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional (art. 96.1 CE)”.

²⁵⁰ Nos hallamos ante el paradigma del supuesto contemplado en el art. 93 CE, esto es, tratados por los que se atribuye “a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución” y las “resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión” constituyen el denominado “derecho (comunitario) derivado” al cual nos referimos a continuación.

especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho internacional, estén exentos de tales obligaciones.

- b) Los representantes y delegados, así como los demás miembros y sus familiares, de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España.
- c) Los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares, a quienes los Tratados en los que sea parte España eximan de las obligaciones mencionadas.

Sólo el primer grupo de sujetos exentos, atendiendo al inmediatamente anterior artículo 1.2, dispone de asidero normativo internacional vigente en España: el Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas²⁵¹, de 18 de abril de 1961 y el Convenio de Viena sobre relaciones consulares²⁵², de 24 de abril de 1963.

Las misiones especiales vienen amparadas por el Convenio de Naciones Unidas de 8 de diciembre de 1969, sólo para relaciones bilaterales, ratificado por España²⁵³, mientras que los demás casos contemplados en la Ley disponen de Convenios aprobados pero de difícil entrada en vigor²⁵⁴. Se desprende, por tanto, que estos últimos supuestos excluidos del régimen general de extranjería, se deberán regir por lo dispuesto en los Convenios vigentes ya citados, con carácter general y subsidiario.

Será conveniente dedicar un capítulo al primer gran bloque, relativo al régimen comunitario, pues la solución de su tratamiento es siempre más compleja y dinámica que la del segundo bloque (art. 2 LOE). La razón de esta diferencia radica en sus respectivos fundamentos: uno se basa en el estatuto personal determinado por

²⁵¹ Convenio de Viena de 18 de abril de 1961, al que se adhirió España por Instrumento de 21 noviembre 1967. *BOE* núm. 21, de 24 de enero de 1968; corrección de errores en *BOE* núm. 80, de 2 de abril de 1968.

²⁵² Convenio de Viena de 24 de abril de 1963, al que se adhirió España el 3 de febrero de 1970. *BOE* núm. 56, de 6 de marzo de 1970.

²⁵³ Convención sobre las Misiones Especiales y Protocolo Facultativo sobre la Solución Obligatoria de Controversias, hechos en Nueva Cork. *BOE* núm. 159, de 4 de julio de 2001; corrección de errores en *BOE* núm. 233, de 28 de septiembre de 2001.

²⁵⁴ Sobre estas excepciones y los Convenios correspondientes, *vid.* A. Marín López, "El ámbito de aplicación personal de la Ley", *cit.*, pp. 3-32.

una ocupación específica, con una regulación consolidada sobre inmunidades de carácter personalísimo, mientras que el otro depende de acuerdos políticos semestrales sobre modulación de soberanías nacionales²⁵⁵.

C) *Estatutos de los extranjeros. Los inmigrantes*

Debe concretarse ahora quiénes son considerados extranjeros a los efectos del régimen general y distinguir cuáles podrían ser identificados como inmigrantes. Para ello, podemos partir de una clasificación legal implícita, desde la negación de nacionalidad hasta las situaciones del extranjero, que además es útil para contribuir a la deseable aproximación del estatuto jurídico al socioeconómico, de ahí que lo tratemos en plural²⁵⁶. Precisamente en aras de tal aproximación, las diversas categorías enumeradas exceden la delimitación operada por la LOE en su primer artículo, puesto que la pertenencia a una u otra categoría determina que el régimen aplicable al extranjero sea el régimen general, o bien sea sustituido completa o parcialmente por un régimen especial²⁵⁷:

1. En primer lugar, los ciudadanos comunitarios constituyen un *tertium genus* de “no nacionales no extranjeros”, excluido del régimen general e incompatible con la consideración de extranjero.
2. Extranjeros privilegiados, unos asimilados a los ciudadanos comunitarios y otros por derecho diplomático, podría ser la denominación para el resto de excluidos del régimen general.
3. Refugiados (artículo 34.3 LOE): extranjeros a los que se les ha concedido el derecho de asilo. Gozan de una definición legal, la del artículo 1º del Convenio de

²⁵⁵Una complejidad más acusada todavía se detecta en el campo de la hermenéutica, donde Pescatore señala idénticas razones: "El Derecho comunitario tiene su origen en un contexto multinacional, multilingüe, multicultural, y sus objetivos son «transnacionales». Tanto los Tratados como la legislación derivada (reglamentos, directivas) han sido y siguen siendo corrientemente el resultado de un proceso de negociaciones multilaterales, con aportaciones muy diversas, con vistas a conciliar intereses que pueden ser opuestos. Un conjunto legislativo de tal tipo debe ser interpretado a la luz de su génesis y de sus fines propios." P. Pescatore, "La interpretación del Derecho comunitario por el juez nacional", en *Revista de Instituciones europeas*, 1996, pp. 7-31.

²⁵⁶ A. Nayer, *Introduction aux statuts de l'étranger*, Story Scientia, Bruxelles, 1991.; A. Borrás Rodríguez, "Los estatutos de los extranjeros en España", en *Extranjería e inmigración en España y la Unión Europea*, ed. por C. Escobar Hernández, Colección Escuela Diplomática, núm. 3, Madrid, 1998, pp. 13-27.

²⁵⁷ M. A. Sánchez Jiménez, "Comentario a la Ley de Extranjería", en *Legislación sobre nacionalidad y extranjería, comentada y con Jurisprudencia*, J. Carrascosa González y M. A. Sánchez Jiménez, Colex, Madrid, 2002, pp. 105-308, especialmente pp. 108-109.

Ginebra de 1951²⁵⁸, acogida en el ámbito español²⁵⁹ y en el comunitario²⁶⁰. Así, por refugiado se entiende aquella persona que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”. Orihuela Calatayud, teniendo en cuenta esta definición, considera que actualmente los requisitos a cumplir por quienes deseen ver reconocida la condición de refugiado se concretan en cuatro: ser extranjero o apátrida y encontrarse fuera del país de origen o residencia habitual; padecer temores fundados de ser perseguido si regresa a su país; que la persecución se base en motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas; que exista una situación de desprotección²⁶¹.

4. Visitantes, turistas o transeúntes: extranjeros en situación de estancia (artículos 29 y 30 LOE), que deberán estar dotados de visado en la mayoría de los casos y en todos, acreditar medios económicos suficientes, apreciación que como señala Massó Garrote, todavía es discrecional²⁶², aunque a juicio de Sánchez Jiménez ya podría haber sido expresamente suprimida en el Reglamento anterior al vigente RLOE²⁶³.

²⁵⁸ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, con las modificaciones introducidas por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Instrumento de adhesión de 22 de junio de 1978, *BOE* núm. 252, de 21 de octubre de 1978, corrección errores *BOE* núm. 272, de 14 de noviembre de 1978.

²⁵⁹ Art. 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de asilo y de la condición de refugiado (*BOE* de 27 de febrero de 1984), modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (*BOE* de 23 de marzo de 1994).

²⁶⁰ Posición común 96/196/JAI de 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo sobre la base del artículo K.3 TUE relativa a la aplicación armonizada de la definición del término “refugiado” conforme al artículo 1º de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, *DOCE* L 63 de 13 de marzo de 1996, p.2.

²⁶¹ *Vid.* E. Orihuela Calatayud, “Régimen especial de los refugiados”, en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 729-764. Para un análisis crítico, *vid.* E. Orihuela Calatayud, “El derecho a solicitar asilo : un derecho en fase terminal por las violaciones del derecho internacional”, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, 2003, pp. 57-113.; E. Orihuela Calatayud, “Asilo y refugiados : ¿solidaridad o seguridad?”, en *Anales de Derecho de la Facultad de Murcia*, núm. 22, 2003, pp. 189-222.

²⁶² M. F. Massó Garrote, *El nuevo régimen de Extranjería: comentarios, procedimientos, formularios, y modelos de la LO 4/2000, de extranjería, tras la reforma de la LO 8/2000*, La Ley, Madrid, 2001, p. 222.

²⁶³ M. A. Sánchez Jiménez, “De la entrada y salida del territorio español”, en *Extranjeros en España. Régimen Jurídico*, coord. por C. Sánchez-Rodas Navarro, Laborum, Murcia, 2001, pp. 189-249, especialmente pp. 198-199.

En ese Reglamento, todavía conservaba un carácter discrecional no sólo el control de los medios económicos, sino toda la autorización de entrada al territorio español, desde la LO 7/1985²⁶⁴.

5. Extranjeros sometidos, dentro del régimen general, a regímenes especiales:

- estudiantes (artículo 33 LOE): su situación administrativa es de estancia, aunque por todo el tiempo que duren los estudios en los que esté matriculado. Veremos la peculiar situación de sus familiares. Sólo pueden acceder a la situación de residencia y trabajo sin necesidad de visado tras haber permanecido en su situación durante tres años (artículo 95 RLOE).

- apátridas (artículo 34.1 LOE): aquellos cuya condición les sea reconocida por el Ministro del Interior, conforme a lo establecido por la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, hecha en Nueva Cork el 28 de septiembre de 1954, expidiéndole la documentación prevista en el artículo 27 de la Convención²⁶⁵.

- indocumentados (artículo 34.2 LOE): la regulación del supuesto viene desarrollada en los artículos 107 y 108 RLOE y se refiere a la dotación de una cédula de inscripción por parte de las autoridades competentes al extranjero²⁶⁶.

- menores: el legislador, al referirse a los menores, se refiere específicamente a los menores extranjeros no acompañados o indocumentados, tanto en el artículo 35 LOE como en el artículo 92 RLOE. El procedimiento que se sigue es el de determinar su

²⁶⁴ M. Moya Escudero, "Algunos aspectos de la inadmisión en territorio español de los extranjeros procedentes de terceros países", en *Alternativas a una política de inmigración*, AAVV, Centro Universitario Ramón Carande, Vicálvaro, 1994, pp. 93-94.

²⁶⁵ Convención de 28 septiembre 1954, a la que se adhirió España por Instrumento de 24 de abril de 1997, *BOE* núm. 159, de 4 de julio de 1997. El art. 27 establece: "Los Estados Contratantes expedirán documentos de identidad a todo apátrida que se encuentre en el territorio de tales Estados y que no posea un documento válido de viaje." También *vid.* Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida.

²⁶⁶ Un tipo de indocumentados en España que ya ha pasado a constituir un colectivo en situación de especial vulnerabilidad es la de los subsaharianos llegados a las costas canarias, de donde deben ser trasladados a la Península (Respecto a los traslados, *vid.* Acuerdo del Parlamento de Canarias de 12 de diciembre de 2001; Acuerdo del Congreso de los Diputados de 16 de abril de 2002; Ratificación de los acuerdos en los Debates sobre el Estado de la Nación de 16 de julio de 2002 y de julio de 2003. Respecto al Programa de traslados, *vid.* Acuerdo sobre actuación para la atención humanitaria y acogida de los inmigrantes desplazados de Canarias a Península, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del pasado 28 de enero de 2005. La solución jurídica de la acogida de subsaharianos plantea algunos problemas, pues se trata principalmente de extranjeros con orden de devolución no ejecutada (acordada por pretender entrar ilegalmente en España), con prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años (arts. 58 LOE y 157 RLOE). Además, según el art. 36.2 LOE en relación con el art. 26 LOE, se denegará a este tipo de indocumentados la documentación solicitada.

edad por parte de los servicios de protección de menores y si no alcanzan la mayoría de edad, se intenta repatriarlos. Caso de no ser posible, la Administración pública se hace cargo de ellos tutelándolos. Pueden obtener así una autorización de residencia, incluso cuando alcancen la mayoría de edad²⁶⁷.

6. Inmigrantes: extranjeros extracomunitarios pobres²⁶⁸. Responden al concepto de trabajadores “huésped”, caracterizado por su pobreza y la consecuente necesidad de buscar trabajo fuera de su país de origen. Son los extranjeros cuya situación posible en España se regula por el régimen general de la LOE, incluidos, a efectos de reagrupación familiar, los nacionales de Estados con los que España hay firmado Tratados bilaterales de regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales²⁶⁹. Así, es unánime la concepción actual del inmigrante como inmigrante económico, que puede encontrarse en situación legal o ilegal:

a) legal: las situaciones legales son las de estancia (artículo 29 y 30 LOE) o residencia, ésta a su vez temporal (artículo 31 LOE) o permanente (artículo 32).

b) ilegal: el inmigrante puede haber entrado ilegalmente y es susceptible de ser sometido a devolución²⁷⁰ si es interceptado (artículo 58.2.b LOE) - distinto del retorno, que rige para los que han intentado la entrada legal pero no cumplen los requisitos - , o bien, puede encontrarse en una situación de irregularidad (artículo 53 LOE), susceptible de expulsión.

El inmigrante en situación legal en cuanto extranjero residente es el titular del derecho objeto de nuestro estudio (artículo 16.2 LOE). Más concretamente y aunque no se especifique en la ley, debe entenderse por coherencia con el contenido mismo del derecho de reagrupación que se trata fundamentalmente del residente temporal. Por tanto, debe quedar sentado ahora que el régimen general se ocupa específicamente, para el derecho de reagrupación familiar, de una determinada categoría de titulares, potenciales reagrupantes: nacionales de terceros países con

²⁶⁷ En este último supuesto, deben haber participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por la entidad de protección de menores para favorecer su integración social (art. 92.5 RLOE).

²⁶⁸ J. De Lucas, S. Peña y A. Solanes, *Trabajadores migrantes*, cit., *passim*.

²⁶⁹ Todos estos Tratados, en sus respectivos arts. 6.II, someten el disfrute de este derecho a la legislación del Estado de acogida: Colombia (*BOE* de 4 de julio de 2001), Ecuador (*BOE* de 10 de junio de 2001) y República Dominicana (*BOE* de 5 de julio de 2002).

²⁷⁰ C. Tolosa Tribiño, "La entrada ilegal en España: su tratamiento jurídico tras el Reglamento de la Ley de Extranjería", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 512, (diciembre) 2001, pp. 1-4.

residencia temporal cualificada (como se verá *infra* apartado III de este Capítulo). Otras categorías de sujetos permitirán constatar diferencias de trato *ratione personae*: nacionales comunitarios y del EEE y refugiados.

También conviene destacar, por su sencillez y carácter imperecedero, la temprana constatación, por parte de González Campos, de la existencia de un “estatuto común” de los extranjeros, de aplicación general, y de una pluralidad de “estatutos especiales”, cada uno de ellos aplicable a un determinado grupo de extranjeros. Esta constituiría una segunda distinción al margen de otra primera establecida entre los extranjeros “privilegiados” y los “desfavorecidos”²⁷¹. Si bien los primeros se identificarían todavía con los que más arriba hemos designado como tales, los segundos, en cambio, dada la situación geopolítica mundial contemporánea, se encuentran un tanto desvirtuados, pues se definía como desfavorecidos a los *alien enemy*, denominación atribuida a los extranjeros súbditos de un Estado con el que existe un conflicto armado por parte del Estado de acogida.

II. ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA: DE PRERROGATIVA A DERECHO

1. La LO 7/1985, primera ley de extranjería y el RD 1119/1986, primer reglamento.

A) Silencio legislativo y tratamiento reglamentario como tipo de visado.

Partiendo de la idea mencionada por Moya Escudero de que “la mejor ley de Extranjería es la que no existe”²⁷², obviamos cualquier mención al periodo anterior al de vigencia de la primera ley que, en España, puede calificarse como “de extranjería”, la LOE 1985. En esta no existe todavía un reconocimiento de la reagrupación familiar y, por tanto, tampoco encontramos un procedimiento que prevea la admisión de familiares de un extranjero residente²⁷³. Sin embargo, algunas

²⁷¹ J. D. González Campos, *Lecciones de Derecho internacional privado. Derecho de la nacionalidad. Derecho de Extranjería*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1979, pp. 124-126; J. D. González Campos, *Curso de Derecho internacional privado*, cit., pp. 164-166.

²⁷² M. Moya Escudero, “El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de extranjería”, cit., pp. 1691-1703.

²⁷³ LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. *BOE* núm. 158, de 3 de julio 1985. Para conocer la jurisprudencia anterior a esta Ley, relativa fundamentalmente a los

disposiciones establecen particularidades en los permisos cuyo fundamento es precisamente el vínculo familiar. En concreto, el artículo 13, en su apartado tercero, dispone:

“El permiso de residencia se podrá conceder a los menores de dieciocho años y a los incapacitados. También podrá incluirse a unos y otros en el permiso correspondiente a la persona bajo cuya guarda se encuentren, si ésta así lo solicita”.

Si bien se permite así la posibilidad de residencia con permiso independiente, la concesión de las dos modalidades admitidas sería potestativa (“podrá”). Por otro lado, sólo se encuentra otro supuesto, mediante el cual se otorga preferencia para la obtención y, en su caso, renovación del permiso de trabajo si el interesado es cónyuge o hijo de un extranjero que ya lo tuviera (art. 18.3.k). Esta posibilidad se ha conservado hasta el presente en el régimen de autorizaciones de trabajo²⁷⁴.

Cuando el primer reglamento de ejecución²⁷⁵ de la citada ley prevé la reagrupación familiar, lo hace admitiendo ya la posibilidad de obtener un visado de residencia por tal motivo en el segundo apartado de su artículo 7, que establece lo siguiente:

“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.*

permisos de trabajo, *vid. in extenso* M. Moya Escudero, M. L. Trinidad García y J. Carrascosa González, *Régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España: una lectura a través de nuestra jurisprudencia (1980/1992)*, Comares, Granada, 1993.

²⁷⁴ Art. 40 LOE: “No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigido a: (...) (b) El cónyuge o hijo de extranjero residente en España con una autorización renovada, así como el hijo de español nacionalizado o de comunitario, siempre que éstos últimos lleven como mínimo un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario.”

²⁷⁵ Real Decreto 1119/1986, de 26 mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985. *BOE* núm. 140, de 12 de junio 1986.

Los solicitantes deberán probar el grado de parentesco, así como la dependencia económica de los familiares o pupilos que pretendan reagrupar.”

La relación de familiares admisibles incluye a los de españoles. Sin embargo, una posterior adaptación al derecho comunitario provoca un trato diferenciado por razón de nacionalidad: ciudadanos de la Unión y asimilados se someterán a otro régimen más beneficioso²⁷⁶. Conviene tener en cuenta además, que tal adaptación no es determinante para la reducción del ámbito subjetivo en la reagrupación familiar, puesto que las condiciones impuestas a los beneficiarios devienen sustancialmente restringidas sólo a partir de la entrada en vigor del segundo Reglamento. Se trata pues, de una evolución normativa que desvela una considerable falta de motivación en una medida que acabará excluyendo desde 1996, principalmente, a los hijos mayores de edad dependientes y a los nietos y bisnietos. Por otra parte, advierte Martínez que en el *Vademécum administrativo para inmigrantes*²⁷⁷ de enero de 1988 se incluyen unas limitaciones no contempladas reglamentariamente y diferenciadas según la nacionalidad del solicitante, referidas al tiempo mínimo de residencia en España del reagrupante y la edad del reagrupado en determinados supuestos²⁷⁸.

El tenor de este artículo deposita en el reagrupante la prueba del parentesco y la dependencia. Sin embargo, se permite que soliciten el visado los familiares. A pesar de tal confusión, ya se instituyen las líneas generales del procedimiento: el reagrupante debe probar, en España, el vínculo y la dependencia y los familiares

²⁷⁶ Se trata de la regulación iniciada con el RD 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (*BOE* núm. 156, de 30 de junio; corrección de errores en *BOE* de 18 de noviembre), modificado por RD 737/1995, de 5 de mayo (*BOE* núm. 133, de 5 de junio), RD 1710/1997, de 14 de noviembre (*BOE* núm. 274, de 15 de noviembre) y RD 864/2001, de 20 de julio, *BOE* núm. 174, de 21 de julio de 2001. Corrección de errores en *BOE* n.º 240, de 6 de octubre de 2001. Sustituido por el RD 178/2003, de 14 de febrero, *BOE* núm. 46, de 22 de febrero 2003. A partir de la adaptación al derecho comunitario operada mediante este instrumento, aparece en España un régimen especial basado en la libre circulación de ciudadanos de la Unión, además de otros nacionales europeos asimilados, y sus familiares. Con esta regulación, que llegará incluso a cuestionar la conveniencia de denominar extranjeros a los nacionales comunitarios, el tratamiento que se dé a la reagrupación quedará diferenciado desde los propios fundamentos jurídicos. Tanto la evolución como la situación actual de esta separación tienen interés en tanto que representan un desarrollo normativo de obligada referencia. Dedicaremos, pues, la Parte Tercera a su estudio.

²⁷⁷ *Vademécum administrativo para inmigrantes*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, enero 1988.

²⁷⁸ A. Martínez y equipo DDIM, "La reagrupación familiar", en *Diez años de la Ley de Extranjería: Balance y perspectivas*, dir. por A. Borrás Rodríguez, Fundación Paulino Torras Domènech, Barcelona, 1995, pp. 196-208.

solicitan el visado correspondiente en el Estado de origen, aunque el orden de los trámites irá variando con el tiempo.

Sucede con este primer procedimiento que en ocasiones se prescinde del reagrupante, de tal modo que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 1 de octubre de 1992 (RJ 7742), se pronuncia en el sentido de que la falta de audiencia del reagrupante constituye una vulneración “de los derechos de los extranjeros a obtener una tutela judicial efectiva y a que se garantice la protección a la familia” (FJ 4º). El Alto Tribunal llega a esta conclusión yendo más allá de la infracción del procedimiento administrativo, tanto común como de extranjería, mediante el recurso a la protección de la familia que otorga y garantiza el artículo 39.1 CE. Añade que se trata de un derecho que, en los casos de reagrupación familiar, protege a la familia como grupo y que por pertenecer tanto la esposa apelante como el esposo a la unidad familiar, el derecho debe reconocerse a ambos. Finalmente, el Tribunal Supremo comprueba que el estatuto de ambos, uno residente en España y la otra solicitante de visado en el extranjero, no se enfrenta a excepción alguna respecto al trámite de audiencia previsto por el procedimiento administrativo.

B) Instrucciones de 1994. Regulación específica sobre visados para reagrupación familiar.

El siguiente paso en materia de reagrupación familiar se da mediante el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de noviembre de 1993 y la Resolución que lo desarrolla, de 15 de febrero de 1994, por la que se dictan Instrucciones generales y de procedimiento sobre la tramitación de visados para la reagrupación familiar de extranjeros no nacionales de Estados miembros de la Unión Europea²⁷⁹. El Acuerdo se fundamenta en tres bases.

En primer lugar, recurre al tercer punto de la Proposición no de Ley relativa a la situación de los extranjeros en España, aprobada el 9 de abril de 1991 por el Congreso de los Diputados, por el que se instaba al Gobierno a «desarrollar la utilización del visado como instrumento de orientación de la política

²⁷⁹ Acuerdo del Consejo de Ministros publicado por Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia de 18 de febrero de 1994, *BOE* núm. 47, de 24 de febrero de 1994. Resolución de 15 de febrero de 1994, conjunta de las Subsecretarías de los Ministerios de Interior, de Trabajo y Seguridad Social y de Asuntos Sociales, publicada en el mismo *BOE*. Curiosamente, los textos se publicaron en orden inverso: el Acuerdo en pp. 6115 y ss. y la Resolución en pp. 6076 y ss.

inmigratoria»²⁸⁰. Este primer motivo le permite al Gobierno justificar el tratamiento de la reagrupación desde una perspectiva de discrecionalidad administrativa, alejada todavía del reconocimiento como derecho, puesto que además en la Proposición no se menciona en ningún momento la reagrupación familiar.

En segundo lugar, la razón de más peso es sin duda la necesidad de adoptar las medidas oportunas para dar cumplimiento a los compromisos internacionales suscritos por España en materia de reagrupación familiar, citando expresamente la Resolución de los Ministros de la Unión Europea responsables de inmigración de 1 de junio de 1993²⁸¹.

En tercer lugar, la LO 7/1985 se cita *in genere* y la DA 3ª del RD 1119/1986, que constituye la única precisión en la materia hasta ese momento, establece el tratamiento preferente y la tramitación por el procedimiento de urgencia de las peticiones de visados por reagrupación familiar.

Combinando lo dispuesto en el Acuerdo con su desarrollo en las correspondientes Instrucciones ministeriales, obtenemos una configuración procedimental que, en sus elementos básicos, servirá de sustrato a las sucesivas reglamentaciones y a la práctica administrativa posterior. La explicación del éxito y pervivencia de estas Instrucciones entre los agentes de las autoridades competentes más allá de sus dos años de vigencia se debe fundamentalmente a su condición primigenia.

Requisitos del reagrupante. El primero exigido al extranjero, la nacionalidad, excluye expresamente de los criterios establecidos en estas Instrucciones a los españoles, a los demás nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas y a sus asimilados.

El otro requisito básico es el de la residencia renovada. Por un lado, implica la exclusión de los estudiantes extranjeros no comunitarios residentes en España, ya

²⁸⁰ Proposición no de Ley presentada por los Grupos parlamentarios Socialista del Congreso, Popular en el Congreso, Catalán (Convergencia i Unió), CDS, Vasco (PNV) y Mixto, relativa a la situación de los extranjeros en España, de 13 de marzo de 1991, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 165, de 22 de marzo de 1991. Aprobada sin modificaciones en Pleno de 9 de abril de 1991, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 172, de 11 de abril de 1991.

²⁸¹ *Vid. supra.* Se trataba, como hemos visto, de medidas contra los matrimonios fraudulentos y en estas Instrucciones no se observa reflejo alguno de tales medidas. Habría que esperar todavía al Reglamento de 1996.

que de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 del Reglamento de la LOE 1985, no tienen la condición de residentes en nuestro país. Por otro lado, exige que el reagrupante haya residido legalmente en nuestro país durante más de un año y sea titular de un permiso ya renovado. Sin embargo, el Acuerdo incluye, en su último apartado, una excepción al requisito temporal, por el que, en determinados supuestos, el Ministro de Asuntos Exteriores, por la información de que disponga o a propuesta del Jefe de la representación diplomática o de la Oficina Consular, puede inaplicar la exigencia del plazo mínimo cuando el conjunto del expediente y de las circunstancias concurrentes se consideren razonablemente cubiertos dicho requisito y el de capacidad económica.

Beneficiarios. Los familiares reagrupables que, por tanto, pueden solicitar este visado, deben encontrarse fuera de España y son: el cónyuge, siempre que entre ambos no exista separación de hecho o de derecho; los hijos menores de dieciocho años o mayores de esta edad, cuando dependan legal y económicamente; los menores o incapacitados cuyo representante legal sea un extranjero no comunitario residente en España; los ascendientes y descendientes que sean extranjeros. La única especificidad reflejada en la enumeración de las Instrucciones respecto a la del Reglamento en su artículo 7.2 es la relativa al cónyuge, de dudosa legalidad, puesto que en este no se exige la ausencia de separación. Otro aspecto destacable es el de la exigencia de dependencia económica sólo a los hijos, mientras que en el Reglamento se exige a todos los familiares.

Inicio del procedimiento. Este se caracteriza por el inicio en el Estado de origen, mediante la solicitud de visado por parte del familiar reagrupable. El familiar debe presentar en la Oficina Consular española de carrera en el extranjero, en primer lugar, los documentos considerados comunes a todos los procedimientos: el impreso de solicitud debidamente cumplimentado y tres fotografías, recientes, tamaño carné, así como el pasaporte ordinario con más de ciento ochenta días de validez.

En segundo lugar, se exige la presentación de las certificaciones específicas del procedimiento de reagrupación, por tanto, las que permitan establecer al día de la solicitud el parentesco y, en su caso, la dependencia legal y económica, y la edad del solicitante. De esta designación genérica de las certificaciones se deriva la inseguridad relativa a la legitimidad de la entidad emisora de la certificación en cada

Estado de origen respecto al parentesco y a la edad, porque la dependencia será realmente fiscalizada en España al exigir una serie de documentos al reagrupante. Sólo una cuestión se muestra con toda su claridad y es la de haber concretado mediante su tenor que el cumplimiento de los requisitos debe darse en este momento procesal. Por otra parte, la exigencia etérea de dependencia implica, en su materialización, una petición redundante de documentos, gravosa para el administrado.

Finalmente, el familiar debe aportar otros dos certificados, también considerados habituales para los extranjeros, el de antecedentes penales y el médico, con alguna peculiaridad. El primero admite un certificado equivalente al negativo de antecedentes penales, aunque de cualquier modo debe haber sido expedido por la autoridad competente del país o países donde el interesado haya residido habitualmente con anterioridad a la solicitud. Sin embargo, el requisito queda inmediatamente atenuado, pues las Instrucciones admiten la existencia de antecedentes penales y, por tanto, la misma autoridad puede certificar que el familiar reagrupable no ha sido condenado por la comisión de delitos castigados con penas privativas de libertad de duración igual o superior a un año. El segundo certificado adolece de discrecionalidad, pues deposita la apreciación del riesgo de las enfermedades para España en conceptos jurídicos indeterminados, de tal manera que el extranjero no debe padecer enfermedades transmisibles, con repercusión para la salud pública, drogadicción o enfermedades mentales, con trascendencia para la seguridad o el orden público, expedido en el país de procedencia. Añade la norma que los servicios médicos para la expedición del certificado en el país de procedencia pueden ser designados por la Oficina Consular.

Informe de la Oficina Consular. El siguiente trámite previsto por las Instrucciones es de la comprobación que debe efectuar la Oficina Consular: el extranjero no puede figurar en la lista de prohibiciones de entrada, porque de lo contrario el Jefe de la Oficina Consular viene obligado a denegar el visado sin más trámites. Después de comprobar la lista, y de la valoración de la documentación aportada, la Oficina envía un informe sobre la petición de visado a la Dirección General de Asuntos Consulares.

Otro trámite que ahora puede resultar peculiar era el que sirve de enlace con el reagrupante: en el Acuerdo se fija la devolución al familiar, por parte de la Oficina Consular, de “una copia sellada de la solicitud de visado, advirtiéndole que ha de hacerla llegar al reagrupante que se encuentra residiendo en nuestro país”. Dos cuestiones administrativas se plantean: primera, que la copia sellada no se entrega hasta que se procede con seguridad a emitir el informe (porque antes se ha comprobado la lista de prohibiciones y valorado la documentación aportada); segunda, que el familiar queda desprovisto de la prueba de la solicitud, esto es, la copia sellada, que, como veremos, vuelve a la Administración a través del reagrupante.

Documentación complementaria en España. El reagrupante debe presentar la recién recibida, pues no se concreta plazo, copia sellada de la solicitud de visado en la Oficina de Extranjeros o Comisaría de Policía de su lugar de residencia, junto con los documentos acreditativos del permiso de residencia renovada, de los recursos económicos y de la vivienda adecuada. Mientras que para el permiso de residencia se especifica que no es suficiente con la presentación del resguardo de haber solicitado la renovación del mismo, para los otros dos requisitos se detallan los documentos hasta tal punto que, a pesar de estar parcialmente derogados, actualmente siguen siendo de utilidad en las Oficinas de Extranjería, que los emplean para concretar los aspectos más ambiguos de las disposiciones vigentes.

En cuanto a la acreditación de empleo o recursos económicos, se especifica que estos deben ser estables y suficientes para atender a las necesidades de la familia, incluyendo asistencia sanitaria, en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social. Para poder demostrar esta circunstancia, el reagrupante debe presentar: los tres últimos recibos de salarios o fotocopia de boletines de cotización en el supuesto de trabajadores por cuenta ajena; justificación de ingresos de la persona en situación de inactividad (pensionistas, desempleados, etc.); declaración, en su caso, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al año anterior; justificante de afiliación y alta en Seguridad Social o seguro de asistencia sanitaria y beneficiarios. También se permite la presentación de cualquier otro documento que el reagrupante considere oportuno en relación con la acreditación señalada, lo cual favorece la defensa del extranjero en el momento de aportar la prueba de los recursos obtenidos, carente en demasiadas ocasiones de una intervención administrativa.

Por lo que respecta a la vivienda, el reagrupante sólo puede acreditar que la misma dispone de características y amplitud consideradas normales para los ciudadanos españoles en la zona de residencia del reagrupante, teniendo en cuenta el número de miembros de la familia, mediante un acta notarial mixta de presencia y manifestaciones. Los extremos que deben referenciarse en dicho documento se detallan en la Circular del Consejo General del Notariado de fechas 19 y 20 de noviembre de 1993 y son el título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones o dependencias en que se distribuya la vivienda, uso al que se destine cada una de ellas, número de personas que habiten en la vivienda y condiciones de equipamiento de la misma, en particular, las relativas a la disponibilidad de agua corriente, electricidad, sistema de obtención de agua caliente y red de desagües. El contenido de las actas notariales fijado por esta Circular será posteriormente elevado a rango reglamentario, manteniendo vigencia en el momento presente.

Informe de la autoridad gubernativa. La oficina receptora propone a la autoridad gubernativa el envío de un informe, a la Dirección General de Asuntos Consulares, en el que se valore la documentación presentada por el reagrupante. Para la elaboración de la propuesta de informe, se prevé la posibilidad de que dicha oficina receptora recabe del reagrupante y de las administraciones y entidades públicas la información que estime oportuna. El informe debe ajustarse a un modelo y pronunciarse sobre la estabilidad del reagrupante en nuestro país, la suficiencia de su capacidad económica para el sostenimiento de la familia a reagrupar y la adecuación de la vivienda.

Concesión del visado, entrada y solicitud de permiso de residencia. La Dirección General de Asuntos Consulares, a la vista de los informes del Consulado y de la autoridad gubernativa, cursa las instrucciones a aquél para la concesión o denegación del visado. En caso de concesión, tras la entrada en España, el titular del visado dispone de noventa días para solicitar el correspondiente permiso de residencia. En este trámite, la Resolución recuerda dos particularidades administrativas: el procedimiento de urgencia y evitar el requerimiento de documentación obrante ya en su poder desde la tramitación del visado, debiendo tener en cuenta el propio informe emitido anteriormente con ese mismo motivo. A pesar de las cautelas administrativas, este último trámite, al no tratarse de una

concesión automática, constituía un segundo momento de fiscalización de los requisitos, de difícil solución en el caso de haber cambiado las condiciones que propiciaron el inicio del proceso²⁸².

Exenciones de visado transitorias a los familiares ya establecidos en España. La Disposición Transitoria Primera de la Resolución permite a los familiares que acrediten, de forma fehaciente, hallarse en territorio español antes del 12 de noviembre de 1993, fecha del Acuerdo del Consejo de Ministros, la exención “de la obligación de obtener visado por reagrupación familiar”. Estos deben presentar una solicitud de exención de visado además de toda la documentación requerida tanto al familiar como al reagrupante según lo establecido por la Resolución en el procedimiento ordinario. Aunque todavía no se dispone expresamente, sólo en caso de concederse la exención, podrán solicitar el permiso de residencia correspondiente.

C) Fijación de la exención de visado y adaptación del procedimiento administrativo.

Exención de visado. La Circular 7/1994²⁸³, a partir de otra conjunta, de las Direcciones Generales de Asuntos Consulares, de la Policía y del Instituto Español de Emigración, de 1 de julio de 1988, sobre «Criterios unificados para la aclaración de cuestiones surgidas en la aplicación de la legislación sobre extranjeros», y de la Proposición no de Ley relativa a la situación de los extranjeros en España, aprobada por el Congreso de los Diputados el 9 de abril de 1991, establece una serie de criterios generales sobre la excepcionalidad de la exención, quedando la reagrupación relegada a la opción de “que existan razones de carácter humanitario o de interés público que justifiquen la concesión de la exención del visado”. Se trata, pues, de una concepción todavía alejada del derecho subjetivo que, en su aplicación, será frecuentemente trasladada al ámbito jurisdiccional para la apreciación de las razones justificativas. Por otra parte, sólo sería válida durante un período de treinta días desde la notificación de su concesión para la posterior solicitud del permiso o tarjeta que correspondiera.

²⁸² A. Pérez Tórtola, "La reagrupación familiar desde la perspectiva de la jurisdicción contencioso-administrativa", en *Regularización de trabajadores y reagrupación familiar de inmigrantes extranjeros en España*, Fundación Paulino Torras Domènech, Barcelona, 1994, pp. 62-68.

²⁸³ Circular 7/1994, de 28 julio, de la Secretaría de Estado de Interior. *BOE* núm. 193, de 13 de agosto 1994.

Actualización procedimental. El RD 1778/1994²⁸⁴, de adaptación al reciente régimen de procedimiento administrativo en los supuestos de autorizaciones en general, afecta a aquellas relativas a reagrupación familiar en los siguientes aspectos.

Por una parte, el Real Decreto delimita el alcance del derecho reconocido a los interesados en el artículo 35 f) de la Ley 30/1992, determinando los supuestos en los cuales aquéllos no se hallan obligados a aportar documentos que ya obren en poder de la Administración actuante, todo ello al amparo de la habilitación contenida en la disposición final de dicho Texto Legal.

Por otra parte, El mismo texto de adaptación, en su artículo 3, impone a la Administración la obligación de motivar todas las resoluciones dictadas en estos procedimientos, ya sean regladas o discrecionales, y con independencia de sus efectos favorables o desfavorables para los interesados. “Con ello, haciendo uso de la previsión contenida en el artículo 54.1 f) de la Ley 30/1992, se refuerzan los principios de objetividad y transparencia de la actuación administrativa, y se posibilita una plena tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos”.

En tercer lugar, conforme al artículo 4.1 a) del Real Decreto, la falta de resolución expresa podía considerarse desestimatoria de la solicitud en los siguientes procedimientos de Extranjería: Visados y autorizaciones de entrada, permanencia o estancia, residencia y trabajo a extranjeros, regulados en la LO 7/1985, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, y su Reglamento, a excepción de las previstas en el RD 766/1992, sobre Entrada y Permanencia en España de Nacionales de Estados Miembros de las Comunidades Europeas.

De lo dispuesto en este Real Decreto, se deriva la conclusión de que es difícilmente conciliable la obligación de motivar las resoluciones, pensemos en las solicitudes de visado, con el silencio negativo.

²⁸⁴ RD 1778/1994, de 5 de agosto de adecuación a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones. *BOE* núm. 199, de 20 de agosto 1994, corrección de errores *BOE* núm. 250, de 19 de octubre 1994.

2. El RD 155/1996, segundo reglamento de extranjería.

El Reglamento aprobado por este Real Decreto debe su aparición, según la Exposición de motivos²⁸⁵, a los compromisos internacionales y a la necesaria adecuación de los procedimientos a la Ley 30/1992. Puestas las disposiciones reglamentarias que afectan a la reagrupación familiar en relación con la Orden ministerial que las desarrolló, de 8 de enero de 1999²⁸⁶, observamos una cierta evolución en el procedimiento²⁸⁷ y un total estatismo en su concepción, pues todavía no se le considera derecho. Si así hubiera sido, se habría incluido en el correspondiente capítulo de derechos y deberes.

Exclusiones del ámbito de aplicación. En el primer artículo de la Orden, apartados c y d del punto 3, se especifican dos exclusiones subjetivas no precisadas en el Reglamento. Por un lado, los familiares que se trasladen conjuntamente con el titular de un visado de residencia, para los que se concreta que “la eficacia de los visados concedidos a dichos familiares quedará vinculada al expedido al titular del visado de residencia, vinculación que se mantendrá entre los correspondientes permisos de residencia”. Por otro lado, quedan excluidos los familiares de los refugiados y sus asimilados.

Sujetos. Como excepción al plazo temporal de residencia del reagrupante, el Reglamento, en su artículo 28.2, recoge esta posibilidad, ya inicialmente prevista en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1993, exonerando además, por el artículo 15 de la Orden, del correspondiente informe gubernativo.

En cuanto a los beneficiarios, lo más destacable en el ámbito de los familiares reagrupables es la concreción de situaciones, especialmente la articulación del rechazo de la poligamia y del fraude en el caso del cónyuge, así como la doble

²⁸⁵ RD 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio de 1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. *BOE* núm. 47, de 23 de febrero de 1996.

²⁸⁶ Orden del Ministerio de la Presidencia de 8 de enero de 1999 por la que se establecen las normas generales y de tramitación de los expedientes de visado y de los permisos de residencia por reagrupación familiar, en desarrollo del Reglamento de Ejecución, de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio de 1985. *BOE* núm. 11, de 13 de enero de 1999; corrección de errores en *BOE* núm. 48, de 25 de febrero de 1999.

²⁸⁷ En este sentido, Ezquerro Ubero considera que el Reglamento de 1996 supone un avance en la materia (J. J. Ezquerro Ubero, "El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable", cit., pp. 177-215, especialmente p. 214).

exigencia, con respecto a los ascendientes, de dependencia económica y razones justificativas.

Concretamente, al cónyuge se le exige que no se encuentre separado de hecho o de derecho, que no resida con el extranjero otro cónyuge y que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley. El apartado 6 establece que no se puede conceder un permiso de residencia a un extranjero como cónyuge de un residente extranjero si otro cónyuge de éste ya reside con anterioridad en España. Con ello se inicia el intento de impedir la situación de poligamia en el territorio español, pues trata de evitar el supuesto de otro cónyuge que resida con carácter independiente, separado de hecho o de derecho, perfectamente posible según la ley personal de un buen número de extranjeros.

Los hijos pueden ser reagrupados siempre que en el momento de la solicitud sean menores de edad que no estén casados, que no hayan formado una unidad familiar independiente ni lleven vida independiente. En el supuesto de los hijos adoptivos, debe acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción fue tomada por la autoridad administrativa o judicial competente en la materia en el país en que se llevó a cabo, y que dicha resolución reúne los elementos necesarios para producir efectos en España. El criterio de la minoría de edad antes de la solicitud constituye un fundamento en el que se ampararán los futuros procesos de reagrupación, integrando así la laguna dejada por las posteriores reformas reglamentarias al omitir este aspecto, dada la existencia de supuestos en los que los hijos alcanzan la mayoría de edad durante la tramitación de la autorización. Por otra parte, este criterio se rige por la ley personal, puesto que el artículo 54.2.b) se refiere a “menores de edad”, lo cual significa que, *v.gr.*, que un marroquí durante este régimen puede esperar a los 20 años y no sólo hasta los 18 para ser reagrupado²⁸⁸, posibilidad que ya ha desaparecido con la LO 4/2000.

La exigencia, *a contrario*, de vida dependiente, es demostrable mediante el registro del domicilio y si no están casados, la unidad familiar independiente puede ocultarse por el mismo medio, en el caso de compartir domicilio con otros familiares reagrupables y tras haber considerado más eficaz la obtención de un permiso por reagrupación que por residencia o por trabajo.

El resto de beneficiarios son los incapacitados y los menores cuyo representante legal sea el residente extranjero y los ascendientes del residente extranjero cuando dependan económicamente de éste y si existen razones que justifican la necesidad de autorizar su residencia en España. Estos requisitos se mantienen vigentes en la actualidad y sólo ha fluctuado la apreciación discrecional de las razones justificativas, cuyos criterios se han fijado mediante instrucciones internas o decisiones autónomas de la autoridad competente en cada provincia.

*Solicitud de “informe gubernativo”*²⁸⁹. Según el artículo 28 del Reglamento, el procedimiento se inicia en España a instancia del reagrupante, que debe pedir, con anterioridad a la presentación de la solicitud, informe de la autoridad gubernativa de la provincia donde reside, acreditativo de que reúne las condiciones previstas en los apartados 5 y 7 del artículo 56 del Reglamento, así como que es titular de un permiso de residencia ya renovado. Las condiciones siguen siendo las mismas de las Instrucciones de 1994: los medios de vida, la garantía de asistencia sanitaria y la vivienda suficiente para el reagrupante y sus familiares.

Sin embargo, la documentación que debe presentar el reagrupante presenta tres novedades. La primera favorece al extranjero, pues la asistencia sanitaria ya no se exige con carácter previo cuando el familiar pueda acogerse a las prestaciones de la Seguridad Social del trabajador residente, una vez concedido el permiso. La segunda pretende también hacer menos gravoso el procedimiento al añadir la posibilidad de presentar un informe expedido por la Corporación Local, para la acreditación de disponibilidad de una vivienda suficiente con carácter principal, manteniéndose el acta notarial con carácter subsidiario. El informe es claramente potestativo, pues el mismo Reglamento establece que para es fin pueden suscribirse los correspondientes convenios entre la Administración del Estado y las Corporaciones Locales que así lo decidan. Si bien el acta debe aportarse “cuando no exista informe por parte de la Corporación Local del lugar de residencia del reagrupante”, lo cierto es que la práctica administrativa que ha venido dándose hasta

²⁸⁸ STSJ Madrid núm. 966/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 22 de julio (JUR 2003\260406).

²⁸⁹ Como anexos a la Orden, se incluían los modelos de solicitud de informe y del propio informe gubernativo.

la entrada en vigor del actual Reglamento es la de considerar ambos documentos como alternativos y otorgar un trato preferente al acta notarial. También esta posibilidad será lentamente asimilada por la otra Administración implicada, la emisora, puesto que algunas Corporaciones Locales se han mostrado recelosas a asumir una nueva competencia sin la asignación de los recursos requeridos. El contenido del informe o acta responde a la apropiación que hace el Reglamento de los extremos ya fijados con anterioridad para el acta notarial mediante Circular del Consejo del Notariado de 1993, circunstancia comentada *supra*.

La tercera novedad documental es la de exigir al reagrupante la presentación de una declaración firmada de que no reside con él en España otro cónyuge. Se trata de un requisito basado ciertamente en la buena fe, siquiera mínimamente cualificado con la condición de que sea una declaración jurada, pero más preocupante por la situación de poligamia en España que se pretende evitar, pues con un domicilio distinto en nuestro Estado ya se cumpliría lo declarado. Por otra parte, más inquietante resulta la ingenuidad de este requisito al comprobar que, si hasta este momento cabía alguna duda, el artículo 23 declara el carácter vinculante del informe gubernativo en cuanto a la acreditación de las condiciones exigidas al reagrupante.

Una vez presentada la solicitud, el reagrupante debe remitir al familiar copia de la petición de informe, registrada por la autoridad gubernativa, para que este pueda solicitar el visado correspondiente (artículo 28.1). La Orden especifica que el registro se materializa incorporando la fecha y una numeración de enlace (NEV) que facilita la gestión administrativa entre los departamentos ministeriales afectados (artículo 3.3 de la Orden).

Solicitud de visado. Con la Orden, se facilita la presentación de la solicitud de visado de residencia en dos sentidos, pues permite, por una parte, que se formalice personalmente o a través de representante y por otra, que se presente en la Oficina Consular española correspondiente al Estado cuya nacionalidad posea el solicitante o al Estado donde tenga fijada su residencia legal.

El familiar presenta, ante la Misión Diplomática u Oficina Consular, la solicitud de visado y la copia registrada de la petición de informe, con un plazo

máximo de treinta días desde que se haya presentado en España este último²⁹⁰, así como la documentación que acredite el parentesco y en su caso, la dependencia legal y económica. En relación con los documentos exigidos, cabe destacar algunas novedades.

Se permite expresamente que el pasaporte sea familiar, con la condición de que solicitud del visado de reagrupación se extienda a todos los incluidos en el mismo y que en el caso de incluir hijos, sean los del titular, con su misma nacionalidad y menores de dieciséis años. La vigencia mínima del pasaporte o título de viaje reconocido como válido por España debe tener además una vigencia mínima de cuatro meses.

La Orden declara expresamente que la situación a tener en cuenta es la que se da en el momento de la solicitud, puesto que las certificaciones aportadas deben permitir la fijación, al día de la solicitud, del parentesco y, en su caso, de la dependencia legal y económica y de la edad del solicitante. También impone la legalización de los documentos extranjeros acreditativos de las condiciones del estado civil requeridos para que puedan surtir efecto ante el Consulado.

Se abandona el tenor de “mayoría de edad penal”, rigiendo un criterio estático y de *lex fori*, esto es, que el familiar sea mayor de dieciséis años, además de fijarse un plazo objeto de certificación, cinco años, que se mantendrá hasta la actualidad, si bien tolerando aún penas inferiores al año: las autoridades del Estado o Estados en que haya residido durante los últimos cinco años deben certificar que el familiar no ha sido condenado por la comisión de delitos castigados en el ordenamiento penal español con penas privativas de libertad de duración igual o superior a un año. La evolución que se ha producido en este apartado, en sentido obviamente restrictivo al impedirse actualmente cualquier delito castigado en España, lleva a la conclusión de que el orden público es perfectamente modulable y que, en supuestos de reagrupación familiar, que no deben regirse por criterios de admisión sometidos a la coyuntura económica, podría permitirse sin escándalo -una muestra la constituye este antecedente normativo-, la existencia de antecedentes penales de poca entidad.

En el caso del certificado sanitario, se permitía que la Oficina Consular designe los servicios médicos para la expedición del mismo en el ámbito de su

²⁹⁰ Plazo introducido por el art. 4.1 de la Orden.

circunscripción, pudiendo, en tal caso, prescindir de su presentación legalizada. En cuanto al contenido, el familiar no puede “padecer alguna de las alteraciones relacionadas con (sic) las letras a), b) y c) del artículo 37 del Reglamento”. Las mencionadas alteraciones se detallan exhaustivamente, aunque sólo otorgan seguridad jurídica las enfermedades tasadas, que son, por un lado, las cuarentenables contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional adoptado en la 22ª Asamblea Mundial de Salud de 1969, tercera edición anotada, 1983, de la Organización Mundial de la Salud y por otro, las infecciosas o parasitarias designadas por el Ministerio de Sanidad y Consumo. El resto de enfermedades, sin embargo, ofrece un cierto margen de discrecionalidad a las autoridades competentes, puesto que se designan la drogadicción, las alteraciones psíquicas importantes, los estados manifiestos de enfermedad psicopática con agitación, el «delirium» y las alucinaciones o psicosis de confusión, cuando pongan en peligro el orden público o la seguridad pública en los términos previstos por la legislación vigente.

A continuación, el Ministerio de Asuntos Exteriores comunica a la autoridad gubernativa que ha sido presentada en forma la solicitud de visado y requiere a dicha autoridad que le remita el correspondiente informe (artículo 30). Dado que en este régimen se establece el informe consular con carácter general para la expedición de visados de residencia (artículo 30.2), el sistema de doble informe iniciado en 1993 sigue por tanto vigente.

En la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto y en el artículo 2 de la Orden, se establece el tratamiento preferente y un plazo específico de resolución, tanto para las solicitudes de visado por reagrupación familiar, tres meses, como para las peticiones de permiso de residencia por esta misma causa, cuarenta y cinco días. Se trata de un criterio mantenido en la actualidad de modo formal, puesto que se sigue otorgando un trato preferente a este procedimiento, también en las Disposiciones Adicionales, con plazos más reducidos, aunque materialmente las resoluciones, tanto relativas al visado como a la autorización, incumplen sistemáticamente estos plazos en la mayoría de demarcaciones españolas.

Finalmente, el visado debe ser recogido por su titular en el plazo de dos meses desde la notificación de la concesión, según el artículo 10 de la Orden, circunstancia que en la actualidad ha sido omitida de modo presuntamente

involuntario para el supuesto de la reagrupación familiar y que puede integrarse con este antecedente (*vid. infra*). De cualquier modo, el caso carece de trascendencia, puesto que los familiares no tienen ningún interés en dejar pasar el tiempo cuando el plazo depende de ellos mismos.

Solicitud del permiso de residencia. En el artículo 56.8, se establece claramente que el trámite de solicitud de exención de visado, en su caso, es previo al del permiso, aunque se debe sustanciar ante la misma autoridad. Por otra parte, es preocupante la reiteración en algunos requisitos documentales para esta solicitud, en clara contradicción con lo dispuesto en el régimen anterior y con las disposiciones de régimen administrativo general a las que trata de adaptarse. Se exige de nuevo, tanto el certificado de antecedentes penales como la garantía de asistencia sanitaria para el informe gubernativo previo, requisito reiterado en la única disposición específicamente relativa a la reagrupación familiar.

A la vista del desarrollo operado por la Orden, se percibe una concepción de administraciones distintas, pues se establece la devolución de originales presentados en la solicitud de visado para poder presentarlos de nuevo al solicitar el permiso de residencia, incluso con cautelas sobre la eventual necesidad de legalización de los documentos, reconociendo implícitamente que tal legalización pudiera no haber sido exigida previamente por la Oficina Consular (arts. 10.3 y 11.3 de la Orden), cuando quedaba claramente impuesto, como hemos visto, en el caso de certificaciones sobre estado civil para solicitar el visado:

“Si el solicitante hubiere presentado originales y copias de los certificados sanitarios, de antecedentes y de parentesco, una vez cotejados, se le devolverán al titular del visado los originales para que puedan surtir efectos en el expediente del permiso de residencia. Los originales de las certificaciones extranjeras relativas al parentesco u otras circunstancias del registro civil, le serán devueltas al titular del visado, para que puedan surtir efectos en el expediente del permiso de residencia, previa legalización, en los supuestos en que sea necesaria la legalización de documentos por vía diplomática, o previa comprobación de su legalización por el sistema de apostilla de conformidad con el convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961.”

Desde una perspectiva positiva, considerando lo prescrito como un mal menor, el hecho de permitir que se presenten los mismos originales del trámite de visado, evita preocupaciones en cuanto a la caducidad de algunos certificados antes de la segunda solicitud, aunque del tenor sólo puede deducirse esta conclusión de modo presunto, del mismo modo que la unidad del procedimiento tampoco se recoge expresamente.

Vigencia del permiso y residencia independiente. La vigencia del permiso de residencia (artículo 54) se hace depender de la residencia legal en España del reagrupante y del mantenimiento de las circunstancias que sirvieron de base para su concesión. Sin embargo, se permite el acceso al permiso de residencia independiente, a los hijos del reagrupante, cuando lleguen a la mayoría de edad, y al cónyuge, en cualquiera de las tres circunstancias siguientes: que obtenga un permiso de trabajo; que acredite haber convivido en España con su cónyuge durante dos años, menos si concurren circunstancias de carácter familiar que así lo justifiquen; que el reagrupante haya fallecido con residencia legal en España. De todas las posibilidades, la menos objetiva es la del plazo de menos de dos años por causa familiar justificada, que en las disposiciones actualmente vigentes se ha traducido en que el cónyuge haya sido víctima de violencia de género. De cualquier modo, todas las vías han experimentado, de nuevo, una evolución restrictiva, mediante la prolongación de plazos, de dos a cinco años, o la acumulación de condiciones, como la exigencia de autorización de trabajo o cinco años de residencia previa que debe añadirse al alcance de la mayoría de edad por parte de los hijos reagrupados (artículo 41 RLOE).

Exención de visado para supuestos de reagrupación familiar. Dos meses después del RD 155/1996, se aprueba una Orden, de 11 de abril de 1996 -distinta a la específica del procedimiento de reagrupación, de 1999- en la que se relacionan, entre otros, tres supuestos claros de reagrupación familiar en los que puede obtenerse exención de visado²⁹¹ y que vienen a colmar así la conveniencia de concretar el supuesto genérico, instaurado por la Circular de 1994, de razones de carácter humanitario o de interés público.

²⁹¹ Orden de 11 de abril de 1996, del Ministerio de Justicia e Interior. *BOE* núm. 93, de 17 de abril 1996. Disposición segunda, apartado 2, letras e) a h).

Se trata, en primer lugar, de los extranjeros menores de edad que sean hijos de españoles o de extranjeros residentes legales en España, o que hayan sido acogidos bajo tutela judicial constituida por españoles o extranjeros que residan legalmente en España, de forma que reúnan los elementos necesarios para producir efectos en territorio español. Se observa una identidad de condiciones con el supuesto de beneficiarios de la reagrupación que solicitan el visado. La falta de cualificación del supuesto ha llevado a numerosos reagrupantes extranjeros con problemas de diversa índole en el procedimiento de visado, a plantearse la reagrupación *de facto* de los hijos y su posterior convalidación mediante esta exención de visado, habiendo acudido normalmente a la situación de estancia, sin visado o con uno de corta duración, dependiendo de la obligación para los nacionales de determinados Estados. También puede comprobarse cómo todavía en el caso de los menores, se mantiene igual tratamiento en caso de nacionalidad diferente de los progenitores.

El caso de los cónyuges sí está previsto separadamente según la nacionalidad del reagrupante y así, mientras que los de español o de extranjero residente legal, nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo no deben encontrarse separados de derecho, los de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, no pueden encontrarse tampoco separados de hecho. En ambos casos, deben acreditar un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud. Moya Escudero aclara que este requisito no impone una separación de tres años, sino que la intención del legislador es evitar los llamados matrimonios blancos, causando un grave perjuicio al extranjero²⁹².

Por último, el tercer grupo de familiares al que se permite la exención de visado es el conformado por los ascendientes directos de un menor español residente en España que vive a sus expensas, con lo que, por el momento, quedan excluidos los ascendientes del reagrupante, aun en circunstancias especiales, como sería la acreditación de un grado de dependencia cualificado.

En cuanto al procedimiento, se mantiene la caducidad de treinta días de la exención, ya fijada en la Circular de 1994, pero se impone la necesaria motivación de

la resolución denegatoria. Con esta medida, se añade, a la seguridad jurídica que da la concreción de supuestos respecto a las anteriores causas indeterminadas, la posibilidad de presentar recursos frente a determinados fundamentos, evitando así la indefensión del extranjero.

III. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL RÉGIMEN ACTUAL

1. Configuración legal del derecho de reagrupación familiar

A) *La LO 4/2000, punto de inflexión en el tratamiento de la reagrupación*

Bases para una configuración legal. Entre las propuestas de un “Informe sobre la situación de emigrantes españoles e inmigrantes en España” que aprueba el Pleno del Congreso el 23 de junio de 1998, figura la siguiente: “El inmigrante goza del derecho a vivir en familia y por tanto la regulación del reagrupamiento familiar debe permitir que esta posibilidad alcance a los cónyuges, hijos menores y ascendientes a cargo”²⁹³. Si bien, como hemos visto, la regulación ya alcanza lo propuesto en el Informe, es en cambio la primera aproximación oficial española al tratamiento de la reagrupación vinculada al derecho a vivir en familia.

Con la aprobación de la LO 4/2000²⁹⁴, a modo de punto de inflexión entre dos concepciones, puede afirmarse que la reagrupación pasa de ser considerada como una modalidad de visado de residencia a enmarcarse entre los derechos reconocidos a los extranjeros por la propia ley, con un tratamiento específico, pues tiene dedicado un capítulo, el segundo, dentro del título sobre derechos y deberes²⁹⁵.

²⁹² A. Rodríguez Benot, dir., *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 30-41.

²⁹³ Aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 23 de junio de 1998, del Acuerdo de la Comisión de Política Social y Empleo, relativo al Informe de la Subcomisión para estudiar la situación de los españoles que viven fuera, así como la de los inmigrantes y refugiados que han llegado a nuestro país; conocer a fondo sus necesidades y reivindicaciones prioritarias; proponer las medidas legales y sociales que es conveniente adoptar para conseguir solucionar los problemas existentes (informe publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 281, de 18 de mayo de 1998). BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 308, de 15 de julio de 1998, p. 19.

²⁹⁴ LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *BOE* núm. 10, de 12 de enero 2000; corrección de errores *BOE* núm. 20, de 24 de enero 2000. *Vid.* A. Rodríguez Benot y A. Ybarra Bores, “Una Aproximación a la Nueva Ley de Extranjería”, en *La Toga*, núm. 117, 2000, pp. 16-18.

²⁹⁵ Si se prescinde del carácter de configuración legal, puede considerarse, con Rodríguez Benot, que el derecho ya se encontraba reconocido desde el Reglamento de 1996 y que esta nueva LOE simplemente amplía su contenido (A. Rodríguez Benot, “Principios inspiradores y caracteres

La regulación legal del nuevo derecho a la reagrupación familiar consta de dos artículos, 16 y 17, que van a tener una vigencia muy efímera, abarcando tan sólo del 1 de febrero de 2000 al 22 de enero de 2001, momento en que entra en vigor la profunda reforma de toda la ley y, por ende, del régimen de reagrupación familiar.

Si bien no tiene alcance práctico, sí lo tiene teórico, por cuanto supone un avance “testimonial” en varios aspectos del procedimiento. Nos detenemos en el procedimiento y dejamos la concepción, por su complejidad, para el momento de analizar las normas vigentes, dado que, además, el planteamiento básico, confuso por otra parte, no ha variado desde entonces.

El artículo 16, con el enunciado “Derecho a la intimidad familiar”, dispone:

“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 acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España.

2. Los familiares de los extranjeros que residan en España a quienes se refiere el artículo siguiente, tienen derecho a la situación de residencia en España para reagruparse con el residente.

3. El cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él agrupados, conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición.”

Mientras en el primer apartado se reconoce a los extranjeros residentes el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar, en el segundo se reconoce el derecho de residencia para reagruparse a los familiares, que según el tercer apartado pueden conservar la residencia aunque desaparezca su motivo. Precisamente con el reconocimiento establecido en el segundo apartado, se considera titulares del derecho también a los propios familiares reagrupables, puesto que quedan habilitados para

generales de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, en *La ley de extranjería a la luz de las obligaciones de España en Derechos Humanos*, coord. por J. A. Carrillo Salcedo, Akal, Sevilla, 2002, pp. 15-26, especialmente pp. 22-23).

ejercerlo. La enumeración de los mismos -cónyuge, hijos, ascendientes y otros²⁹⁶-, además de sus condiciones para la reagrupación se recogen en el artículo 17, presentando dos peculiaridades. La primera es la concreción de los perfiles de cada categoría de beneficiarios hasta tal punto que no ha sufrido modificación en las sucesivas reformas posteriores, a pesar de haber sido criticada doctrinalmente por sus carencias técnicas.

La segunda peculiaridad viene representada por dos cláusulas finales y residuales que el legislador sí ha considerado prescindibles y en consecuencia han desaparecido con la primera reforma. Mediante lo dispuesto en la letra e), quedan incluidos como beneficiarios todos aquellos familiares que no se ajusten a los supuestos precedentes y que además acrediten individualmente razones humanitarias, requisito que fomenta la casuística y deja un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad competente, si bien permitiendo que muchas situaciones, frecuentes incluso en el ámbito territorial de nuestro propio ordenamiento, puedan ser legítimamente tomadas en consideración.

Con la otra cláusula, recogida en la letra f), se pretende someter a la presente LO los familiares extranjeros de los españoles a los que no les fuera de aplicación el régimen comunitario. La escasa vigencia de esta disposición puede respaldar varias explicaciones, entre las que destaca su gratuidad: si un extranjero no puede acogerse al régimen comunitario, obviamente su situación se regirá por el régimen general.

²⁹⁶ Familiares reagrupables y sus condiciones (art. 17 LO 4/2000): “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 potestad 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 residente extranjero cuando dependan económicamente de éste y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

e) Cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias.

f) Los familiares extranjeros de los españoles, a los que no les fuera de aplicación la normativa sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea.”

Por otra parte, se estaría admitiendo de modo implícito la existencia de auténticos familiares, no ya de extranjeros comunitarios, sino de los propios españoles, que merecen un trato como tales, pero que no lo encuentran en la normativa de libre circulación europea, de por sí más amplia y generosa que la de extranjería. Lo más grave en la aplicación de esta cláusula es la fácil apreciación que puede hacerse del trato discriminatorio de los familiares extranjeros: un hermano puede ser reagrupado sin más por un español siguiendo el mismo procedimiento que impide tal posibilidad a un extranjero a no ser por razones humanitarias.

Un reglamento antiguo para una ley nueva. En el momento en que se aprueba esta Ley, queda derogada la anterior, LO 7/1985, y cuantas disposiciones se opongan a la LO 4/2000. En consecuencia, sigue vigente el Reglamento de 1996 con algunas limitaciones legales importantes: puesto que nada más se establece con carácter particular, los requisitos que hasta este momento se exigen al reagrupante quedan en suspensión, ya que no puede condicionarse el derecho de reagrupación por un determinado plazo de residencia previa, medios de vida y alojamiento, que vienen recogidos en un procedimiento reglamentario todavía aplicable.

Sin embargo, lo que sí rige con ámbito general es la exigencia de visado (artículo 25), con el plazo máximo de tres meses para resolver, y la motivación de las resoluciones denegatorias de visados, que forzosamente, por negativas, tienen que ser expresas. Anteriormente, la motivación sólo ha sido impuesta para los supuestos en que se deniegue la exención de visado, mediante la Orden de 1996.

En el mismo artículo 25, sobre expedición de visado, se reconoce la posibilidad de conceder exención de visado, “excepcionalmente, por motivos humanitarios, de colaboración con la Justicia o de atención sanitaria”, además de por motivo de reagrupación, pero sólo para el cónyuge, que debe reunir, obviamente, las circunstancias del artículo 17 y acreditar la convivencia al menos durante un año, además de exigirse al reagrupante que tenga autorización para residir al menos otro año.

B) *La LO 8/2000, una tercera ley con cuerpo de reforma*

Con la inmediata modificación, en concreto por los apartados 12 y 13 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 diciembre, se restringe el ámbito del derecho en los siguientes extremos²⁹⁷.

El apartado segundo del artículo 16 pasa a reconocer sólo que “los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17”. Con ello se reduce la titularidad del derecho al reagrupante, que según Moliner Navarro podía dar lugar a solicitudes unilaterales de reagrupación por parte de los familiares, incluso contra la voluntad de este²⁹⁸, opinión compartida por Abarca Junco y Vargas Gómez-Urrutia, que además afirman que para esta reforma se atendió a la Propuesta de Directiva de 1999²⁹⁹. Curiosamente, con base en la Directiva 2003/86/CE, artículo 5.1, derivada de la citada Propuesta, Álvarez Rodríguez defiende una reforma legal de transposición que permita recuperar la legitimación de los reagrupables para incoar el procedimiento³⁰⁰. De cualquier modo, el familiar reagrupable únicamente deja de poder incoar el procedimiento. No supone un límite del derecho, puesto que ya antes de la reforma el reagrupable no podía ejercer el derecho en solitario, era imprescindible la actuación del reagrupante, como hace notar López Barba³⁰¹, o cuanto menos, su consentimiento, como subraya Moya Escudero³⁰².

La reforma introduce el anuncio, como complemento al tercer apartado del artículo 16, de un tiempo previo de convivencia en España que debe acreditarse en

²⁹⁷ LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma 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. *BOE* núm. 307, de 23 de diciembre 2000; corrección de errores *BOE* núm. 47, de 23 de febrero 2001. *Vid.* A. Rodríguez Benot e A. Ybarra Bores, "Las claves de la reforma de extranjería", en *La Toga*, núm. 125, (marzo) 2001, pp. 31-33.

²⁹⁸ R. M. Moliner Navarro, "Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España", *cit.*, p. 495.

²⁹⁹ A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, "Artículo 17. Familiares reagrupables", en *Comentarios a la Ley de Extranjería*, C. Esplugues Mota, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 437. Para criticar esta reforma, Moreno Blesa se refiere a un recorte injustificado del derecho a la intimidad familiar (L. Moreno Blesa, "Reagrupación familiar", *cit.*, p. 140). Sin embargo, ya hemos comprobado en el análisis de los fundamentos constitucionales que este derecho es fundamental y no puede ser recortado, mientras que el de protección de la familia sí puede someterse a esta restricción de titularidad.

³⁰⁰ A. Álvarez Rodríguez, *La transposición de Directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, CIDOB, Barcelona, 2006, pp. 46-47.

³⁰¹ E. López Barba, "Extranjería. Reagrupación familiar", en *Extranjeros en España - Régimen jurídico*, coord. por C. Sánchez-Rodas Navarro, Laborum, Murcia, 2001, pp. 155-187, p. 167.

los supuestos de ruptura del vínculo y que se determinará reglamentariamente. Se pretende evitar así, el posible fraude de ley que en este concreto supuesto puede producirse. Este elemento disuasorio, por el cual el cónyuge no puede desvincularse rápidamente del reagrupante, implica sin embargo, el desarrollo reglamentario de otro complemento para permitir una ruptura prematura en circunstancias graves.

Se eliminan las letras e) y f) del artículo 17, reduciendo así la lista de reagrupables, y se añade un segundo apartado por el que se hace una remisión a la determinación reglamentaria de “las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación y, en especial, del que corresponda a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación”. Con esta cláusula remisoria, queda reconocida expresamente una posibilidad que ya existía pero de la que el legislador toma conciencia en este momento, la reagrupación en cadena, esto es, la reagrupación ejercida por residentes previamente reagrupados.

La inclusión de dos nuevos artículos, 18 y 19, sobre procedimiento y efectos respectivamente, recupera, según opinión unánime de la doctrina³⁰³, las restricciones anteriores a la LO 4/2000 y su tenor ha sido considerado como más propio de un

³⁰² M. Moya Escudero, "El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de extranjería", cit., pp. 1691-1703.

³⁰³ Cfr. E. Rojo Torrecilla, "Trabajo y Emigración: ¿viejas respuestas frente a nuevas realidades?", en *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, coord. por J. López López, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2001, pp. 259-300. Los artículos añadidos tenían el siguiente tenor:

“Artículo 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. 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.

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 será igual al período de validez de la autorización de residencia de la persona que solicita la reagrupación.

4. Reglamentariamente se determinarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación por quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación.

Artículo 19. Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales.

1. El cónyuge podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando:

a) Obtenga una autorización para trabajar.

b) acredite haber vivido en España con su cónyuge durante dos años. Este plazo podrá ser reducido cuando concurren circunstancias de carácter familiar que lo justifiquen.

2. Los hijos reagrupados obtendrán una autorización de residencia independiente en los casos siguientes:

a) Cuando alcancen la mayoría de edad.

b) Cuando obtengan una autorización para trabajar.”

Reglamento³⁰⁴, a la vez que se cuestiona seriamente la distinción entre titularidad y ejercicio del derecho introducida por esta reforma³⁰⁵. Las restricciones recuperadas son las exigencias, para el reagrupante, del permiso de residencia renovado por otro año y de alojamiento adecuado y medios de subsistencia suficientes, mientras que los familiares, para alcanzar la residencia independiente, deben obtener autorización para trabajar o, en el caso del cónyuge, haber vivido dos años en España con el reagrupante y en el caso del hijo, llegar a la mayoría de edad.

A pesar de haber tildado de reglamentarias estas nuevas disposiciones, la doctrina no deja de exigir mayor concreción legal con motivo de esta primera reforma de la LO 4/2000, más allá de las restricciones ya apuntadas, especialmente en relación con las ambiguas condiciones de los familiares reagrupables³⁰⁶.

Sobre esta Ley Orgánica, pesa además la expectación por el resultado que pueda tener la resolución de los recursos de inconstitucionalidad presentados contra la misma³⁰⁷. Aunque no afectan directamente al régimen de reagrupación familiar, es el deseo de algunos autores que así hubiera sido. Así, López Barba y García San José, tras manifestar la incompatibilidad con el CEDH y afirmar que “podría ser utilizada para denunciar la inconstitucionalidad de las disposiciones afectadas de la LOE, a la luz de la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, muestran su sorpresa ante el hecho de que en el recurso de inconstitucionalidad no figure ninguna referencia a los derechos familiares³⁰⁸.

³⁰⁴ E. López Barba, "Extranjería. Reagrupación familiar", cit., p. 178.

³⁰⁵ J. Luján Alcaraz, "La reforma de la Ley de Extranjería", en *Aranzadi Social*, (vol. V) 2000, pp. 339-359.

³⁰⁶ C. Gortazar, "Spain: Two immigration acts at the end of the millennium", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (1) 2002, pp. 1-21.

³⁰⁷ Recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la LO 8/2000 (todos en *BOE* núm. 131, de 1 de junio de 2001): número 1668/2001 promovido por el Grupo Parlamentario del PSOE en el Congreso, número 1640/2001 promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, número 1.644/2001, promovido por el Parlamento Vasco, número 1.669/2001, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, número 1.670/2001, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, número 1.671/2001, promovido por la Diputación General de Aragón, número 1.677/2001, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, número 1.679/2001, promovido por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias y número 1.707/2001, promovido por el Parlamento de Navarra.

C) El RD 864/2001, una apuesta por la tradición

En los requisitos exigidos por el artículo 44 del Reglamento aprobado por este Real Decreto³⁰⁹, dedicado a la solicitud de informe gubernativo sobre el cumplimiento por el reagrupante de las condiciones exigidas legalmente, puede observarse claramente la continuidad respecto a lo establecido en los Reglamentos anteriores³¹⁰. El trámite es idéntico y la documentación presenta escasas peculiaridades.

Respecto a la acreditación de recursos, al final del apartado 1, letra c, se dispone la determinación de la cuantía exigible de dichos recursos económicos o medios de vida mediante Orden del Ministerio del Interior, teniendo en cuenta el número de personas a cargo del solicitante, las que pretende reagrupar y la evolución de los índices generales de precios.

En el momento de exigir la “acreditación de disponibilidad de una vivienda suficiente para el reagrupante y su familia”, se detecta en el Reglamento de 2001 una extraña sustitución que llevaba a equívoco. Donde, en el Reglamento de 1996, decía “acredite que dispone de una vivienda de características y amplitud consideradas normales para los ciudadanos españoles en la zona de residencia del reagrupante”, se intercala lo siguiente: “acredite que dispone de un alojamiento adecuado para subvenir a sus propias necesidades de vivienda en la zona de residencia del reagrupante”.

Se añade finalmente la comunicación del sentido del informe al reagrupante, por parte de la autoridad gubernativa, además del momento en que había sido remitido a la Dirección General de Asuntos Consulares y Protección de los Españoles en el Extranjero.

³⁰⁸ E. López Barba y D. García San José, "El derecho de reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico", cit., p. 81.

³⁰⁹ 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 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.

³¹⁰ *Vid.* Reglamento de 1996 en relación con la Orden Ministerial de 1999. Se conserva, *v. gr.*, el requisito más frecuente de los “tres últimos recibos de salarios o fotocopia de boletines de cotización en el supuesto de trabajadores por cuenta ajena”.

Reagrupación en cadena. El desarrollo reglamentario que se da a esta posibilidad introducida por la LO 8/2000 es desafortunado, pues el artículo 41.5 de este Reglamento exige que, para poder reagrupar, el reagrupado debe obtener previamente un permiso independiente. Tal disposición será declarada nula por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de marzo de 2003 (FJ 5º), para ser recuperada a finales del mismo año con la última reforma legal³¹¹.

Procedimiento. En cuanto al visado de residencia para reagrupación familiar, el apartado segundo del artículo 8 establece que puede ser concedido, previo informe favorable de la autoridad gubernativa competente, a los extranjeros que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 17 LOE y que lo soliciten para reagruparse con un familiar residente en España. Dicho informe tiene valor vinculante con respecto a las condiciones que deben acreditarse referidas al reagrupante, conforme al artículo 18 LOE.

El número de enlace de visado³¹² es asignado por la unidad administrativa competente para la instrucción de una serie de solicitudes, entre las que se cita expresamente la de informe gubernativo en supuestos de reagrupación familiar.

³¹¹ STS, Sala Tercera, de 20 de marzo de 2003, *BOE* núm. 117, de 16 de mayo de 2003. Sobre la versión reformada, *vid. infra* LO 14/2003.

³¹² Art. 9 RD 864/2001: "1. El número de enlace de visado (NEV) es un código alfanumérico que tiene por objeto facilitar la comunicación entre órganos administrativos y que identifica un procedimiento de visado tramitado en una Misión Diplomática u Oficina Consular a cuyo expediente deban incorporarse documentos e informes, preceptivos o no, registrados en o emitidos desde unidades administrativas situadas en España y relacionados con los correspondientes procedimientos de permisos de trabajo, de residencia o de estancia posterior.

2. (...) La estampación se hará en el mismo día de registro de la recepción del documento o solicitud, en la unidad administrativa competente para la instrucción, devolviéndose en el acto al interesado dos ejemplares de dicho documento, uno como resguardo acreditativo de la presentación de la solicitud y el otro para presentación, en su plazo, en la Oficina Consular al solicitar el visado.

3. El número de enlace se compone, en el orden que se cita, de los siguientes elementos:

a) Ocho dígitos (día, mes y año en que se registra el documento).

b) Una letra que, en función del tipo de procedimiento con que se relacione, se detallará mediante instrucciones aprobadas por resolución conjunta de los Ministerios competentes.

c) Dos dígitos (código provincial correspondiente a la unidad laboral o gubernativa de tramitación o a de la que podrá requerirse eventualmente informe); se utilizará el código 53 para los que se tramiten en la Dirección General de Ordenación de las Migraciones y el código 56 para los expedientes laborales que excepcionalmente se presentaren en una Oficina Consular junto con la solicitud del visado.

d) Cinco dígitos (número secuencial asignado en la unidad de tramitación). (...)

4. Al número de enlace de visado para reagrupación familiar que afecte a más de un reagrupando, se le añadirá la letra con que es diferenciado cada familiar en la solicitud de informe gubernativo sobre las condiciones del reagrupante.

5. El plazo de eficacia administrativa de un documento con el número de enlace de visado estampado para poder acompañar la solicitud de visado es de tres meses a contar desde la fecha configurada por

Cuando se solicita visado de residencia para reagrupación familiar (artículo 14.1 del RD), el reagrupante residente en España debe pedir, con anterioridad a la presentación de la solicitud, informe de la autoridad gubernativa de la provincia donde reside, acreditativo de que reúne las condiciones previstas en el artículo 18 LOE. El familiar incluido en alguno de los supuestos de reagrupación previstos en el artículo 17 LOE debe presentar, junto con la solicitud de visado, copia, en el plazo, de la petición de informe con el número de enlace de visado incorporado y registrado por la oficina gubernativa correspondiente, así como la documentación que acredita el parentesco y en su caso, la dependencia legal y económica; en el supuesto de un ascendiente del reagrupante o de su cónyuge, debe presentar la documentación que acredita que dicho ascendiente está a cargo del reagrupante o de su cónyuge y que existen razones que justifican la necesidad de autorizar su residencia en España.

Después de solicitarse un visado de residencia para reagrupación familiar, el Ministerio de Asuntos Exteriores (artículos 8.2 y 17.3) comunica a la autoridad gubernativa que ha sido presentada en forma la solicitud de visado y requiere a dicha autoridad que le remita el correspondiente informe.

Conforme al artículo 19.3, la denegación de un visado de residencia para reagrupación familiar debe ser motivada, informando 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.

El artículo 21, además de las disposiciones ya conocidas sobre devolución de originales para la posterior solicitud de permiso de residencia, establece el plazo de dos meses para recoger personalmente el visado.

Finalmente, el régimen de exención de visados incluye supuestos referidos a determinados familiares del reagrupante que ya se hallan en España (artículo 49): los referidos a hijos y ascendientes reproducen lo dispuesto ya desde el Reglamento y la Orden de 1996; el del cónyuge, en cambio, es conforme al artículo 25 LOE anterior a la reforma de la LO 8/2000, exigiendo, además de acreditar la convivencia al menos durante un año, que dicha convivencia tenga lugar “en España”, inciso que será

los ocho dígitos iniciales del número de enlace de visado en solicitudes de visado para residencia con o sin permiso de trabajo. (...)”

también declarado nulo por la citada STS de 20 de marzo de 2003 (FJ 6º), debido a que tal extremo no se exige en la LOE y fuerza al cónyuge a permanecer en el país durante un año en situación de clandestinidad³¹³.

D) LO 14/2003, la reforma al revés

Reagrupaciones en cadena. La LO 14/2003, de reforma del régimen general de extranjería³¹⁴, viene motivada, según el legislador, por diversas circunstancias consideradas en su conjunto, “unidas a la necesidad, por un lado, de adaptar la normativa interna en esta materia a las decisiones que durante los dos últimos años han sido tomadas en el seno de la Unión Europea, así como, por otro, incorporar determinadas consideraciones técnicas efectuadas por el Tribunal Supremo”³¹⁵.

Con esa justificación, puede parecer que se esté dando diligente aplicación a, entre otras³¹⁶, la Directiva sobre reagrupación familiar, publicada dos meses antes. Sin embargo, la propia Ley Orgánica de Reforma declara expresamente el objetivo perseguido en la materia que nos ocupa: “evitar fraudes en las «reagrupaciones en cadena»”³¹⁷.

³¹³ STS, Sala Tercera, de 20 de marzo de 2003, BOE núm. 117, de 16 de mayo de 2003.

³¹⁴ 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; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE n.º 279, de 21 noviembre 2003). Hubo una reforma previa mediante Ley 11/2003, pero no afectó a la reagrupación familiar, sino a la expulsión, permitiendo que fuera sustitutiva de medidas de seguridad, no sólo privativas de libertad, lo que puede llevar a expulsar, en alguna ocasión, a un enfermo mental. M. Arias Senso, "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 <<http://www.laley.es>>.

³¹⁵ *Ibid.*, Exp. Motivos, primer apartado *in fine*. En el siguiente apartado se especifican las decisiones referidas (la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2001, que modifica la parte VII y el anexo 12 de la Instrucción Consular Común, así como el anexo 14 a) del Manual Común; la Directiva 2001/51/CE, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del art. 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen; la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países; y la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares).

³¹⁶ *Vid.* nota anterior. Se mencionan tres Directivas.

³¹⁷ *Ibid.*, Exp. Motivos, cuarto apartado. Este motivo corresponde directamente a la segunda necesidad arriba apuntada: la incorporación de las denominadas “consideraciones técnicas” del Tribunal Supremo. En el apd. segundo *in fine*, se especifica que se trata de incorporaciones “derivadas de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 (sic) de marzo de 2003, relativas a la necesaria regulación”, en la LO de extranjería, “de determinados preceptos del Reglamento de ejecución”. El resultado de la reforma no es otro que el de “legalizar” la prohibición de reagrupaciones en cadena, que sólo contemplaba el Reglamento en el artículo 41.5, precepto que el Tribunal Supremo anuló por ilegal en su citada Sentencia, de 20 de marzo de 2003, FJ 5.º. El precepto anulado establecía que “los

De este modo, se modifica el apartado 2 del artículo 17 y se introducen dos nuevos apartados 3 y 4, que quedan redactados de la siguiente forma³¹⁸:

«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».

En definitiva, con la exigencia, al reagrupado que quiera reagrupar, de “una autorización de residencia y trabajo obtenidas (sic) independientemente”³¹⁹, se

extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con un permiso de residencia obtenido independientemente del permiso del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000 y en este Reglamento para proceder a dicha reagrupación”. *Vid.* STS, Sala Tercera, de 20 de marzo de 2003, *BOE* núm. 117, de 16 de mayo de 2003.

³¹⁸ Aunque la reforma que afecta directamente a nuestra materia no quede incluida, conviene tener en cuenta que esta LO fue recurrida por el Parlamento Vasco. *Vid.* Recurso de inconstitucionalidad núm. 1024-2004, promovido por Parlamento Vasco, 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, *cf.* 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.

³¹⁹ Art. 17.2 LOE reformado.

elimina el derecho de reagrupación en cadena³²⁰, del cual no se hace mención ni en la jurisprudencia del TEDH ni en la Directiva estudiada. Ello se debe a que no se puede ser simultáneamente sujeto agente y paciente de la dependencia, factor que, unido al de convivencia, configura la vida familiar efectiva requerida por el TEDH³²¹. En cambio, la dependencia, en la familia nuclear, no es requisito ni en la Directiva (sólo exige expresamente vínculo³²²) ni en la LOE (sólo exige convivencia para el cónyuge –artículo 17.1.a-), aunque tiene poco sentido acudir a la reagrupación si no se depende del reagrupante. De ahí que el legislador español se vea obligado a concretar la titularidad del derecho en detrimento del contenido: en todo caso reagrupa un trabajador residente a título propio, pero no se exige dependencia en la relación familiar.

En el supuesto de los ascendientes previamente reagrupados, para los que sí se exige dependencia, las condiciones se endurecen. No obstante, debemos recordar que la Directiva no impone, sólo reconoce, su posible reagrupación³²³, en términos similares a como lo hace la LOE, por lo que ya supone un progreso considerable que se admitan en España³²⁴. Eso justifica de algún modo que la reforma exija al ascendiente la previa obtención de residencia permanente y acreditación de solvencia económica para poder reagrupar³²⁵. Sin embargo, aquel que tenga a su cargo un hijo menor o incapacitado queda excluido y se somete al requisito general³²⁶. De cualquier manera, puede aplicarse lo ya apuntado para la familia nuclear³²⁷ y concluir que se podrá dar algún caso si se respeta la posibilidad de que los vínculos familiares

³²⁰ STS 20 de marzo de 2003, cit., FJ 5.º: “La cuestión es si la redacción actual, suprimido el inciso transcrito, respeta o no el derecho legalmente reconocido a lo que el Consejo de Estado denomina “reagrupación en cadena” y que afirma es un derecho reconocido en la Ley”.

³²¹ *Vid. supra*.

³²² Art. 4 de la Directiva, en la que se concibe una sola familia, de tal modo que el reagrupado contribuirá, en su caso, a los ingresos familiares, extremo que deberá ser tenido en cuenta por los Estados que denieguen la renovación del permiso de residencia por insuficiencia sobrevenida de recursos del reagrupante (art. 16.1).

³²³ Art. 4.2.a) de la Directiva: (“Los Estados miembros podrán” autorizar la entrada y residencia de) “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 necesario en el país de origen.”

³²⁴ Art. 17.1.d): (El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares) “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.”

³²⁵ Art. 17.3, primer párrafo LOE reformado.

³²⁶ Art. 17.3, segundo párrafo LOE reformado. El requisito general es el de autorización independiente de residencia y trabajo (art. 17.2 LOE).

³²⁷ Algunos autores se plantean estas mismas dudas y consideran el precepto una discriminación por razón de la edad. *Cfr.* P. Aguelo Navarro y J. L. Rodríguez Candela, “Algunos aspectos críticos del texto de Reforma de la LOEx”, en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 4, (noviembre) 2003, pp. 85-113, especialmente p. 89.

sean posteriores a la entrada del reagrupante, amparada por la Directiva pero no por el TEDH³²⁸.

Acceso a la residencia independiente. El segundo bloque de modificaciones se centra en el artículo 19. Conviene conocer en qué circunstancias pueden los familiares reagrupados adquirir la residencia independiente, no tanto para acceder al propio derecho de reagrupar, sino para, básicamente, desvincular la duración de su permiso respecto del reagrupante³²⁹:

“Artículo 19. Efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales.

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.”

El requisito común, establecido por el reformado artículo 19 LOE a cónyuge, hijos y ascendientes, es el de haber obtenido una autorización para trabajar. Sólo a los hijos se les exige además mayoría de edad³³⁰ y se exceptúa al cónyuge víctima de violencia doméstica “desde el momento en que se hubiera dictado una orden de

³²⁸ *Vid. supra.*

³²⁹ Supuestos a los que debe añadirse el del art. 16.3 LOE, sobre el plazo de convivencia requerido para poder conservar la residencia una vez roto el vínculo.

³³⁰ Art. 19.2 LOE. Esta exigencia dilata dos años la independencia de hijos autorizados a trabajar con la edad mínima laboral de 16 años.

protección a favor de la misma”³³¹. En contraste con la autorización para trabajar, existe la alternativa del plazo, prevista con carácter residual por la Directiva, recuérdese, en cinco años de residencia como máximo³³².

Desaparece la exención de visado. Otro aspecto importante es la eliminación de cualquier posibilidad de exención de visado, al suprimir el apartado 7 del artículo 31, que había sido introducido por la LO 8/2000 y que establecía:

“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”.

La explicación que de esta desaparición se da en la Exposición de Motivos de la LO 14/2003 es la de cumplir el objetivo “de dotar al visado de una nueva función adicional, cual es la de servir de acreditación documental de una previa autorización administrativa para residir y, en su caso, trabajar en España”. Se añade que “de esta manera se anuda al visado un efecto novedoso: habilitar al extranjero a permanecer en nuestro país en la situación para la que se le hubiere expedido”. De este modo, la reforma introduce un artículo 25bis en el que se enuncian los diferentes tipos de visado: tránsito, estancia, residencia, trabajo y residencia, estudios.

Sin embargo, en el caso de la reagrupación, ya hemos visto cómo el visado continúa careciendo de efecto más allá de servir para entrar en España, pues una vez

³³¹ Art. 19.1 LOE. Esta excepción a la autorización de trabajo también podría extenderse a los hijos y ascendientes a favor de los cuales se dicte una orden de protección. P. Aguelo Navarro y J. L. Rodríguez Candela, "Algunos aspectos críticos del texto de Reforma de la LOEx", cit., p. 90.

³³² Art. 15.1 de la Directiva, (vid. Capítulo III, apd. II.4.). También reglamentariamente en dos años para el cónyuge, acudiendo al art. 41.4. RLOE: “El cónyuge reagrupado podrá obtener un permiso de residencia independiente cuando: a) Obtenga una autorización para trabajar; b) Acredite haber vivido en España con el cónyuge reagrupante durante dos años, mediante certificado de empadronamiento o de inscripción consular, o por cualquier medio de prueba admisible en Derecho que, de forma efectiva, evidencie la continuidad de dicha permanencia en España. Este plazo podrá ser reducido cuando concurren circunstancias de carácter familiar o humanitario que así lo justifiquen.” Habrá que esperar a la adaptación reglamentaria de la reforma (Disp. final tercera LO 14/2003), pero una interpretación orientada a aplicar el art. 15.1 de la Directiva y a entender esta alternativa como complementaria a la de violencia doméstica, favorece su aplicación.

que el extranjero ha entrado en España debe él mismo acudir inmediatamente a las oficinas competentes para solicitar la correspondiente tarjeta de residencia, si bien es cierto que ya no se trata propiamente de la autorización, que es previa al visado.

Sólo en el ámbito de las autorizaciones de residencia y trabajo es aceptable el razonamiento por el que si el visado no sólo sirve para entrar en España, sino que también habilita a permanecer y, en su caso, a trabajar, carece de sentido mantener la exención del mismo, ya que su concesión no sólo serviría para eximir de un requisito de entrada en nuestro país, sino, también, para eximir de la necesaria concesión de autorización para residir y trabajar.

Para atender a los supuestos de hecho que anteriormente se amparaban bajo la figura de la exención de visado, tales como los de motivos familiares, debemos acudir ahora al ámbito de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, cuyos perfiles se modifican, según la justificación de la exposición de motivos de la LO 14/2003, mediante la inclusión en la ley, en 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 período mínimo de cinco años³³³.

Con la LO 14/2003, el tenor cambia para delegar la concreción de los supuestos excepcionales en el desarrollo reglamentario³³⁴: “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”.

³³³ La disposición acababa con el siguiente inciso: “La Administración podrá conceder el permiso de residencia temporal a Reglamentariamente se determinarán los requisitos para acceder a la residencia temporal por esta vía, en especial por lo que se refiere a la justificación de medios económicos de subsistencia, y permanencia de forma continuada en el territorio español.”

³³⁴ Estudiaremos el particular en “Familiares reagrupables” dentro del régimen vigente.

2. Sujetos del derecho

Tal como hemos adelantado al incoar el Capítulo Primero, la reagrupación familiar constituye el objeto formal del Capítulo II de la LOE, distribuyendo su tratamiento en cuatro artículos. El primero de ellos, el artículo 16, se titula, indebidamente, como ya estamos en condiciones de afirmar³³⁵, “derecho a la intimidad familiar”. En su primer apartado, establece que “los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España”. Sin embargo, sólo el apartado segundo recoge el reconocimiento a “los extranjeros residentes en España” del único derecho que realmente regula: “reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17”. Para poder ejercer tal derecho, el extranjero deberá cumplir las condiciones requeridas por el artículo 18. El último artículo, el 19, prevé determinados efectos en circunstancias especiales.

Con carácter general, la doctrina extranjera ha venido a entender la reagrupación también como “reconstitución de la familia”³³⁶, pues ya hemos visto que en el ámbito internacional, especialmente el del CEDH, la familia ya debe estar constituida antes de la entrada del reagrupante en el Estado de acogida.

A) Titular

Efectivamente, aunque se enuncie como “procedimiento”, el contenido del artículo 18 se refiere a las condiciones legales para poder solicitar la reagrupación: el titular del derecho podrá ejercerlo cuando haya residido legalmente un año y tenga autorización para residir al menos otro año. Respecto a las condiciones de alojamiento adecuado y medios de subsistencia suficientes, nos detendremos al estudiar el procedimiento.

La residencia legal del reagrupante es el primer presupuesto. Como establece la STS, de 27 junio 2000 (RJ 6121), no se puede eximir de visado a un solicitante por motivos de obligada dependencia de sus padres y la integración o adaptación a la vida española, por no constituir razones excepcionales que justifiquen la dispensa y principalmente por no constar la residencia legal en España de los

³³⁵ Vid. Capítulo Primero.

padres, que sería el primer presupuesto para atender al reagrupamiento familiar, el cual sin duda habría dado lugar a una resolución contraria.

Requisito mínimo: autorización de residencia legal renovada por un año. El residente que desea ejercer su derecho a reagrupar, lo intenta, como es ya bien sabido, desde el mismo momento en el que cree cumplir las condiciones básicas requeridas en España: haber residido legalmente un año y estar en disposición de que se le pueda conceder la renovación de la autorización de residencia³³⁷. A pesar de que un año pueda parecer excesivo, debe considerarse aceptable en comparación con otros Estados del entorno, como Grecia, donde se exige un periodo de residencia previo de dos años³³⁸. Sin embargo, el modelo italiano se presenta como más beneficioso para el extranjero reagrupante, al cual se le reconoce el derecho desde que dispone de una autorización válida para un año como mínimo, sin necesidad de esperar a la renovación³³⁹. Otro supuesto bien distinto es el de ejercer el mismo derecho sin cumplir todavía esas condiciones, lo cual constituye, como mínimo, una reagrupación *de facto*, que debe resolverse por la vía de la regularización ordinaria³⁴⁰.

Renovación de la autorización de residencia temporal. La solicitud debe presentarse personalmente, en modelo oficial, ante el órgano competente dentro de los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de la autorización (art. 37.1 RLOE), aunque también es posible hacerlo dentro de los tres meses posteriores a tal fecha (art. 37.5, segundo párrafo RLOE). En este último plazo, podría incoarse un procedimiento sancionador por la infracción administrativa cometida³⁴¹.

Documentación adjunta a la solicitud. El extranjero debe presentar, junto con la solicitud, la documentación que acredite que se reúnen las circunstancias que

³³⁶ M. Nys, *L'immigration familiale à l'épreuve du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 269 y 615.

³³⁷ Como se verá en el Procedimiento, el régimen vigente permite la presentación simultánea de las dos solicitudes, una de renovación de la autorización de residencia y otra de reagrupación familiar. Sin embargo, la concesión de la primera es necesaria para hacer efectiva la segunda. La situación legal de residencia se prevé en los arts. 29 a 32 LOE.

³³⁸ A. Skordas, "The new immigration law in Greece: Modernization on the wrong track", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (1) 2002, pp. 23-48.

³³⁹ A. Di Pascale, "The new regulations on immigration and the status of foreigners in Italy", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (1) 2002, pp. 71-77.

³⁴⁰ *Vid. infra* "Familiares en España".

³⁴¹ La infracción administrativa correspondiente viene tipificada como leve en el art. 52,b) y puede ser sancionada con multa de hasta 300 €(art. 55.1, a).

permiten dicha renovación, entre las que debería tenerse en cuenta la vigencia de la inscripción en el Padrón³⁴², a pesar de que no consta en la enumeración reglamentaria (art. 37.2 RLOE): pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, así como la tarjeta de identidad de extranjero en vigor³⁴³; los documentos que acrediten los recursos económicos o los medios de vida suficientes para atender su gastos de manutención, así como el seguro médico, durante el período de tiempo por el que se pretenda renovar la residencia en España sin necesidad de desarrollar ninguna actividad laboral³⁴⁴.

Antecedentes penales. El certificado correspondiente deberá ser obtenido, en este caso, de oficio por parte de la oficina competente. En caso de ser positivo, el Reglamento se remite al artículo 31.4 LOE para fundamentar la posibilidad de renovar la autorización valorando *ad casum* las situaciones en que alternativamente los extranjeros: hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena; hubieran sido indultados; tengan concedida la suspensión de la ejecución de la pena³⁴⁵.

³⁴² Debido a la modificación operada por la LO 14/2003, el artículo 16 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, establece la renovación periódica cada dos años de las inscripciones en el Padrón de los extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente y la caducidad de dichas inscripciones en caso de no llevarse a cabo tal renovación. El potencial reagrupante puede encontrarse en tal situación de empadronamiento de dos años si procede de una regularización, tanto ordinaria como extraordinaria (*vid. infra*), pero en las demás situaciones, la caducidad llegaría en mitad de vigencia de la renovación de dos años. Sobre el procedimiento para esta caducidad, *vid.* Resolución de 26 de mayo de 2005, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la Resolución de 28 de abril de 2005, del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre el procedimiento para acordar la caducidad de las inscripciones padronales de los extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente que no sean renovados cada dos años. *BOE* núm. 128, de 30 de mayo de 2005. También, *passim* M. A. Sánchez Jiménez, "Derechos políticos. Participación pública", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 227-238.

³⁴³ Contrasta con la documentación básica requerida en el procedimiento de reagrupación familiar, como se verá, en cuanto que en la misma se especifica "copia" de los documentos y se ofrece la alternativa de la cédula de inscripción al "documento de viaje" (art. 42.2.b RLOE).

³⁴⁴ Debemos pensar que se pretende renovar por un año, como mínimo exigido para la reagrupación y porque debe ser suficiente para poder atender las necesidades de la familia reagrupable, si todavía no ha transcurrido el plazo para solicitar la autorización de residencia permanente, que es de cinco años (art. 72.1 RLOE). Sin embargo, la vigencia de la renovación ya está fijada en dos años (art. 37.4 RLOE), por lo que forzosamente deberá acreditar recursos para tal periodo.

³⁴⁵ Esta posibilidad viene recogida como tal en sede de renovación de residencia, art. 37.3 RLOE, pero tanto en el art. 31.4 LOE como en el art. 54.9 RLOE, de renovación de residencia y trabajo, se lee "remisión condicional de la pena", término que desde el Código Penal de 1995 (arts. 80 a 87) fue sustituido por el de "suspensión de la ejecución de la pena". En contra de lo que pueda parecer, la ejecución de la pena se suspende durante un plazo determinado al final del cual, si no se ha vuelto a delinquir, la pena se "remite" y, en consecuencia, se carecerá de antecedentes penales a los efectos de renovación.

A pesar de estas condiciones tasadas, descubrimos que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de enero de 1999 (Sala de lo Contencioso, sección 6ª, rec. cas. 7456/1994), permite una exención de visado al cónyuge de un reagrupante privado de libertad, que se encuentra cumpliendo una condena de doce años. Se trata, por tanto, de un supuesto en que no se habría podido cumplir el requisito relativo a los antecedentes penales para la renovación, si bien la Sentencia se ciñe a las condiciones específicas (situación económica y convivencia) que veremos en sede de procedimiento retomando esta resolución judicial. El paso siguiente que se habría dado es el de ejercer el derecho de reagrupación *de facto*, para luego pedir la exención de visado por razones excepcionales³⁴⁶.

Resolución y vigencia. Debe notificarse al extranjero la concesión de la renovación, que será de dos años, en un plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud. Pasado ese tiempo, la renovación es tácita por silencio positivo y la autoridad competente debe certificarla para que, en un mes desde la notificación del certificado, el titular pueda solicitar la renovación de la tarjeta de identidad de extranjero, que debe ser expedida como consecuencia de la renovación (art. 37, apds. 6 y 7 RLOE).

Renovación de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Las autorizaciones obtenidas por circunstancias excepcionales en general tienen una vigencia de un año y su renovación también (art. 45.6 RLOE). Sin embargo, este régimen de regularizaciones ordinarias –se trata de autorizaciones en las que no se exige visado- establece como único requisito el mantenimiento de las circunstancias que permitieron la obtención de la autorización inicial (art. 47.1 RLOE), salvo la remisión a la normativa de asilo para los supuestos de protección internacional (art. 45.3 RLOE).

Por otro lado, si bien se establece, para las autorizaciones obtenidas por arraigo, una autorización de trabajo aparejada a la concesión de residencia, así como la posibilidad de solicitarla, para el resto de supuestos (art. 45.7 RLOE), el régimen de renovaciones (art. 47.3 RLOE) se remite al artículo 98, sobre modificación a la

³⁴⁶ Esta STS se ocupa de un caso sometido al régimen del RD 1119/86, por lo que la reagrupación se trataba sólo en cuanto al tratamiento preferente de solicitud de visado por tal motivo y como concreción jurisprudencial de las razones excepcionales para dispensar de visado. También el reagrupante era español pero no afecta al supuesto porque todavía no se diferenciaban los regímenes. Habría que esperar a 1992. *Vid. supra* apd. II.

situación de residencia y trabajo por cuenta propia y ajena. Esta posibilidad sólo puede darse tras un año de residencia por circunstancias excepcionales. A efectos de reagrupación, se sigue cumpliendo el requisito básico de haber residido un año y estar autorizado para otro más, aunque no se trate de una renovación *sensu stricto*.

Renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. Se incluyen en este apartado los extranjeros que obtuvieron autorización de residencia exceptuados de la obligación de autorización de trabajo, por tratarse de los supuestos previstos legalmente (art. 41 LOE). Estos casos de profesionales cualificados (técnicos, profesores universitarios, personal directivo, etc.) obedecen al interés por parte de España en atraerlos. Este fenómeno se da igualmente en otros Estados de la Unión, también en detrimento de las restricciones a la entrada del personal no cualificado³⁴⁷. También conviene recordar que “la condición de extranjero únicamente tiene relevancia en la fase de preparación del contrato de trabajo, pues el permiso de trabajo se erige en presupuesto para su válida concertación, sin que, como el Tribunal Constitucional se ha encargado de aclarar, ello atente al principio general de igualdad entre españoles y extranjeros, pues el mismo no implica que dicha igualdad deba ser absoluta (por todas, STC 107/1984, de 23 noviembre)”³⁴⁸. Las circunstancias que deben concurrir para esta renovación, más allá de los elementos comunes con la residencia sin trabajo, son, alternativamente, las siguientes³⁴⁹:

(a) Acreditación de la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización (art. 54.3, primer párrafo RLOE). La renovación dentro del plazo legal, pero en los tres meses posteriores al fin de vigencia de la autorización unido a la necesidad de dar de alta en la Seguridad Social en ese plazo, puede desencadenar una denegación de alta por parte de la TGSS que, a pesar de ser errónea, legitima el

³⁴⁷ J. Apap, "Shaping Europe's migration policy new regimes for the employment of third country nationals: A comparison of strategies in Germany, Sweden, the Netherlands and the UK", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (3) 2002, pp. 309-328.

³⁴⁸ J. Luján Alcaraz, "El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero", en *Aranzadi Social*, (vol. V) 1999, pp. 309-322.

³⁴⁹ Para las renovaciones de autorizaciones de carácter laboral, *vid. in extenso* F. Cavas Martínez y M. B. Fernández Collados, "El trabajo de los extranjeros en España", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, Diego Marín, Murcia, 2005, pp. 439-562.; A. M. Orellana Cano, "Régimen jurídico de los permisos de trabajo de extranjeros", en *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2003, pp. 1-26.

cese por parte de la empresa demandada, la cual, como apunta Fernández Collados, podría acabar exigiendo responsabilidades por esa decisión equivocada³⁵⁰;

(b) La realización habitual de la actividad para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año y se encuentre en alguna de las siguientes situaciones (art. 54.3, segundo párrafo RLOE): a) haber suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figurar en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación; b) disponer de una nueva oferta de trabajo que reúna los requisitos de la autorización inicial, salvo la exigencia de que la situación nacional de empleo permita tal contratación³⁵¹.

(c) Haber tenido un período de actividad de al menos tres meses por año, siempre y cuando acredite (art. 54.4 RLOE): a) que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad; b) Que ha buscado activamente empleo, participando en las acciones que se determinen por el servicio público de empleo o bien en programas de inserción sociolaboral de entidades públicas o privadas que cuenten con subvenciones

³⁵⁰ M. B. Fernández Collados, "La prórroga de la autorización para trabajar de los extranjeros extracomunitarios una vez caducada dentro de los tres meses previstos para solicitar su renovación y los efectos del contrato de trabajo cuando se carece de dicha autorización. Comentario a la STSJ Castilla-La Mancha, de 15 de febrero de 2004", en *Aranzadi Social*, núm. 11, 2004, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.

³⁵¹ Los requisitos para la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena vienen recogidos en el artículo 50 RLOE y el de la situación nacional de empleo es el primero de ellos. Sin embargo, uno de los requisitos dirigidos al empresario en el artículo 50, referido a la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, debe ser atendido en primer lugar por el trabajador, pues se trata de que "se posea la titulación, en su caso, debidamente homologada o que se acredite la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión" (letra e). No cabe duda de que su ubicación queda justificada por el hecho de que es el empresario el que debe velar por el cumplimiento de las normas en su empresa. Los otros dos requisitos específicos para la empresa son:

- "Que las empresas solicitantes hayan formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y se encuentren al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social. En los términos establecidos en el artículo siguiente, se podrá requerir, además, al empresario que acredite los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial." De estos requisitos, conviene tener en cuenta que además de los habituales de encontrarse al corriente de obligaciones, el último, de solvencia, es potestativo para la autoridad, lo cual puede llevar a diferencias de trato claramente perjudiciales para los empresarios. De este modo, el requisito se concreta estableciendo que "cuando la autoridad competente lo considere necesario para asegurar que el empresario podrá hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo, éste deberá acreditar, con los documentos que expresa y motivadamente se le requieran, los medios económicos, materiales o personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a dichas obligaciones" (art. 51.2.c RLOE).

- "Que las condiciones fijadas en la oferta de trabajo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad".

públicas; c) que en el momento de solicitud de la renovación tenga un contrato de trabajo en vigor.

(d) Ser beneficiario de una prestación contributiva por desempleo. Esta posibilidad y la siguiente son legales, recogidas en las letras b y c del artículo 38.3 LOE, a las que se remite el artículo 54.5 RLOE. Tienen en común la limitación del plazo de vigencia de la renovación, que coincidirá con el de la prestación por la cual se concede.

(e) Ser beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral. Si bien la posibilidad anterior de prestación por desempleo todavía podría permitir que también se den los requisitos propios de la reagrupación, esto es, medios de vida y vivienda adecuada, no parece, en cambio, que vayan a concurrir con una prestación asistencial destinada a lograr su inserción.

Finalmente, conviene hacer mención de los extranjeros procedentes del contingente³⁵² y los del Proceso de normalización, que también deben someterse a estos mismos requisitos, pues su autorización es de residencia y trabajo por cuenta ajena con una vigencia de un año, sin añadirse disposición alguna referente a la renovación, en su régimen específico³⁵³. Sobre este último proceso de regularización extraordinaria, ya antes de que finalizara constató Tomás Ortiz de la Torre que no alcanzaría un nivel satisfactorio, analizando aspectos como el uso fraudulento del certificado de empadronamiento³⁵⁴. Si bien es cierto que el anterior proceso de

³⁵² V. Aguado i Cudolà, "El control administrativo de la inmigración laboral a través de la contratación en origen: el contingente de autorizaciones de trabajo para extranjeros no comunitarios", en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2002, pp. 1001-1022. El autor adelantó que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2002 (*BOE* núm. 58, de 8 de marzo de 2003), en su punto noveno, creaba un procedimiento específico que, al sustituir el régimen general, suponía no sólo una vulneración de la jerarquía normativa sino que afectaba además al ejercicio por parte de la Comunidad Autónoma, de sus competencias -son estas, según la LOE, y no las provincias, las que deben participar en la determinación del contingente- (p. 1019).

³⁵³ Disposición transitoria tercera del RD 2393/2004 y Orden PRE/140/2005, de 2 de febrero, que desarrolla el procedimiento aplicable al proceso de normalización previsto en aquella, *BOE* núm. 29, de 3 de febrero. Lo más lamentable de este proceso de regularización fue el carácter de prueba única que se le dio al empadronamiento, lo cual no evitó que se produjeran fraudes. "Más de 100.000 inmigrantes apuntados al padrón municipal ni siquiera residen en España", reportaje en *El Mundo* de 8 de noviembre de 2004, p. 8. El reportaje recoge las declaraciones, entre otras, del sindicato policial CEP, que denuncia el fraude de estos falsos residentes que llegan con visado de turista y antes de volver se empadronan para acceder a la tarjeta sanitaria y a una futura regularización. También destaca que el Gobierno considere el padrón como "documento fehaciente" para evitar manipulaciones y falsificaciones, cuando, según el CEP, "hoy por hoy es el documento público menos fiable".

³⁵⁴ J. A. Tomás Ortiz de la Torre, "Realidad y legalidad en la Normalización de extranjeros en España: ante la Disposición Transitoria Tercera del nuevo Reglamento de Extranjería", en *Anuario Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional*, núm. 17, 2005, pp. 267-285.

regularización, como comprueba Arranz García, tampoco se caracterizó por su precisión técnica³⁵⁵.

Renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia. En este caso, sólo debe acreditarse, aparte de la continuidad, el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social (art. 62 RLOE).

B) Beneficiarios: Derecho internacional de la familia

Para la reagrupación, los familiares deben residir fuera de España, en el Estado de origen del reagrupante. Si ya residen en España, están excluidos de la reagrupación. Con la entrada en vigor del nuevo Reglamento, desapareció la posible exención de visado para estos familiares en determinadas circunstancias. Sólo cabe la excepción que el régimen reglamentario vigente permite con naturaleza de regularización ordinaria, que, además, puede ir acompañada en su proceso por una medida de protección frente a la expulsión. Se trata, básicamente, de un supuesto que analizaremos después del régimen general.

El requisito de residencia fuera de España no excluye la posibilidad de realizar estancias, como la visita al reagrupante, aunque es posible que alguna Oficina de Extranjería deniegue, o incluso inadmita, una solicitud en la que se evidencie esta visita (estancia legal con sello estampado en el pasaporte). Esta actuación administrativa no es reglamentaria, puesto que sólo se inadmite o deniega el visado y si el familiar está en España en situación irregular. El artículo 43.1 RLOE, último párrafo, no especifica en qué momento, aunque del tenor se presume que la situación irregular se debe dar en el tiempo de la solicitud de visado, porque es un hecho que será “evidenciado por el poder de representación o por datos que consten en la Administración”, habiendo casos en que, para otras autorizaciones, se ha iniciado el trámite estando en situación irregular en España hasta la resolución de concesión y en ese momento han vuelto al Estado de origen para solicitar el correspondiente visado.

En los capítulos siguientes analizamos los concretos requisitos exigidos a cada categoría de beneficiarios, familiares reagrupables de los cuales, el cónyuge es

³⁵⁵ O. C. Arranz García, "El Real Decreto 239/2000, de regularización de inmigrantes ¿ilegal o inconstitucional?", en *Boletín Aranzadi Administrativo*, núm. 17, 2000, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.

el que exige mayor detenimiento, debido a la naturaleza del vínculo jurídico que los une, los requisitos exigidos por la propia LOE y sus elementos de interculturalidad. El resto de familiares reagrupables, también con las condiciones respectivas, son los hijos, los menores o incapaces cuyo representante sea el reagrupante y los ascendientes. Si bien puede parecer obvio, Abarca Junco y Vargas Gómez-Urrutia consideran que el término “beneficiario” se presta a cierta ambigüedad, pues podría referirse tanto al reagrupante como a los reagrupables y especifican que es la segunda acepción la que adopta la norma³⁵⁶. Efectivamente, aunque no se recoja de modo expreso, sólo puede concebirse así en el régimen vigente, pues el reagrupante, siguiendo la definición del artículo 38 RLOE, ejerce, mediante solicitud, su derecho a la reagrupación familiar, del que se deriva la autorización de residencia para el familiar.

Partiendo precisamente de la constatación de que concurren numerosos elementos de interculturalidad en la reagrupación familiar de extranjeros extracomunitarios, el Derecho internacional privado, en su sector dedicado al Derecho de Familia y en concreto al estatuto personal, aparece como instrumento óptimo para la consecución de la convivencia, la integración y el respeto de la diversidad cultural, puesto que ofrece los cauces jurídicos adecuados a tal fin, en dos sentidos: por un lado Sánchez Lorenzo³⁵⁷, seguido por Jayme, defiende su papel de “canal de comunicación entre culturas” y por otro, recuerda la función que desempeña mediante el correctivo del orden público “atenuado”, como elemento de equilibrio en un sentido inverso³⁵⁸, recogiendo la calificación filosófica de “límite de la tolerancia” adoptada por Kymlicka³⁵⁹.

Sin embargo, la actuación del Derecho internacional privado en los supuestos de reagrupación del régimen general sólo se dará directamente cuando así lo impongan las propias normas de extranjería, tanto en la LOE como en el RLOE, puesto que se trata, en la mayoría de casos, de situaciones familiares ya constituidas y con efectos desplegados en el extranjero, en las que la única intervención de

³⁵⁶ A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, "Artículo 17. Familiares reagrupables", cit., p. 449.

³⁵⁷ S. A. Sánchez Lorenzo, "Postmodernismo y Derecho internacional privado", en *REDI*, núm. 2, (XLVI) 1994, pp. 576-580.

³⁵⁸ S. A. Sánchez Lorenzo, "Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia", en *Anuario Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional*, núm. 17, 2005, pp. 87-130, pp. 101 y 108.

autoridad española sólo tiene lugar para autorizar la residencia en el Estado y por ello, sólo entra en juego el orden público atenuado para admitir situaciones difícilmente conciliables con los conceptos jurídicos fijados en la LOE para designar los beneficiarios de la reagrupación, cuestión que será tratada en el capítulo siguiente. Dichos conceptos, por tanto, deberán ser interpretados según nuestro derecho interno o dicho de otro modo, con Abarca Junco y Vargas Gómez-Urrutia, "cuestiones previas" que serán resueltas por la *lex fori*³⁶⁰, y fundamentalmente a los solos efectos de reagrupación, motivo el cual no trataremos directamente las cuestiones sucesorias, a pesar de encontrarse íntimamente vinculadas al Derecho de familia, como constata Rodríguez Benot³⁶¹.

De este modo, las cuestiones relativas a la ley aplicable quedarán relegadas a casos muy determinados, en los conflictos provocados en España, bien como consecuencia del necesario cumplimiento de requisitos en la reagrupación (*v. gr.* disolución en España de un vínculo anterior para evitar la poligamia o filiación adoptiva con efectos en España) o bien por nuevas situaciones que se produzcan en las relaciones familiares de los extranjeros ya reagrupados y residiendo por tanto en España (*v. gr.* separación o divorcio). En este último punto, la doctrina defiende la aplicación de la ley de la residencia habitual frente a la de la nacionalidad. Mientras esta tendría sentido en un primer momento de la residencia en España, estimable por ser respetuosa con la identidad cultural, aquella en cambio, fomenta la integración del extranjero, cuyas relaciones personales y familiares se someterían a la ley del Estado de acogida³⁶². Sánchez Lorenzo defiende esta última posibilidad considerándola como un anticipo de la obtención de la nacionalidad, con la denominación de "nacionalidad sociológica"³⁶³.

³⁵⁹ W. Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996, pp. 211-237.

³⁶⁰ A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, "Artículo 17. Familiares reagrupables", *cit.*, especialmente pp. 450-451.

³⁶¹ A. Rodríguez Benot, "Sucesión *mortis causa* y modelos de familia en el tráfico jurídico externo", en *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dir. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Colex, Madrid, 2004, pp. 675-704.

³⁶² J. Déprez, "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes islamiques en matière de statut personnel", en *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, núm. 211, (IV) 1988, pp. 19-338, pp. 200-216.

³⁶³ S. A. Sánchez Lorenzo, "Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia", *cit.*, p. 103. Existen sin embargo, comunidades de extranjeros, en concreto los procedentes de Marruecos, que en relación con el matrimonio, prefieren conservar la ley nacional incluso en la segunda generación. V. Pérez Díaz, B. Álvarez-Miranda y E. Chuliá, *La inmigración musulmana en Europa*, Fundación "La Caixa", Barcelona, 2004, p. 270.

Desde esa perspectiva, siguen surgiendo algunos inconvenientes como son, por un lado, los “conflictos ocultos”, expuestos por A. Borrás, derivados de situaciones en que, *v. gr.*, el extranjero ha adquirido la nacionalidad española pero pretende conservar su identidad cultural³⁶⁴ y, por otro, los extranjeros de nacionalidad común que llevan cierto tiempo residiendo en España. Para solucionar todas las cuestiones planteadas, la doctrina reivindica la fuerza expansiva del principio de la autonomía de la voluntad³⁶⁵, esto es, la libertad de elección de la ley aplicable, informada, como destaca Carrascosa González, por el valor del libre desarrollo de la personalidad³⁶⁶, pero limitada por los correctivos materiales que constituyen, primero el análisis en dos escalones, especialmente para los conflictos ocultos, mediante el cual se resuelve atendiendo a la *lex fori* aplicable pero interpretada conforme al Derecho extranjero³⁶⁷, y segundo, el orden público atenuado, sólo cuando sea imprescindible para garantizar la protección de los derechos fundamentales³⁶⁸.

³⁶⁴ A. Borrás Rodríguez, "Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel", en *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, núm. 249, (V) 1994, pp. 145-368, especialmente pp. 334-361.

³⁶⁵ B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, Paris, 1996, p. 40; S. A. Sánchez Lorenzo, "El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia", en *Rev.Fac.Derecho Univ.Gr.*, núm. 4, 2001, pp. 207-230. La técnica de la *professio iuris* sería la más adecuada, debiendo elegir entre ley nacional o de la residencia habitual como conexiones objetivas que presentan un determinado grado de vinculación. *Cfr.* F. Vischer, "General Course on Private International Law", en *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, núm. 232, (I) 1992, pp. 9-256, especialmente pp. 128-132; J. Y. Carlier, "Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad", en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, ed. por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, Colex, Madrid, 2000, pp. 27-39; A. Rodríguez Benot, "Tráfico externo, Derecho de Familia y multiculturalidad en el ordenamiento español", en *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, dir. por A. Rodríguez Benot, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 15-88, especialmente pp. 60-80.

³⁶⁶ J. Carrascosa González, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2000, pp. 67-69.

³⁶⁷ A. Borrás Rodríguez, "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe", en *El Islam jurídico y Europa: derecho, religión y política*, ed. por A. Borrás Rodríguez, S. Mernissi y R. Babadji, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 181-189.

³⁶⁸ S. A. Sánchez Lorenzo, "Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia", *cit.*, p. 108.

CAPÍTULO V. EL CÓNYUGE, PRINCIPAL BENEFICIARIO DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

I. NOCIÓN DE CÓNYUGE A EFECTOS DE REAGRUPACIÓN

El cónyuge es el primero de los familiares que de acuerdo con la LOE (art. 17.1.a) puede ser reunido por el reagrupante en España. Se trata del sujeto que con más frecuencia se beneficia de la reagrupación y, en palabras de Esplugues, “del auténtico caballo de batalla de la reagrupación familiar”³⁶⁹, pues así lo manifiesta la jurisprudencia. En ese sentido, desde el punto de vista de la práctica, entendemos que es el principal beneficiario. El motivo es claro: para que exista la familia, esta debe haber sido fundada antes y el origen de la familia, salvo la monoparental originaria, a efectos de la reagrupación familiar regulada por la LOE, está en el matrimonio. Podríamos hablar, por tanto, de un derecho a fundar una familia como previo al derecho a la vida en familia, ya sea manteniéndola unida como tratando de reunirla. Siguiendo pues lo dispuesto tanto en el artículo 17.1.a) LOE como en el artículo 39.a) RLOE, por cónyuge sólo podemos entender persona con la que se está unida en matrimonio³⁷⁰.

El derecho a fundar la familia, esto es, contraer matrimonio, el *ius connubii*, tiene una calificación constitucional, artículo 32 CE, diferente tanto del derecho a la intimidad familiar, artículo 18 CE, como del principio rector de protección de la familia, artículo 39 CE. Desde el momento de contraer matrimonio, el cónyuge se convierte en familiar reagrupable. La pareja misma deviene familia, sin necesidad de esperar a la llegada de hijos o incorporar ascendientes a cargo.

³⁶⁹ C. Esplugues Mota, "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", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2000, pp. 83-115, p. 100.

³⁷⁰ Art. 17.1.a) LOE: “(El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares:) 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”.

En concreto, el artículo 32 se encuentra ubicado en la Sección 2.^a del Capítulo segundo del Título Primero de la Constitución, esto es, entre los “derechos y deberes de los ciudadanos”, y no en la Sección 1.^a reservada para los “Derechos fundamentales y las libertades públicas”, lo que viene a ilustrar lo ya afirmado por el propio Tribunal Constitucional en su Auto 222/1994, de 11 de julio, sobre la tercera categoría de derechos, que “pertenerán o no a los extranjeros según lo que dispongan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”, categoría en la que deberá incluirse el derecho al matrimonio³⁷¹. Sigue siendo un derecho constitucional, pero, en cuanto a su contenido, derecho de configuración legal. Esta configuración puede introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida, y en tal caso, como es obvio, queda excluida *a priori* la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas derivadas de situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad.

También respalda la configuración legal lo dispuesto en el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que además separa el *ius connubii* del derecho a fundar una familia (aunque no alcanza la reagrupación familiar de extracomunitarios): “el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia están garantizados según las Leyes nacionales que rigen su ejercicio”.

Moliner Navarro defiende la diferenciación entre vida conyugal y vida familiar³⁷², que en relación con la reagrupación familiar en el régimen general sólo se da claramente para mostrar que la primera es concreción de la segunda. En el cónyuge se personifica el prerrequisito para el reconocimiento de un derecho a la reagrupación familiar: es preciso que antes el extranjero haya podido ejercer su derecho a fundar una familia y elegir libremente su cónyuge. A este respecto, la STC 222/1992, de 11 de diciembre (FJ 4º), declara la pertenencia de los supuestos de matrimonio, en concreto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, en el concepto constitucional de “familia”, de conformidad con el sentido de

³⁷¹ Se encuentra internacionalmente reconocido a todas las personas en el art. 16 DUDH, art. 12 PIDCP y art. 12 CEDH.

³⁷² R. M. Moliner Navarro, "Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España", cit., pp. 487-519. Opina la autora que el matrimonio “es

los artículos 39 y 18.1 CE, con la orientación de la legislación postconstitucional, con la propia jurisprudencia constitucional, citando las SSTC 45/1989, 192/1991 y 200/1991 y finalmente con la acepción normalizada y arraigada, en nuestra cultura, de la voz «familia», en cuyo concepto entra por consiguiente, también la relación matrimonial del hombre y mujer sin descendencia.

Si bien es claro que en la LOE se reconoce tácitamente, mediante la designación del cónyuge, el derecho a contraer matrimonio, también se observa el empleo de la configuración legal del mismo, primero insertándolo en el ámbito de la familia y después desarrollando un concepto autónomo de cónyuge. Esta concepción circunscrita a los efectos de la reagrupación familiar es considerada por Abarca Junco y Vargas Gómez-Urrutia como más amplia que la de nuestro Código civil, debido a que las condiciones requeridas legalmente a este familiar permiten, como se verá, el matrimonio poligámico³⁷³. Sin embargo, esas mismas condiciones no autorizarían la reagrupación de convivientes *more uxorio*, como sucede en el caso de los refugiados³⁷⁴. Otra posibilidad admitida por la LOE de conformidad con lo prescrito en el Código civil es la reagrupar un cónyuge del mismo sexo.

Uniones de hecho. Respecto a los supuestos de unión de hecho, el Tribunal Supremo sólo los ha admitido para otorgar la derogada exención de visado por circunstancias excepcionales de arraigo. Sin embargo, Peces Morate, entre otros autores, considera que la jurisprudencia ha asimilado ya la convivencia marital *more uxorio*, debidamente acreditada, al matrimonio, y lamenta el silencio legislativo al respecto. Cita para ello las SSTS, Sala Tercera, Sección Sexta, de 3 de marzo de 1999 (rec. cas. 6337/95), 11 de octubre de 1999 (rec. cas. 10/96) y 15 de noviembre de 1999 (rec. cas. 5413/96), que son supuestos en que el conviviente ya se encuentra reunido en España, por lo que el criterio se aplica no ya para la admisión en nuestro

una relación que une a dos personas y que los vincula social, económica y jurídicamente, pero no es en sentido estricto una familia”.

³⁷³ A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, "Artículo 17. Familiares reagrupables", cit., p. 452.

³⁷⁴ Art. 10.1, sobre extensión familiar del asilo, de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de asilo y de la condición de refugiado (BOE de 27 de febrero de 1984), modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (BOE de 23 de marzo de 1994): “La condición de asilado se concederá, por extensión, a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del asilado, o a la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los casos de separación legal, separación de hecho, divorcio, mayoría de edad o independencia familiar, en los que se valorará, por separado, la situación de cada miembro de la familia”.

territorio, sino para permitir la permanencia en el mismo por motivos familiares³⁷⁵. Así, cabe destacar en este sentido la STS de 6 junio 2000 (RJ 6119): “La detallada prueba testifical y documental practicada en los autos y especialmente las manifestaciones de las personas que han declarado conocer la existencia de una unión de hecho marital y estable durante más de tres años entre el recurrente y otra persona con residencia legal en España, así como el hallarse en preparativos para contraer matrimonio, junto con la constancia en el certificado consular, como domicilio de esta persona, del correspondiente a una vivienda arrendada a nombre del recurrente, según consta en el ejemplar del contrato de arrendamiento aportado (sin que exista contraprueba o principio de prueba en contrario), son de por sí suficientes para aceptar la realidad objetiva de la situación alegada. El conocimiento por terceras personas del vínculo estable constituye una manifestación de su existencia, aun cuando la publicidad en sí misma no es un requisito necesario para que pueda apreciarse la existencia de una unión en tales condiciones, fundada en vínculos afectivos y de convivencia que se desarrollan básicamente en la intimidad.”

Por otro lado, difícilmente podría admitirse la unión de hecho en la solicitud de reagrupación, cuando el conviviente permanece todavía en el Estado de origen. En cambio, como acabamos de comprobar, la exención de visado, al igual que la anulación, en su caso, de la expulsión, cuando el familiar se encuentra en España, siguen otro cauce por el que judicialmente sí se admite la unión estable. Los motivos de esta inadmisión pueden ser varios, pero es destacable la circunstancia de que pueden darse situaciones en las que no puede hacerse extensivo a la unión de hecho el requisito relativo a la separación de hecho o de derecho o el de la poligamia: una pareja de un reagrupante que esté separada en el Estado de origen, o el propio reagrupante separado en España, conservan un impedimento de ligamen por el cual no pueden contraer matrimonio, pues están todavía casados. Por tal motivo, es importante distinguir entre uniones libres y legales, aunque dogmáticamente se propugne a efectos, principalmente, de equiparar las últimas con el matrimonio³⁷⁶. Amparándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doctrina mayoritaria defiende la inclusión de las parejas de hecho entre los beneficiarios de la

³⁷⁵ J. E. Peces Morate, "la tutela judicial de los inmigrantes", en *Inmigración, Extranjería y Asilo*, dir. por E. Linde Paniagua y J. A. Moreno Díaz, Colex, Madrid, 2005, pp. 203-260.

³⁷⁶ H. Fulchiron, "Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé", en *J.D.I.*, núm. 4, 2000, pp. 889-913, especialmente p. 910.

reagrupación familiar³⁷⁷, que sólo puede materializarse mediante reforma legal, pues la propia Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar, en su artículo 4.3, habilita a los Estados para admitir tal posibilidad, bien como pareja de relación estable debidamente probada o como pareja registrada, pudiendo recibir esta última además un mismo trato que el cónyuge por parte del Estado respecto de la reagrupación. Debe recordarse, sin embargo, lo ya mencionado respecto a la inclusión operada por la jurisprudencia: se trata de supuestos de hecho distintos. El Tribunal Supremo impide que determinadas parejas ya reunidas en España puedan ser separadas, pero todavía no se ha pronunciado a favor de una reagrupación de pareja de hecho entre extranjeros extracomunitarios denegada administrativamente, pues el conviviente, en todos los casos, ya se encuentra en España y lo que ha solicitado es exención de visado, no una autorización de residencia por reagrupación encontrándose en el Estado de origen. Sólo disponemos de una Sentencia del TSJ de Cataluña, de 4 de julio de 1996 (*cit. infra*), en la que si bien el supuesto de hecho es distinto, se aplican los fundamentos del régimen general en lugar del régimen comunitario, puesto que considera vulnerado el artículo 14 CE por la denegación de visado por reagrupación familiar al compañero homosexual extranjero de un nacional español. Quiñones Escámez comenta este pronunciamiento y citando otro de la misma Sala, de 16 de julio de 1990, referido no a reagrupación sino a un permiso de trabajo, defiende una interpretación amplia de “cónyuge” que incluya la convivencia *more uxorio*³⁷⁸. Esteban de la Rosa, en el mismo sentido, propugna que el régimen de la LOE debe entenderse referido también al acompañante sentimental del

³⁷⁷ A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, "Artículo 17. Familiares reagrupables", *cit.*, pp. 447-492; M. Moya Escudero, "Derecho a la reagrupación familiar", en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, M. Moya Escudero, Comares, Granada, 2001, pp. 673-707; M. Moya Escudero, "El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de extranjería", *cit.*, pp. 1691-1703; P. Santolaya Machetti, "España", en *La regulación de la inmigración en España*, E. Aja y L. Díez, Fundación "la Caixa", Barcelona, 2005, pp. 242-276; G. Esteban de la Rosa, "Reagrupación familiar", en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, dir. por J. L. Monereo Pérez y C. Molina Navarrete, Comares, Granada, 2001, pp. 280-313; M. A. Sánchez Jiménez, "Parte Segunda: El Derecho de extranjería", en *Sistema español de Derecho de nacionalidad y extranjería*, J. Carrascosa González y M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2002, pp. 91-206; A. Quiñones Escámez, "I. Derecho de Extranjería. Nota a la STSJ Cataluña de 4 de julio de 1996", en *REDI*, núm. XLIX, (2) 1997, pp. 221-227; L. Esteve González, "Reagrupación familiar", en *Comentarios a la Ley de Extranjería*, dir. por J. Asensi Sabater, Edijus - Fundación Alternativas, Zaragoza, 2001, pp. 149-181.

³⁷⁸ A. Quiñones Escámez, "I. Derecho de Extranjería. Nota a la STSJ Cataluña de 4 de julio de 1996", *cit.*, pp. 221-227.

reagrupante extranjero, con independencia del hecho del matrimonio e, incluso, de su orientación sexual³⁷⁹.

En definitiva, se reconoce la existencia de una relación familiar en el supuesto de la convivencia *more uxorio* por parte del Tribunal Constitucional, fundamentada en su Sentencia 222/1992 de 11 de diciembre³⁸⁰, a la vez que se permite una diferenciación de trato respecto del matrimonio compatible con la prohibición de discriminación garantizada en el artículo 14 CE, ya prevista en la STC 184/1990, de 15 de noviembre. En el presente caso, tal como se ha recogido en el Capítulo Primero, el diferente trato que la LOE dispensa a los extranjeros del régimen general de reagrupación es constitucional, pues no se ampara en la idea de familia consagrada en el artículo 18 CE, que, como apunta Sánchez Jiménez, va más allá que la diseñada por el artículo 17 LOE³⁸¹. Sin embargo, podría admitirse la inclusión del conviviente como un beneficiario más de la reagrupación, del mismo modo que en otros regímenes, a través, como se ha dicho, de una reforma legal. Roca Trías recuerda la protección constitucional del artículo 39 CE para estos supuestos, limitándose en sus recomendaciones a la utilización de instituciones de derecho patrimonial³⁸². Moya Escudero ofrece una serie de condiciones para la admisión de este tipo de familiar reagrupable: la existencia de hijos comunes o la constancia de inscripción de la unión en el registro correspondiente del Estado de origen. Ante la ausencia de las condiciones anteriores, la autora esgrime como última posibilidad la prueba fáctica de la unión mediante la demostración de una convivencia estable, relaciones suficientemente estrechas y reales y notoriedad de la vida en pareja³⁸³. Este tipo de prueba es, por otra parte, el que debiera exigirse para aplicar eficazmente el requisito legal de ausencia de separación de hecho (*vid. infra*).

³⁷⁹ G. Esteban de la Rosa, "Reagrupación familiar", cit., pp. 280-313, especialmente pp. 294-296.

³⁸⁰ STC 222/1992 de 11 de diciembre (FJ 5º): "Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter «social» de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen".

³⁸¹ M. A. Sánchez Jiménez, "Parte Segunda: El Derecho de extranjería", cit., pp. 91-206, p. 112.

³⁸² E. Roca Trías, "El derecho a contraer matrimonio y la regulación de las parejas de hecho", en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, AAVV, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 150-162.

³⁸³ M. Moya Escudero, "Derecho a la reagrupación familiar", cit., pp. 673-707, especialmente pp. 686-688.

Respecto a los motivos de una reforma legal en el sentido apuntado, queda demostrada la ausencia de relación directa con los pronunciamientos tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, que sólo autorizan la inclusión del supuesto en cuanto vínculo familiar, pero no condenan su ausencia. Los motivos que aduce la doctrina pueden, por tanto, ser replicados con cierto fundamento. Uno de los más frecuentes es el de permitir la entrada a las parejas de homosexuales que en su Estado de origen no tienen permitido el matrimonio³⁸⁴. Actualmente en España, es posible contraer este tipo de matrimonio, con lo que los convivientes sólo deberán molestarse en celebrarlo en España, cuestión que la Dirección General de Registros y del Notariado ya permite. Por otro lado y siguiendo a Abarca Junco y Vargas Gómez-Urrutia³⁸⁵, es muy probable que decaiga la jurisprudencia que admitía estos supuestos en España -recuérdese que para casos de exención de visado- a parejas de hecho por la imposibilidad de contraer matrimonio en España. También en la jurisprudencia menor se dispone de una Sentencia del TSJ de Cataluña de 4 de julio de 1996 en la que se admite el supuesto para la solicitud de visado, que en rigor sería el único admisible en esta sede por tratarse de un pretendido familiar que todavía se halla en el Estado de origen³⁸⁶. Otro motivo es el de personas todavía casadas. Si no quieren, o no pueden divorciarse, se genera una situación de impedimento de ligamen “burocrático” provocada por el mantenimiento del vínculo anterior, separados de hecho o de derecho, simultáneo a la convivencia *more uxorio*, registrada o no. Pretender equiparar la unión libre con el matrimonio en ese supuesto, aunque sólo sea a efectos de reagrupación, supondría dar valor de cónyuge polígamo reagrupable al conviviente. En lugar de alterar la forma de celebración del matrimonio, parece más adecuado tratar de disolverlo mediante la ley española que, tras la reforma del Código civil por Ley 15/2005, permite decretar el divorcio, “cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio”. Se trata de aplicar la *lex fori*, que en la práctica se hace sin comprobar claramente la conformidad con el

³⁸⁴ También en el ámbito del derecho comunitario y del derecho comparado. *Vid.* A. Weyemberg, "Les nouvelles formes de vie commune et leur impact sur le regroupement familial", en *Revue du droit des étrangers*, núm. 107, 2000, pp. 6-16.

³⁸⁵ A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, "Artículo 17. Familiares reagrupables", cit., p. 456.

³⁸⁶ STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de julio de 1996, RGD 1997, pp. 10533-10538.

artículo 107 Cc, sobre la determinación de la ley aplicable³⁸⁷. En definitiva, independientemente del rigor en los motivos, la reforma legal podría darse en cualquier momento, puesto que la cuestión se halla en proceso de revisión³⁸⁸.

De cualquier modo, el caso más dramático es el de la existencia de hijos comunes. Moya Escudero afirma que estos sí podrán reagruparse con el residente extranjero, pero el otro progenitor no³⁸⁹. A ello debe añadirse que tal circunstancia sólo sucede, como se verá al tratar la reagrupación de los hijos, cuando el reagrupante ejerce en solitario la patria potestad o se le ha otorgado la custodia y están efectivamente a su cargo, de lo que se deduce que el otro progenitor, desposeído de la patria potestad o custodia, tampoco cumpliría, en la generalidad de los casos, el requisito, como mínimo, de ausencia de separación de derecho si fuera cónyuge y no mero conviviente. Por tanto, los hijos tenidos en común con el conviviente, no serían tampoco reagrupables si el conviviente comparte la patria potestad, salvo reforma reglamentaria que se adaptara a una cláusula potestativa de la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar, que permite reagrupar a los hijos menores cuya custodia se comparte pero con el consentimiento del otro titular de la misma³⁹⁰, adaptación que tampoco han hecho propia los tribunales españoles al conocer sobre supuestos parecidos³⁹¹. Si bien la misma autora se apoya en los artículos 9 y 10.1 CNUDN, es precisamente el contenido de los mismos el que se desarrolla por la LOE, puesto que “los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño” (artículo 9.1 CNUDN, primer inciso). En el mismo Convenio, artículo 27.2

³⁸⁷ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Nules, de 30 de diciembre de 2005. Sobre la disolución del vínculo, el artículo 107 Cc y la reforma del Código civil en la materia, *vid. infra* apd. III.

³⁸⁸ Así lo afirma Álvarez Rodríguez, sobre la interpretación dada por el Gabinete Técnico de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración a algunas preguntas planteadas sobre esta cuestión. A. Álvarez Rodríguez, *La transposición de Directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, cit., p. 28.

³⁸⁹ M. Moya Escudero, "Derecho a la reagrupación familiar", cit., p. 687.

³⁹⁰ Art. 4.1.c) de la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar: “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.”

³⁹¹ STSJ Madrid núm. 671/2004, de 10 de junio de 2004 (JUR 2004\220895). A pesar de que el reagrupante declara el consentimiento del cónyuge o reagrupado, el Tribunal niega la posibilidad de reagrupación de los hijos, en este caso, de matrimonio poligámico.

CNUDN, se asigna a los padres la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño, de lo que puede concluirse que en la situación que nos ocupa no debe desdeñarse la posibilidad de que los padres acaben contrayendo matrimonio, ya sea en el Estado de origen como en España, actuando precisamente en el interés superior del menor.

Cónyuge del mismo sexo. En España, con el reformado Código civil³⁹², tal posibilidad es admisible y el tenor de la LOE lo admite sin necesidad de modificaciones³⁹³. Por tanto, un matrimonio en tales condiciones no es contrario al orden público internacional español pero sí es contrario, por el momento, a la interpretación internacional³⁹⁴ de la institución. Otra cuestión es la inconstitucionalidad de esta reforma del Código civil, considerada como posible por autores como López Barba³⁹⁵, Arechederra Aranzadi³⁹⁶ y por el propio Consejo de Estado³⁹⁷, que concluye el apartado relativo a la dimensión constitucional señalando que el artículo 32 reconoce un derecho constitucional al matrimonio entre hombre y mujer y no lo reconoce, en cambio, a las parejas del mismo sexo (si bien su apartado 2 remite a la ley la regulación de determinadas cuestiones); pero la mención expresa del "hombre y la mujer" en dicho artículo no impide, por sí y a priori, que el legislador pueda extender a parejas homosexuales, en términos del Tribunal Constitucional, "un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio". Con tal motivo, ha sido frecuentemente citado el Auto del Tribunal Constitucional núm. 222/1994, de 11 de julio, por afirmar que la unión matrimonial

³⁹² Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 2005.

³⁹³ Tampoco la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar establece una diferenciación de sexos en ninguna de sus disposiciones.

³⁹⁴ El TEDH, ya desde su Sentencia Rees, de 17 de octubre de 1986 declara que el derecho a contraer matrimonio reconocido en el artículo 12 CEDH es exclusivo de las personas de distinto sexo (FJ 49 y 50): "En opinión del Tribunal, el artículo 12, al garantizar el derecho a casarse, se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de distinto sexo biológico. Lo confirma su redacción: se deduce de ella claramente que la finalidad que se persigue es principalmente proteger el matrimonio como fundamento de la familia. (50) Además, según lo puntualiza el artículo 12, el ejercicio de este derecho se somete a las leyes nacionales. Las limitaciones que se establezcan no deben restringirlo o reducirlo de tal manera, o hasta tal extremo, que afecte a su propia esencia. (...)"

³⁹⁵ E. López Barba, "Extranjería. Reagrupación familiar", cit., p. 171.

³⁹⁶ L. Arechederra Aranzadi, "El matrimonio es heterosexual", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 658, 2005, de 24 de febrero, pp. 7-11.

³⁹⁷ Dictamen del Consejo de Estado núm. 2628/2004, de 16 de diciembre de 2004, disponible en <<http://www.boe.es>>.

entre personas del mismo sexo biológico no es una institución respecto de la que exista un derecho constitucional a su establecimiento, a diferencia del matrimonio entre hombre y mujer, que es un derecho constitucional.

Para justificar el carácter estructural del supuesto, la Dirección General de los Registros y del Notariado considera que la diversidad o identidad de sexos “es elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio y, por extensión, de la institución matrimonial, y no necesariamente con la capacidad nupcial subjetivamente considerada”³⁹⁸. A pesar de ello, concluye con dos posibilidades, tanto la de invocar la excepción de orden público internacional español, por analogía con casos de capacidad matrimonial, para excluir la aplicación de leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre personas del mismo sexo, como la de considerar válido el matrimonio, por aplicación de la ley material española, también con criterios de analogía y residencia habitual, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios. En los Países Bajos también se sigue este criterio desde la modificación de su Código civil en 2000. Sin embargo, constata Fiorini por contraste que en Bélgica, con la reforma de su Código civil en 2003, se adoptó la solución contraria, impidiendo el matrimonio homosexual si cualquiera de las leyes personales de los contrayentes no lo permitía³⁹⁹.

En definitiva, el extranjero residente podrá reagrupar al cónyuge del mismo sexo si han celebrado el matrimonio en España, Holanda, Bélgica o Canadá. Mientras que el matrimonio celebrado en España no ofrece problemas de inscripción por la postura de la DGRN ya comentada, en los tres últimos países, en cambio, el matrimonio no se somete al control de legalidad por parte del Registro Civil, pues no es inscribible *prima facie*, además de ser más improbable que se dé, por la necesaria vinculación requerida: puede tratarse de un reagrupante que residió primero en

³⁹⁸ Resolución-Circular DGRN de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo (BOE núm. 188, de 8 de agosto de 2005; especialmente apartados V y VII). *Vid.* comentario en A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: Notas a la resolución-circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2007, (febrero) 2006, pp. 5-51.

³⁹⁹ A. Fiorini, "New Belgium Law on same sex marriage and the PIL implications", en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 52, (October) 2003, pp. 1039-1049.

Holanda o Canadá⁴⁰⁰, donde acudió de visita el que allí mismo se convertiría en su cónyuge. El reagrupante reside ahora en España, sin haber adquirido el estatuto de residente de larga duración. Como el matrimonio se celebró en el extranjero entre extranjeros, no debe inscribirse en el Registro Civil español, mientras ninguno de los dos cónyuges adquiera la nacionalidad española.

Antes de materializarse la reforma legislativa, los tribunales ya han reconocido el carácter cualificado de las uniones registradas de homosexuales por la imposibilidad de contraer matrimonio⁴⁰¹. Sin embargo, se trata de supuestos en que, como en el resto de uniones, libres o registradas, el extranjero ya está en España y trata de evitar la vuelta al Estado de origen mediante la solicitud de exención de visado. También en la mayoría de los casos uno de los convivientes es de nacionalidad española. Por tanto, no puede defenderse la existencia de una equiparación judicial de pareja a cónyuge, siquiera la pareja homosexual registrada, a efectos de entrada, sino a efectos de autorización de permanencia por motivos excepcionales y más bien en el régimen comunitario, no en el general de la LOE. La asimilación postulada por la doctrina sería admisible como *desideratum* porque las resoluciones judiciales en que se funda están referidas a supuestos de hecho distintos⁴⁰². Podrían, pues, ser tomadas como punto de referencia orientativo para el legislador. Debe tenerse en cuenta que no es lo mismo “dejar entrar” que “dejar estar”.

Cónyuge del mismo sexo biológico pero distinto sexo legal. En este supuesto, que también puede darse a la inversa, esto es, transexualidad bien en el reagrupante, bien en el reagrupado, ya no reviste especial trascendencia en España por cuanto la pareja puede obtener el fin perseguido de contraer matrimonio y reagrupar al cónyuge por diferentes vías. Si han podido celebrar el matrimonio en el Estado de origen o en otro distinto a España, el régimen de la LOE no impide la reagrupación del cónyuge. Si prefieren celebrar el matrimonio en España y después reagrupar, también es posible, incluso sin reconocimiento del cambio de sexo, que puede ser

⁴⁰⁰ Bélgica no cabría en el supuesto porque como se ha visto, impide el matrimonio homosexual si cualquiera de las leyes personales de los contrayentes no lo permite, situación que se da por tratarse de extranjeros extracomunitarios no nacionales de Canadá.

⁴⁰¹ Sentencia núm. 83/2004 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona, de 14 mayo. En esta sentencia se recogen extractados los fundamentos jurídicos de otras tantas relativas a parejas de hecho heterosexuales.

posterior a un matrimonio entre cónyuges del mismo sexo, o anterior al matrimonio entre cónyuges de distinto sexo sobrevenido. Este reconocimiento debe darse administrativamente a efectos de reagrupación, puesto que rige en los supuestos inscribibles en el Registro Civil y por tanto de carácter más cualificado⁴⁰³.

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Cualificación de la reagrupación por ausencia de control de legalidad interno. Dada la trascendencia del cónyuge en el procedimiento de reagrupación familiar, el legislador ha establecido una serie de condiciones que deberán cumplirse en todo caso. Estas cautelas, puestas en relación con lo dispuesto para españoles y comunitarios reagrupantes, en que se enumera al cónyuge sin más epítetos como primero de los familiares reagrupables, demuestran que nuestro ordenamiento, y por extensión los comunitarios, es mucho más exigente para los matrimonios vinculados directamente con España. Se trata de los matrimonios inscribibles en el Registro Civil, sometidos, por tanto, al control de legalidad del mismo. El artículo 15 LRC impone la inscripción de: matrimonios celebrados en España, incluso los consulares (que forzosamente serán entre extranjeros), matrimonios celebrados en el extranjero cuando al menos uno de los cónyuges sea español y matrimonios celebrados en el extranjero entre extranjeros cuando uno adquiera la nacionalidad española.

Atribución de competencias propias del Registro Civil a las Oficinas de Extranjería y a las Oficinas Consulares. El resto de matrimonios, esto es, los celebrados en el extranjero entre extranjeros, no deben acceder al Registro Civil⁴⁰⁴. Precisamente este grupo es el principal “acreedor” de la reagrupación familiar en el régimen general y sería el único si, tanto el derecho interno como el comunitario, se adaptaran a lo previsto por la interpretación del artículo 8 CEDH, que exige la preexistencia de la vida familiar a la entrada del reagrupante en el Estado de

⁴⁰² A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, "Artículo 17. Familiares reagrupables", cit., p. 456.

⁴⁰³ Vid. RDGRN 3ª de 24 de enero de 2005, en que se recoge la doctrina sobre la materia hasta el momento.

⁴⁰⁴ Cuestión pacífica doctrinal y jurisprudencialmente. Vid. S. Adroher Biosca, *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, Bosch - Universidad Pontificia Comillas, Barcelona, 1993, pp. 322-323.

acogida⁴⁰⁵. De ese modo, el control de legalidad respecto a las condiciones expresas, en el régimen reglamentario de reagrupación, es doble: lo deberán realizar tanto la Oficina de Extranjería al comprobar la acreditación documental de los vínculos, la edad y la dependencia, como la Oficina Consular, que también debe realizar estas comprobaciones y está habilitada para hacerlo mediante entrevista personal, que puede desembocar en la denegación si “llegaran 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” (arts. 42.2 y 43.4 RLOE). En el mismo sentido, Abarca Junco y Vargas Gómez-Urrutia concluyen que “a efectos de entrada en territorio español como cónyuge reagrupado, puede ser considerado matrimonio aquel que no lo es para el derecho español”, relegando los problemas de validez a las vicisitudes posteriores en España⁴⁰⁶. Efectivamente, puede producirse el advenimiento de situaciones en las que sea preciso examinar la validez del matrimonio en España, de las cuales la más restrictiva es la que implica la inscripción en el Registro Civil, mientras que el resto, sometidas a diferentes instancias, tanto administrativas como judiciales, se presta a consideraciones de carácter sectorial, emulando la regulación de la LOE y aplicando la calificación de cónyuge a los solos efectos del ejercicio de un determinado derecho o para la obtención de una concreta prestación, como sucede con las pensiones de viudedad. En relación con estos supuestos, Murphy se plantea cuál será la categoría que se aplicará al supuesto del extranjero residente que consigue reagrupar consigo al “cónyuge”, extramatrimonial desde el prisma de nuestro ordenamiento jurídico, pero que bien puede ser un verdadero matrimonio que, por no parecerse a los valores culturales domésticos, acaba por no reconocerse, como sucede, tomando carta de naturaleza, en los tribunales ingleses⁴⁰⁷. A pesar de estas eventuales fiscalizaciones, las condiciones que adornan el término “cónyuge” en la LOE ya requieren una primera comprobación de validez del matrimonio, especialmente la comprobación relativa a la celebración del mismo en fraude de ley.

⁴⁰⁵ Exigencia de “preexistencia” de la vida familiar anterior a la entrada del reagrupante (Sentencia Abdulaziz, Cabales y Balkandali c/. Reino Unido, FJ 68). *Vid. supra* Capítulo II, apd. III.2.A.

⁴⁰⁶ A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, “Artículo 17. Familiares reagrupables”, cit., pp. 457-459.

⁴⁰⁷ *Cfr.* J. Murphy, “Rationality and Cultural Pluralism in the non-recognition of foreign marriages”, en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 49, 2000, pp. 643-659.

Clasificación según la autoridad fiscalizadora de los requisitos del matrimonio. De los requisitos exigidos al cónyuge, uno es relativo a la situación de la vida conyugal en el momento de la solicitud: la convivencia debe ser efectiva, pues los cónyuges no pueden estar separados de hecho ni de derecho. Los demás se refieren a aspectos del matrimonio, tanto al consentimiento, en concreto la simulación (el matrimonio no debe haberse celebrado en fraude de ley), como a la capacidad para contraer: un único cónyuge poligámico y garantías de seguridad para las familias anteriores.

Siguiendo el criterio de la autoridad responsable del control de legalidad, aplicado a los supuestos de reagrupación del régimen general que pueden darse en España, podemos partir de dos grupos. El primero lo constituyen exclusivamente los matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero, tipicidad propia de los destinatarios de la LOE que aglutina la mayor parte de supuestos. De hecho, la cuestión queda confirmada por la Consulta DGRN de 23 de diciembre de 2004, conforme a la cual, si ninguno de los contrayentes tiene domicilio en España, no existe autoridad competente para instruir el expediente matrimonial previo y el matrimonio no puede celebrarse en España⁴⁰⁸. Pérez Vera, al recordar que esta situación no ha sido contemplada por nuestro Código Civil, concluye que el único interés del supuesto para el Derecho internacional privado español radica en que su validez puede plantearse ante un Juez español por los foros de competencia de la LOPJ, debiendo atender al artículo 50 Cc por analogía para considerar la validez conforme a la ley del lugar de celebración o la personal de cualquiera de los cónyuges⁴⁰⁹.

El segundo grupo de supuestos vendría representado por los matrimonios entre extranjeros inscribibles en el Registro Civil y los pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y el Notariado sobre los mismos nos servirán como modelo de referencia interpretativa para la solución de supuestos relativos al grupo anterior, además de abarcar todos los aspectos referentes a capacidad, consentimiento y forma. Estos matrimonios entre extranjeros son:

⁴⁰⁸ En este sentido ya se había pronunciado la RDGRN de 4 de mayo de 1988: “Que, en consecuencia, a juicio de este Centro Directivo, no existe autoridad española competente para instruir el expediente previo al matrimonio en forma civil de dos extranjeros domiciliados fuera de España, porque tampoco existe funcionario español competente para autorizar tal matrimonio en territorio español!” (FJ 6º).

(a) los celebrados en España, incluso los consulares: conforme a la RDGRN de 1 de junio de 2005⁴¹⁰, entre otras, el matrimonio puede ser consular siempre que ninguno de los contrayentes sea español. Queda sentado, pues, que dos extranjeros pueden contraer matrimonio en España siempre que, al menos, uno de los contrayentes tenga su domicilio en territorio español (RDGRN de 29 de agosto de 1992). El supuesto habitual es el del extranjero residente con extranjero en situación de estancia, que contraen matrimonio durante la vigencia de la misma y tras el retorno, el primero tratará de reagrupar al segundo.

(b) los celebrados en el extranjero cuando uno de los cónyuges acceda a la nacionalidad española, teniendo en cuenta que no puede darse ante Cónsul español, puesto que, conforme al artículo 49 Cc, los Cónsules de España en el extranjero carecen de facultades para autorizar el matrimonio de dos extranjeros (Consulta D.G.R.N. de 18 de marzo de 2002).

⁴⁰⁹ E. Pérez Vera, P. Abarca Junco, M. Guzmán Zapater y P.-P. Miralles Sangro, *Derecho internacional privado*, 7ª edic., UNED, Madrid, 1996, p.107.

⁴¹⁰ “II. Conforme establece hoy claramente el artículo 49 del Código civil, y ha declarado reiteradamente la doctrina oficial de este Centro Directivo, un español ha de contraer matrimonio en España, bien ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por el mismo Código, bien en la forma religiosa legalmente prevista. El matrimonio consular que pueden válidamente contraer dos extranjeros en España, si así lo permite la ley personal de cualquiera de ellos (*cf.* art. 50 Cc), no es, en cambio una forma válida si uno de los contrayentes es español, de suerte que en este segundo caso el matrimonio es nulo por aplicación del artículo 73-3.º del Código civil. III. Consiguientemente y por exigencias del principio de legalidad, básico en el Registro civil (*cf.* arts. 23 L.R.C. y 85 R.R.C.), ha de denegarse la inscripción del matrimonio celebrado en 2004 en el Consulado de Ecuador en Murcia entre una ecuatoriana y un español. La calificación del Encargado alcanza, sin duda, a la comprobación de la existencia del requisito legal sobre la forma válida de celebración del enlace (*cf.* arts. 65 CC y 256 R.R.C.).” *BOE* núm. 160, de 6 de julio de 2005.

Por el contrario, sí se admitirá la inscripción de un matrimonio consular con español en el extranjero ante Cónsul de un tercer país, si la ley del lugar de celebración permite este tipo de matrimonio. Es el caso de la RDGRN de 24 de febrero de 2001 (RJ 2001/3861): “la cuestión difiere totalmente cuando ese matrimonio consular lo ha celebrado el español en el extranjero ante el Cónsul de un tercer país acreditado en el lugar de celebración. En efecto, conforme al último párrafo del artículo 49 del Código Civil, cualquier español, puede contraer matrimonio fuera de España «con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración», de modo que si la «lex loci» considera formas válidas, además de la forma civil local, las formas religiosas no canónicas o la forma consular ante un Cónsul acreditado en el país, estas formas son también válidas para el ordenamiento español. Acreditado en este caso que la ley alemana reconoce la validez formal del matrimonio consular si ninguno de los contrayentes tiene la nacionalidad alemana, en principio no hay obstáculo formal que impida la inscripción del matrimonio contraído entre un español y una cubana ante el Cónsul de Cuba en Bonn”. En cambio, si la forma consular no es válida según la legislación del Estado donde está la representación consular, *v. gr.* la ley británica. No será por tanto válido según nuestro ordenamiento. RDGRN núm. 3/2004 de 11 de noviembre, consular en Londres entre español y ecuatoriana.

III. MATRIMONIOS ENTRE EXTRANJEROS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO

Cuando el reagrupante ha contraído matrimonio en el Estado de origen, tanto antes de venir a residir a España como después (supuesto en que teniendo residencia en nuestro país, hubiera aprovechado una estancia en el de origen), y desee ejercer el derecho a la reagrupación familiar solicitando la autorización de residencia de su cónyuge, debe preocuparse de que este cumpla los requisitos establecidos en la LOE. La verificación de los mismos se lleva a cabo, como hemos visto, en dos ocasiones y por autoridades administrativas distintas: la Oficina de Extranjería y la Oficina Consular.

1. Ausencia de separación. Convivencia o vida conyugal efectiva

Ausencia de separación de hecho. El cónyuge no puede estar separado de hecho ni de derecho, lo que *a contrario* viene a exigir la convivencia de los cónyuges o, en términos de la jurisprudencia estrasburguesa, vida familiar efectiva (implica tanto cohabitación, admitiendo otras formas de contacto, ya sean visitas, correspondencia o llamadas telefónicas⁴¹¹, como dependencia material o económica), concretamente “vida conyugal efectiva”. Así precisado potestativamente por la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación en su artículo 16.1, *b*), permite que el Estado deniegue una solicitud “cuando el reagrupante y el miembro o miembros de su familia no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva”. En nuestro Derecho civil puede resultar ilustrativo el contenido del artículo 87 Cc, derogado por la Ley 15/2005⁴¹², cuyo segundo párrafo establecía que la interrupción de la convivencia no implicaría el cese efectivo de la misma si obedecía a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga, lo cual se avenía con el supuesto del reagrupante. Esta prescripción del régimen general, que no afecta a la celebración del matrimonio, sino a los efectos del mismo, debería ceder en el caso de que, conforme al artículo 9.2 Cc, “la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo” no exija la convivencia.

Parece, sin embargo, que la exigencia de convivencia en la LOE y el RLOE sólo sería legítima si perteneciera al orden público internacional español. Constituiría

⁴¹¹ Sentencia *Berrehab c/. Holanda*, de 21 de junio de 1988, FJ 21.

de ese modo una norma de policía que impondría la aplicación de la *lex fori*. La cuestión no ofrece dudas desde el momento en que la reforma del Código civil operada por la Ley 15/2005 hace desaparecer como causa de separación el cese efectivo de la convivencia. Teniendo en cuenta que tal circunstancia, la exigencia de convivencia, no se da en nuestro ordenamiento, puede pensarse que el legislador se ha excedido con este requisito discriminatorio. De cualquier modo, nos encontramos con que la autoridad administrativa podrá interpretar el requisito “que no se encuentre separado de hecho” como “vida conyugal efectiva” y a efectos de acreditación por parte del reagrupante, podrá darle contenido al hacer extensiva la aplicación de los artículos 67 y 68 Cc, por los que, además de “respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”, los cónyuges “están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”. Añade la última reforma (Ley 13/2005) los deberes de “compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. Esta novedad concreta el deber de actuar en interés de la familia mediante la responsabilidad mancomunada para las tareas domésticas y el cuidado de familiares, lo que facilita la apreciación de su cumplimiento.

El primer requisito, de ausencia de separación de hecho, a salvo del mencionado referente que constituye el derogado artículo 87 Cc, resulta *lato sensu* de imposible cumplimiento en numerosos supuestos, generalmente por ausencia de medios económicos. Aguelo Navarro y Álvarez Rodríguez se refieren al mismo como “prueba diabólica”⁴¹³. En cambio, *stricto sensu*, puede considerarse, con Sánchez Jiménez, de difícil control⁴¹⁴, puesto que lo habitual es que el reagrupante lleve un año como mínimo separado de hecho de su cónyuge, salvo estancias en el Estado de origen o en España. Precisamente el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el contenido de esta peculiar convivencia que se exige legalmente al extranjero y su cónyuge reagrupable, si bien para un caso de exención de visado y reagrupante español, en su Sentencia (Sala de los Contencioso, Sección 6ª) de 23 de enero de 1999: “La privación de libertad del marido de la solicitante de la dispensa de visado no puede considerarse, salvo prueba en contrario, como

⁴¹² Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. *BOE* núm. 163, de 9 de julio de 2005.

⁴¹³ P. Aguelo Navarro y A. Álvarez Rodríguez, *Normativa comentada sobre derecho de extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 465.

⁴¹⁴ M. A. Sánchez Jiménez, “Comentario a la Ley de Extranjería”, *cit.*, p. 125.

determinante de la ruptura de la *affectio maritalis*, la cual se presume por la subsistencia del vínculo jurídico y por la convivencia, que se manifiesta no sólo 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 (artículos 67 y 68 del Código civil)” (FJ 4º).

Ausencia de separación de derecho. Si la LOE ya excluye la posibilidad de reagrupar un cónyuge separado de hecho, obviamente comprende también al cónyuge separado de derecho, condición que de todos modos el legislador ha querido reseñar expresamente. Aunque de nuevo se trate de un concepto autónomo, es decir, ausencia de separación de derecho a efectos de reagrupación, cuya prueba debe ser la misma que para la ausencia de separación de hecho y que, por tanto, reviste las dificultades arriba mencionadas, conviene, sin embargo, recordar que en nuestro ordenamiento la separación de derecho sólo “produce la suspensión de la vida en común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica” (art. 83 Cc), cabiendo la posibilidad de la reconciliación. Por ello, se entiende que el legislador incluya en las condiciones del cónyuge la ausencia de separación de derecho, impidiendo así la reagrupación de los que se encuentran en esa situación, permitida en cambio por el régimen comunitario⁴¹⁵. Sin embargo, carecería de sentido exigir la ausencia de divorcio o nulidad, puesto que el pretendido familiar reagrupable ya habría perdido el estatuto de cónyuge. De este modo, surge una antinomia con el inciso posterior referido a la “separación de sus anteriores matrimonios”, que deberá interpretarse de otro modo⁴¹⁶.

En una Sentencia de 23 de octubre de 1998 (RJ 9458), el Tribunal Supremo resuelve un supuesto de reagrupación, denegando tal posibilidad, pues la han solicitado a pesar de tratarse de esposos separados y existiendo demanda de divorcio, pero invocando la existencia de hijos del matrimonio. El Tribunal opone que en la propia demanda de divorcio se pide que se fije -una vez disuelto el matrimonio- el régimen de visitas, concediendo a la madre la custodia del hijo menor de ambos y fijando al respecto el régimen de visitas.

⁴¹⁵ Vid. *infra* Parte Tercera.

2. Reconocimiento de efectos a la poligamia. Orden público atenuado

Mientras el matrimonio poligámico entre extranjeros celebrado en el extranjero no precisa inscripción en el Registro Civil y por tanto no será fiscalizable en su validez por el mismo, que indudablemente denegaría tal posibilidad a partir del segundo cónyuge⁴¹⁷, parece desproporcionado que se excluya cualquier tipo de efecto en España, pues ha sido válidamente celebrado en el extranjero. Si la excepción de orden público debe aplicarse con cautela⁴¹⁸, con más motivo en este supuesto, siendo posible entonces aceptar la intervención de un orden público internacional atenuado, que permita los efectos que no sean contrarios al mismo.

Esta es la conclusión que se desprende de la LOE, que sólo autoriza la reagrupación de un cónyuge, “aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial”. Permite, por tanto, que el residente polígamo reagrupe a cualquiera de los cónyuges, de modo diferente a otros ordenamientos, como el británico, que sólo autoriza el primer cónyuge⁴¹⁹. Quiñones Escámez precisa que esta situación, que parece legalmente amparada por el principio de igualdad para discriminar entre las esposas y sus hijos, además de convertir al reagrupante en árbitro, es la que realmente atenta contra los derechos fundamentales de dichas esposas e hijos discriminados y no el modelo familiar poligámico, aunque sea contrario a la política legislativa. Con esa justificación, propone que “podría haberse atendido a aquellas situaciones de poligamia que se consolidaron antes de que el extranjero entrara en el territorio”⁴²⁰.

⁴¹⁶ *Vid. infra* apd. 3.

⁴¹⁷ *Vid. apd. siguiente.*

⁴¹⁸ RDGRN de 29 de julio de 2005, cit., apd. V: “la aplicación de la Ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español. En concreto, se rechaza la aplicación de la Ley extranjera cuando tal aplicación produzca una vulneración de los principios esenciales, básicos e irrenunciables del Derecho español. Cuando la Ley extranjera incurra en tales vulneraciones dicha Ley no debe ser aplicada por los Tribunales españoles (art. 12.3 Cc.), que en su lugar han de aplicar la Ley española, como «lex fori». Ahora bien, debe igualmente recordarse el carácter restrictivo del orden público internacional, de tal forma que no todos los valores incorporados a nuestro Ordenamiento jurídico ordinario pueden alcanzar tal calificación de superiores, esenciales e irrenunciables, siendo así que esta calificación requiere consagración constitucional y alcance internacional, dada la importancia que tiene el método comparatista y trasnacional como instrumento de decantación de los principios jurídicos protegidos por la cláusula de orden público internacional por su condición de principios esenciales comunes a una pluralidad de países”.

⁴¹⁹ A. S. Prakash, "Attitudes to Polygamy in English Law", en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 52, (2) 2003, pp. 369-400.

⁴²⁰ A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2000, pp. 180-181.

La Directiva 2003/86/CE no impide lo establecido en España, pues únicamente prohíbe que el Estado miembro en que el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él autorice la reagrupación familiar de otro cónyuge. Sin embargo, Sánchez Lorenzo considera desaconsejable optar, en el derecho de reagrupación familiar, por preterir a los sucesivos cónyuges, reservando el privilegio al primero o al que elija el propio reagrupante⁴²¹. También Canedo Arrillaga critica la limitación de la Directiva, considerando que debería haberse admitido la reagrupación de más de un cónyuge, “siempre que los vínculos estuvieran válidamente constituidos en el extranjero de acuerdo a la ley aplicable a las relaciones”⁴²². La misma autora prevé incluso la posible intervención del orden público internacional en el caso de reagrupación de un segundo cónyuge aunque el primero, registrado y viviendo en territorio comunitario, no conviva con el reagrupante en el momento de la solicitud. La aplicación que propone, sin embargo, ya no es la excepción de orden público con carácter subsidiario a lo establecido por la Directiva, sino el efecto atenuado de dicha excepción⁴²³, que permitiría la residencia en España de ambos cónyuges. Ante esta postura, debe plantearse si realmente nos hallaríamos ante un supuesto de reconocimiento de efectos por la vía del orden público internacional atenuado o si realmente se trata de una auténtica situación de poligamia en España.

La situación actual en la aplicación de las condiciones analizadas lleva sólo a permitir que un matrimonio poligámico despliegue efectos en España propios del matrimonio monogámico (autorizar la reagrupación de un solo cónyuge o, a lo sumo, prorratear una única pensión de viudedad entre los cónyuges supérstites⁴²⁴), sin otorgarle mayor validez que la necesaria a efectos de entrada. Sin embargo, la doctrina estaría forzando el mencionado efecto atenuado, basándose en la ausencia de impedimentos jurídicos y esgrimiendo motivos de carácter económico como única base de la limitación al acceso de más de un cónyuge. La posibilidad de admitir en

⁴²¹ S. A. Sánchez Lorenzo, "Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia", cit., p. 115.

⁴²² M. P. Canedo Arrillaga, "La Propuesta de la Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el Derecho Internacional Privado", cit., p. 139.

⁴²³ M. P. Canedo Arrillaga, "Reflexiones sobre la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea", en *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Colex, Madrid, 2003, pp. 193-211, p. 203.

⁴²⁴ Otros efectos que el matrimonio poligámico despliega al albur del orden público internacional atenuado son los relativos a la adquisición de la nacionalidad, negativos en el caso de un segundo

España, aunque sea sólo a efectos de reagrupación, la constancia documental de dos matrimonios en que un cónyuge, el reagrupante, aparece duplicado, sólo es posible si se admite la interpretación según la cual el inciso relativo a la “separación de sus anteriores matrimonios” puede aplicarse a un cónyuge residente en España no sólo en caso de disolución del vínculo, sino también de separación de derecho. Esta opción sólo es posible mediante la separación de derecho que, actualmente en España, con más intensidad desde la reforma de la Ley 15/2005, únicamente existe como puerta abierta a la reconciliación o, cuanto menos, como expresión de la voluntad de los cónyuges por la cual desean formalizar el mantenimiento del vínculo cesando efectivamente la convivencia. No parece, pues, que en tales circunstancias, la autoridad competente para autorizar la residencia por reagrupación, o eventualmente el órgano judicial en fase contenciosa, vaya a admitir la entrada de un segundo cónyuge ante la pervivencia totalmente libre y voluntaria de un primer enlace, precisamente porque el orden público ya fue atenuado al admitir la primera reagrupación y esta segunda, más que atenuar los efectos del orden público, los desvirtuaría, no tanto por reconocer la poligamia *de iure* en Extranjería y *de facto* en otros sectores, sino por eliminar los efectos de la separación de derecho y las situaciones de otros ordenamientos asimiladas a la misma.

Otro factor a tener en cuenta es la evolución que se está dando en la regulación de la poligamia en los Estados islámicos. Teniendo en cuenta la importancia numérica de supuestos relativos a extranjeros nacionales de Marruecos, destaca el correspondiente Derecho de familia en su reformada *Mudawana*⁴²⁵. Tal como constata Diago Diago, la poligamia ha adquirido un carácter cualificado y excepcional, sometida a control judicial⁴²⁶.

Orden público internacional atenuado. Para justificar la trascendencia que tiene esta figura en el ámbito de la reagrupación familiar del cónyuge, especialmente

cónyuge polígamo, y la obtención de pensión de viudedad, que posteriormente analizamos. *Vid. infra* Capítulo XII, secciones III y IV.

⁴²⁵ Loi núm. 70-03 portant Code de la Famille (Marruecos). Texto árabe en *Bulletin Officiel* (édition générale) núm. 5184, 14 *hija* 1424 (5 de febrero de 2004) y texto en francés en *Bulletin Officiel* núm. 5358, du 2 *ramadan* 1426 (6 octubre 2005), p. 667.

⁴²⁶ M. P. Diago Diago, "La nueva *Mudawana* marroquí y el Derecho internacional privado", en *REDI*, núm. LVI, (2) 2004, pp. 1078-1083. En el mismo sentido, M. C. Foblets y J. Y. Carlier, *Le Code Marocain de la Famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 32-40; A. Quiñones Escámez, "La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawwana, 2000) en Europe", en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 3, 2004, pp. 877-900.

cuando la institución del vínculo familiar no debe acceder al Registro Civil, seguimos las consideraciones de Bucher al plantear y razonar el problema de la adaptación del derecho material aplicable y el orden público, atenuado este y circunscrito al ámbito del Estado del foro⁴²⁷. Consiste, pues, en preguntarnos, con motivo de la aplicación de una regla de derecho material (por ejemplo de la ley del foro) a un efecto determinado de un vínculo familiar, que representa el concepto prejudicial, si podemos basarnos en una relación familiar válidamente creada en el extranjero, pero que, por motivos de orden público, no es reconocida en ese Estado como una institución enteramente equivalente a un determinado vínculo familiar de su propio derecho interno. Así, la poligamia, la relación homosexual y, en menor medida, el repudio, pueden producir ciertos efectos en el Estado de acogida, incluso sin ser reconocidos como tales y no pueden por tanto desplegar el conjunto de efectos que les han sido originariamente atribuidos por ley. Estos efectos limitados que se dan a la institución extranjera sólo se admiten en el grado que el Estado requerido considere apropiado mostrar respecto a la relación social y de hecho cuya forma jurídica constituyen estas instituciones. Se observa así que las necesidades de coordinación y de acercamiento de los sistemas tienen el efecto de diluir el concepto de institución en derecho de la familia, que sólo puede concebirse plenamente dentro de un sistema nacional y coherente de derecho.

Este fenómeno muestra que los valores fundamentales de protección de la vida familiar tienden a ser más próximos a la relación de hecho que a la institución jurídica que se le asocia⁴²⁸. El autor, para ilustrar la situación en que ese acto de creación del vínculo familiar se da no en el extranjero sino en el propio Estado que además le niega validez conforme a su derecho interno, cita un caso del *Bundesverfassungsgericht* alemán, de 30 de noviembre de 1982: matrimonio celebrado por un sacerdote militar británico en Alemania en 1947 entre una alemana y un soldado británico. Esta celebración era considerada como regular en derecho inglés y la pareja, que vivió primero en Inglaterra y después en Alemania, nunca puso en duda la validez de su unión. Pero a la muerte del marido, a la viuda le fue denegada por las autoridades alemanas la pensión que reclamaba, con la motivación

⁴²⁷ A. Bucher, "La famille en droit international privé", en *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, núm. 283, 2000, pp. 13-186, especialmente pp. 131-133.

⁴²⁸ Vid. E. Rude-Antoine, *Des vies et des familles. Les immigrés, la loi et la coutume*, Odile Jacob, Paris, 1997, especialmente pp. 58-69.

de que su matrimonio era inexistente porque no había sido celebrado ante un agente civil. Su Tribunal Constitucional juzgó que la protección del matrimonio por la Constitución debe extenderse a tal tipo de matrimonio y que sería contrario a la misma denegar la pensión de cónyuge superviviente a una viuda por el único motivo de que su matrimonio no convalidado sería reconocido sólo en el extranjero.

Esta manifestación del derecho fundamental corresponde, en su naturaleza, al respeto a la vida familiar de facto en el sentido del artículo 8 CEDH. Todo ello parece anunciar que, en lo concerniente a las relaciones familiares creadas en el extranjero, su recepción deberá orientarse más hacia la consideración de la protección que el Estado debe asegurar a las relaciones afectivas y efectivas, sin que la naturaleza del vínculo jurídico que le ha sido asignado en el extranjero pueda ser determinante a estos efectos. De cualquier modo, a juicio de numerosos autores, entre ellos Adam Muñoz, Fernández Le Gal y García Cano, las mujeres de matrimonios poligámicos quedan desamparadas por nuestro régimen jurídico⁴²⁹, al igual que sus hijos, lo que resulta más grave todavía⁴³⁰, que deben seguir su misma suerte, esto es, permanecer en el Estado de origen como una familia no reagrupable, porque el reagrupante ya obtuvo la autorización de residencia para otro grupo familiar, bien por ser anterior a la creación de este o bien por elección forzosa del reagrupante, en la que no prima otro criterio que su voluntad, si bien a efectos de acceso a determinados derechos, como la nacionalidad (*vid. infra* Parte Cuarta), es aconsejable seguir el criterio cronológico.

En este supuesto, como en otros tantos de familiares excluidos, el cónyuge no reagrupable puede intentar obtener una autorización de residencia y trabajo propia, al modo del reagrupante y tal como se ha descrito en el último apartado del capítulo anterior. Podría recurrir incluso, con el auxilio del reagrupante “frustrado” a la autorización de residencia de carácter general, en la que el reagrupante financiaría la permanencia. Sin embargo, este recurso, por motivos prácticos de aplicación de la

⁴²⁹ M. D. Adam Muñoz, "La importancia de la normativa de extranjería en el acceso de las mujeres migrantes extranjeras al mercado laboral español", en *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, A. Fernández Le Gal y S. García Cano, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005, pp. 105-152.

⁴³⁰ La doctrina es unánime en la consideración de la situación de estos hijos como la más precaria. M. P. Canedo Arrillaga, "Reflexiones sobre la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea", cit., especialmente pp. 203-205; S. A. Sánchez Lorenzo, "Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia", cit., p.115. Esta situación será tratada en el capítulo siguiente.

LOE, está lejos de ser ejecutable con más éxito que el de residencia y trabajo. De este modo, sería puesto a prueba el auténtico interés de los cónyuges por reunirse en España para mantener una situación contraria a la dignidad de la mujer, asimilable al concubinato, pues pretender otorgarle carta de naturaleza es lo mismo que criminalizarla (delito de bigamia, artículo 217 CP), mientras en el Estado de origen goza de un supuesto mayor grado de dignidad, el de co-esposa. Sin embargo, tanto si permanece en el Estado de origen como si emigra a España manteniendo el vínculo, le serán reconocidos ciertos efectos ya citados. No debe olvidarse que el acceso por motivos familiares debe permanecer vedado formalmente a las relaciones contrarias al orden público, que a la vez tolera la adaptación o limitación de las mismas en sus manifestaciones a efectos de entrada. Puesto que se presume la permanencia, no es prudente reconocer administrativamente lo que es inconstitucional, civilmente nulo y penalmente perseguido. Efectivamente, ya la prematura doctrina de derecho comparado recopilada por Mercier apuntaba en el sentido de reconocer los efectos económicos pero no los personales⁴³¹, mantenida en el presente⁴³².

3. Disolución de vínculos anteriores

A) Disolución en el Estado de origen

Protección de cónyuges no reagrupados o anteriores. En el texto tanto del artículo 17.1.a) LOE como del artículo 39.a) RLOE, se establece, a renglón seguido del límite numérico de cónyuges reagrupables, “que el extranjero residente 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”. La lectura de esta disposición ha llevado a Espulgues Mota a afirmar que “estamos ante un precepto

⁴³¹ Vid. in extenso P. Mercier, *Conflicts de civilisations et droit international privé Polygamie*, Droz, Genève, 1972.

⁴³² B. Bourdelois, *Mariage polygamique et droit positif français*, GLN Joly Editions, Paris, 1993, pp. 223-235; A. Motilla, "Eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero conforme a la ley islámica", en *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, coord. por A. Motilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, pp. 143-188, p. 149.

presuntamente bien intencionado pero pésimamente redactado”⁴³³, crítica compartida por Aguelo Navarro y Álvarez Rodríguez, que además califican toda la letra a) como norma material imperativa⁴³⁴.

Separación “de sus anteriores matrimonios”. Teniendo en cuenta que, como se ha recordado al analizar la condición de ausencia de separación, se mantiene el vínculo y que, por tanto, no es posible contraer un nuevo matrimonio en España, o que esta posibilidad preexistente en el Estado de origen se admita en España, conviene observar que tampoco va a suponer, acudiendo a las normas materiales de nuestro ordenamiento, un grave perjuicio para poder reagrupar, máxime con la facilidad de disolver el vínculo en la actualidad⁴³⁵: tres meses desde la celebración serán suficientes, pudiendo ser a instancia de una sola parte y con la voluntad como único motivo. Con esta reforma, aplicable sólo en caso de disolución en España (*vid. infra* letra B), el hecho de optar por la separación, ya dota a este mecanismo de valor propio y no instrumental, como podía suceder anteriormente, para acceder al divorcio. También adquiere protagonismo en este ámbito la mediación familiar, pues se presume que la reconciliación entre los cónyuges es posible⁴³⁶. Precisamente esta posibilidad de reconciliación⁴³⁷, con el régimen civil actual, constituye la razón de ser de la separación. Los cónyuges suspenden condicionalmente la convivencia con la esperanza de reconciliarse, de lo contrario, actualmente, incoarían directamente el divorcio. Por tanto, como ya se ha comentado al analizar el supuesto de una eventual reagrupación del segundo cónyuge poligámico, admitir el tenor de “separación” *stricto sensu*, sólo tiene sentido en un primer momento en que parece que puede acceder al territorio español como tal cónyuge si el reagrupante está separado del primer cónyuge, pero precisamente el respeto al único sentido que tiene actualmente

⁴³³ C. Esplugues Mota y M. De Lorenzo Segrelles, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España: (análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, cit., p. 83.

⁴³⁴ P. Aguelo Navarro y A. Álvarez Rodríguez, *Normativa comentada sobre derecho de extranjería*, cit., p. 470.

⁴³⁵ Ley 15/2005, de 8 de julio, cit.

⁴³⁶ *Vid.* a tal efecto, A. B. Alcaraz Riaño, “El valor de la mediación familiar en los procesos de separación y divorcio”, en *I Congreso Nacional de Alumnos de Derecho civil*, Universidad de Murcia, 2005, np. También es de interés la propuesta de Illán Fernández de que se imponga en nuestro país la mediación familiar previa y obligatoria (J. M. Illán Fernández, *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 3ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2005, especialmente pp. 95-99).

⁴³⁷ Art. 84.1. Cc: “La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio”.

en España la separación es el que impedirá la reagrupación de un segundo cónyuge mientras permanezca en España el primero. Por otra parte, como advierte la doctrina⁴³⁸, el matrimonio poligámico contraído de modo coetáneo, sin esperar a separarse del primer cónyuge, sería incompatible con lo establecido legalmente, porque el tenor literal exige que el reagrupante se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias. Sólo cabe admitir, por tanto, la separación de derecho del primer cónyuge, que debe permanecer además en el Estado de origen, a salvo de la interpretación por la que se contemple la reagrupación del primero y la separación de los siguientes, que a su vez deben también permanecer en el Estado de origen.

De cualquier modo, conjugando la opinión generalizada en la doctrina⁴³⁹, conviene interpretar el inciso en un sentido amplio para entender “separación” como disolución, salvo en los supuestos mencionados de poligamia, debiendo en tal caso entender que la separación se ha dado en cualquiera de los matrimonios coetáneos y no sucesivos.

El motivo de que se considere la situación de poligamia asimilada a la de disolución a efectos de lo previsto en la LOE es el de proteger también a los familiares de matrimonio poligámico que no pueden ser reagrupados, pues precisamente por no admitirse tal reunificación familiar, se provoca su desamparo o, como mínimo, una separación de derecho forzosa, no separación sólo de hecho porque se exige un procedimiento jurídico. Separación de derecho ajena, por tanto, a la voluntad de los cónyuges, pero respetuosa con el orden público del país de acogida. Es una injerencia legitimada por el artículo 8.2 CEDH en cuanto al disfrute de la vida en familia. La calificación de tal situación en el Estado de origen sigue siendo la de matrimonio poligámico con los cónyuges separados, mientras que en España sólo se han admitido los efectos compatibles, esto es, la reagrupación de uno solo de los cónyuges, a la vez que la presencia de algún otro, del que se pretendiera

⁴³⁸ C. Esplugues Mota y M. De Lorenzo Segrelles, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España: (análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, cit., p. 83; A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, "Artículo 17. Familiares reagrupables", cit., p. 461.

⁴³⁹ M. Moya Escudero, "Derecho a la reagrupación familiar", cit., p. 689; C. Esplugues Mota, "Inmigración y Derecho de Extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)", en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, A. Rodríguez Benot, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 91-142, p. 116; A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, "Artículo 17. Familiares reagrupables", cit., p. 461.

algún vínculo conyugal, sólo podría entenderse como convivencia *more uxorio*, con un acceso al territorio español por motivo distinto a la reagrupación familiar. No sería admisible, por tanto, otra opción distinta a la disolución en el supuesto de primer cónyuge residente en España.

Procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares. La aspiración de esta disposición es doble, pues a la vez que con la condición del procedimiento jurídico se garantiza el respeto de las normas materiales del Estado de origen sobre disolución del matrimonio, también garantiza la protección jurídica del cónyuge anterior. Debemos entender, con Abarca Junco y Vargas Gómez-Urrutia, que se trata de nuevo de un concepto autónomo con efectos en la reagrupación familiar, de tal modo que una interpretación flexible de la noción nos lleve a admitir “cualquier procedimiento que ponga fin o disuelva el matrimonio”, más allá de la actividad judicial exclusiva asumida en España para la nulidad y el divorcio. Las mismas autoras consideran que el control de validez del procedimiento sólo se daría por parte del Registro Civil, si el matrimonio debiera inscribirse posteriormente, o de los tribunales, con posterioridad a la reagrupación, si, *v. gr.*, bien el primer cónyuge reagrupado tratara de impedir una senda reagrupación impugnando tal procedimiento, o bien el propio reagrupante tratara de evitar el pago comprometido al cónyuge cuya situación se fijó⁴⁴⁰. En una interpretación que trataría de contemplar precisamente la eventual eficacia en España del procedimiento jurídico, más allá de los meros efectos de reagrupación, Espulgues Mota, recoge la definición que en un caso de *exequatur* da el Tribunal Supremo⁴⁴¹: “cualquier procedimiento de características similares a los judiciales, en el que necesariamente deberá participar una autoridad pública –ya sea ésta civil o religiosa, juez o no-revestida de *imperium*, y que, a través de un procedimiento más o menos equiparable al judicial, declare la ruptura del vínculo matrimonial”⁴⁴².

El documento más común para acreditar el exigido procedimiento jurídico será la sentencia extranjera de divorcio, que como ya desplegó efectos en el extranjero, no necesita reconocimiento ni *exequatur* en España, esto es, efectos

⁴⁴⁰ A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, "Artículo 17. Familiares reagrupables", cit., p. 462.

⁴⁴¹ ATS de 6 de febrero de 1996 (RAJ, 1998/7192).

⁴⁴² C. Espulgues Mota, "Inmigración y Derecho de Extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)", cit., p. 119.

constitutivos o ejecutivos, cuestión por otra parte pacífica en la doctrina desde que la postulara González Campos⁴⁴³. Aplicando el régimen que seguiría la sentencia si debiera ser presentada ante el Registro Civil, para suplir la laguna en relación con la reagrupación familiar, aquella debe ser traducida a idioma oficial español y legalizada o apostillada (arts. 144 y 323 LEC) y se le reconocen efectos probatorios (art. 84 RRC), sin necesidad de “que tengan fuerza directa en España, excepto cuando lo impida el orden público”. En el Registro Civil, se trata de una sentencia o resolución extranjera que determina o completa la capacidad para contraer el matrimonio⁴⁴⁴, pero la LOE lo exige aquí para matrimonios celebrados en el extranjero entre extranjeros, sobre los que no conocerá el Registro. Otros documentos probatorios admisibles, referidos a actos tanto constitutivos como meramente declarativos de la disolución, serían, siguiendo la interpretación amplia a efectos de reagrupación, una escritura notarial, una resolución administrativa, un certificado de autoridad religiosa o un acta de repudio.

Repudio. En el último documento enumerado, debiera admitirse incluso el repudio revocable, porque interesa la situación fijada para el anterior cónyuge pero no la libertad de estado. Sin embargo, el repudio deviene irrevocable con el transcurso de un plazo que será como máximo de seis meses⁴⁴⁵, lo cual no quiere decir que vaya a surtir efectos más allá de la reagrupación, pues el cónyuge perjudicado podría impugnarlo, *v. gr.*, para obtener algún beneficio social, como en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 456/2002 (Sala de lo Social, Sección 4ª), de 29 de julio (AS 2002/3324): “parece desprenderse del propio «acta de divorcio» adjunto a la demanda -folio 7- fue el causante quien, unilateralmente, mediante una mera comparecencia ante dos notarios de la ciudad de Casablanca, «declara que se divorcia de su esposa», lo que, ciertamente, como alegó la codemandada en el acto del juicio, parece suponer un auténtico «repudio» y, desde luego, dista mucho de la institución que, con aquella misma denominación de «divorcio», contemplan las leyes españolas”. A pesar de tal apreciación, el TSJ acaba

⁴⁴³ J. D. González Campos, J. C. Fernández Rozas y R. Recondo Porrua, *Derecho internacional privado. Parte especial. Derecho de la nacionalidad, Derecho de extranjería y Derecho procesal civil internacional*, Oviedo, 1984, p. 427.

⁴⁴⁴ En Suiza, se denomina “procedimiento oficial” (judicial, administrativo o religioso) al que deberá reconocerse efecto en el Estado de origen, pero que en la práctica los tribunales admiten difícilmente aquellas disoluciones en que la autoridad sólo ejerce una función residual. A. Bucher, *Le couple en droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn - L.G.D.J., Bâle - Genève - Munich - Paris, 2004, especialmente pp. 147-163.

reconociendo efectos de divorcio al repudio, si bien de modo confuso, pues en la Sentencia se utilizan términos como “fin de la convivencia matrimonial”, “separación matrimonial” y “excónyuge divorciado”, inaplicando además la legislación marroquí que dejaría desprotegida a esta excónyuge, según la cual, la esposa divorciada, transcurridos tres meses de la separación y si ésta no está embarazada, no tiene derecho a reclamar la herencia del marido. La aplicación de este precepto por la Caja Nacional de la Seguridad Social marroquí es la de que en el caso de separación matrimonial, la esposa no tendría derecho a pensión de viudedad por el fallecimiento de su marido.

En efecto, el repudio islámico unilateral del marido (*talak*) ha sido admitido como probatorio del divorcio, siempre que tenga carácter irrevocable, pudiendo incluso ser instado por la mujer (*khol*). Para que tengan carácter irrevocable debe pronunciarse la fórmula prescrita tres veces (hasta la tercera el repudio es revocable) o la fórmula única con los mismos efectos. También alcanza la irrevocabilidad con el transcurso de tres meses sin reconciliación. En cuanto al segundo tipo, el marido pronuncia el repudio irrevocable a instancias de la mujer, a cambio de una compensación económica, siendo por ello menos problemáticos, por cuanto interviene la voluntad de ambos cónyuges⁴⁴⁶. Así se refleja en la STSJ Madrid núm. 20/2001, de 16 de enero⁴⁴⁷, que a efectos de reagrupación familiar, considera totalmente arbitraria la denegación administrativa basada en la “acreditación juzgada insuficiente de las circunstancias personales necesarias para la concesión”, puesto que consta en el expediente tanto el acta de matrimonio contraído por los actores, de fecha enero de 1.986, así como el acta de repudiación consensual con la anterior esposa, de fecha marzo de 1.985. Curiosamente, no se refiere el Tribunal al plazo de revocabilidad, sino que simplemente se remite al artículo 9.1, 2 y 3 Cc para fundamentar que tanto las relaciones personales como las patrimoniales entre cónyuges se regirán por su ley nacional, no pudiendo la Administración española cuestionar la validez y eficacia del matrimonio contraído por los recurrentes según la ley marroquí.

⁴⁴⁵ A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, cit., p. 167.

⁴⁴⁶ A. Motilla y P. Lorenzo, *Derecho de Familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Colex, Madrid, 2002, pp. 160-168.

⁴⁴⁷ STSJ Madrid núm. 20/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 16 de enero (JUR 2001\132222).

Conforme a los ordenamientos extranjeros que regulan los repudios, observan Motilla y Lorenzo que estos deben contar con la intervención de autoridad pública, mediante la cual se defienden los intereses de la mujer, especialmente los económicos⁴⁴⁸. No sería suficiente, como se recoge en la RDGRN 3ª de 4 de junio de 2001, la declaración de testigos. De cualquier modo, en estos supuestos, incluso en el más cualificado de solicitud de *exequatur* de un acta de divorcio revocable pasado el tiempo previsto para devenir irrevocable, si es la mujer la que pretende el reconocimiento del repudio, parece que una denegación supondría un perjuicio para la repudiada en cuanto le impediría ejercitar el ulterior *ius nubendi*. Si el repudio ya es irrevocable, “ya no se percibe una resolución que materialmente produzca una injustificada desigualdad entre los cónyuges, por más que esa desigualdad tenga su raíz en la propia norma extranjera aplicada, pues no se puede hacer valer al tiempo del reconocimiento”, según el Tribunal Supremo⁴⁴⁹. Sin embargo, la citada RDGRN parece ignorar esta interpretación del Alto Tribunal, pues para la inscripción del matrimonio niega que la contrayente marroquí haya justificado la disolución para la ley marroquí de su primer matrimonio, al acreditar únicamente que éste fue objeto de un repudio revocable por el esposo que no lleva automáticamente consigo la disolución del vínculo, recordando para ello que es a ella a quien incumbe la carga de la prueba (FJ 3º).

Atendiendo al tratamiento dado tanto por los tribunales como por la DGRN, parece de nuevo aconsejable que las autoridades administrativas competentes para autorizar la residencia por reagrupación familiar admitan, en el supuesto de que se presente, un acta de repudio, aunque sea aparentemente revocable, tanto del cónyuge no reagrupado que permanece en el Estado de origen, como del cónyuge residente en España pero también repudiado en el Estado de origen. En este último caso, además es recomendable, para evitar que la situación de poligamia se reproduzca en España, que la autoridad compruebe el cumplimiento del plazo por el que todo repudio deviene, como se ha dicho, irrevocable. Conviene, por tanto, tratar el repudio como lo que representa a partir de ese momento, esto es, como disolución del vínculo. Tampoco se podrá hablar de cónyuge no reagrupado sino de antiguo cónyuge, porque

⁴⁴⁸ Cfr. A. Motilla y P. Lorenzo, *Derecho de Familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, cit., pp. 160-168.

⁴⁴⁹ Auto TS (Sala de lo Civil) de 21 abril 1998, (RJ 3563), FJ 3º.

propiamente no puede calificarse a todos como cónyuge anterior, dada la simultaneidad de los vínculos.

Sin embargo y en relación con los supuestos en que los extranjeros sean nacionales de Marruecos, la nueva *Mudawana* o Código de familia ha introducido la igualdad formal de los cónyuges, de especial trascendencia en el repudio, y el divorcio de mutuo acuerdo⁴⁵⁰. Esta reforma contribuye a la consideración favorable de los documentos en que se haya aplicado tal Derecho, que muy probablemente será el escogido por los cónyuges al tratarse de figuras conocidas en nuestro ordenamiento.

Poligamia y acreditación del procedimiento jurídico. El inciso comentado, dirigido también a matrimonios poligámicos, suscita algunos interrogantes. Por un lado, si se reagrupa al primer cónyuge, conforme al tenor literal no será preciso acreditar procedimiento jurídico alguno respecto a la situación en que queden los posteriores matrimonios ya contraídos antes de la reagrupación, lo cual genera un trato de favor respecto al primero y desprotección de los ulteriores. Por otro lado, si efectivamente se trata de un matrimonio poligámico que, en consecuencia continúa vigente, ningún procedimiento jurídico fijará una situación nueva. Sólo queda la posibilidad de que el reagrupante deje constancia de lo exigido legalmente en España mediante un acta notarial, que constituye un procedimiento jurídico, además de la declaración jurada de que no reside otro cónyuge en España, requisito reglamentario.

Ante la posibilidad de que no pueda probarse la separación anterior, López Barba y Moya Escudero proponen que se admita la reagrupación de estos cónyuges como pareja de hecho⁴⁵¹, pero nos parece que seguiría tratándose de un supuesto de poligamia y que, como tal, puede ser reagrupado con una prueba documental menos exigente, sin necesidad de introducir una excepción con la que se devaluaría aún más la situación del que es segundo cónyuge y no mero conviviente, pues el problema reside en la dudosa disolución del anterior matrimonio.

Vivienda común, pensión al cónyuge y alimentos para los menores dependientes. En cuanto a la situación fijada en el procedimiento jurídico, se

⁴⁵⁰ M. P. Diago Diago, "La nueva *Mudawana* marroquí y el Derecho internacional privado", cit., pp. 1078-1083.

⁴⁵¹ E. López Barba, "Extranjería. Reagrupación familiar", cit., p. 173; M. Moya Escudero, coord., *Comentario sistemático a la ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001, p. 688.

incluyen los aspectos que, aunque generales, en algún ordenamiento puedan haberse obviado y por ello Sánchez Jiménez los considera excesivamente estrictos⁴⁵². De tal modo, si no los cumple, caben dos posibilidades a la autoridad española de la Oficina de Extranjería o Consular: una, considerar no acreditada la disolución y tratar el supuesto como de poligamia, con lo que el procedimiento quede atenuado en sus extremos y sea suficiente la escritura pública; otra, denegar simplemente la reagrupación por falta de documentación. La primera parece más deseable, puesto que se cumple el fin de protección al cónyuge anterior y el cónyuge actual puede beneficiarse de la reagrupación. Suponemos que la autoridad competente permitirá probar la pensión al cónyuge y alimentos a los menores mediante el registro de transferencias realizadas en el último año. También debiera ser aceptada la declaración de conformidad por parte del cónyuge anterior.

En Francia, las soluciones adoptadas son similares en la forma pero alcanzan una mayor concreción que las dota de eficacia⁴⁵³: si el reagrupante es nacional de un Estado en el que se admite la poligamia, este debe firmar una declaración jurada por la que asegure que la reagrupación familiar no creará una situación de poligamia en el territorio francés, diferente de la declaración en España de que no reside otro cónyuge con el reagrupante. Los funcionarios franceses deberán verificar, sin embargo, que el reagrupante no ha hecho entrar previamente en Francia un primer cónyuge. También, si fuera el caso, el potencial reagrupante deberá demostrar que la primera unión ha finalizado con anterioridad a la demanda, como consecuencia de fallecimiento, un proceso de divorcio u otra forma jurídica de ruptura del vínculo matrimonial. En el caso del repudio marroquí, debe constar que la parte repudiada ha sido legalmente citada o representada. Si este requisito no puede ser demostrado, la situación debe ser considerada como de poligamia. Por tanto, si el reagrupante no puede demostrar la presencia en el extranjero del cónyuge precedente, puede denegarse la solicitud de reagrupación legítimamente. Por tanto, esta postura no exige procedimiento jurídico alguno para el cónyuge anterior en el caso de poligamia.

⁴⁵² M. A. Sánchez Jiménez, "Comentario a la Ley de Extranjería", cit., p. 125.

⁴⁵³ *Cfr.* Circulaire DPM/DM 2-3 núm. 2000-114 du 1^{er} mars 2000 relative au regroupement familial des étrangers, apd. III.B.1.

B) Disolución de la familia anterior residente en España

Podría suceder que el cónyuge cuyo vínculo debe romperse para permitir la reagrupación de otro resida también en España. Este supuesto se dará principalmente en caso de poligamia, puesto que un estatuto personal monogámico implicaría la disolución en España y la posterior celebración de matrimonio con el cónyuge que se pretende reagrupar, celebración que si se da en el Estado de origen, exigirá el reconocimiento previo de la sentencia de divorcio española, mientras que si se celebra en España, se somete a las reglas comentadas en la sección siguiente, que propiamente no se adecúan a la *ratio legis* de la reagrupación familiar. No parece, sin embargo, que el reagrupante recurra principalmente a los tribunales españoles, exponiéndose a un procedimiento ciertamente expeditivo y eficaz en España, pero que no responde a sus intereses, tan alejados culturalmente. Es posible que trate de acogerse, en un desplazamiento al Estado de origen, al procedimiento de disolución previsto en tal foro.

En definitiva, el reagrupante conoce un procedimiento, el de su Estado de origen que, a falta del oportuno asesoramiento que le lleve a preferir someterse a los tribunales españoles para tratar de aplicar la *lex fori*. Este ejercicio de *forum shopping* viene suscitado, en el caso de reagrupación, por la solución más flexible para el reagrupante, que deberá probar únicamente un procedimiento jurídico, en sentido amplio, que fije, también con la flexibilidad que ofrece el mero control administrativo a efectos de reagrupación, la situación en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes. Esta situación es distinta en Francia, donde se da una solución similar a la del apartado anterior, pues en el caso de que el matrimonio disuelto por repudio unilateral en el Estado de origen es residente en Francia, las autoridades deben considerar contraria al orden público internacional la decisión que lo constate sin haber dado efecto jurídico a la eventual oposición de la esposa y privando a la autoridad competente de todo poder distinto al de fijar las consecuencias financieras de esta ruptura del vínculo matrimonial⁴⁵⁴.

Precisamente el sometimiento a la *lex fori* española, a pesar de las facilidades introducidas por la ya comentada reforma del Código civil mediante Ley 15/2005,

⁴⁵⁴ Cour de Cassation, 1re civ., 3 janvier 2006, *Boulaarassi c/ Maktoubi*, JCP, éd. G, 2006, act. 25.

puede despertar cierto temor, pues activa las incompatibilidades propias del orden público y, a semejanza del delito de bigamia, el extranjero reagrupante deberá saber que en nuestro Código Penal está calificado como abandono de familia que “el que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses” (art. 226.1 CP). El artículo siguiente concreta más y respecto al impago de pensiones establece: “el que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses”⁴⁵⁵.

De cualquier modo, el reagrupante puede seguir optando por la disolución del vínculo anterior de familia residente en España. En este caso, González Campos ya propuso lo que hoy es aplicado unánimemente, tanto en materia de competencia judicial como en ley aplicable. Justificaba la intervención de los Tribunales españoles, si se hallaba prevista por la ley rectora del estatuto general de los casados, en virtud de la llamada “equivalencia de autoridades”, “disponiendo el Juez español de las mismas facultades que se atribuyen a los Tribunales del Estado cuyo ordenamiento es aplicable”⁴⁵⁶, competencia que hoy atribuye expresamente el artículo 22.3º LOPJ. En cuanto a la ley aplicable, también se fijó la de la residencia habitual común de los cónyuges al tiempo de plantearse el litigio y en su defecto, la ley española como *lex fori*, solución que extendió por analogía a las relaciones entre los cónyuges⁴⁵⁷. Por otra parte, sería aplicable, en base a la residencia habitual de los cónyuges, el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de

⁴⁵⁵ Art. 227.1 CP. Para las obligaciones en general, si no constituye delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días (art. 618.2 CP). Conviene recordar que estos delitos sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, aunque cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal (art. 228 CP).

⁴⁵⁶ J. D. González Campos, J. C. Fernández Rozas, J. M. Espinar Vicente, L. Garau Juaneda, A. L. Calvo Caravaca, R. Recondo Porrua y M. Virgós Soriano, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Oviedo, 1984, p. 177.

2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000⁴⁵⁸.

Actualmente, para el caso de matrimonio que deba disolverse en España, la ley aplicable será, por remisión del artículo 9.2. II Cc, la que corresponda según los criterios establecidos en el artículo 107.2 Cc, recientemente reformado⁴⁵⁹: la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento; en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. En este primer apartado, el legislador sigue una fórmula tradicional, remitiendo sucesivamente a la ley nacional común y a la ley de la residencia habitual. Dicho apartado, según reconoce Diago Diago, permite mantener la diferencia a las familias que tienen intención de regresar al Estado de origen, evitando así resoluciones claudicantes⁴⁶⁰.

El mismo artículo 107.2 Cc, en su segundo párrafo, establece una cláusula legeforista para cuando uno de los cónyuges resida habitualmente en España. Como afirma Sánchez Lorenzo, "el legislador español ha procedido a una orientación material de la norma de conflicto en esta materia con el fin de facilitar la integración de los extranjeros procedentes de otras culturas"⁴⁶¹. Será aplicable por tanto al caso del residente que todavía tiene que divorciarse para poder contraer matrimonio y reagrupar después. Debe lamentarse, sin embargo, que no prevean los casos de derecho interregional, que llevará a aplicar, si los cónyuges carecen de residencia habitual común (no será así para el cónyuge que se reagrupe con posterioridad), el derecho de la sede del tribunal competente. Se aplica la ley material española en

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p.181.

⁴⁵⁸ DOCE L 338, de 23 de diciembre de 2003. Sobre este Reglamento, *vid.* E. Rodríguez Pineau, "Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003 en España", en *AEDIPr*, núm. IV, 2004, pp. 261-285.

⁴⁵⁹ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, *cit.*; entre los numerosos comentarios de esta reforma, *vid.*, *v. gr.*, por su tratamiento práctico vinculado a la extranjería, M. L. Trinidad García, "La reforma del artículo 107 del Código Civil", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 4, (noviembre) 2003, pp. 141-159.

⁴⁶⁰ M. P. Diago Diago, "La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad", en *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dir. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Colex, Madrid, 2004, pp. 271-294, especialmente p. 282.

⁴⁶¹ S. A. Sánchez Lorenzo, "Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia", *cit.*, p. 121.

cualquiera de las siguientes circunstancias si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas o si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro⁴⁶².

Con este último criterio, se implanta una situación que no alcanza a resolver satisfactoriamente las crisis más directamente relacionadas con la futura reagrupación, puesto que sólo a aquellos extranjeros que se divorcien de mutuo acuerdo se les aplica la ley española, pero es posible que algunos hubieran preferido la ley nacional común, porque a uno de los cónyuges al menos, el que no vaya a reagrupar y desee volver a su patria, puede interesarle que la sentencia tenga efectos en el Estado de origen. Si, en cambio, el divorcio es contencioso, deberán someterse a los puntos de conexión anteriores, partiendo del de la ley nacional común. Es posible que por motivos prácticos prefieran la aplicación de la ley española, básicamente por la voluntad de permanencia en el territorio, pero les está vedado.

“*Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público*”. Este último punto de conexión, recogido en la letra c) del segundo apartado del artículo 107.2 Cc, ha sido criticado por la mayoría de la doctrina⁴⁶³, especialmente en relación con la gratuidad de la excepción expresa del orden público, ya de por sí redundante con la mención del carácter discriminatorio y aplicable ya con el artículo 12.3 Cc. En efecto, Arenas García apunta la carencia de sentido que tiene esta distinción, “pues los supuestos de discriminación han de ser también considerados como contrarios al orden público español”⁴⁶⁴. También, aunque resulte beneficioso para el demandante acudir a la *lex fori*, debería permitirse aquí que no sea preciso probar lo alegado, sino que se presuma la inaplicabilidad de tal derecho extranjero o su oposición al orden público, invirtiendo así la carga de la prueba⁴⁶⁵. Por otro lado, como síntesis de la crítica a la reforma del artículo 107 Cc,

⁴⁶² Entendemos que también se incluye en esta alternativa el caso en que se acuda a un mediador en el proceso de separación y divorcio. Sobre esa especialidad, *vid.* A. B. Alcaraz Riaño, “El valor de la mediación familiar en los procesos de separación y divorcio”, *cit.*, np.

⁴⁶³ Circunstancia constatada en M. P. Diago Diago, “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”, *cit.*, pp. 287 y ss.

⁴⁶⁴ R. Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales*, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 2004, p. 278.

⁴⁶⁵ A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *dirs.*, *Derecho internacional privado (vol. II)*, 5ª edic., Comares, Granada, 2004, p. 193.

Diago Diago lamenta que se ha perdido la oportunidad de permitir a la pareja que elija la normativa que desea que se les aplique⁴⁶⁶, en el mismo sentido de lo ya apuntado en relación con la defensa doctrinal de la autonomía de la voluntad⁴⁶⁷.

Las soluciones que acaban de apuntarse, posibles sólo desde la reforma del Código Civil tanto en el artículo 107 Cc en 2003 como en el régimen de separación y divorcio en 2005, evitan casos como el siguiente, en que no se permitió la aplicación de la ley española cuando uno de los cónyuges tiene la residencia habitual en España y “si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado (ley nacional común) no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), de 6 de abril de 2000, recurso de apelación núm. 1138/1999-B): “A la vista de los hechos expresados en la demanda relativa al repudio del demandado señor Ab Dellah El K. de su mujer Nadia El K., expulsándola del domicilio con su hija Miriam, entendió la recurrente concurrir causa del art. 82.1 CC para declarar la separación conyugal con las demás medidas solicitadas en el escrito rector del proceso. (...) el proceder del demandado resulta contrario a lo que dispone el Libro II, en sus siete capítulos, del Derecho Matrimonial Marroquí (Disolución del matrimonio y sus efectos) (...) como la ley marroquí no ha sido actuada en el presente procedimiento, según la norma de conflicto o conexión, es claro no cabe dar entrada al Derecho Español (según regla subsidiaria art. 107 CC), y aplicar a súbditos marroquíes una institución, como la separación legal, desconocida por su propio país, por tal razón el fallo desestimatorio de la pretensión actora ha de ser confirmado, sin perjuicio de hacer valer el derecho propio aplicable por razón de la nacionalidad común de Nadia y de Ab Dellah ante los Órganos Jurisdiccionales Españoles como autorizan los arts. 21.3 y 22 de la LOPJ”. Si este supuesto se diera en la actualidad, además de poder aplicarse la *lex fori*, lo demandado por la esposa probablemente ya no sería la separación, sino directamente el divorcio, si ese es el fin perseguido. En cambio, si realmente pretende mantener el vínculo, también cabe la posibilidad de demandar la separación sin probar causa alguna para ello.

⁴⁶⁶ M. P. Diago Diago, "La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad", cit., pp. 271-294.

⁴⁶⁷ Vid. *supra* Capítulo IV *in fine*.

Incumplimiento de la situación fijada en el procedimiento jurídico. Aunque esta materia no afecta estrictamente a la reagrupación, pues el reagrupante sólo acredita el procedimiento jurídico pero no su cumplimiento, es preciso reseñar algunas notas importantes relativas al posible desamparo de la familia anteriormente disuelta o separada, pues en la última Parte nos ocupamos tan sólo del estatuto de los familiares reagrupados. En el artículo 9.7. Cc, prácticamente inaplicable por virtud de la eficacia *erga omnes* del Convenio de la Haya de 1973 que se menciona a continuación, se establece que “el derecho a la prestación de alimentos entre parientes habrá de regularse por la ley nacional común del alimentista y del alimentante. No obstante, se aplicará la ley de la residencia habitual de la persona que los reclame cuando ésta no pueda obtenerlos de acuerdo con la ley nacional común. En defecto de ambas leyes, o cuando ninguna de ellas permita la obtención de alimentos, se aplicará la ley interna de la autoridad que conoce de la reclamación”. Por tanto, para los matrimonios que nos ocupan, la ley que frecuentemente se aplique será la del Estado de origen del reagrupante, donde ha debido dejar fijada la situación del anterior cónyuge y familiares. Para el supuesto en que el reagrupante ya esté residiendo en España e inicie este procedimiento porque le interesa reagrupar al segundo cónyuge, es probable que su ley nacional no permita los alimentos exigidos por la LOE. Lo más aproximado que establece el mismo artículo en su segundo párrafo es que “en caso de cambio de la nacionalidad común o de la residencia habitual del alimentista, la nueva ley se aplicará a partir del momento del cambio”. Sin embargo, dado que el reagrupante es el que cambia de residencia y es el alimentante, no alimentista, deberemos aplicar la ley material española para poder cumplir el mandato de la LOE, lo cual significa que la norma de conflicto acaba cediendo en favor del fin que igualmente persigue: la protección del alimentista.

Lógicamente, el enfoque de los Convenios es el mismo que el de nuestra norma. Así, en el Convenio de 20 de junio de 1956, hecho en Nueva York, sobre obtención de alimentos en el extranjero⁴⁶⁸, se prevé que el demandante, auxiliado por la “Autoridad Remitente”, reclame la prestación de alimentos al demandado domiciliado en otro Estado parte, mediante la autorización a la Institución Intermediaria en tal Estado para actuar en su nombre. Sin embargo, a favor de la

aplicación de la ley material española en el caso que nos ocupa, salvando la circunstancia de que es el reagrupante quien incoa, el Convenio dispone en su artículo 6.3: “No obstante cualquier disposición de esta Convención, la ley aplicable a la resolución de las acciones de alimentos y de toda cuestión que surja con ocasión de la misma será la Ley del Estado del demandado, inclusive el Derecho internacional privado de ese Estado”.

Otro Convenio, el de La Haya de 2 de octubre de 1973⁴⁶⁹, permite en su artículo 6 que la ley aplicable sea la ley interna de la autoridad que conozca de la reclamación “cuando el acreedor no pueda obtener alimentos del deudor, en virtud de las leyes designadas en los artículos 4 y 5”, a la vez que el artículo 8 se refiere específicamente a los cónyuges. Además de dar cabida a los de matrimonio poligámico, por cuanto no concreta que los esposos deban estar separados, con lo que se admite otro efecto del mismo dentro de nuestras fronteras, se permite claramente la aplicación de la ley material española. Debe lamentarse, sin embargo, el poco alcance del Convenio en Estados extracomunitarios, pues de estos sólo hay uno cuyos nacionales se someten al régimen general de extranjería, Turquía, a pesar de que también se aplicará indirectamente en los mismos. Por otro lado, se está preparando la firma de otro Convenio que, tal como observa A. Borrás, aunque en un principio iba a sustituir a los anteriormente citados, abarcará sólo el reconocimiento y ejecución de decisiones y cooperación de autoridades⁴⁷⁰. En el marco de estos trabajos preparatorios, destaca la observación planteada por Malasia, que consideraba como un problema de orden público en el reconocimiento relacionado con la ley

⁴⁶⁸ *BOE* núm. 281, de 24 de noviembre de 1966; corrección de errores *BOE* núm. 274, de 16 de noviembre de 1971.

⁴⁶⁹ XXIV Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Instrumento de Ratificación de 16 de mayo de 1986. *BOE* núm. 222, de 16 de septiembre de 1986. Este y los anteriores Convenios sobre la materia podrían ser sustituidos por un Convenio general que se encuentra en fase de elaboración. Sobre los trabajos preparatorios, *vid.* A. Borrás Rodríguez y C. González Beilfuss, "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre el cobro de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención con respecto a la familia", en *REDI*, núm. LV, (1) 2003, pp. 582-585; A. Borrás Rodríguez y M. C. Parra Rodríguez, "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los menores y otras formas de manutención de la familia", en *REDI*, núm. LVI, (1) 2004, pp. 572-578.

⁴⁷⁰ A. Borrás Rodríguez y M. C. Parra Rodríguez, "La tercera reunión de la Comisión especial sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia", en *REDI*, núm. LVII, (1) 2005, pp. 520-525.

islámica en su país la consecuencia de que se permitiría sólo a los hombres ser deudores de alimentos⁴⁷¹.

Conviene no desconocer una institución extranjera cuya función más frecuente es la de prestación alimentaria a la esposa: se trata de la dote islámica, que para poder ser actuada, exige como ley aplicable la nacional común, opción con la vía expedita gracias a que constituye el primer punto de conexión en las normas de conflicto reseñadas. También se emplea con efectos sucesorios a modo de pensión de viudedad, si su entrega es diferida. En cambio, si se entrega en el momento, cumple la función de donación a la mujer con ocasión del matrimonio. Según Motilla y Lorenzo, los casos más frecuentes en los tribunales de países europeos han sido los relativos al pago de la parte de la dote diferida a un momento posterior al matrimonio, esto es, reclamaciones en supuestos de disolución del matrimonio por divorcio, repudio o fallecimiento⁴⁷². También recoge Zabalo Escudero la figura de la *nafaka*, obligación de mantenimiento de la esposa durante el matrimonio, que considera difícilmente calificable como derecho de alimentos pero que sí incluye entre los efectos del matrimonio y que por la regulación de Derecho internacional privado español, será reclamable de modo unitario junto al resto de efectos⁴⁷³.

También es posible que el procedimiento haya seguido su cauce habitual, esto es, que lo haya incoado el acreedor de las obligaciones alimentarias encontrándose ya en España el reagrupante deudor. En ese caso, puede aplicarse el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre reconocimiento y ejecución de de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias⁴⁷⁴, dictadas por autoridades judiciales o administrativas, cualquiera que fuere su denominación, incluso en el caso de que proceda de un Estado no contratante. Dado que, en cuanto a Estados parte, sucede lo mismo que en el anterior Convenio sobre ley aplicable, esta cláusula

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 522.

⁴⁷² A. Motilla y P. Lorenzo, *Derecho de Familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, cit., p. 151.

⁴⁷³ E. Zabalo Escudero, "Efectos del matrimonio y sociedad multicultural", en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, ed. por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, Colex, Madrid, 2000, pp. 9-27.

⁴⁷⁴ Instrumento de Ratificación de 28 de mayo de 1987, *BOE* núm. 192, de 12 de agosto de 1987; corrección de errores *BOE* núm. 282, de 25 de noviembre de 1987. También, referido sólo a alimentos para menores, *vid.* Convenio España-Uruguay, de 4 de noviembre de 1987, sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, hecho en Montevideo. Instrumento de Ratificación de 20 de diciembre de 1991. *BOE* núm. 31, de 5 de febrero de 1992.

supone una ventaja: la autoridad del Estado de origen podrá reclamar los alimentos al residente en España siempre que su ley interna prevea tal obligación.

4. Celebración en fraude de ley

La apreciación del consentimiento matrimonial en un matrimonio entre extranjeros celebrado en el extranjero sólo podrá realizarse en cuanto a la posible simulación y por parte de las autoridades administrativas que conozcan sobre la solicitud de reagrupación. Todo ello por imperativo del artículo 17.1.a) LOE y del idéntico artículo 39.a) RLOE.

Aunque las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado se refieren a los matrimonios inscribibles en el Registro, la doctrina establecida por las mismas, que no debe considerarse directamente aplicable a los casos de autorización de residencia por reagrupación, como ha sido habitual en la doctrina⁴⁷⁵, constituye probablemente la base dogmática próxima en la que trata de apoyarse la regla de extranjería, sin desdeñar la base remota: lo establecido en los artículos 16 DUDH, 23.3 PIDCP y 10.1 PIDESC, desarrollado en el Convenio de 10 de diciembre de 1962, hecho en Nueva York, sobre consentimiento y edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos⁴⁷⁶, que exige “el libre y pleno consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley” (artículo 1.1).

Considerado pues el carácter orientativo, puede recurrirse a la definición más reciente de la DGRN en su Instrucción de 31 de enero de 2006, por la que se considera matrimonio de complacencia al enlace en que “un sujeto, -frecuentemente, aunque no siempre, un ciudadano extranjero-, paga una cantidad a otro sujeto – normalmente, aunque no siempre, un ciudadano español-, para que éste último acceda a contraer matrimonio con él, con el acuerdo, expreso o tácito, de que nunca habrá «convivencia matrimonial auténtica» ni «voluntad de fundar y formar una

⁴⁷⁵ C. Esplugues Mota, "Inmigración y Derecho de Extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)", cit., pp. 120-130.

⁴⁷⁶ Instrumento de ratificación de 15 de abril de 1969. *BOE* núm. 128, de 29 de mayo de 1969.

familia», y de que, pasado un año u otro plazo convenido, se instará la separación judicial o el divorcio”⁴⁷⁷.

Entre los objetivos más usuales de los matrimonios de complacencia que describe la citada Instrucción figura precisamente el de lograr más rápidamente la reagrupación en los casos de residente extranjero extracomunitario, en la misma línea que lo hiciera el Consejo de Europa en su Resolución de 4 de diciembre de 1997, por la que también se tenía en cuenta el mismo matrimonio entre reagrupante extracomunitario y cónyuge extracomunitario, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener una autorización de residencia en un Estado miembro⁴⁷⁸.

Siguiendo la mencionada Instrucción de la DGRN respecto a los matrimonios inscribibles en el Registro Civil, aunque la ley aplicable al consentimiento es la ley nacional de cada contrayente en el momento de la celebración (artículo 9.1 Cc)⁴⁷⁹, sólo se aplicaría la ley material española por intervención de la cláusula de orden público internacional (artículo 12.3 Cc) en el caso de leyes extranjeras que autorizan el matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real prestada por cada uno de los contrayentes o aún en contra de la voluntad de los mismos (*vid.* también la RDGRN 1ª de 7 de julio de 2005), lo cual excluirá obviamente que dicha ley extranjera rijan los efectos de la nulidad, conexión establecida por el artículo 9.2 Cc en relación con el artículo 107 Cc para la nulidad, que remite a la ley aplicable a la celebración del matrimonio.

Entendemos, por tanto, que si el legislador se limitó a exigir la ausencia de simulación, la autoridad correspondiente, Oficina de extranjería y Oficina consular, no debe apreciar otra circunstancia que no sea precisamente la de haber contraído matrimonio con el único fin, por parte del cónyuge, de residir en España y, por parte del reagrupante, de obtener algún beneficio, frecuentemente económico.

La inmediata consecuencia en cuestión de prueba es que siendo la vía normal para la inscripción el certificado expedido por autoridad o funcionario del país de celebración (art. 256.3.º R.R.C.), no conviene que la autoridad administrativa exija

⁴⁷⁷ Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia. *BOE* núm. 41, de 17 de febrero de 2006.

⁴⁷⁸ *DOCE* C 382/1, de 16 de diciembre de 1997.

⁴⁷⁹ *Cfr.* la reciente RDGRN de 14 de junio de 2005, *BOE* núm. 179, de 28 de julio de 2005.

algo diferente a efectos de reagrupación, trámite menos cualificado que el de inscripción del matrimonio. A salvo los requisitos relativos al mínimo internacional fiscalizable en documentos, el control del consentimiento parece poco probable más allá de lo establecido para la entrevista consular en la que los funcionarios deben llegar al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de, entre otros aspectos, “la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado” (artículo 42.3 RLOE). Por otra parte, el único indicio interpretativo con que cuenta la autoridad competente es la regla potestativa recogida en el artículo de la Directiva 2003/86/CE por la que se permite a los Estados tomar en cuenta el hecho de que el matrimonio se haya celebrado con posterioridad a la entrada del reagrupante en el Estado miembro.

Los tribunales han resuelto los recursos relativos a esta apreciación por parte del Cónsul destacando que este debe motivar su decisión en la notificación a los interesados, esto es, comprobando la infracción de las garantías procedimentales esenciales relativas a la prueba del fraude. Sin embargo, cuando las resoluciones atienden al contenido de tal apreciación, no se da un idéntico alcance en la jurisprudencia⁴⁸⁰.

En efecto, es ilustrativa la STSJ Madrid núm. 805/2002, de 26 de junio⁴⁸¹, en la que se atiende tanto a la motivación dada por el Cónsul derivada del resultado de la entrevista personal con la esposa que se pretendía reagrupar como a la documentación aportada al expediente, que la complementa. De este modo, resulta en este caso que la esposa solicitante conoció a su marido días antes del matrimonio, que fue concertado por la familia; que no conoce la edad de su esposo ni detalles de su vida en España; que el esposo, a pesar de estar divorciado desde 1980, tiene hijos, uno habido con su anterior esposa en 1982; que el hijo menor, el nacido en 1982, reside en España con el marido. En cuanto al divorcio, éste efectivamente se produjo en 1980, a petición de su entonces esposa con renuncia por ésta a cuantos derechos pudiera tener en cuanto a bienes e hijos. Después de extenderse el acta de divorcio de 1980, se reanudó el matrimonio en 1981 y volvieron a divorciarse en 1991. Con fecha de 3 de abril de 2000, y en acta ante los adules en la que el esposo aparece

⁴⁸⁰ Así lo constatan A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, "Artículo 17. Familiares reagrupables", cit., especialmente pp. 465-466.

⁴⁸¹ STSJ Madrid núm. 805/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 26 de junio (JUR 2003\5482).

apoderado por su hermano, se elevó a definitivo el divorcio donde consta la manifestación expresa de que desde 1980 la pareja no había mantenido relaciones, lo cual no es cierto. Antes de extenderse el acta, ya se había producido el matrimonio con la actual supuesta esposa, ceremonia que está fechada el 5 de febrero de 1999. El TSJ suscribe la consideración de la poca seriedad tanto de los anteriores divorcios, como del último matrimonio, añadiendo que se acreditan remesas económicas del recurrente pero no a su actual esposa, sino al hijo del anterior matrimonio, que quedó en su país. Las apreciaciones en cuanto a la seriedad del último matrimonio, son acertadas: contraído antes de elevarse a definitivo el anterior divorcio, con todas las reservas a efectos de orden público español en cuanto a este acto que, además, no fue personalísimo y anterior en sólo un mes a la petición de visado para la nueva esposa. Sin embargo, respecto a los anteriores divorcios, hace una interpretación restrictiva del término “procedimiento jurídico” del artículo 17 LOE, refiriéndose a “un procedimiento judicial con todas las garantías formales y donde queden perfectamente reguladas todas las incidencias del matrimonio”. Resulta lógica por tanto la conclusión a la que llega, esto es, que tales garantías no existieron porque los dos divorcios anteriores se produjeron de común acuerdo ante los adules marroquíes “e incluso con carácter revocable como ya sucedió efectivamente en la primera ruptura”. Si debemos atender a lo expuesto por el TSJ, la duración de la revocabilidad que en este caso se dio parece demostrativa de un claro incumplimiento de la propia ley personal, por cuanto ya hemos visto que el repudio deviene irrevocable a más tardar a los seis meses. El fraude detectado en este supuesto, por tanto, en los múltiples divorcios extrajudiciales, situación que lleva al Tribunal a plantear que esta peculiar organización permitiría la reagrupación de varias esposas mediante el simple trámite de concertar un matrimonio, reagrupar a la esposa, divorciarse extrajudicialmente, volver a casar con otra y reagruparla después, y así cuantas veces se considerase conveniente.

En otra Sentencia posterior⁴⁸², el mismo Tribunal añade de nuevo a la escueta apreciación de fraude por parte del Cónsul, referida a que los contrayentes no se conocieron hasta el día de la boda, que en cambio no es culturalmente justificable que el marido se encuentre en España al parecer trabajando (hay informe gubernativo) y no conste, de un lado, la residencia habitual de la esposa, si en casa de

sus padres (no normal), en casa independiente (tampoco) o con los padres del marido (lo bien visto), y, de otro, que no haya la menor referencia a remesas dinerarias periódicas, cruce de cartas...etc., lo mínimo exigible en un matrimonio en la distancia por muchas y profundas que sean las diferencias culturales, y viendo que la unión ya duraba un año al menos. Vemos que en este caso, lo que destaca el TSJ es precisamente lo característico de la convivencia efectiva.

Así, puede concluirse que si bien en sede administrativa, las autoridades se ciñen a las apreciaciones de fraude de ley en el consentimiento por indicios extraídos de la doctrina de la DGRN, en sede judicial, en cambio, es más frecuente recurrir a un tratamiento más autónomo, circunscrito a las concretas disposiciones en materia de reagrupación, lo que lleva en realidad a comprobar con más precisión, o cuanto menos a motivarlo más que los Cónsules, el cumplimiento de los demás requisitos exigidos para poder reagrupar al cónyuge, *v. gr.*, el procedimiento jurídico o la ausencia de separación de hecho.

Ausencia del impedimento de edad de los cónyuges en la LOE. Con la regulación comentada, se podría estar admitiendo también efectos a matrimonios concertados u otros en que la voluntad no se prestó real y libremente, pues, como en el caso de niños, no se considera el matrimonio nulo, sino que la entrevista satisfactoria al cónyuge que para llegar a serlo no fue consultado, manifiesta justamente la voluntad favorable a reunirse con el reagrupante. Así, se convalidaría su situación y, una vez en España el cónyuge habría sido reagrupado por propia voluntad, conforme a un matrimonio que no accederá al Registro Civil.

Si bien no se exige la mayoría de edad para reagrupar o ser reagrupado como cónyuge y nuestro ordenamiento lo permite por la vía de la emancipación (arts. 314 a 324 Cc), la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación, en cambio, “con objeto de garantizar un mayor grado de integración y de evitar los matrimonios forzados”, permite en su artículo 4.5 que los Estados miembros exijan “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”, conciliando así el supuesto con

⁴⁸² STSJ Madrid núm. 964/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 22 de julio (JUR 2003\260405).

Estados como Bélgica, que establece la edad mínima en 18 años⁴⁸³. Puesto que esta exigencia no se da en la LOE, no parece que la autoridad administrativa competente vaya a integrar el requisito de la Directiva en la aplicación de la LOE y mucho menos, que adopte la consideración de nulidad de tales matrimonios por contrarios al orden público internacional español, a semejanza de aquellos cuyo control será competencia propia del Registro Civil. Precisamente en estos últimos, a partir de la regla de conflicto por la que la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración (artículos 9.2 Cc en relación con 107 Cc), convendrá tener en cuenta que en otros Estados la mayoría de edad es posterior a la fijada en España, como en Marruecos a los 20 años (RDGRN 3ª de 26 de febrero de 2001) o en El Salvador a los 21 (RDGRN 4ª de 15 de junio de 2001; también Argentina o Puerto Rico)⁴⁸⁴.

En cuanto a los matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero, la solución de la Directiva manifiesta que, al igual que con la poligamia, nos hallamos ante otro supuesto en que se reconocen efectos a tales “matrimonios entre niños”, pues no se considerará administrativamente como nulo y se impedirá su reagrupación, sino que esta se retrasará para no trasladar la situación al Estado comunitario mientras es contraria al orden público.

La paradoja reside, sin embargo, en la justificación del legislador comunitario a una medida desproporcionada: para garantizar un mayor grado de integración debe permitirse la reagrupación a la mayor brevedad y para evitar los matrimonios forzados entre niños, la edad prevista, por ejemplo en España, es muy anterior a los 21 años permitidos. En concreto y siguiendo lo establecido por el Convenio de 10 de diciembre de 1962, hecho en Nueva York, sobre consentimiento y edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos⁴⁸⁵, nuestro artículo 48 Cc permite la dispensa judicial del impedimento de edad para contraer matrimonio a los 14 años.

⁴⁸³ M. Wilmotte, "Du droit européen vers le droit belge", en *Protection de l'étranger dans une Europe bouleversée*, dir. por A. Nayer, La Chartre, Bruxelles, 1996, pp. 95-106.

⁴⁸⁴ J. López-Bermejo Muñoz, "Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil", en *Registro Civil: Incidencia del fenómeno de la inmigración*, dir. por J. V. Gutiérrez Sánchez, vol. IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 83-132, p.113.

⁴⁸⁵ Instrumento de ratificación de 15 de abril de 1969. *BOE* núm. 128, de 29 de mayo de 1969.

IV. MATRIMONIOS ENTRE EXTRANJEROS CELEBRADOS EN ESPAÑA

Hemos partido de la clasificación conforme al criterio de la autoridad competente para el control de legalidad del matrimonio y ha llegado el momento de comprobar que los matrimonios susceptibles de reagrupación que deben ser inscritos en el Registro Civil español, exceden ampliamente los requisitos de la LOE y el RLOE. El motivo de este distinto grado de cualificación se debe, como ha sido ya comentado, a los reducidos efectos que se contemplan en el régimen general de extranjería, esto es, la entrada en España por motivos familiares mediante una autorización de residencia específica. Esta consideración legitima además un valor autónomo de cada uno de los requisitos enumerados en relación con el cónyuge, así como con el resto de familiares, aunque de modo menos acusado. También se ha comprobado, al tratar en la sección anterior la disolución de los matrimonios anteriores y la celebración en fraude de ley, que aunque nuestro régimen general, es decir, la LOE y el RLOE, no imponen la creación del vínculo familiar, en este caso conyugal, antes de la entrada del reagrupante en España, sí lo prevé la Directiva 2003/86/CE y con carácter interpretativo la propia jurisprudencia estrasburguesa.

Un último elemento reseñable para justificar el tratamiento superficial que va a darse a los matrimonios celebrados en España es simplemente fáctico pero tácitamente justificado por la *ratio legis* del régimen de reagrupación familiar: Los datos relativos a matrimonios celebrados en España entre extranjeros, siendo más numerosos los de nacionalidad común, son relativamente reducidos en relación con los mixtos, en que uno de los cónyuges es español, además de reflejar muy probablemente situaciones en que no se va a producir una reagrupación familiar con posterioridad⁴⁸⁶. En efecto, atendiendo a la práctica, el matrimonio en España es menos frecuente que en el Estado de origen, al que acude el reagrupante en periodo vacacional, con una autorización de viaje obtenida sin dificultad. Allí contraerá matrimonio con el cónyuge que posteriormente tratará de reagrupar. La visita del futuro cónyuge con el fin de casarse en España se presenta como más improbable ya desde el planteamiento, puesto que la obtención de un visado de estancia resulta más compleja que la alternativa, tanto en cuanto a los medios económicos a probar como

⁴⁸⁶ Según datos del INE de 2004, los matrimonios entre nacionales de Marruecos fueron 177, frente a los 1.098 con mujer española o 742 con marido español. Los ecuatorianos están más equilibrados, con 1.394 matrimonios frente a 1.094 con marido español. Disponible en <<http://www.ine.es>>.

en cuanto al trámite administrativo. Si aún así se da el supuesto, el cónyuge debe volver al expirar la vigencia de su visado o autorización de estancia, a la espera de una autorización por reagrupación. Pues bien, la tendencia en esta fase del itinerario es la de permanecer en España materializando de este modo la podemos denominar reagrupación *de facto*, tratada en un capítulo posterior. Un motivo más para alentar esta opción es el fundado temor de que no se reconozca su matrimonio por simulación, tanto a efectos administrativos como civiles, si bien un temor erróneo pues la fiscalización se sustanciará exclusivamente en el Registro civil, por la obligación de inscribir el enlace, para posteriormente constituir prueba documental ante la autoridad administrativa. Precisamente esta última circunstancia de control por parte del Registro, unida al hecho de provocarse administrativamente una separación de los cónyuges por desplazamiento de base no laboral sino administrativa, lleva a la conclusión de que los supuestos de celebración de matrimonio entre extranjeros celebrados en España susceptibles de reagrupación, además de infrecuentes, no son propiamente constitutivos del vínculo conyugal previsto por el régimen general de reagrupación familiar en la LOE.

Veremos, por tanto, los aspectos más relevantes que afectan a estas situaciones y no se recogen en el régimen de extranjería. En este apartado, además, rige la doctrina fijada por la Dirección General de los Registros y del Notariado a través de sus resoluciones e instrucciones, en relación con los matrimonios inscribibles.

Reagrupante que accede a la nacionalidad. En el caso de matrimonios celebrados en el extranjero entre extranjeros cuando uno accede a la nacionalidad española, sólo la excepción de orden público debe ser tenida en cuenta para impedir la inscripción del matrimonio, pues, como hemos comprobado antes, la ley aplicable a la capacidad y al consentimiento en tales matrimonios es la ley nacional de los contrayentes en el momento de la celebración. Sólo así se justifica que pueda apreciarse ausencia de consentimiento. No es pues aplicable el habitual procedimiento de la ley material española para comprobar el consentimiento (RDGRN de 14 de junio de 2005).

Es ilustrativa, entre otras, la RDGRN 1ª de 14 de enero de 2003, al reiterar que “como en este caso el matrimonio se ha contraído por dos cubanos, la capacidad

y requisitos de fondo del matrimonio se regulan por la Ley cubana (artículo 9.1 Cc), no pudiéndose dudar de la validez del enlace para la legislación cubana a la vista de que el mismo ha sido inscrito en el Registro Civil cubano. Son, pues, inaplicables al supuesto las normas españolas sobre consentimiento matrimonial y sobre nulidad de este matrimonio por ausencia de este consentimiento (artículos 45 y 73.1º Cc), pues estas normas, para evitar el fraude, sólo han de ser tenidas en cuenta cuando uno de los contrayentes sea español en el momento de celebración del matrimonio” si es en el extranjero. En el mismo sentido, sobre nacionales cubanos, la RDGRN 2ª de 4 de octubre de 2004 y para inscripción de matrimonio celebrado en la República Dominicana entre dominicanos, Resoluciones DGRN 4ª de 10 de octubre de 2003 y 1ª de 13 de noviembre de 2003.

Si tanto la capacidad como el consentimiento deberán regirse por la ley nacional que ha reconocido como válido el matrimonio y no es contraria al orden público internacional, la forma de celebración admisible también debe ser admitida por la ley personal de cualquiera de los contrayentes, o también, aplicando analógicamente el artículo 50 Cc en ausencia de norma de conflicto, la ley del lugar de celebración. Así debió haber sucedido en la RDGRN de 16 de diciembre de 1992, en que se admitió la inscripción de matrimonio canónico, celebrado en Japón el 20 de mayo de 1978, siendo él de nacionalidad vietnamita y la contrayente de nacionalidad japonesa, forma que se admitió porque en España en aquel momento la reglamentación jurídica del matrimonio canónico quedaba regida por las disposiciones de la Iglesia Católica.

1. Capacidad para contraer matrimonio

Matrimonio inscribible y ley aplicable. Aunque en el tenor legal y reglamentario que enumera los requisitos exigidos expresamente al cónyuge se refiere en primer lugar al fraude, el tratamiento de la poligamia debe ser previo. La razón estriba en la adscripción de estas situaciones a sucesivos requisitos relativos a la validez del matrimonio que se aprecian separadamente: la poligamia afecta a la ley aplicable a la capacidad para contraer matrimonio y la celebración en fraude de ley corresponde a la ley aplicable a la simulación en el consentimiento matrimonial. Por otra parte, también deberán ser mencionados otros aspectos relativos a la capacidad,

puesto el tratamiento de los matrimonios inscribibles obliga a ello, dado su carácter cualificado.

Siguiendo a la Dirección General de los Registros y el Notariado, “nuestro Derecho Internacional Privado no cuenta con una regla conflictual que fije la ley aplicable a todos los requisitos del matrimonio, a modo de «lex matrimonii», ni tampoco dispone de una específica norma consagrada a señalar la ley aplicable a la «capacidad matrimonial», por lo que la reconducción de dicha materia al estatuto personal de la ley nacional no deja de ser el resultado de un silogismo interpretativo, bien que ampliamente extendido en la doctrina científica y en la oficial de este Centro Directivo”⁴⁸⁷.

La ley nacional del individuo rige pues, la capacidad matrimonial conforme al artículo 9.1 Cc, norma de conflicto idéntica a la prevista por la Comisión Internacional del Estado Civil, tanto en su Convenio núm. 20, firmado en Munich el 5 de septiembre de 1980, relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial (art. 1), como en su Recomendación adoptada en Viena el 8 de septiembre de 1976, relativa al derecho al matrimonio.

La capacidad matrimonial comprende tanto la capacidad natural para prestar consentimiento matrimonial como la ausencia de impedimentos matrimoniales, que en nuestro ordenamiento se recogen en los artículos 46 y 47 Cc: son, respectivamente, absolutos o unilaterales y relativos o bilaterales. Junto al impedimento de edad, el artículo 46 prevé el de ligamen, que es al que corresponde la poligamia.

A) Intervención del orden público en la aplicación de la ley nacional

Ya se ha comentado en la sección anterior que en cuanto a la capacidad para contraer matrimonio, se considera aplicable la ley nacional de los cónyuges. Si para los matrimonios celebrados en el extranjero entre extranjeros observábamos que se reconocen algunos efectos en España a leyes contrarias al orden público internacional español, ahora en cambio, en el momento de pretender la inscripción de esos mismos matrimonios, el Registro Civil denegará tal posibilidad por considerarlos nulos. La cláusula del orden público internacional ha sido alegada

⁴⁸⁷ RDGRN de 29 de julio de 2005, cit., apd. VII.

como excepción para rechazar la aplicación de la ley extranjera en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado al pronunciarse sobre los siguientes supuestos⁴⁸⁸:

a) leyes extranjeras que admiten los matrimonios poligámicos, no reconociendo capacidad nupcial a las personas ya ligadas por anterior matrimonio no disuelto (Resoluciones de la DGRN de 14 de diciembre de 2000 y 7.^a de 4 de diciembre de 2002, entre otras); resulta ilustrativa la RDGRN 4.^a de 10 de diciembre de 2004: “El matrimonio poligámico cuya inscripción se intenta se celebró en 1970, cuando consta también por declaración del propio interesado que el mismo había celebrado un matrimonio anterior con súbdita marroquí en 1954, que hay que presumir válido y subsistente hasta la fecha de su disolución por divorcio mediante sentencia judicial recaída en 2002, es decir, en un momento posterior a la celebración del segundo matrimonio. Aunque este segundo enlace sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio, haya que aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (*cfr.* art. 12-3 Cc) que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico que atentaría contra la dignidad de la mujer y contra la concepción española del matrimonio, que regula el impedimento de ligamen prohibiendo el matrimonio a los que estén ligados con vínculo matrimonial (*cfr.* art. 46.2.º Cc) y sanciona con la nulidad el matrimonio celebrado con infracción de tal prohibición (*cfr.* art. 73 n.º 2 Cc). (IV.) No es cuestión de dilucidar ahora los efectos de distinto tipo que ese hecho pueda producir para el ordenamiento español. Lo que es evidente es que no puede admitirse que en una inscripción de matrimonio en el Registro español conste que uno de los contrayentes ya estaba casado cuando se celebró el enlace. Recuérdese que el estado civil de cada contrayente en ese momento es un dato obligado en la inscripción de matrimonio (*cfr.* arts. 35 LRC y 12 y 258 RRC). (...) Además, el segundo o ulterior matrimonio constituye un delito contra las relaciones familiares, en concreto, de matrimonio ilegal: “El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año” (artículo 217 CP)”. Conviene destacar, con García Rodríguez, la figura del matrimonio potencialmente

⁴⁸⁸ Recopilados por la RDGRN de 29 de julio de 2005, cit.

poligámico, pues sólo se ha celebrado uno, que en tanto no se da un segundo matrimonio del cónyuge polígamo, es perfectamente reconocible en España. Obsérvese que es el cónyuge quien es polígamo y con la adquisición de la nacionalidad española deviene monógamo, puesto que el derecho a la poligamia, según advierte esta autora, pertenece no a la forma sino a los efectos personales del matrimonio⁴⁸⁹.

b) leyes extranjeras que prohíben contraer matrimonio entre personas de distintas religiones, en particular respecto de las leyes que limitan el derecho de la mujer musulmana a contraer matrimonio con varón no musulmán (Resoluciones de la DGRN de 7 de junio de 1992 y 1.ª de 10 de junio de 1999);

c) leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre transexual con persona de su mismo sexo biológico, pero distinto sexo legal por no reconocer el cambio de sexo declarado judicialmente en España (RDGRN 3ª de 24 de enero de 2005);

d) leyes extranjeras que admiten el matrimonio entre niños, es decir, respecto de menores que no hayan alcanzado la edad a partir de la cual el impedimento de edad es dispensable (*a sensu contrario*, RDGRN 3ª de 15 de junio de 2004). Nuestro artículo 48 Cc permite la dispensa judicial del impedimento de edad para contraer matrimonio a los 14 años. Sin embargo, en el momento de inscribir el matrimonio correspondiente, debe apreciarse si la edad que el cónyuge tenía en el momento de la celebración era admitida por nuestro orden público en ese mismo momento. De este modo, la RDGRN 1ª de 23 de febrero de 1989 admitió la inscripción de matrimonio contraído con doce años en Marruecos en 1964, permitido por el artículo 83.1 Cc en vigor entonces. En línea con el actual régimen, la RDGRN 3ª de 27 de mayo de 1994 admitió la inscripción siendo la edad de la contrayente en el momento de la celebración de quince años.

e) leyes extranjeras que autorizan el matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real prestada por cada uno de los contrayentes o aún en contra de la voluntad de los mismos (RDGRN 1ª de 7 de julio de 2005).

⁴⁸⁹ I. García Rodríguez, "La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e ius connubi (especial referencia a la poligamia)", en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, dir. por A. Rodríguez Benot, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 143-220, especialmente pp. 214-220.

B) Libertad de estado para contraer matrimonio en España

Disolución del vínculo anterior en el extranjero. Apoyándonos en la RDGRN, de 17 de marzo de 1992 (RJ 1992/2571), diferenciaremos los dos supuestos posibles en relación con la reagrupación. Los requisitos exigidos respecto de los cónyuges anteriores en caso de posterior matrimonio celebrado en el extranjero entre extranjeros, no varía cuando se deben aplicar tanto a idéntico matrimonio en el momento en que el reagrupante accede a la nacionalidad como a posterior matrimonio celebrado en España entre extranjero residente potencial reagrupante y extranjero potencial cónyuge reagrupable, puesto que, a pesar de que estos matrimonios sí se inscriben en el Registro Civil, la sentencia probatoria del divorcio anterior sólo determina la capacidad matrimonial y “como acaecida en el extranjero y no afectando a españoles, no es susceptible de inscripción en el Registro español” (cfr. Artículos 15 LRC y 66 RRC). Sólo será precisa su presentación debidamente traducida y legalizada. Sin embargo, “salvo el caso de que fuera necesaria la colaboración de los órganos judiciales españoles para la ejecución de alguno de los extremos decididos por la resolución extranjera, es totalmente excesivo exigir el *exequatur*”.

Por otro lado, sí hay un supuesto, raro, en que es exigible el reconocimiento de la sentencia extranjera conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que alude el art. 107, II, CC para contraer nuevo matrimonio en España: que el matrimonio disuelto por la sentencia extranjera esté inscrito en el Registro Civil español [cfr. RDGRN de 28 de enero de 1981 (RJ 1981\ 1186)]. Se trataría del matrimonio entre el actual reagrupante y anterior cónyuge, disuelto en el extranjero y previamente celebrado también en España. El matrimonio inscrito por acceso del reagrupante a la nacionalidad española quedaría descartado porque en ese caso ya se trataría de un reagrupante español, sometido al régimen comunitario.

También sería necesaria la disolución del matrimonio celebrado en el extranjero por extranjeros, pues una segunda celebración en España entre los mismos cónyuges constituiría impedimento de ligamen (RDGRN 1ª de 15 abril de 2004): “Los interesados, ambos de nacionalidad marroquí, él con residencia legal en España, contrajeron matrimonio religioso islámico en Marruecos el 3 de julio de 1980, según consta en acta incorporada al expediente, expedida por la autoridad

marroquí. Solicitan ahora autorización para celebrar matrimonio civil en España entre sí, lo que se deniega por el Juez Encargado del Registro por existir entre ellos impedimento de ligamen”. En este caso señala la Resolución que “El artículo 50 del Código civil reconoce el derecho de los extranjeros a contraer matrimonio en España en la forma prescrita para los españoles o cumpliendo lo establecido por la Ley personal de cualquiera de ellos, pero, lógicamente, la aplicación de este artículo no procede cuando, como sucede en el presente caso, quienes han solicitado la autorización se encuentran ya ligados con vínculo matrimonial, que hay que entender subsistente al no constar en el expediente prueba alguna de su disolución (cfr. artículo 46-II CC).”

2. Consentimiento

El matrimonio del reagrupante que accede a la nacionalidad y debe ser por tanto inscrito, es controlado en cuanto a su capacidad, como no puede ser de otro modo, con posterioridad a su celebración. Obviamente, sucede lo mismo con la comprobación de legalidad en cuanto a la prestación del consentimiento y a la forma de la celebración, que, como hemos comprobado en el apartado de capacidad, se hace conjuntamente por parte del Encargado del Registro Civil, incluyendo erróneamente el consentimiento en el contenido de la capacidad⁴⁹⁰. El motivo puede deberse a que la norma de conflicto es la misma, la ley nacional. Otro tanto ocurrirá con los matrimonios consulares celebrados en España. En cambio, los que hayan optado por la ley española en una de las tres formas que exigen expediente previo, deben someterse al control de autenticidad “anticipada” del consentimiento matrimonial.

Matrimonios pendientes de celebración: expediente previo. Puesto que la apreciación del consentimiento va a ser anticipada mediante el uso del expediente previo, conviene tener en cuenta los aspectos de las citadas Normas de la DGRN de 1995 relativos a la audiencia reservada y por separado, la actuación del Ministerio Fiscal y la modalidad del matrimonio por poder⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ RDGRN de 14 de junio de 2005, cit.: “(...) su capacidad para contraer matrimonio se rige por su ley nacional, razón por la cual resulta improcedente, (...) aplicar las normas españolas sobre ausencia de consentimiento matrimonial”.

⁴⁹¹ Vid. in extenso P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

Esas Normas fueron pensadas principalmente para el caso en que un español domiciliado en España pretende contraer matrimonio con extranjero domiciliado fuera de España, habiendo muchos motivos para sospechar que por medio de estos enlaces lo que se pretende exclusivamente es facilitar la entrada y estancia en territorio español de súbditos extranjeros. También sucede, aunque en menor medida, en el caso de extranjeros residentes en España.

Dictando tales instrucciones, se pretendía “que el encargado llegue a la convicción de que los interesados intentan realmente fundar una familia y que su propósito no es simplemente, en claro fraude de ley, el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial sobre la base de un matrimonio en el cual no ha habido verdadero consentimiento matrimonial y que es, en rigor, nulo por simulación”.

Entrevista. La audiencia reservada y por separado es el trámite al que se concede mayor importancia: “En cualquier caso existe un trámite esencial y del que no debe prescindirse, ni cumplirlo formulariamente, como es la audiencia que el instructor, asistido por el secretario, debe realizar de cada contrayente, reservadamente y por separado, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cfr. artículo 246 RRC). Esta audiencia, que en caso del contrayente domiciliado en otro lugar puede efectuarse ante el Registro Civil del domicilio del mismo, puede y debe servir para que el instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos de real consentimiento matrimonial. Un interrogatorio bien encauzado puede llegar a descubrir la intención fraudulenta de una o de las dos partes y en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, el instructor debe denegar la celebración (cfr. artículo 247 RRC).” Resoluciones de la DGRN: 4ª de 27 de octubre de 2004 (español con colombiana), 3ª de 21 de octubre de 2004 (español y rumana), 1ª de 17 de septiembre de 2004 (española, marroquí de origen, y marroquí), 1ª de 21 de octubre de 2004 (español y peruana), 1ª de 23 de septiembre de 2003 (nigeriano y ciudadana belga originaria de Camerún), 5ª de 11 febrero de 2003 (marroquí y español). También, a pesar de que la residencia exigida es simplemente el empadronamiento de uno de los contrayentes, se ha tenido en cuenta, en una primera instancia, la situación de irregularidad junto con la de desconocimiento mutuo de datos esenciales de los contrayentes para considerar la ausencia de consentimiento.

La DGRN, en cambio, ignora este hecho en sus Resoluciones más recientes y se centra en que exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad el matrimonio pretendido. Si hay alguna duda, debe autorizarse⁴⁹².

En el siguiente supuesto, la Resolución recoge como hechos que los dos contrayentes son naturales de Nigeria pero uno es español, para después tratarlos como residentes. Se trata de un error que permite comprobar la asimilación de soluciones. RDGRN de 13 de junio de 2005⁴⁹³: “VII. En el caso actual se trata de la solicitud de autorización para contraer matrimonio civil en España conforme a la legislación de nuestro país que cursan dos nigerianos, residentes en España. El auto dictado por el Juez Encargado del Registro, quien al omitir toda mención de las normas de Derecho Internacional Privado ha puesto en marcha el denominado «orden público internacional oculto», deniega la solicitud por estimar, como el Ministerio Fiscal, que no existe voluntad de contraer verdadero matrimonio, conclusión a que llegan en base a los siguientes hechos: él desconoce la edad y los estudios de ella, el lugar, modo y momento en que se conocieron; él dice que ella trabaja de limpiadora, manifestación que se contradice con la afirmación de ésta de que no trabaja, no recuerda el nombre y número de las hermanas de ella ni el nombre de alguno de los hermanos. Siendo razonable la conclusión alcanzada a la vista de tales datos, sin embargo no puede ser mantenida en esta instancia de apelación dada la abundante justificación documental y gráfica aportado con el escrito del recurso, que acredita mediante el certificado del padrón municipal y diversa documentación epistolar y comercial la convivencia de los interesados en el mismo domicilio desde septiembre de 2002, lo cual puede no ser suficiente para negar con seguridad la simulación, pero sí para impedir la convicción concluyente y sin dudas de su existencia”.

Derecho comparado: peculiaridades del derecho francés. En el sistema francés, con la última reforma del Código Civil en la materia⁴⁹⁴, se exige a los contrayentes, para que un matrimonio sea publicado o celebrado, que presenten un certificado médico prenupcial de menos de dos meses y que sean entrevistados (sólo

⁴⁹² Vid. RDGRN 1ª de 3 de diciembre de 2004, 4ª de 10 de diciembre de 2004, 3ª de 27 de diciembre de 2004.

⁴⁹³ BOE núm. 182, de 1 de agosto de 2005.

⁴⁹⁴ Loi núm. 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité (JO 27 novembre 2003), arts. 74-76.

si parece necesario para establecer la realidad del consentimiento) juntos o separadamente si el oficial del Registro lo estima necesario (art. 63.2 del Código civil francés tras la reforma). También se precisa, con la reforma, que el procurador de la República puede ordenar la suspensión del proceso durante un mes, renovable una vez especialmente motivada, comunicando al final su decisión también motivada de autorizar el matrimonio o de oponerse al mismo, estableciendo los posibles recursos (art. 175.2 del Código civil francés tras la reforma).

Sin embargo, el Tribunal constitucional francés declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones antes de su publicación, considerando que atentaban al principio constitucional de libertad de matrimonio (*Décision du Conseil constitutionnel* núm. 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *JO* 20 novembre 2003). Se trataba, por un lado, de la obligación del alcalde de informar al prefecto sobre dos extremos, los extranjeros que formalizaran el matrimonio sin justificar la regularidad de su estancia y la correspondiente decisión del procurador, disposición que habría podido "disuadir de casarse a los interesados". Por otro lado, se refirió a la precisión por la que constituía un serio indicio el hecho de no justificar la regularidad, no pudiendo ser más que un elemento entre otros para llevar al alcalde a sospechar una ausencia o vicio de consentimiento⁴⁹⁵.

Dictamen. El Ministerio Fiscal, o quien haga sus funciones en el Registro consular (artículo 54 RRC), en defensa de la legalidad, puede denunciar en su dictamen cualquier impedimento u obstáculo que le conste (artículo 247 RRC). Resoluciones de la DGRN: 3ª de 11 de noviembre de 2004 (consular en Londres entre español y ecuatoriana), 2ª de 9 de septiembre de 2004 (matrimonio civil entre español y congoleña celebrado en Kinshasa), 3ª de 12 febrero de 2004 (celebrado en la República Dominicana entre español y dominicana).

⁴⁹⁵ D. Turpin, "Les nouvelles lois sur l'immigration et l'asile dans le contexte de l'Europe et la mondialisation", en *Rev.crit.DIP*, núm. 93, ((2) avril-juin) 2004, pp. 311-393. Comenta la autora que, de cualquier modo, no parece que las autoridades competentes en materia de estado civil tengan siempre grandes dificultades concretas para obtener los "indicios serios" constatando que el matrimonio ha sido pretendido por un motivo distinto al amor, a falta de poder "sondear las entrañas y los corazones" de los interesados y que esta jurisprudencia un poco *fleur bleue* vaya a contribuir a la mejora de la lucha contra ciertas redes de inmigración irregular (p. 327). Concluye considerando que aunque parece loable anular una medida que podría constituir una injerencia clara en el ejercicio del derecho de los contrayentes a formalizar su unión, fiscalizando una situación de irregularidad, que podría llevar a un expediente de expulsión, también es posible que de este modo se pierda una línea de avance en la lucha contra ciertas redes de inmigración irregular.

Matrimonio por poder. Previsto en el artículo 55 Cc, admite la posibilidad de celebración con la asistencia personal de un contrayente y de una persona que interviene como apoderado especial del otro contrayente que reside en lugar distinto del de demarcación del funcionario autorizante. Sin embargo, advierte la DGRN, ese trámite especial “se refiere exclusivamente al momento final de la autorización del matrimonio, de modo que en lo demás el expediente previo ha de tramitarse de acuerdo con las reglas generales indicadas, entre ellas, como es obvio, la audiencia personal y reservada del poderdante sobre la que toda insistencia es poca” (norma 6ª). Esta modalidad se presta especialmente al fraude (RDGRN de 7 de junio de 2005⁴⁹⁶):

“Se ha de recordar, como ya puso de manifiesto la Resolución de este Centro Directivo de 29 de mayo de 1993 que las modalidades del matrimonio por poder no afectan a las condiciones de fondo del enlace, regidas por la ley nacional de cada contrayente, sino a las condiciones de forma, reguladas por la «lex loci» (...) Calificada la materia como correspondiente al estatuto formal es ley aplicable la del lugar del otorgamiento del acto o contrato, del poder y su revocación, que en este caso no es otra que la española, la cual sólo dejaría de ser aplicable en caso de que dicha Ley no reconociera la validez formal del acto o contrato en cuestión, en cuyo caso cedería en atención al principio del «favor negotii» a que se orienta materialmente el artículo 11 n.º 1 del código civil, ante cualquiera de las leyes señaladas por las conexiones alternativas a que acude el citado precepto, esto es, la ley aplicable al contenido, la ley personal del disponente o la común de los otorgantes, (..) El fax que se remite y la audiencia practicada a la contrayente española ponen de manifiesto el escaso conocimiento de uno de los futuros contrayentes respecto del otro, al revelar el desconocimiento de cualesquiera circunstancias personales del mismo distintas a su nombre y apellidos. De hecho los contrayentes no se conocen personalmente, ya que nunca han estado juntos, pues él nunca ha viajado a España ni ella a Perú. A ello se añade que la propia contrayente califica el matrimonio celebrado de «estafa» y «fraude», no pudiendo desconocerse el alcance tradicional que la prueba de confesión incluso extrajudicial ha tenido en nuestro Derecho (cfr. art. 1231 C.c.), por más que en materias tocantes al orden

⁴⁹⁶ BOE núm. 165, de 12 de julio de 2005. Vid. también Resolución estimatoria en matrimonio celebrado por poderes en el extranjero entre español y colombiana: RDGRN 4ª, de 25 de octubre de 2004.

público, como lo es la inscripción de un matrimonio ya celebrado por razón del principio de concordancia entre el Registro y la realidad, su admisión no pueda ser absoluta e incondicionada”.

3. Requisitos de forma en caso de matrimonio celebrado en España

Para los supuestos de matrimonio celebrado en España entre extranjeros, uno debe ser residente, el futuro reagrupante, aunque no necesariamente con autorización de residencia, sino simplemente inscrito en el Padrón. Podrán escoger además, conforme al artículo 50 Cc, como ley aplicable a la forma de celebración del matrimonio, tanto la del lugar de celebración, *lex loci celebrationis*, esto es, la ley española, como la ley nacional de cualquiera de ellos.

*Matrimonio consular*⁴⁹⁷. Si optan por la ley nacional de cualquiera de los contrayentes, es posible tanto la forma civil como la religiosa. Si se trata de la civil, la autoridad competente será el funcionario diplomático o consular extranjero acreditado en España, si la ley personal de los contrayentes lo admite (artículo 50 Cc y RDGRN 1ª de 1 de junio de 2005, cit.).

Para estos matrimonios, que no deben entenderse celebrados en el extranjero, pues el Consulado es territorio español, rige, igual que para los celebrados en el extranjero de aquellos que acceden a la nacionalidad, el control de legalidad posterior. De este modo, en el momento de la calificación para la inscripción del matrimonio, el Encargado deberá comprobar la existencia del requisito legal sobre la capacidad, el consentimiento y la forma válida de celebración del enlace (cfr. arts. 65 CC y 256 R.R.C.)⁴⁹⁸.

Lex loci celebrationis. Si escogen la ley española, de las cinco formas posibles⁴⁹⁹, civil, evangélica, hebraica, islámica o canónica, para las tres primeras es necesario instruir un expediente matrimonial previo ante autoridades civiles españolas (RDGRN 2ª de 15 de septiembre de 2004). El futuro reagrupante debe tener el domicilio en la demarcación que corresponda al instructor del expediente matrimonial (RDGRN de 23 de diciembre de 2004) y que puede ser el juez

⁴⁹⁷ Recuérdese que no sólo es posible entre extranjeros. *Vid.*, entre otras, RDGRN 1ª de 28 de mayo de 2001 (celebrado en el Consulado de Marruecos en Algeciras entre marroquí y española).

⁴⁹⁸ *Vid. in extenso* R. Arroyo Montero, *El matrimonio consular*, La Ley, Madrid, 1991.

⁴⁹⁹ *Vid. in extenso* S. Adroher Biosca, *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, cit.

Encargado del Registro civil, el Alcalde o Concejal del municipio donde se celebre el matrimonio, u otro funcionario designado reglamentariamente (artículo 238 RRC).

El contenido básico del expediente previo se refiere a la acreditación de la identidad de los contrayentes, los requisitos de capacidad y la no concurrencia de ningún otro obstáculo para la celebración del matrimonio (artículo 246 RRC), que viene utilizándose para apreciar la autenticidad “anticipada” del consentimiento matrimonial, mediante audiencia reservada y por separado. Ahí reside precisamente la confusión en el empleo del expediente previo por parte del Registro Civil, que debe ocuparse de la capacidad matrimonial, en la que se incluye la capacidad natural para prestar consentimiento, pero no la prestación misma del consentimiento, que se manifiesta en el momento de la celebración, en la forma escogida legalmente admisible y es tan esencial como la capacidad.

Debiendo pues, volver sobre el expediente previo al tratar el consentimiento, destacamos ahora algunos de los trámites que recuerdan las Normas sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes esté domiciliado en el extranjero, dictadas por la Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995⁵⁰⁰, de interés por su trascendencia en los enlaces que deberán inscribirse y después fundamentarán la reagrupación familiar del cónyuge:

- Ratificación: los contrayentes deben ratificar el escrito inicial (art. 240 RRC) y en caso de que uno no esté domiciliado en la demarcación del Registro instructor puede realizarse por comparecencia ante otro Registro Civil español o por medio de poder especial (art. 242 RRC).
- Trámites del procedimiento recogidos en el Reglamento del Registro Civil: pruebas complementarias del escrito (artículo 241 RRC); subsanación de éste (artículo 242 RRC); publicación de edictos o trámite sustitutorio (artículos 243 y 244 RRC); ampliación de pruebas propuestas o acordadas de oficio (artículo 245, I RRC) y dictamen médico, si se estima que alguno de los contrayentes está afectado por deficiencias o anomalías psíquicas (artículo 245, II RRC).

⁵⁰⁰ BOE núm. 21, de 25 de enero de 1995.

- Una variedad del expediente es la que acaba en certificado de capacidad matrimonial en lugar de autorización del matrimonio por funcionario español. Se expide a los contrayentes que desean contraer en la forma establecida por la ley del lugar de celebración, que además exige tal certificado⁵⁰¹ (artículo 252 RRC). Este es el caso de Marruecos, que lo exige a español que contrae con marroquí. En la RDGRN de 13 de junio de 2005⁵⁰², se solicita la inscripción de matrimonio coránico entre marroquí e hispano marroquí, que aprovecha su doble nacionalidad para eludir el certificado de capacidad: “V. (...) ha sido considerado por las autoridades marroquíes encargadas de la autorización del matrimonio no como español, sino como marroquí, al no reconocer la validez y eficacia de la renuncia a esta nacionalidad que el interesado formalizó a los efectos de perfeccionar su título de adquisición de la nacionalidad española, pero es ésta una consideración por la que no pueden pasar en absoluto las autoridades españolas, pues en estos supuestos de doble nacionalidad de «facto», de un español que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales, prevalece en todo caso la nacionalidad española (cfr. art. 9.9 n.º 9 Cc). Por tanto, para los efectos del Ordenamiento jurídico español el supuesto se ha de calificar como de matrimonio de español celebrado en el extranjero con contrayente extranjero, por lo que presupuesto para tal caso la exigibilidad por parte de la ley local marroquí de un certificado de capacidad matrimonial del extranjero, no cabe reconocer como título inscribible la mera certificación de la autoridad extranjera”.

⁵⁰¹ *Vid.* también Convenio número 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980, ratificado por Instrumento de 10 febrero 1988, *BOE* núm. 117 de 16 de mayo de 1988. Carece, sin embargo de trascendencia en el caso de los extracomunitarios, puesto que el único Estado parte que no se beneficia de la libre circulación comunitaria es Turquía.

⁵⁰² *BOE* úm. 182, de 1 de agosto de 2005.

CAPÍTULO VI. OTROS BENEFICIARIOS DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

I. HIJOS REAGRUPABLES Y REQUISITOS PARA SU REAGRUPACIÓN

1. Filiación por naturaleza

A) Control de la filiación

Competencia de control administrativo. El régimen de la reagrupación familiar no establece unas condiciones determinadas para la documentación que debe acreditar el vínculo familiar, en este caso la filiación. De cualquier modo y siguiendo la postura adoptada al analizar los matrimonios, no parece que el control de legalidad realizado tanto por la Oficina de Extranjeros como por la Oficina Consular pueda alcanzar el grado de cualificación del Registro civil para los casos de nacimientos en el extranjero que deban inscribirse por afectar a españoles, esto es, reagrupantes que acceden a la nacionalidad española (artículo 15 LRC) y deben inscribir el nacimiento de cada uno de sus hijos, de los que nos interesan los reagrupados. Se trata, por tanto, de un primer control administrativo, limitado a la comprobación de la legalización del documento extranjero y a una entrevista en el trámite de visado que, posteriormente puede verse contestado por la fiscalización que lleve a cabo el Registro civil ante la necesidad de inscribir el nacimiento del extranjero.

Teniendo clara la competencia del Registro civil en la materia y los casos de reagrupación familiar en que procede⁵⁰³, el control para poder practicar la inscripción se ejecuta, conforme al artículo 23 LRC, principalmente sobre 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”. A este respecto, exige el artículo 85,I; RRC que el Registro extranjero “sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española”.

⁵⁰³ Numerosas Resoluciones de la DGRN se refieren al nacimiento en el extranjero inscribible en el Registro civil. Interesan en particular aquellas en que el progenitor promotor de la inscripción ha adquirido la nacionalidad española: Resoluciones de 13 de junio de 2001, 5 de enero de 2002, 1ª de 4 de enero de 2003, 3ª de 21 de enero de 2003 y 3ª de 8 de febrero de 2003.

Como muestra de este control, se afirma en la RDGRN 3ª de 8 de febrero de 2003: “En este caso la presunta madre adquirió la nacionalidad española por residencia en 1999 y se intenta inscribir, por medio de certificaciones dominicanas, el nacimiento de unas hijas suyas acaecidos en la República Dominicana en 1984 y 1985. Ahora bien, las inscripciones de nacimiento se han extendido fuera de plazo en 2000 y 1991 por virtud de la sola declaración del padre y sin intervención alguna de la madre.

En esta situación -y sin perjuicio de lo que pudiera decidirse en el expediente de inscripción fuera de plazo a la vista de las pruebas que en él se presenten- hay que concluir que las certificaciones dominicanas acompañadas no reúnen las condiciones exigidas por los artículos 23 de la Ley del Registro Civil y 85 de su Reglamento para dar fe de la filiación materna alegada”.

Si se deniega la inscripción por no ofrecer suficientes garantías los certificados aportados respecto a la filiación, todavía queda la posibilidad de que, de aportarse nuevas pruebas, incluso de tipo médico, que llegaran a acreditar la veracidad de las relaciones de filiación alegadas, pueda examinarse nuevamente la pretensión⁵⁰⁴, e incluso acabe imponiéndose la inscripción si así se deriva del correspondiente procedimiento declarativo ordinario sobre filiación⁵⁰⁵.

Ley aplicable en caso de conflicto. De acuerdo con la LOE, la reagrupación de los hijos ofrece una importante y necesaria amplitud. Para empezar, quedan excluidos los demás descendientes, que sólo tendrán cabida en la letra c), como representados legalmente. Se trata de los nietos y bisnietos. El supuesto más habitual es el de la filiación constituida en el extranjero y, respecto a nuestro objeto de estudio, entre extranjeros. Conforme al artículo 9.4 Cc, la ley aplicable, por tanto, al carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, será la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo. Como nada se establece sobre la determinación de la filiación, corresponde a este aspecto concreto el criterio general del artículo 9.1 Cc, por el que “la ley personal correspondiente a las personas físicas es la

⁵⁰⁴ Art. 85,II RRC: “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.”

⁵⁰⁵ RDGRN 3ª de 8 de febrero de 2003.

determinada por su nacionalidad”, referido al estado civil como comprensivo de la filiación.

Los conflictos que se sustancian habitualmente en relación con la determinación de la filiación, principalmente los de reclamación no trascienden al ámbito de la reagrupación por cuanto la configuración actual del derecho implica que el titular del mismo sea el reagrupante y que los hijos sean meros beneficiarios. Por tanto, aunque un presunto hijo obtuviera jurisdiccionalmente el reconocimiento de su condición, no por ello el extranjero residente en España estaría obligado a solicitar la reagrupación de aquel. A mayor abundamiento, aplicando la ley española, tal progenitor “quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias (...) cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición” (art. 111.2º Cc).

Los preceptos recogidos en el artículo 39 CE sobre la igualdad entre los hijos, su derecho a solicitar la investigación de la paternidad y el deber de los padres a prestar asistencia a los hijos matrimoniales y no matrimoniales no alcanzan al régimen de la reagrupación, en el que el reagrupante puede discriminar legítimamente a los hijos, reagrupando a unos y a otros no. Cuestión distinta es la de que se le exija al reagrupante la acreditación de que se ha fijado la situación de todos los hijos, también los ilegítimos. Este requisito se exige en la esfera del cónyuge progenitor de los hijos eventualmente discriminados. Sin embargo, tales situaciones sólo aflorarán en el procedimiento de reagrupación por iniciativa de los cónyuges e hijos que permanezcan en el Estado de origen sin ser reagrupados y presenten pruebas de reclamaciones pendientes al reagrupante, o bien, por la investigación de oficio que la propia Oficina de Extranjeros o Consular ordene sobre la existencia de obligaciones alimenticias del reagrupante todavía no satisfechas.

B) Requisitos de los beneficiarios

Minoría de edad. En lo que respecta a los requisitos que han de reunir los hijos para poder ser reagrupados es donde se constata la restricción, ya que deben ser menores de dieciocho años o estar incapacitados de conformidad con la Ley española

o su Ley personal y no encontrarse casados⁵⁰⁶. Este requisito, en el régimen anterior, debía darse al tiempo de solicitar el visado (STSJ Madrid, de 23 de enero de 2004 (RJ 74): “Así las cosas, debemos examinar si en el presente caso concurrían los presupuestos exigidos por la norma para la concesión del visado solicitado. Y a estos efectos, ha quedado acreditado en autos mediante los correspondientes extractos de las actas de nacimiento que Jesús Carlos y Sergio eran mayores de 18 años al tiempo de presentar la solicitud de visado”. Sin embargo, en otra Sentencia en la que también se aprecia en el momento de la solicitud, se suscita la duda sobre si el momento de presentación del recurso, presentado a los tres meses la denegación tácita de reagrupación por silencio administrativo, también debe ser previo a los 18 años⁵⁰⁷. Claramente, no es preciso, pero el Tribunal trata así de solucionar un conflicto generado por la concurrencia de regímenes distintos: el anterior Reglamento permitía la minoría de edad fijada por la ley personal mientras que la LOE, una vez aprobada, eliminaba tal posibilidad, rigiendo el criterio de la *lex fori*, 18 años.

Observamos que se impone a los hijos la minoría de edad conforme a uno de los criterios de la *lex fori*, el general de alcanzar los dieciocho años⁵⁰⁸, pues también es posible en España alcanzar la mayoría de edad antes⁵⁰⁹. Este criterio estático además, no tiene en cuenta la ley personal del menor (artículo 9.1 Cc), como sí la tiene el de la declaración de incapacidad, que puede regirse indistintamente por la ley española o por la ley personal. Otra diferencia, que algunos consideran como

⁵⁰⁶ Este requisito de no hallarse casados, impuesto también en la Directiva, está justificado en nuestro ordenamiento por el hecho de que el matrimonio de un menor es motivo para que este se considere emancipado (arts. 314 a 324 Cc).

⁵⁰⁷ STSJ Madrid núm. 966/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 22 de julio (JUR 2003\260406).

⁵⁰⁸ Art. 12 CE. También se utiliza este criterio para aplicar el régimen de protección de menores en los casos en que el menor está en España sin familia. A. Carrió Sampedro, "La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor extranjero. Consideración crítica de la Instrucción 3/2003", en *La Ley*, núm. 6003, 2004, de 23 de abril, pp. 1-6. El autor lamenta el conflicto móvil que puede producirse al aplicar conjuntamente los arts. 9.1 Cc y 1 de la LOPJM al supuesto de un menor extranjero que según su ley personal ya haya alcanzado la mayoría de edad, provocando la inaplicación de las normas sobre protección de menores: la Instrucción condiciona el beneficio de las normas de protección de menores a que carezcan de la capacidad civil de obrar, limitando erróneamente tal condición a que sean menores de 18 años (cuando por ley personal hay quien no obtiene la capacidad de obrar automáticamente a esa edad, como marroquíes, egipcios, namibios o guineanos) y no puedan entenderse emancipados, requisito impreciso y no exigido expresamente por las normas de protección de menores. También critica que la Instrucción interprete la presencia del menor en nuestro territorio sin la compañía de un adulto como "situación episódica de desprotección" que no justifica la intervención automática de la correspondiente Administración pública.

⁵⁰⁹ La posible emancipación, ya comentada, arts. 314-324 Cc.

discriminación⁵¹⁰, es la del umbral de edad aplicado en el régimen comunitario que, como se verá eleva el mínimo a veintiún años e incluso lo eleva sin límite con la concurrencia de dependencia económica. Es por lo que se propone desde la doctrina trasladar este último criterio al régimen general que estamos estudiando⁵¹¹. De este modo, sería aceptable el supuesto de reagrupar a un hijo no casado, considerando el matrimonio contraído como uno de entre los posibles motivos de vida independiente del hijo. Por otro lado, saluda la doctrina el hecho de que el legislador no haya transpuesto, las disposiciones potestativas de la Directiva 2003/86/CE hasta la fecha de aplicación de la misma, que fue el 3 de octubre de 2005, relativas a la posibilidad de establecer límites a la entrada de los hijos a partir de determinadas edades, doce y quince años respectivamente⁵¹².

Incapacitación. El requisito legal de estar incapacitados de conformidad con la ley española o su ley personal, que deberá comprobar la Oficina de Extranjeros y la Oficina Consular, se ofrecen como puntos de conexión alternativos⁵¹³, mientras que el artículo 9.6. Cc en sus dos párrafos asigna la ley aplicable según el elemento de que se trate:

“La tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste. Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la ley de su residencia habitual.

Las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley española.”

Tratando de conjugar las disposiciones anteriores en los supuestos de reagrupación de incapaces, entendemos que se permite regir la constitución de la tutela tanto por la ley nacional como por la española, debiendo aplicar esta última

⁵¹⁰ E. López Barba, "Extranjería. Reagrupación familiar", cit., pp. 155-187. Afirma que supone una violación del artículo 14 CEDH por suponer una discriminación en el goce del artículo 8 del mismo Convenio (p.173).

⁵¹¹ E. López Barba, "Extranjería. Reagrupación familiar", cit., p. 174.

⁵¹² A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, "Artículo 17. Familiares reagrupables", cit., pp. 469-470.

cuando el hijo se encuentre en España, en situación de estancia, preferentemente regular, visitando a su progenitor, extranjero residente (futuro reagrupante), y este promueva la declaración de incapacidad ante autoridad española y no ante autoridad consular de su Estado de origen. Posteriormente, el progenitor solicitará la reagrupación del hijo declarado incapaz en España. La paradoja resulta de la aplicación de la ley correspondiente a la residencia habitual del incapaz en lo relativo a las medidas provisionales o urgentes de protección, ley que en el caso de hijos reagrupables deberá ser la del Estado de origen, no la de España, si se sigue el procedimiento ordinario de reagrupación. Sólo rige la ley española si el hijo está empadronado en España en situación irregular o, como afirman Abarca Junco y Vargas Gómez-Urrutia, podrá atribuirse la competencia judicial al tribunal español y aplicarse la ley española si el incapacitado residía en España en un momento previo y después hubiera vuelto al Estado de origen para poder cumplir los requisitos de la reagrupación⁵¹⁴.

Siguiendo con la aplicación de la ley española, el artículo 171 Cc permite que en estos casos se den dos posibilidades de prórroga de la patria potestad: por ministerio de la ley al llegar a la mayoría de edad si ha sido declarado incapaz siendo menor, o si el hijo ya es mayor de edad, soltero y vive en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos cuando fuere incapacitado, “se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad”. Parece preferible este procedimiento de prórroga al otro también posible de tutela, por el cual “cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad” (artículo 236.2º Cc).

Debemos tener en cuenta que, conforme al artículo 201 Cc, “los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad”. Esas causas son las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (artículo 200 Cc) y la declaración debe ser judicial (artículo 199 Cc).

⁵¹³ C. Esplugues Mota, "Inmigración y Derecho de Extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)", cit., p. 131.

⁵¹⁴ A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, "Artículo 17. Familiares reagrupables", cit., p. 472.

Los casos de incapacitación constituida conforme a ley extranjera, a diferencia de lo establecido para la adopción, no se ven impelidos a acreditar la eficacia de las formalidades en España, por lo que no parece que la autoridad administrativa española deba impedir la reagrupación de un hijo incapaz mayor de dieciocho años, sólo porque ha sido declarado como tal conforme a un régimen que establece discriminaciones de sexo o de religión y es, por tanto, contrario al orden público internacional español. Se trata, nuevamente, de una situación en la que puede operar el orden público atenuado y permitir la reagrupación del incapaz, de tal modo que una vez en España, la institución de protección correspondiente sólo desplegará los efectos permitidos y las lagunas se integrarán mediante la ley de residencia habitual, esto es, la española. En la misma línea, la doctrina defiende una interpretación amplia del requisito que admita una prueba distinta a la declaración judicial⁵¹⁵.

Libertad de estado o soltería. Además del umbral de edad absoluto o la incapacidad, el artículo 39.b RLOE exige que los hijos “no se encuentren casados”. Puesto que no se concreta, es posible que la ratio legis de la disposición se refiera a la soltería pero el requisito permite que un hijo viudo o divorciado sea reagrupado. Igual que en el caso de la edad constatada en el momento de la solicitud, entendemos que también en ese momento procesal deberá estar inscrita en el Registro Civil del Estado de origen la anotación correspondiente a la libertad de estado, ya sea por no haberse alterado en ningún momento su estado como por haberse anotado ya la nulidad o la disolución del matrimonio, tanto por defunción como por divorcio.

En contra de tal posibilidad, la ley española concuerda con los requisitos impuestos a los hijos extranjeros, puesto que el matrimonio es causa de extinción tanto de la minoría de edad (arts. 314 y 316 Cc) como de la patria potestad del incapaz (art. 171, II, 4º Cc).

Poligamia e hijos no reagrupables. Puede darse el supuesto de desamparo legal de los hijos de cónyuge no reagrupable debido a la situación de poligamia del reagrupante por la que ya reside con él otro cónyuge. En estos casos, el cónyuge no reagrupable puede tratar de obtener bien una autorización de residencia y trabajo

⁵¹⁵ A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, "Artículo 17. Familiares reagrupables", cit., pp. 471-473.

independiente, bien una autorización de residencia general, como se ha visto en el capítulo anterior. Sin embargo, sus hijos comunes con el reagrupante sólo podrán acceder legalmente a la residencia por reagrupación un año más tarde que su progenitor no reagrupado. Es muy probable, en semejante situación, que el cónyuge polígamo trate de mantener la unidad familiar promoviendo el acceso de sus hijos menores mediante visado de estancia y con carácter simultáneo a su propio acceso, agotando después la vigencia del visado y tras la eventual prórroga de estancia, provocar la estancia irregular de sus hijos durante los meses que resten para alcanzar el año exigido como mínimo para solicitar la autorización de residencia de los hijos de residente legal, que en este trabajo hemos calificado como reagrupación de facto y que puede incluirse entre los supuestos de la denominada regularización ordinaria, tratada en el Capítulo VIII. Como se ha podido comprobar, esta solución implica el fraude de ley en cuanto a la instrumentalización del visado de estancia, puesto que desde el inicio la voluntad del extranjero es la de permanecer más de tres meses. También se induce a incurrir en una conducta tipificada en la LOE como infracción administrativa grave, a la que se debe aplicar una sanción pecuniaria y subsidiariamente la expulsión, aunque la realidad del régimen sancionador en materia de extranjería es bien distinta (*vid. infra* Capítulo XI, sección III).

El esfuerzo por alcanzar una solución legal llevaría a solicitar una autorización de residencia temporal de carácter general (artículo 34 y ss. RLOE) para el hijo del reagrupante que, como no puede serlo en este caso, paradójicamente deberá presentar los documentos que acrediten medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que se desee residir en España, sin necesidad de desarrollar ninguna actividad laboral (artículo 35.2.d RLOE), debiendo añadirse el seguro médico, aunque el RLOE sólo lo exige expresamente entre los documentos que deben presentarse para la renovación de la autorización (artículo 37.2.b RLOE). La dificultad de este itinerario legal es doble: por un lado, la exigencia de medios en la práctica excede a la propia de la reagrupación en cuanto a la prueba de los mismos. Por otro lado, la autoridad competente podría concluir fácilmente que se está autorizando administrativamente una situación de poligamia.

El TSJ de Madrid tuvo ocasión de pronunciarse en su Sentencia núm. 671/2004 (JUR 2004\220895) sobre la materia. El extranjero, de nacionalidad

marroquí, residente en España con su segunda mujer y con los dos hijos del matrimonio, había solicitado poco después de la entrada en vigor del Reglamento de la LOE de 2001, hoy derogado, la concesión de visado de residencia para reagrupación familiar a favor de los tres hijos de su primer matrimonio, los cuales convivían con su madre en Marruecos. Pues bien, a pesar de que el reagrupante alegó que la madre de los menores había consentido expresamente el traslado de sus hijos desde Marruecos a España para que convivieran con su padre, cuestión que habría podido ser admitida de conformidad con la Directiva 2003/86/CE pero no según lo estrictamente requerido por la LOE, el Tribunal acoge el contenido del informe desfavorable del Consulado de España, por el que los hijos del solicitante eran menores y se encontraban escolarizados en Marruecos bajo el control y tutela de su madre, y en consecuencia se estimaba contrario a sus intereses viajar a un país del que desconocían su cultura y su lengua, sustituyendo además a su madre biológica por la segunda esposa del demandante.

2. Filiación adoptiva

Adopción plena. Quedan incluidos en el ámbito personal pasivo de la reagrupación los hijos adoptados, con la siguiente cautela: el reagrupante debe acreditar que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España, además de ser una decisión con carácter definitivo. Conviene tener en cuenta además que a diferencia de lo que puede ocurrir en el régimen de reagrupación del cónyuge y a pesar de que nada se especifique ni en la LOE ni en la Directiva 2003/86/CE, cabe pensar que una adopción en el Estado de origen por parte de un extranjero que ya reside en España, puede no ser constitutiva de un supuesto de reagrupación, puesto que la residencia del adoptante, esto es, su domicilio, está en España y si la Administración autonómica competente en materia de adopción interviene en la misma, muy probablemente se acabe practicando su inscripción en el Registro Civil del domicilio del adoptante extranjero residente, constando además como lugar de nacimiento del adoptado, conforme al tercer apartado adicionado al artículo 16 LRC por la Disposición adicional séptima de la Ley 24/2005⁵¹⁶.

⁵¹⁶ Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad. *BOE* núm. 277, de 19 de noviembre de 2005.

Del tenor de la LOE se deduce que el legislador ha pretendido establecer de nuevo, como en el caso de los cónyuges, un control de legalidad administrativo mínimo para los casos de filiaciones adoptivas constituidas en el extranjero y cuyos efectos se han desplegado también en el extranjero. El motivo vuelve a ser el de que tales relaciones de filiación no acceden al Registro Civil español en tanto no obtenga la nacionalidad española el reagrupante. Ya adelantó Espinar Vicente que en estos supuestos, la adopción no requiere *exequatur*, por tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria en nuestro ordenamiento jurídico que además sólo debe operar como medio de prueba⁵¹⁷.

En el ámbito de la adopción, el régimen convencional permite el reconocimiento de pleno derecho de las adopciones constituidas en alguno de sus Estados parte, que por tanto desplaza al régimen general del artículo 9.5 Cc en su amplio ámbito de aplicación⁵¹⁸. Se trata del Convenio de la Haya de 1993⁵¹⁹, que articula tal reconocimiento mediante la certificación de conformidad con el propio Convenio, expedida por una Autoridad Central (artículo 23 del Convenio). Advierte A. Borrás, sin embargo, que el punto esencial del Convenio es el artículo 17 porque permite la adopción y el traslado del niño al país de recepción en base al acuerdo con la adopción, manifestado tanto por los futuros padres adoptivos como por las respectivas Autoridades Centrales⁵²⁰. La importancia de este instrumento radica en que todas las adopciones certificadas en sus Estados parte deben ser reconocidas como tales en España y despliegan todos los efectos propios de nuestro ordenamiento, sin que se pueda comprobar la competencia de la autoridad que la constituyó ni la ley aplicada, todo lo cual viene a satisfacer el requerimiento de la LOE sin necesidad de acudir, para los casos así certificados a la doctrina de la DGRN, puesto que el Convenio no implica la inscripción en el Registro Civil.

⁵¹⁷ J. D. González Campos, J. C. Fernández Rozas, J. M. Espinar Vicente, L. Garau Juaneda, A. L. Calvo Caravaca, R. Recondo Porrua y M. Virgós Soriano, *Derecho internacional privado. Parte especial*, cit., p. 222.

⁵¹⁸ J. L. Iriarte Ángel, "Adopción internacional. Últimas tendencias en el ordenamiento español", en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, ed. por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, Colex, Madrid, 2000, pp. 103-128.

⁵¹⁹ Convenio de 29 de mayo de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya. Instrumento de ratificación de 30 de junio de 1995. *BOE* núm. 182, de 1 de agosto de 1995. Para un análisis extenso, *vid.* B. L. Carrillo Carrillo, *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo 1993*, Comares, Granada, 2003.

⁵²⁰ A. Borrás Rodríguez, "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: reunión de la Comisión especial sobre la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional (La Haya, 28 de noviembre a 1 de diciembre de 2000)", en *REDI*, núm. LII, (2) 2000, pp. 653-659.

De cualquier modo, la aplicación del Convenio en los supuestos de reagrupación familiar del régimen general puede verse obstaculizada por la difícil conjunción de dos de las condiciones exigidas. La primera, sobre el ámbito, resulta en cierto modo salvable, aunque reduce los posibles casos susceptibles de adscripción al Convenio. El artículo segundo establece que el niño resida habitualmente en el Estado contratante de origen y que su desplazamiento se haya dado, se dé o vaya a darse al Estado contratante de recepción, en el que deben tener su residencia habitual los cónyuges adoptantes o el adoptante⁵²¹. La adopción puede realizarse en cualquiera de los dos Estados. De estos requisitos se deduce que si el reagrupante adoptó antes de residir en España, el Convenio no se aplicará, puesto que la finalidad del desplazamiento no es la adopción, sino la reagrupación. Sólo en el caso de residir ya en España, presumiblemente con su cónyuge reagrupado, podría aplicarse el Convenio al adoptar en su Estado de origen, pero en este caso, el motivo del desplazamiento no es la reagrupación sino la adopción. A este respecto, el Ministerio de Asuntos Exteriores tiene previsto un visado específico de “reagrupación familiar para adopción” con su propio código, distinto del de “reagrupación familiar de régimen general”⁵²², por lo que cabe considerar admitido el supuesto. Por tanto, sólo trasciende el Convenio en aquellas adopciones internacionales instadas por los reagrupantes cuando todavía residían en su Estado de origen, respecto a un menor residente en otro Estado parte del Convenio. En efecto, la certificación de tal adopción conforme al Convenio deberá ser aceptada en España como documento acreditativo de la filiación adoptiva, presentado por el extranjero que ya se encuentra residiendo en nuestro Estado y solicita la reagrupación.

Por otra parte, el segundo obstáculo parece insalvable, puesto que el artículo 5 del Convenio, en su letra c), sólo permite que las adopciones consideradas tengan lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de recepción hayan constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado. Pues bien, como se podrá comprobar en sede de procedimiento, los familiares reagrupados pueden disponer de una autorización de residencia con la

⁵²¹ La exigencia de que sean “Estados distintos” reviste especial importancia para el ámbito de la reagrupación. A. L. Calvo Caravaca, “Adopción internacional”, en *Derecho de Familia Internacional*, A. L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González y E. Castellanos Ruiz, 3ª edic., Colex, Madrid, 2005, pp. 153-189, especialmente pp. 178-181.

misma vigencia que la del reagrupante, salvo en el caso de que esta sea permanente, en cuyo extremo la vigencia alcanzará el mismo plazo que la vigencia de la tarjeta de identidad del reagrupante (artículo 42.7 RLOE). La interpretación literal impone que el Convenio, finalmente, sea aplicable sólo a españoles (los familiares de los demás beneficiarios del régimen comunitario tampoco acceden a la residencia permanente *ab initio*) y que pueda calificarse el supuesto como de reagrupación sólo *lato sensu*.

Respecto a la adopción que no es constituida en el ámbito del Convenio de la Haya de 1993 ni por Juez español⁵²³, el artículo 9.5 Cc indica que deberá haberse observado la ley nacional del adoptando en lo que se refiere a su capacidad y consentimientos necesarios tanto si tuviera su residencia habitual fuera de España como si aun residiendo en España, no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española. Añade el mismo artículo en su párrafo segundo que “los consentimientos exigidos por tal ley podrán prestarse ante una autoridad del país en que se inició la constitución o, posteriormente, ante cualquier otra autoridad competente”.

De algún modo, la LOE trata de asimilar la adopción del reagrupante extranjero a la del adoptante español, puesto que el mismo artículo 9.5, III Cc establece que “no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española. Tampoco lo será, mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción”.

Ante esta exigencia de elementos necesarios para la eficacia en España, podemos acudir a la doctrina de la DGRN que rige en los casos de inscripción, en los que necesariamente despliega efectos la adopción. En su Resolución de 1 de junio de 1999 (RJ 10118), resuelve que para considerar tal correspondencia de efectos, es suficiente con que, durante la minoría de edad del adoptado, la adopción suponga “la integración plena de éste en la familia adoptiva, sin injerencias de la familia de origen, y considerando al adoptado a todos los efectos como un hijo por naturaleza

⁵²² *Códigos de visado*, Subdirección General de Asuntos de Extranjería, Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, versión de 16 de noviembre de 2005.

⁵²³ Existen convenios bilaterales pero se refieren al *exequatur* o a los efectos incidentales en el Registro civil, sin trascendencia para la reagrupación que nos ocupa.

del adoptante o adoptantes”⁵²⁴. Existen sin embargo instituciones extranjeras en las que no se cumple esta mínima correspondencia, como son las siguientes.

Adopción simple o semiplena. Este tipo de adopción se da en algunos Estados como El Salvador o Guatemala⁵²⁵ y la Dirección General de los Registros y el Notariado deniega su inscripción, puesto que no extingue los vínculos con la familia de sangre y es revocable⁵²⁶. Sin embargo, la doctrina de dicho centro directivo, con anterioridad al vigente artículo 9.5,IV Cc y conforme al mismo, permite su reconocimiento si se renuncia al derecho de revocación de la adopción, atribuido por la ley extranjera, “en documento público o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil”, lo que supone la transformación en adopción plena sin necesidad de nueva constitución⁵²⁷. Entendemos que si la adopción no es inscribible, el sometimiento a los requisitos legales de la reagrupación exige que se acredite en la solicitud la renuncia en documento público extranjero. Respecto a esta figura, Sánchez Lorenzo defiende la reconsideración de nuestro régimen, que considera excesivamente rígido acerca de la adopción plena, recogiendo un derecho por el que se está amparando la compatibilidad de la adopción simple con el orden público, en concreto el derecho de todo individuo a conocer su origen familiar⁵²⁸. A tal efecto, Rodríguez Benot concluye que es posible conciliar ambos intereses, reconociendo al adoptado el derecho mencionado, pero manteniendo la adopción plena y descartando la reaparición de la simple. Para ello, se ampara en la clara decantación que refleja el Convenio de la Haya de 1993 y el rango de orden público constitucional que adquiere el imperativo de la igualdad de los hijos ante la Ley⁵²⁹. Sin embargo, es

⁵²⁴ La Resolución introduce en su FJ 6º lo citado con los siguientes razonamientos, sobre adoptado menor vietnamita en Vietnam conforme a la *lex loci*: “hay que tener en cuenta que la terminación de la adopción es decidida en todo caso por los Tribunales y que es sólo la revocación voluntaria y no la judicial, la que se opone a la concepción española de la adopción. Por otro lado difícilmente pueden promover la revocación los padres naturales, cuando se trata de un niño abandonado”.

⁵²⁵ RDGRN de 3 de abril de 2002 (RJ 6192).

⁵²⁶ RDGRN de 1 de septiembre de 1995 (RJ 6863). Estas carencias se corresponden con lo exigido en los arts. 178 y 180 Cc.

⁵²⁷ *Ibid.* y RDGRN de 27 de enero de 1996. Ciertamente, antes de la reforma por la que se incluyó el párrafo cuarto en el art. 9.5 Cc, la posibilidad se limitaba a convalidación de la autoridad pública en origen o constitución *ex novo* en España.

⁵²⁸ S. A. Sánchez Lorenzo, “Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia”, cit., p. 127.

⁵²⁹ A. Rodríguez Benot, “La eficacia en España de las adopciones simples constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero (una relectura del art. 9.5º CC a la luz del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993)”, en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, ed. por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, Colex, Madrid, 2000, pp. 181-202. En el mismo sentido, M. Moya Escudero, “El derecho del extranjero a conocer su origen biológico”, en *Rev.Fac.Derecho Univ.Gr.*, núm. 4, 2001, pp. 439-453.

posible que las autoridades españolas se vieran obligadas a aceptar una certificación de adopción internacional emitida de conformidad con dicho Convenio que, debido a la regulación de los Estados intervinientes y la correspondiente aplicación de sus respectivas Autoridades Centrales, resulta ser una adopción simple⁵³⁰. Si una de las Autoridades Centrales hubiera sido la española, tal como aconseja González Beilfuss, no se habría manifestado acuerdo con tal adopción⁵³¹, pero este supuesto, como se ha visto, no es de reagrupación *stricto sensu*.

Kafala. Puesto que el Derecho islámico prohíbe la adopción⁵³², la calificación jurídica que puede darse propiamente a la institución así denominada 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 educación⁵³³. En España no pueden ser reconocidas, pues, como se dice en la RDGRN de 14 de mayo de 1992, (RJ 5251), “no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración en el estado civil de éstos y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el matrimonio que se hace cargo de un menor ha de atender a sus necesidades y manutención”. La conclusión de tal doctrina es la de que deberá constituirse de nuevo ante juez español y mientras tanto, se asimila al acogimiento, que implica, conforme a la RDGRN de 1 de febrero de 1996, la

⁵³⁰ Piénsese en el caso de matrimonio nacional de Venezuela y residente en el mismo Estado, que adopta un menor en Bolivia. Posteriormente, uno de los cónyuges emigra a España con autorización de residencia y trabajo. Al cabo de un año y medio cuenta con las condiciones para poder reagrupar a su cónyuge e hijo adoptivo, de tal modo que para acreditar el vínculo con este último presenta una certificación de la Autoridad Central venezolana por la que se reconoce la adopción simple internacional conforme al Convenio de La Haya de 1993. *Vid.* un caso similar comentado en B. L. Carrillo Carrillo, "Adopción internacional", en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, dir. por A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, 6ª edic., Comares, Granada, 2005, pp. 125-170, p. 156.

⁵³¹ C. González Beilfuss, "La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional", en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 1996, pp. 313-345, especialmente pp. 338-339. Sobre la designación y el papel de estas Autoridades Centrales en España, *vid.* C. González Beilfuss, "La entrada en vigor para España del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional", en *REDI*, núm. XLVII, (2) 1995, pp. 485-488; también, para los Convenios de La Haya en general, *vid.* A. Borrás Rodríguez, "El papel de la Autoridad Central: los Convenios de La Haya y España", en *REDI*, núm. XLV, (1) 1993, pp. 63-81.

⁵³² A. Durán Ayago, *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Colex, Madrid, 2004, p. 242.

⁵³³ J. L. Iriarte Ángel, "Las medidas de protección de menores procedentes de países musulmanes en territorio español", en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, dir. por A. Rodríguez Benot, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 363-410, especialmente p. 406. *Vid. in extenso* 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")", en *RGD*, núm. 667, 2000, pp. 4419-4448.

ausencia de vínculos de patria potestad y tampoco otorga derecho de opción a la nacionalidad española, posibilidad más remota todavía cuando el reagrupante es extranjero. La doctrina es unánime en admitir esta solución de homologación al acogimiento⁵³⁴.

Adopciones fraudulentas. Otra cuestión apuntada por Diago Diago es la de que en el ámbito de la reagrupación puede darse el fenómeno del fraude, si bien todavía no detectado legalmente como en el caso de los matrimonios y de menor interés que por ejemplo para acceder a la nacionalidad⁵³⁵. Recuerda además que serán las autoridades competentes para autorizar la reagrupación quienes deberán comprobar que el documento aportado es prueba de una resolución que reúna los elementos necesarios para producir efecto en España. Los problemas relativos a la adopción de mayores de edad quedan inmediatamente solucionados a efectos de reagrupación, pues la LOE incluye a los hijos adoptados en el límite de la minoría de edad.

3. Hijos de uno solo de los cónyuges

La regulación vigente permite la reagrupación de los hijos cuya filiación se refiere exclusivamente al reagrupante o al cónyuge reagrupado. En ese único caso, el progenitor correspondiente debe cumplir dos requisitos: el primero es, alternativamente, ejercer en solitario la patria potestad o tener otorgada la custodia y el segundo, que los hijos estén efectivamente a su cargo. Esta previsión es considerada básica para evitar que la reagrupación “suponga una injusta separación del otro progenitor con el que hasta entonces habitaba, dado que el que solicita su reagrupación vive en España”⁵³⁶. A pesar de la ambigua redacción dada⁵³⁷ a la

⁵³⁴ G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional de menores*, Comares, Granada, 2000, pp. 280-287; A. Durán Ayago, *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, cit., pp. 242-243.

⁵³⁵ M. P. Diago Diago, "Las adopciones ficticias o por conveniencia", en *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, M. D. Adam Muñoz y S. García Cano, Colex, Madrid, 2004, pp. 229-247, especialmente pp. 236-238.

⁵³⁶ E. López Barba, "Extranjería. Reagrupación familiar", cit., p. 174. Conviene tener en cuenta además, el delito de quebrantamiento de la custodia (art. 223 CP): “El que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o un incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave”. También en relación con el supuesto, el art. 225 bis,2 CP considera sustracción de menores: el traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia; la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. *Vid.* el

disposición, podemos extraer alguna situación permitida por su tenor y quizá no deseada por el legislador:

- Se presume la reagrupación del cónyuge, especialmente en el caso de hijo sólo de éste, aunque la positivación del caso puede llevar a la reagrupación del hijo a cargo de cónyuge dejando en el Estado de origen a tal cónyuge. Esta posibilidad legal se hace inviable reglamentariamente al definir “estar a cargo”, también ambiguamente, como veremos más abajo.
- El extranjero que reagrupa un hijo huérfano del otro progenitor y no reagrupa ningún cónyuge, no debe verse obligado a cumplir los requisitos de dependencia, por asimilación al hijo común cuando el cónyuge es reagrupado, en que nada se exige.

El supuesto en que los requisitos tienen sentido pleno y a los que principalmente se dirige la disposición en interés del menor es el de los hijos menores fruto de una unión precedente del reagrupante o del cónyuge, habiendo el otro ascendiente quedado desprovisto de sus derechos de paternidad. Es posible que sea voluntariamente, otorgándose la custodia al otro cónyuge mediante decisión judicial.

Respecto a los dos requisitos alternativos exigidos, Moya Escudero opina que “el ejercicio en solitario de la patria potestad parece referirse a la existencia jurídica de un solo progenitor, mientras que la expresión “se le ha otorgado la custodia” supone la existencia de una resolución pronunciada por autoridad competente”⁵³⁸. Aunque en la mayoría de supuestos ambos requisitos serán acreditados mediante documento por el que se habrá aplicado la ley extranjera y aunque nada indiquen la LOE o el RLOE, deberían coincidir al menos en los resultados, con las instituciones así denominadas en la ley española:

Ejercicio en solitario la patria potestad. Según el artículo 156 Cc, es posible el ejercicio de la patria potestad por uno solo de los progenitores con el

análisis de sus diferentes aspectos en M. D. Adam Muñoz y S. García Cano, dirs., *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, Madrid, 2004.

⁵³⁷ Art. 17.1.b LOE, segundo inciso: “Cuando se trate de hijos de uno sólo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo”. Por otra parte, la disposición reglamentaria concordante (art. 39.b RLOE) sustituye una conjunción y en lugar de decir (sus) “hijos y los de su cónyuge”, dice “sus hijos o los de su cónyuge”, aunque no altera el significado.

⁵³⁸ M. Moya Escudero, coord., *Comentario sistemático a la ley de extranjería*, cit., p. 692.

consentimiento expreso o tácito del otro. Debemos entender que el consentimiento es tácito si los padres viven separados, en cuyo caso la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, si no existe acuerdo y se fija judicialmente la atribución total de la patria potestad a uno solo, no podrá ser por más de dos años. Incluso el progenitor separado puede obtener judicialmente el ejercicio conjunto o la distribución de funciones⁵³⁹. El mismo artículo enumera los supuestos en que la patria potestad será ejercida exclusivamente por uno de los padres, que son respecto al otro: defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad.

No debe olvidarse que la LOE exige únicamente “ejercicio”, con lo que está permitiendo la posible titularidad conjunta de la patria potestad. Resulta comprensible si se atiende a la ley española, pues la extinción de la patria potestad sólo es posible por muerte, emancipación o adopción, mientras que la privación judicial es revocable⁵⁴⁰. En esta situación de titularidad compartida, el Tribunal Supremo entiende que el derecho de visita del progenitor que no ejerce la patria potestad sólo cede en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor⁵⁴¹. Por tanto, el ejercicio de la patria potestad en solitario implicará en la mayoría de casos un correlativo derecho de visita del otro progenitor.

En los Estados con Derecho islámico la patria potestad se otorga *ex lege* al padre, dejando a la madre un mero derecho de guarda denominado *hadana*⁵⁴². Estas situaciones no implican problema de prueba alguno en cuanto al ejercicio de la patria potestad, sino en relación con la conveniencia de excepcionar el orden público internacional español, pues deberá tenerse en cuenta, conforme al artículo 3

⁵³⁹ Art. 156,V Cc: “Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.” Aunque se trate de un supuesto ciertamente marginal, conviene advertir que los progenitores, si debe considerarse como tales también a los homosexuales, obtendrán la distribución de funciones inherentes al ejercicio, diferente del ejercicio conjunto, exclusivamente si son padre y madre.

⁵⁴⁰ Arts. 169-171 Cc

⁵⁴¹ STS núm. 720/2002 (Sala de lo Civil), de 9 de julio (RJ 5905), en que el padre, tras la pérdida de contacto prolongada, solicitó el derecho de visita, a juicio de la madre, con el fin de asegurarse la renovación del permiso de residencia en España. También SSTS de 19 de octubre de 1992 (RJ 8083) y de 21 de julio de 1003 (RJ 6175).

⁵⁴² P. Diago Diago, “La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos”, en *Mundialización y familia*, ed. por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, Colex, Madrid, 2001, pp. 143-182. El reconocimiento formal de esta guarda maternal queda reducida a la labor de “institutriz”.

CNUDN, el interés superior del menor, imprescindible si además el caso es de la poligamia⁵⁴³.

Así, cuando admitimos la posibilidad de reagrupar hijos de cónyuges no reagrupados cuyo matrimonio sigue en vigor, estamos reconociendo efectos en España a disposiciones contrarias al orden público internacional español, pues aunque se cumplan las formalidades de patria potestad y dependencia, incluso con consentimiento de la mujer, se legitima una actuación discriminatoria de la misma con la consecuencia de sustracción del menor a la madre. No parece conveniente atenuar aquí el orden público, salvo si el interés superior del menor aconseja lo contrario. En este sentido, Sánchez Jiménez propugna que la solución al conflicto de la ley aplicable para regular las relaciones paterno-filiales (art. 9.4 Cc) consiste en "aceptar que el interés del menor únicamente puede valorarse en el caso concreto; sólo entonces se puede determinar si finalmente se aplica la legislación del país de su nacionalidad -no olvidemos que, como principio, es a la que nos remite el ordenamiento español-, o la legislación española por hacer operar el mecanismo de orden público⁵⁴⁴. Esta solución es también la adoptada por la doctrina francesa al promover una apreciación *in concreto* tanto del orden público como del interés del menor⁵⁴⁵. La difícil tarea de dilucidar qué será mejor corresponderá, no ya al juez nacional, sino más bien a la misión diplomática u oficina consular, en el trámite potestativo de la entrevista previa a la concesión de visado. Se trata, pues, de un control administrativo discrecional en una fase muy avanzada del procedimiento de reagrupación, siguiendo la forma prescrita en el artículo 43.3 RLOE.

En definitiva, el ejercicio en solitario podrá acreditarse mediante diversos documentos, como son: el consentimiento escrito siguiendo la forma prevista por el país de residencia o por el correspondiente Consulado de España (una firma

⁵⁴³ Sobre el concepto en general, *vid.* A. Borrás Rodríguez, "El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado (Discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña y contestación de E. Roca i Trias)", en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1994, pp. 915-990. En especial, respecto a Marruecos, *vid.* A. Borrás Rodríguez, "La protección del menor inmigrante y la cooperación en materia de custodia y derechos de visita y devolución de menores en las relaciones con Marruecos", en *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla, 6-9 de abril de 1999)*, ed. por I. García Rodríguez, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 1999, pp. 237-261.

⁵⁴⁴ M. A. Sánchez Jiménez, "El marco jurídico de la inmigración e interculturalidad en España. La protección de niños, menores y adultos en España y la Región de Murcia", en *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 21, 2005, pp. 23-52.

⁵⁴⁵ A. Bigot, *L'autorité parentale dans la famille désunie en Droit international privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003, especialmente pp. 234-240.

autenticada por el propio consulado en un formulario debiera ser suficiente); la declaración de fallecimiento; el libro de familia en el que conste el otro progenitor como desconocido; la declaración de incapacidad.

Tener otorgada la custodia. El artículo 159 Cc establece que “si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad”. El otorgamiento del derecho de custodia, como acabamos de comprobar en la ley española, además del derecho de visita, que se otorga eventualmente al otro progenitor, son medidas de protección del menor⁵⁴⁶ frecuentemente materializadas por la intervención de una autoridad como efectos de la crisis matrimonial otorgados en el mismo procedimiento. Analizamos más abajo la custodia relativa, pues no sabemos si el legislador quiso que fuera absoluta para la reagrupación. Varios motivos apuntan a que tácitamente se admite reagrupar a un hijo aunque el otro progenitor tenga derecho de visita: la alternativa de la patria potestad es suficiente si se pretende una custodia absoluta y el “estar a cargo”, como veremos, exige simplemente dependencia económica.

Si en el caso de la patria potestad el legislador permite la reagrupación a pesar de que la titularidad sea compartida, con su inherente derecho de visita para el otro progenitor, al otorgamiento de guarda y custodia sólo le cabe ser más flexible, puesto que tiene lugar a partir del reconocimiento previo de un ejercicio compartido de la patria potestad. De este modo, no cabe duda de que puede reagruparse en caso de otorgamiento de custodia a un progenitor y régimen de visitas con imposición de las pensiones alimenticia y compensatoria al otro progenitor, comprensivo todo ello del ejercicio compartido de la patria potestad. La cuestión, por tanto, se reduce a comprobar si sería admisible la custodia compartida, en la que no se establece derecho de visita precisamente por la fijación de una convivencia alterna.

Custodia compartida y sustracción internacional de menores. No parece que el régimen de reagrupación admita los supuestos en que la custodia se haya otorgado con carácter temporal, bien preventivo, como medida cautelar en un determinado

⁵⁴⁶ Cfr. Convenio de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya. Instrumento de ratificación de 20 de abril de 1987. *BOE* núm. 199, de 20 de agosto de 1987, corrección de errores en *BOE* núm. 267, de 7 de noviembre de 1987.

proceso, o bien punitivo, como pena preferentemente accesoria, en una condena⁵⁴⁷. Tampoco sería posible la reagrupación en un caso de custodia compartida, como puede ser el de alternancia trimestral con cada progenitor, que además afectaría a la ulterior renovación de autorización de residencia del menor por las ausencias acumuladas. Sin embargo, un otorgamiento de custodia, teniendo en cuenta el derecho de visita, con el consentimiento del traslado del menor a España, ya merece cierta consideración.

Este supuesto de custodia con consentimiento del otro progenitor titular de un derecho de visita ya estaría en el límite de lo contemplado por la LOE y el RLOE, que exigen otorgamiento de custodia sin más, equiparado al ejercicio de la patria potestad en solitario, con el grado cualificado de “estar efectivamente a su cargo”. Todo ello unido a la aplicación judicial del precepto⁵⁴⁸, hace suponer que no se adopte, a modo de transposición, lo previsto potestativamente en el art. 4.1 c) y d) de la Directiva: “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”⁵⁴⁹. En ausencia de transposición, precisamente por su carácter potestativo para los Estados miembros, no puede aplicarse directamente por carecer de efecto directo. Con la concesión que se hace en esta disposición comunitaria a la autonomía de la voluntad de los progenitores, debería haberse previsto también el consentimiento del menor, puesto que la custodia es compartida. Tanto es así que en los casos en que no se da tal unidad de custodia, constata Moya Escudero que la jurisprudencia menor reconoce la necesidad de que los hijos no sólo mantengan contactos con el progenitor no conviviente, sino que puedan relacionarse en el país de residencia de este⁵⁵⁰, recurriendo además a la identidad cultural de los menores como conformadora de su interés que proclamara Jayme⁵⁵¹. También en el

⁵⁴⁷ Art. 170 Cc: “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.”

⁵⁴⁸ STSJ Madrid núm. 671/2004, de 10 de junio de 2004, cit.

⁵⁴⁹ Se estaría respondiendo a la solución propuesta por la doctrina. Vid. F. Jault-Seseke, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, cit., especialmente pp. 120-130.

⁵⁵⁰ M. Moya Escudero, “El secuestro internacional de menores”, en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, dir. por A. Rodríguez Benot, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 411-460, especialmente pp. 448-451.

⁵⁵¹ E. Jayme, “Identité culturelle et Intégration: le droit international privé postmoderne”, en *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, núm. 251, 1995, pp. 33-267, especialmente pp. 1885-186.

caso de una eventual necesidad de reconocimiento de la resolución extranjera relativa al derecho de visita, los tribunales deben hacer primar el interés del menor sobre la excepción de orden público⁵⁵².

El principal temor que puede justificar una interpretación restrictiva e impedir la custodia compartida es el de estar dando cobertura jurídica, con el acceso a la reagrupación familiar, a una situación inestable en la que se acabe produciendo la retención o el traslado ilícitos del menor. Efectivamente, esa es la apreciación de Sánchez Jiménez respecto a las previsiones de la LOE, justificando así que se obstaculice el derecho de reagrupación⁵⁵³. Podemos calificar como tales los supuestos considerados en el artículo 3 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980⁵⁵⁴, de aplicación en numerosos Estados: (a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y (b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El problema con el que será habitual encontrarse en España, según A. Borrás, es el de los casos *ad intra* (menores desplazados hacia España)⁵⁵⁵ y dentro del ámbito de la reagrupación familiar destacaría el de la retención ilícita en España del menor reagrupado procedente de otro Estado parte en el Convenio, pues el traslado ilícito sólo se daría utilizando fraudulentamente el procedimiento de reagrupación familiar,

⁵⁵² M. Moya Escudero, "El secuestro internacional de menores", cit., especialmente pp. 221-226.

⁵⁵³ M. A. Sánchez Jiménez, "Parte Segunda: El Derecho de extranjería", cit., p. 113.

⁵⁵⁴ Ratificado por Instrumento de 28 mayo 1987. *BOE* núm. 202, de 24 de agosto de 1987, correcciones de errores en *BOE* núm. 155, de 30 de junio de 1989 y *BOE* núm. 21, de 24 de enero 1996. Sobre los avances relativos al mismo, *vid.* J. D. González Campos y A. Borrás Rodríguez, "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: reunión de la Comisión de asuntos generales y política de la Conferencia (6 a 8 de abril de 2004)", en *REDI*, núm. LVI, (1) 2004, pp. 560-565.

⁵⁵⁵ A. Borrás Rodríguez, "Práctica española del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores", en *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, AAVV, Patronato Universitario, Toledo, 1991, pp. 81-93, especialmente pp. 84-90. Efectivamente, la misma autora constata años más tarde que los casos resueltos en España favorablemente son del 40 por cien tanto para en los supuestos *ad extra* como *ad intra*, significando estos últimos el 75 por cien de los casos. A. Borrás Rodríguez, "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: tercera reunión de la Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre

posibilidad que debe valorarse como remota en cuanto a la fiscalización administrativa que llevan a cabo tanto las Oficinas de Extranjeros como la Oficina Consular, además de que las causas de este fenómeno se atribuyen propiamente a la proliferación de matrimonios entre cónyuges de distinta nacionalidad⁵⁵⁶. En concreto, Espinar Vicente opina que este Convenio ha venido a empeorar la situación del cónyuge español frente al extranjero, en cuanto a la restitución del menor a este último, traído a España como consecuencia de una situación de desventaja ante los tribunales extranjeros⁵⁵⁷. Por tanto, la incidencia en el ámbito de la reagrupación familiar de nacionales extracomunitarios puede considerarse todavía como tímida.

El proceso que se seguiría es el siguiente⁵⁵⁸: la Autoridad Central extranjera o el interesado contacta con la Autoridad Central española que, tras las debidas comprobaciones, solicita a la Interpol que localice al menor o verifique la dirección facilitada. Esta lo transmitirá a los Cuerpos españoles. Cuando sea localizado, debe requerirse al Abogado del Estado de la provincia correspondiente para que presente demanda de retorno o derecho de visita en el juzgado de Primera Instancia del domicilio del menor.

EL procedimiento de restitución, para el caso en que se hubiera reagrupado fraudulentamente, es gratuito, porque el Abogado del Estado representa los intereses de la Autoridad Central, y de urgencia, pues debe haber concluido antes del transcurso de un año desde la sustracción. El motivo se recoge en el artículo 12 del Convenio: si pasado el plazo se demuestra que el menor ha quedado integrado en el nuevo medio, no se permite la devolución. Además del plazo, hay otras causas tasadas de denegación: demostrarse que el progenitor solicitante no ejercía efectivamente la custodia o había consentido en el traslado; grave riesgo para el menor; que el menor se oponga si tiene la suficiente madurez. Si la resolución impone la devolución y el sustractor la incumple, debe solicitarse la ejecución de la sentencia y este puede ser procesado por desobediencia a la autoridad. En definitiva,

sustracción internacional de menores (17 a 21 de marzo de 1997)", en *REDI*, núm. XLIX, (1) 1997, pp. 348-350.

⁵⁵⁶ B. Gómez Bengoechea, *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Dykinson, Madrid, 2002, especialmente pp. 20-38.

⁵⁵⁷ J. M. Espinar Vicente, "El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", en *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, AAVV, Patronato Universitario, Toledo, 1991, pp. 3-6.

⁵⁵⁸ F. Calvo Babío, "Sustracción internacional de menores", en *IURIS*, núm. 95, (junio) 2005, pp. 38-40.

como propone Tomás Ortiz de la Torre, ante las múltiples soluciones antagónicas de restitución y denegación de la misma, debe imperar únicamente el interés del menor⁵⁵⁹.

4. El *nasciturus*

Hay supuestos no previstos por el RLOE en que se solicita la reagrupación de cónyuge en estado. Puesto que debe abrirse un expediente por cada familiar reagrupable, el o los bebés que van a nacer carecen de reconocimiento jurídico a estos efectos, de tal modo que no puede presentarse un impreso de solicitud por el hijo que va a nacer, carente todavía de datos identificativos con eficacia jurídica.

El momento procesal en el que nazca el hijo puede determinar diferentes posibilidades:

- si el hijo nace en la fase de solicitud de visado de la madre, deberá iniciarse el trámite de solicitud en España, pero cabe suponer que el interés superior del menor impone el traslado simultáneo de ambos, por lo que, o bien el recién nacido quedará exento de autorización o visado, situación improbable, o bien se retrasará el viaje hasta el momento de la obtención de visado para el hijo.
- Si el nacimiento tiene lugar tras la concesión de visado a la madre, la decisión de impedir la salida del Estado de origen o la entrada a España dependerá de las autoridades responsables del control fronterizo, pudiendo autorizarse la entrada por considerar el supuesto calificable como razón excepcional de índole humanitaria del artículo 4.2 RLOE.
- En el caso de que nazca en España, después, por tanto, de la entrada efectiva de la madre en territorio nacional, dependiendo de lo establecido por la ley personal de sus progenitores respecto a la nacionalidad que le corresponda, el hijo tendrá la de uno u otro y, conforme a lo establecido por el artículo 94.1 RLOE, adquirirá automáticamente la misma autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores, alternativa confirmada por los

⁵⁵⁹ J. A. Tomás Ortiz de la Torre, "Retención de hijos menores de edad por parte del progenitor extranjero o español que no tiene la guarda y custodia", en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, AAVV, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 31-57. En el mismo sentido, M. A. Sánchez Jiménez, "Nuevos pasos en la solución del secuestro internacional de menores", en *Jóvenes Juristas, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 1, 2003, pp. 5-6.

requisitos documentales: el padre o la madre deberán solicitar personalmente la autorización de residencia para el hijo desde que tuviera lugar el nacimiento, acompañando original y copia de la partida de nacimiento, así como copia de la autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores. Parece claro que, salvo oposición de la madre, se le conceda una autorización de residencia como la del padre, independiente y, según los casos, temporal de dos años (primera o segunda renovación) o permanente. Si le corresponde la nacionalidad española, bien por doble nacionalidad o por apatridia originaria, previa inscripción en el Registro Civil, lo que adquiere automáticamente es la exclusión del régimen de extranjería (artículo 1.1 LOE).

II. REPRESENTADOS DEL REAGRUPANTE

Los menores de dieciocho años o incapaces podrán ser reagrupados cuando el residente extranjero sea su representante legal. Debe ser esta vía la apropiada para supuestos de menores dependientes de familiares que no encajan en los supuestos anteriores, aunque su ley personal los asimile a los hijos, que pueden ser, como hemos visto, las adopciones simples o semiplenas cuando no se haya renunciado al derecho de revocación y la *kafala*, con las reservas que apuntaremos al final. Por otra parte, puede considerarse ampliado el ámbito personal de esta disposición con base en la distinta denominación respecto a los hijos. Se trata de “incapaces” y no de “incapacitados”, por lo que tanto Espulgues como Abarca Junco y Vargas Gómez-Urrutia opinan que se da tal ampliación⁵⁶⁰ a la vez que defienden la mayor claridad que ofrece potestativamente la Directiva 2003/86/CE en este caso al referirse, en su artículo 4.2.b), a los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.

Tutela. Dando por supuesto que el representante legal contemplado en este apartado no puede ser progenitor del menor o incapacitado, queda averiguar el

⁵⁶⁰ C. Espulgues Mota y M. De Lorenzo Segrelles, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España: (análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, cit., p. 95; A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, "Artículo 17. Familiares reagrupables", cit., p. 476.

régimen aplicable, conforme a lo ya estudiado respecto a los hijos incapaces. Si la representación se constituyó en el extranjero, se aplicó la ley extranjera y deberá comprobarse si los resultados de tal aplicación son equivalentes a los que tiene la representación legal prevista en España⁵⁶¹. Si, en cambio, se constituyó en España, se aplicó la ley española conforme al artículo 9.6 Cc. Abarca Junco y Vargas Gómez-Urrutia postulan una interpretación amplia del inciso, basada tanto en la *ratio legis* por la que se estaría refiriendo a los supuestos en que el menor está sometido a la potestad tuitiva del tutor, curador y defensor judicial y la guarda ejercida por determinación unilateral del guardador sin nombramiento judicial ni delación legal (artículos 215 y 304 Cc), como por la conveniente aceptación administrativa del documento público de nombramiento del representante en atención al principio del interés superior del menor⁵⁶².

Ateniéndonos pues a la ley española, tanto por ser de aplicación como por servir de referencia, que no de aplicación directa, a la institución extranjera que deberá ser reconocida administrativamente, la representación legal se reconoce en la figura del tutor, quien, según el artículo 267 Cc, “es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación”.

El nombramiento de tutor que debe realizar el Juez se rige por un orden de preferencias de las que, conforme al régimen de reagrupación, tienen trascendencia sólo las siguientes (artículo 234 Cc): el designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223, esto es, antes de ser declarado incapacitado, cuando tenía capacidad de obrar, mediante documento público notarial; la persona o personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad; el descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

Aunque la tutela debe entenderse en el caso de la reagrupación ejercida en solitario, también es posible que sea conjunta, si bien parece lo más oportuno que

⁵⁶¹ Puede tenerse en cuenta lo establecido en el Convenio de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de adultos (texto disponible en <www.hcch.net>) en relación con la ley aplicable, que prevé incluso la establecida por voluntad del adulto en el momento en que era capaz. E. Pérez Vera y A. Borrás Rodríguez, "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: la protección internacional de adultos", en *REDI*, núm. LI, (2) 1999, pp. 804-807; C. González Beilfuss, "La protección de adultos en Derecho internacional privado", en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, ed. por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, Colex, Madrid, 2000, pp. 85-102.

solicite la reagrupación el que represente a la persona y no el que represente los bienes. No plantea mayor dificultad que la de asimilar a los progenitores, el caso de matrimonio que ejerza la tutela de sobrinos conjuntamente por haberlo considerado conveniente el Juez (artículo 236 Cc).

Respecto a los menores, también deberían ser admisibles ciertas formas de protección no admitidas como manifestaciones de filiación adoptiva. La adopción simple que, por cualquier motivo, no haya sido convertida en plena en el Estado de origen, debería ser admitida como supuesto de representación legal, puesto que a pesar de conservarse el vínculo con la familia de sangre, en cambio, genera un vínculo de filiación con la familia adoptante por el que se atribuye a la misma la patria potestad. Se trata pues de una situación asimilable a la tutela en cuanto que quien ostenta la patria potestad es el representante legal del menor.

Cuestión distinta es la de la *kafala*, que la DGRN también asimila al acogimiento familiar, pero con más acierto. Precisamente por tal asimilación, no es fácil el reconocimiento de la representación legal. La *kafala*, en cuanto delegación por parte de los padres de la patria potestad, se enfrenta a una calificación que en España implica la atribución de la tutela a la Administración, artículo 172 Cc, con suspensión o privación, en su caso, de la patria potestad a los padres. El acogimiento familiar, por tanto, supone el otorgamiento de la guarda y custodia del menor, pero no de la representación legal, conforme al artículo 173 Cc.

Llevando la asimilación al extremo, la delegación de la patria potestad se entendería hecha a la Administración, sin considerar necesario el pronunciamiento sobre el desamparo del menor. En definitiva, el mejor acomodo de la *kafala* es el de constituir la adopción *ex novo* en España. Sin embargo, sólo en relación con la reagrupación y en interés del menor, considerando que en el Estado de origen no está permitida la adopción, la autoridad administrativa, de nuevo se verá en la delicada situación de reconocer en cada caso la función de representación legal.

El peligro apuntado reside en el fraude y desamparo del menor que puede provocar la concesión de una reagrupación basada en la *kafala*: el reagrupante puede haber obtenido una cantidad por realizar el trámite y después desamparar al menor

⁵⁶² A. P. Abarca Junco y M. Vargas Gómez-Urrutia, "Artículo 17. Familiares reagrupables", cit., especialmente pp. 475-477.

reagrupado, puesto que su título no está reconocido en el ordenamiento español, por tanto, ni inscrito (tendría valor probatorio conforme al artículo 81 RRC), ni anotado (salvo que adquiriera la nacionalidad española, con valor meramente informativo según los artículos 38 LRC, 145 y 154.3º RRC) en el Registro civil.

III. ASCENDIENTES REAGRUPABLES Y OTROS FAMILIARES A CARGO

Ascendientes a cargo. Se trata del último grupo. Pueden ser ascendientes tanto del reagrupante como de su cónyuge, debiendo estar a su cargo y existiendo razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España⁵⁶³.

El requisito de “estar a cargo”. El RLOE, en la última letra de su artículo 39, adelanta que “se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva. Mediante Orden de los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales se determinará cuantía o el porcentaje de ingresos considerados suficientes a estos efectos, así como el modo de acreditarlos”. Conviene hacer una serie de observaciones sobre esta letra e):

- El Reglamento identifica estar a cargo con “dependencia económica efectiva”, por lo que difícilmente puede verse integrado de este modo lo establecido en la jurisprudencia, especialmente para exención de visados, que da mayor importancia a otros factores como la dependencia afectiva⁵⁶⁴. De cualquier modo, el TSJ de Madrid en una Sentencia reciente⁵⁶⁵ admite la reagrupación de dos ascendientes sobre la base de dependencia económica mediante la aportación de exhaustiva documentación relativa a las transferencias económicas que tanto la reagrupante recurrente como su esposo han venido efectuando con regularidad prácticamente mensual a favor de los padres de la demandante y por cantidades que la Sala estima suficientes para atender

⁵⁶³ En Francia no se prevé la reagrupación de ascendientes. Loi núm. 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l’immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité (JO 27 novembre 2003), que modifica algunos artículos de la ordenanza núm. 45-2658 de 2 de noviembre de 1945, sobre reagrupación familiar.

⁵⁶⁴ *Vid. infra* Capítulo VIII, apd. II.4.

las necesidades vitales de aquéllos, y habiéndose justificado asimismo que los padres de la demandante no ejercen en la actualidad profesión alguna y que no conviven con ningún otro hijo. Sólo este último factor podría considerarse de carácter afectivo.

- Esta concreción limita, pues, considerablemente las posibilidades existentes hasta el momento, que permitían cierta discrecionalidad. De este modo, la Directiva sobre reagrupación familiar, si bien permite que cada Estado decida sobre si incluir a ascendientes o no, en cambio, caso de admitirlos, impone que se dé “cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen”.

A este respecto, la Sentencia del TSJ de Sevilla, de 27 de mayo de 2005 puede ser muy ilustrativa: se trata de una ascendiente cuya reagrupación niegan a su hija reagrupante, autorización que solicita para que, entre otras razones, la abuela venga a ocuparse de la nieta. El Juez de lo Contencioso había desestimado el recurso correspondiente considerando que sólo se podía apreciar la especial necesidad en el supuesto de que careciera de apoyo adecuado en el país de origen, tomando pues el dictado de la Directiva pero sin atender al requisito de “a cargo”, pues la resolución administrativa de denegación era de 23 de febrero de 2004 y la Sentencia del Juzgado, de 24 de septiembre de 2004, anteriores al RLOE vigente que, como acabamos de ver, concreta lo que debe entenderse por estar “a cargo”. Posteriormente, el TSJ discute una apreciación del Juzgado ⁵⁶⁶, a nuestro juicio gratuita, y aprecia la existencia de pruebas sugiriendo que ese requisito, carecer de apoyo en su país de origen, se da: es persona divorciada y no consta que tenga otros hijos o personas en su país de origen que le sirvan de apoyo. De cualquier modo, la Sentencia considera “singularmente relevante, tan contundentemente razonable” que la abuela apelante pretenda “convivir con su hija y con su nieta pequeña, cuidando de esta y atendiéndola mientras la madre trabaja, que a juicio de la Sala, sin duda, presupone, sin forzar la interpretación de la norma, entender que concurren las razones que justifican la necesidad de autorizar la residencia de la apelante en España”. En otra Sentencia del TSJ de Madrid, la núm. 1095/2004, de 19 de julio de 2004 (JUR 2004\271640), se concretaban las circunstancias con un carácter más

⁵⁶⁵ STSJ Madrid núm. 429/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección.1ª), de 8 de abril (JUR 2005\160136).

⁵⁶⁶ El Juzgado en su Sentencia declara, antes de concretar como único posible el requisito de carecer de apoyo en el país de origen, que “es necesario que se aprecie una especial necesidad *por cualquier*

cualificado, como el ser mayores de 65 años, necesidad de ayuda física y afectiva de la familia, la ausencia de profesión y la consecuente dependencia económica acreditada mediante el envío de remesas.

Otros familiares a cargo. La letra e) del artículo 39, por su tenor, debiera configurarse más bien como un párrafo de cierre del artículo, puesto que, además, no responde a la enumeración de familiares a los que “el extranjero podrá reagrupar con él en España”⁵⁶⁷. Sin embargo, otra interpretación es posible: que se trate de un segundo párrafo de la letra d) y que donde figura “familiares”, debemos leer exclusivamente ascendientes. Optar por un sentido u otro tiene consecuencias muy distintas. La cuestión que debemos contestar, relativa a este nuevo apartado del RLOE en relación con el artículo 17.1 LOE es la de respecto a qué familiares se exige una dependencia económica efectiva:

1. *Sólo ascendientes.* López Barba defiende la interpretación menos literal basada fundamentalmente en la imposibilidad de discriminación entre los hijos de un único vínculo y los de doble vínculo, pues en el segundo inciso de la letra b) del mismo artículo 39, se exige, recordemos, que “cuando se trate de hijos de uno sólo de los cónyuges, se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo”. Estos son los hijos de un vínculo y los de doble vínculo serían los comunes del reagrupante y el cónyuge reagrupado, a quienes no se exige “estar efectivamente a cargo”. Si debemos entender extensiva la dependencia económica a los hijos de un único vínculo, más allá de la dependencia legal, “se podría dar lugar a una vulneración del principio de igualdad entre todos los hijos previsto en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución española”⁵⁶⁸.
2. *Ascendientes e hijos sólo del reagrupante.* Esta posibilidad trata de adaptarse a la literalidad de lo estrictamente establecido. No sería, por tanto, posible,

razón”, declaración que el TSJ utiliza para mostrar la incoherencia del razonamiento, pero sin base jurídica expresa.

⁵⁶⁷ Inicio del art. 39 RLOE.

⁵⁶⁸ E. López Barba, "El ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en el Real Decreto 2393/2004", en *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, coord. por J. C. Alonso Burón, dir. por C. Sánchez Rodas, Laborum, Murcia, 2005, pp. 167-203. La autora se refiere primero a los hijos de “único vínculo” que “estén a cargo del progenitor que los reagrupa”, aunque aclara

deducir la inclusión de los hijos “efectivamente a cargo” sólo del cónyuge reagrupado porque la letra e) únicamente se refiere a los familiares que estén a cargo del reagrupante. Interpretado de este modo, observamos que la dependencia legal que se exige en el caso del cónyuge reagrupado simultáneamente con el hijo deviene económica cuando se trata del reagrupante, motivada por la separación geográfica durante un año como mínimo.

3. *Ascendientes e hijos sólo del reagrupante o sólo del cónyuge.* Un tercer supuesto es el de admitir también el de hijo sólo de cónyuge en dos circunstancias:
 - a. Cónyuge reagrupado un año antes que lo tiene efectivamente a su cargo, pero, carente de residencia independiente que le permita reagrupar directamente. Deberá acreditarse en este caso, tratando de que sea conforme con el artículo 39.e) RLOE, una “cadena de dependencias”: el cónyuge ha transferido fondos o soportado gastos del hijo con los fondos compartidos con u obtenidos del reagrupante⁵⁶⁹.
 - b. Cónyuge e hijo a cargo de este, reagrupados simultáneamente. El reagrupante sostiene durante al menos un año a un menor al que no le une ningún vínculo. El motivo de ese sostenimiento es el vínculo matrimonial del reagrupante con el progenitor del niño. De nuevo en este caso la acreditación de la dependencia puede ser difícil si el reagrupante y el progenitor reagrupado no se preocuparon de hacer constar el auténtico destinatario de las transferencias. Tomemos el ejemplo de marido reagrupante que ha transferido fondos a una cuenta cuya titularidad comparten su esposa y la hija de esta, a quienes debe reagrupar.

después el completo alcance: “que no lo son del cónyuge que se reagrupa o siendo de éste no lo son del reagrupante” (p. 178).

⁵⁶⁹ También es posible, como se verá a continuación, que el cónyuge trabaje con autorización pero sin residencia independiente, lo cual permite que se deje fuera de la dependencia al reagrupante, pero como este es el que debe solicitar la reagrupación del hijo, con la acreditación del resto de requisitos, medios de vida y vivienda, quedará demostrado que hay una dependencia indirecta o, si se prefiere, una complementariedad necesaria con los recursos obtenidos por el cónyuge.

Si la interpretación anterior trata de evitar la discriminación entre los hijos, ésta en cambio, trataría de proteger los intereses del hijo menor frente a un traslado que pueda suponerle perjuicios, principalmente derivados de la situación de encontrarse bajo la custodia del reagrupante pero habiendo dependido, de hecho, económicamente de otra persona. También impide implícitamente la reagrupación de hijos polígamos al exigir una dependencia efectiva. De cualquier modo, las Delegaciones del Gobierno se han inclinado por la segunda opción y exigen acreditación de que el reagrupante ha transferido fondos o soportado gastos tanto de ascendientes suyos o de su cónyuge como de hijos menores de uno sólo de los cónyuges⁵⁷⁰.

IV. ¿OTROS FAMILIARES REAGRUPABLES?

No pueden ser reagrupados. La relación de familiares posibles admitidos como beneficiarios de la reagrupación familiar constituye una lista tasada de supuestos desde que la LOE sufriera su primera reforma mediante la LO 8/2000, en que se eliminó, como hemos advertido en el Capítulo IV, una última cláusula abierta a otros familiares, delegando en la discrecionalidad de la autoridad competente la apreciación de cada caso. Respecto a este supuesto legal de tan breve vigencia, algún pronunciamiento judicial ha dejado claro que los hermanos no han tenido derecho a la reagrupación familiar, salvo que concurriera alguna de las circunstancias mencionadas en el apartado e) del artículo 17 LOE, previo a su eliminación, "que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias", situación que no se acredita si no se prueba el hecho básico de carecer de familiares en el Estado de origen, siendo frecuente que sean un buen número de hermanos⁵⁷¹.

Por otra parte, la doctrina mantiene una opinión generalizada de que existe una ampliación subjetiva de los supuestos por la vía judicial, como también se ha visto en el Capítulo anterior, especialmente en la admisión de solicitudes de reagrupación familiar de parejas de hecho. Sin embargo, los pronunciamientos de los

⁵⁷⁰ Nota informativa núm. 30, "Autorización de residencia por reagrupación familiar (RD 2393/2004)", Subdelegación del Gobierno en Barcelona, Oficina de Extranjeros, 3 de junio de 2005.

⁵⁷¹ STSJ Madrid núm. 63/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 30 de enero (JUR 2003\169489).

tribunales que permiten hablar de un mayor ámbito de la reagrupación familiar en la fase contencioso-administrativa que en la meramente administrativa, se refieren siempre a supuestos de hecho diferentes que además serán tratados más adelante. Se refieren, pues, no a solicitudes en que el familiar se encuentra en el Estado de origen a la espera de ser reagrupado, sino a supuestos en que el pretendido familiar ya se encuentra conviviendo en España con el pretendido reagrupante, cuestión a su vez escindible en varias situaciones, de las que tan sólo una constituye reagrupación familiar impropia o *de facto*. Así, un determinado familiar, excluido de los supuestos analizados, entra en el territorio español con el fin de mantener la unidad familiar con el extranjero residente que no pudo reagruparle. Los medios utilizados, aunque sean legales, pueden ser considerados fraudulentos, puesto que no se avienen legalmente al fin de la reagrupación.

Finalmente, en estos casos es frecuente que expire el plazo de vigencia de las autorizaciones de estancia del familiar y que el extranjero residente trate de ejercer como reagrupante solicitando simultáneamente tanto la autorización de residencia por reagrupación de su familiar residente *de facto* como la exención de visado. Los tribunales se pronunciarán sobre la justificación de la exención para evitar la separación de los familiares ya reunidos. Pues bien, esta jurisprudencia ha decaído con la desaparición de la exención de visado como figura legal, quedando la ausencia del mismo relegada a las circunstancias excepcionales por arraigo tasadas legalmente. De cualquier modo, es ilustrativa la STS, de 10 de marzo de 2000 (RJ 2470): “si bien no procede la suspensión del aspecto de la resolución que contempla la denegación del visado, por ser un acto negativo, sí ha de accederse a la suspensión de las consecuencias que la negación de tal visado comporta, esto es, la orden de salida del territorio nacional, en razón a que, apareciendo “prima facie” acreditado por la relación de hechos de la demanda y documentos acompañados a ella, que el recurrente, tiene una hermana casada con un ciudadano español... carece de antecedentes penales, tanto en su país como en España...; así como que su cuñado, se compromete a correr con todos los gastos de mantenimiento, manutención, estancia y demás que se produzcan durante su permanencia en España”.

Otros supuestos similares al anterior, pero propiciados más bien por la autoridad competente, son los de evitar el cumplimiento de la salida obligatoria o la ejecución de la orden de expulsión que se haya notificado al familiar presuntamente

reagrupado. Se encuentran más alejados del procedimiento ordinario de reagrupación que el anteriormente descrito, puesto que además de haber accedido al territorio español por otra vía jurídica, el vínculo familiar puede haberse generado en España con posterioridad incluso al inicio del procedimiento sancionador. En tales situaciones, la protección individual frente a la expulsión recurre a la protección de la familia frente a injerencias de la Administración.

V. PARTICULARIDADES DE LOS FAMILIARES DE ESTUDIANTES EXTRANJEROS

El artículo 89 RLOE recoge un régimen específico del que puede destacarse una serie de particularidades:

- (a) El estudiante o investigador puede solicitar para sus familiares un visado de estudios, para la misma situación en la que se encuentra: estancia, con duración determinada por los estudios de que se trate. Tal es la asimilación, que si la estancia va a superar los 6 meses, los familiares deben solicitar tarjeta de estudiante extranjero en el plazo de un mes desde su entrada en España.
- (b) No se exige un período previo de estancia al estudiante o investigador extranjero, pudiendo solicitar los correspondientes visados simultáneamente con el suyo o en cualquier momento posterior, durante la vigencia de su autorización.
- (c) Sólo son beneficiarios el cónyuge e hijos menores de dieciocho años o sometidos a la patriapotestad o tutela del estudiante.
- (d) Los familiares beneficiarios no tienen el derecho a la autorización para trabajar (a tiempo parcial o completo que no supere los tres meses ni coincida con períodos lectivos) que sí tienen los estudiantes “reagrupantes” (arts. 89.4 y 90 RLOE).

Modificación de la situación de estancia a residencia. El estatuto de estos familiares en situación de estancia podrá modificarse por el de reagrupados en el régimen general simultáneamente al de su reagrupante (modificación de autorización de estancia por estudios a autorización de residencia y trabajo, art. 95 RLOE).

Los requisitos básicos recaen sobre el reagrupante que trata de modificar su situación. De este modo, al estudiante se le exige haber permanecido en España durante, al menos, tres años en la situación de estancia por estudios⁵⁷², haber realizado los estudios o el trabajo de investigación con aprovechamiento y no haber sido becado o subvencionado por organismos públicos o privados dentro de programas de cooperación o de desarrollo del país de origen.

La autorización de residencia por este motivo, tanto la del estudiante como de los familiares en su misma situación de estancia “que se encuentren conviviendo con él en el momento de la solicitud” (artículo 95.1 RLOE *in fine*), caso de que vaya a extinguirse la de estancia por estudios, debe solicitarse durante los tres meses anteriores a tal fecha, quedando prorrogada la vigencia de la anterior hasta que recaiga resolución sobre ella.

⁵⁷² El plazo puede reducirse excepcionalmente y previo informe favorable de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración “cuando se trate de extranjeros cuya residencia en España se considere oportuna por razón de la relevancia excepcional de los méritos profesionales y científicos acreditados por aquéllos” (art. 95.3 RLOE).

CAPÍTULO VII. PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL EN VIRTUD DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR

I. SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN

1. Legitimación

El extranjero que desee ejercer el derecho de reagrupación familiar deberá solicitar, personalmente y en modelo oficial (impreso gratuito EX-01, uno por cada familiar), ante el órgano competente para su tramitación, autorización de residencia temporal a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar.

Estos requisitos responden a la reforma operada por la Disposición Adicional cuarta de la LO 14/2003. Respecto al primero, advierte Aguado i Cudolà que "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). Elimina también la posibilidad de presentación conjunta de dichas solicitudes a través de ONG's o profesionales como abogados o gestores administrativos"⁵⁷³.

En cuanto a la exigencia sobre el lugar de presentación de las solicitudes, considera Arana García que "están vulnerando el principio constitucional *pro actione* o *favor actionis* que exige siempre una interpretación de las normas que rigen el acceso a los Tribunales y a la Administración del modo más favorable para la acción y no de tal manera que la obtención de una resolución sobre el fondo sea dificultada u obstaculizada con interpretaciones rigoristas o indebidamente restrictivas de aquellas normas procesales"⁵⁷⁴. Con este mismo autor, podemos deducir que "la única fórmula para tratar de mantener la vigencia de las garantías procedimentales

⁵⁷³ 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", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, (marzo) 2004, pp. 123-139, p. 137.

⁵⁷⁴ E. Arana García, "La huída de Procedimiento Administrativo Común y sus garantías en la Ley Orgánica 14/2003 de Extranjería", en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 122, (abril-junio) 2004, pp. 175-198. Cita las SSTC 78/1991, de 15 de abril; 120/1993, de 19 de abril; 132/1997, de 15 de julio y 207/1998, de 2 de diciembre. También critica este autor la presentación personal (p. 184).

eliminadas, es la de buscar su conexión directa con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1978"⁵⁷⁵.

La solicitud de reagrupación familiar tiene carácter preferente (recogido en la DA 11ª RLOE, significa que puede exceptuarse el orden de incoación de expedientes previsto en el artículo 74.2 de la Ley 30/1992) y se podrá presentar por parte del extranjero que tenga autorización para residir en España durante un año y haya solicitado la autorización para residir por, al menos, otro año (art. 42.1 y DA 4ª RLOE). También conviene tener en cuenta que la solicitud de renovación, siempre que sea de autorización de residencia y trabajo, puede haberla presentado en cualquier registro de conformidad con el artículo 38.3 de la Ley 30/1992 (DA 3ª).

2. Documentación básica adjunta a la solicitud

El art. 42.2 RLOE y, en concreto, las letras *a)*, *b)*, *c)* y *f)*, recogen la exigencia de documentos básicos para la reagrupación, acreditativos de la identidad, el vínculo, el tiempo de residencia (art. 18.2. LOE) y la imposibilidad de poligamia (los específicos de medios de subsistencia suficientes y disposición de alojamiento adecuado -art. 18.1. LOE- exigen mayor detenimiento):

Vínculo, edad y dependencia. En cuanto a la primera relación de documentos, el RLOE exige la presentación de copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares y, en su caso, la edad y la dependencia legal y económica. Si el idioma utilizado no se corresponde con ninguno de los oficiales en la Comunidad Autónoma donde se presente, deberá acompañarse traducción jurada al castellano o al que también corresponda.

Para la legalización de los documentos se admiten tres posibilidades según el Estado de emisión de los mismos. Si el Estado de origen es signatario del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, la autoridad designada por cada Estado para apostillar debe haber fijado una “apostilla” en el documento⁵⁷⁶. Si se trata de la

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 180.

⁵⁷⁶ Convenio por el que se suprime la exigencia de legalización para los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, ratificado por Instrumento de 10 de abril de 1978. *BOE* núm. 229, de 25 de septiembre de 1978. Algunos Estados de interés por el número de nacionales procedentes de los mismos: Argentina, Bulgaria, Colombia, Ecuador, EL Salvador, México, Rumania, Turquía, Ucrania, Venezuela. En el marco de este Convenio, se está estudiando la posibilidad de desarrollar el marco jurídico de una apostilla electrónica. J. D. González Campos y A. Borrás Rodríguez, "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: reunión de la

Federación Rusa, en virtud del Canje de Notas de 24 de febrero de 1984 (BOE de 18 de abril de 1985), es suficiente que los certificados del Registro Civil correspondiente de la Federación Rusa lleven el sello y “visto” de la Embajada o Consulado de España en tal demarcación. Finalmente, si el Estado de origen no es ninguno de los anteriores, los certificados de las autoridades locales en el Estado de origen deberán ser sometidos a una “cadena” de reconocimiento de firmas, primero por parte de la Autoridad de que dependa el organismo expedidor; en segundo lugar, por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado de origen; después, por la Sección Consular de la Embajada española o por la Oficina Consular española en el Estado de origen, siendo el último reconocimiento estampado por la Sección de Legalizaciones del Ministerio de Asuntos Exteriores español.

Hasta agosto de 2005, se exigía en todas las Oficinas de Extranjería que esta documentación estuviera debidamente legalizada. El cambio de este requisito se ha producido como consecuencia de una comunicación administrativa interna, por tanto, carente de publicidad. La información relativa a este cambio, se encuentra en la Web de Extranjería, donde una reseña específica: “Siguiendo las pautas marcadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, se ha modificado la redacción en el sentido de interpretar que según el artículo 42.2 a) del reglamento de extranjería, únicamente se debe requerir la copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares y, en su caso, de la edad y la dependencia legal y económica. La verificación de dicha documentación será efectuada por los consulados en el momento de la tramitación del visado”⁵⁷⁷. No debe imponerse pues, por parte de la Delegación o Subdelegación del Gobierno, la legalización de tales copias hasta el momento de solicitud de visado⁵⁷⁸.

Identidad. En segundo lugar y con carácter básico, se debe presentar copia del pasaporte, documento de viaje o cédula de inscripción del solicitante, en vigor. Aunque nada se establezca reglamentariamente, las autoridades incorporan una condición considerada obvia, esto es, que la copia debe hacerse del documento

Comisión de asuntos generales y política de la Conferencia (22 a 24 de abril de 2002)”, en *REDI*, núm. LIV, (1) 2002, pp. 515-520.

⁵⁷⁷ Información disponible en <<http://www.intermigra.info/extranjeria/>>.

⁵⁷⁸ La Oficina de Extranjeros de Barcelona modificó la nota informativa de los requisitos en este sentido con fecha 22 de agosto de 2005 y la de Zaragoza, el 31 de agosto de 2005. En la nota aragonesa, se especifica que la copia de esos documentos acreditativos debe estar traducida, si es preciso.

completo, incluso de las páginas en blanco, algo que el administrado, en un primer momento y guiado por el sentido práctico, no suele hacer. A pesar de no estar incluido en el RLOE, también se exige la fotocopia del pasaporte de cada familiar que desee ser reagrupado⁵⁷⁹. Se constata mediante la exigencia del documento más genérico, que el extranjero deberá atender especialmente a lo requerido por las autoridades en cada provincia y materializado, según el grado de precariedad de las mismas, mediante información oral, impresos entregados en una única ventanilla o impresos disponibles en cualquier entidad colaboradora e Internet.

Residencia renovada. Un tercer requisito no exento de novedad con el vigente RLOE es la copia de la correspondiente autorización de residencia o residencia y trabajo, ya renovada, o, conjuntamente, de la primera autorización y del resguardo de solicitud de renovación. A pesar de lo que pueda parecer, la presentación puede hacerse en el mismo momento, inmediatamente después de obtener el resguardo de solicitud de renovación y fotocopiarlo. Sin embargo, esta incoación sucesiva de dos procedimientos distintos sólo podrá darse con tal inmediatez si el extranjero se aviene a la exigencia del lugar único de presentación que condiciona el supuesto de reagrupación⁵⁸⁰ y ahí mismo entrega la solicitud de renovación, liberada ya del límite del órgano competente para la tramitación⁵⁸¹.

Declaración jurada. En los casos de reagrupación de cónyuge, el reagrupante debe presentar declaración jurada de que no reside con él en España otro cónyuge. Este requisito, que pretende evitar la situación de poligamia, contraria todavía al orden público español y comunitario, puesto en relación con los artículos 17.1.a) LOE y 39.a) RLOE, lleva a inferir que no puede estar en España otro cónyuge reagrupado, aunque no resida ya con él, por estar separados, pues no es posible reagrupar a más de uno. Sin embargo, un primer cónyuge que tampoco resida con el

⁵⁷⁹ Vid. Nota informativa núm. 30 “Autorización de residencia por reagrupación familiar (RD 2393/2004)”, Subdelegación del Gobierno en Barcelona, Oficina de Extranjeros, de 3 de junio de 2005.

⁵⁸⁰ DA tercera, apd. 1 RLOE: “De conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español las solicitudes relativas a las autorizaciones iniciales de residencia y de trabajo deberán presentarse ante los registros de los órganos competentes para su tramitación”.

⁵⁸¹ DA tercera, apd. 3 RLOE: “Las solicitudes de modificación o renovación de las autorizaciones de residencia y de trabajo se podrán presentar en cualquier otro registro de conformidad con el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

reagrupante en el momento de la solicitud, también por separación, pero que dispone de una autorización independiente desde su entrada, no impediría la entrada de un segundo cónyuge mediante reagrupación. Esto provocaría una situación de poligamia, algo que no prevé ni el RLOE ni la LOE en sus respectivas disposiciones. En este supuesto, según los mencionados artículos, será suficiente con acreditar 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. En este sentido, López Barba cuestiona la eficacia que pueda tener el control de la poligamia reducido a una mera declaración jurada, planteando el supuesto de cambio de cónyuge simplemente con dejar de convivir con el primero de forma que no mentiría en su declaración jurada⁵⁸². Debe objetarse, sin embargo, que a pesar de ser cierta la eventual declaración, se estaría cometiendo una infracción legal al tratar de reagrupar un segundo cónyuge, situación fácilmente detectable por las autoridades en el mismo expediente del solicitante extranjero, al cual simplemente se le inadmitirá la solicitud.

3. Documentación específica

A) Empleo y/o recursos económicos suficientes

La letra *d*), del art. 42.2 RLOE, concreta la exigencia legal de “medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada” (art. 18.1. LOE) en la “acreditación de empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria, en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social”. Frente al mantenimiento del requisito de solvencia económica para el reagrupante en la actual regulación, Peces Morate recuerda que tal exigencia ha sido rechazada por la jurisprudencia como razón para conceder o denegar derechos a los inmigrantes, citando las SSTS de 28 de diciembre de 1998 (rec. cas. 5533/94), 23 de enero de

⁵⁸² E. López Barba, "El ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en el Real Decreto 2393/2004", cit., pp. 167-203. La autora afirma lo siguiente: “Cierto es que en la práctica son pocos los casos de poligamia, pero si su control se reduce únicamente a la declaración jurada de no residir en el momento de la solicitud con el reagrupante ningún otro cónyuge, ¿qué sucede si hubiese residido en un momento anterior, podría cambiar de cónyuge residente dejando simplemente de convivir con el primero de forma que no mentiría en su declaración jurada?” (p. 190).

1999 (rec. cas. 7456/94) y 26 de febrero de 2000 (rec. cas. 342/96)⁵⁸³. Conviene no olvidar, sin embargo, que se trata, principalmente, de supuestos en los que el familiar ya se encuentra en España.

Añade el RLOE que “mediante Orden de la Ministra de la Presidencia, a propuesta de los Ministros del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales se determinará la cuantía de los medios de vida exigibles a estos efectos, así como el modo de acreditar su posesión, teniendo en cuenta el número de personas que pasarían a depender del solicitante a partir de la reagrupación”. Sólo cabría incorporar lo recomendado por la Directiva 2003/86/CE en su artículo 7.1.a) y que no se halla directamente expresado en el RLOE, esto es, tener presente la naturaleza y regularidad de los recursos⁵⁸⁴. A falta de determinación ministerial, pueden tenerse en cuenta las siguientes prácticas administrativas:

El reagrupante deberá justificar todos los recursos efectivamente disponibles y estables, aunque todavía no se exija expresamente esa estabilidad, pues debe garantizarse una atención de la familia continuada en el tiempo.

Puede darse el supuesto de recursos aportados por terceros, normalmente familiares, en concepto de ayuda al reagrupante. Estos recursos, pudiendo ser suficientes, no suelen considerarse como estables, dado su carácter voluntario. Sin embargo, deben ser computados los recursos provenientes de terceros basados en algún tipo de obligación, *v. gr.*, el abono de una pensión alimenticia por decisión judicial como consecuencia de un divorcio. La suficiencia de estos recursos deberá considerarse en función de su duración estimada.

Debería atenderse a todos los recursos del reagrupante, procedentes tanto de su actividad profesional, por cuenta ajena o propia, como de la gestión de un patrimonio, así como los recursos, en su caso, del cónyuge o hijo reagrupado no independiente (*vid.* art. 41.6. RLOE). Lógicamente, los del cónyuge o hijo todavía no reagrupado, no deben computarse, pues los obtiene en el extranjero y es muy probable que deje de obtenerlos cuando abandone su país.

⁵⁸³ J. E. Peces Morate, "la tutela judicial de los inmigrantes", cit., pp. 203-260.

⁵⁸⁴ En el mismo sentido, A. Álvarez Rodríguez, *La transposición de Directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, cit., p. 48.

La práctica administrativa más clara y extendida es la de mantener ciertos requisitos del RLOE anterior (art. 44.4.c RD 864/2001) y que han desaparecido del vigente. Por tanto, con carácter general, se exige a todo solicitante la declaración del IRPF correspondiente al último ejercicio fiscal, en caso de estar obligado a hacerla, así como la cartilla de la Seguridad Social o acreditación de seguro privado. Además, dependiendo de la situación laboral, el extranjero reagrupante debe aportar: si trabaja por cuenta ajena, contrato o acreditación formal de continuidad en la relación laboral, además de los tres últimos recibos de salario (si cotiza en un régimen especial de la Seguridad Social –del hogar, del mar o agrícolas-, recibos firmados por el empresario y boletines de cotización); si trabaja por cuenta propia, tres últimos boletines de cotización al régimen de Autónomos o régimen especial correspondiente de la Seguridad Social, acreditación del pago del IAE si procede y justificante del último pago del IVA; si no trabaja, justificación de ingresos por la situación de inactividad, como por ejemplo, pensiones, subsidios y rentas.

La fiscalización llevada a cabo en los tribunales sigue, por el momento, estas últimas reglas. En este sentido el TSJ de Madrid considera insuficiente lo aportado en el trámite administrativo⁵⁸⁵: una certificación de saldo bancario en un momento puntual, sin extracto de movimientos en un periodo apreciable; tres nóminas por importe bruto de 150.000 pts mensuales, sin contrato de trabajo por tiempo considerable ni declaraciones de renta. Justifica el Tribunal su insatisfacción por los interrogantes que se suscitan ante la falta de pruebas, pues no se sabe el reagrupante dispone de vivienda propia o en alquiler, cuánto pagaría en su caso en uno u otro régimen, cuántas personas conviven en la vivienda (no es extraño el hacinamiento), cuáles son sus expectativas laborales... nada en resumen que haga presumir que sus ingresos sean bastantes para el sostén medianamente digno de una familia.

Respecto a la posible discriminación que pueda objetarse en relación con otras “familias residentes” en España en similar situación, la misma Sentencia opone que serían familias españolas a quienes no es legalmente posible reprochar la escasez con algún tipo de trabajo para residir donde bien tenga y pueda en nuestro país. Concluye que la exigencia de unas disponibilidades mínimas para los extranjeros no es sino una medida para no incrementar en el país la bolsa de desfavorecidos. Sólo

⁵⁸⁵ STSJ Madrid núm. 1182/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección.1ª), de 16 de septiembre (JUR 2003\77636).

cabría discutir la confusión del Tribunal sobre las calificaciones de “en España hay familias”, por tanto familias residentes sin importar la situación administrativa, que reduce inmediatamente a “españolas”.

Otra manifestación clara de ausencia de recursos apreciada por los tribunales es, no sólo y *a contrario* el que no haya indicio alguno de dependencia económica de los familiares en cuyo caso se exija, sino que el reagrupante recurrente solicite el derecho de asistencia jurídica gratuita para la substanciación del recurso contencioso-administrativo por carecer de medios económicos, con lo que difícilmente se puede sostener que tenga medios económicos para reagrupar a un determinado número de personas⁵⁸⁶.

B) Informe o acta notarial de disponibilidad de vivienda adecuada

La obligación legal de aportar prueba de que se dispone de un “alojamiento adecuado” (art. 18.1 LOE), se desarrolla reglamentariamente en la letra *e*) del art. 42.2 RLOE:

“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 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.”

Puesto que nada se ha concretado, deben observarse unas puntualizaciones formales y materiales. En cuanto a los aspectos formales, por un lado, el informe parece potestativo, pues la Corporación Local puede dejar pasar los quince días desde que se solicita, y por otro lado, no está claro quién lo emite. Respecto al contenido del informe, dos variables son especialmente conflictivas en la práctica: el título que habilita para la ocupación y las condiciones de habitabilidad.

Título que habilite para la ocupación de la vivienda. El reagrupante puede ser propietario o arrendatario, pero el subarriendo (salvo por autorización del propietario) o la cesión en precario (incluyendo el alojamiento prestado por padres), no deberían ser excluidos a priori si el reagrupante demuestra la realidad y estabilidad de disposición de esos alojamientos. Dado que la mayoría de supuestos relativos al título que habilite para la ocupación de la vivienda responde al contrato de arrendamiento de la misma, conviene hacer algunas observaciones: la calificación se recoge en el artículo 2 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos⁵⁸⁷, y se considera como tal arrendamiento de vivienda al que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario; el contrato puede ser escrito o verbal, pero si es verbal conviene que el extranjero disponga de los recibos de pago (u otra forma que lo acredite, como la domiciliación bancaria), que el arrendador está obligado a entregar (art. 17 LAU); el futuro reagrupante tiene derecho a habitar la vivienda durante cinco años como mínimo, salvo cláusula expresa de que el arrendador necesitará ocuparla como vivienda permanente para sí antes del transcurso de los cinco años (art. 9 LAU).

Frecuentemente empleado por los extranjeros, el subarriendo es aceptable si cumple los requisitos legales: sólo se puede subarrendar de forma parcial y previo

⁵⁸⁶ STSJ Madrid núm. 63/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección.1ª), de 30 de enero (JUR 2003\169489).

⁵⁸⁷ BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1994.

consentimiento escrito del arrendador. No debe aceptarse un subarriendo en que no conste este último requisito, puesto que, de no haber sido informado, el arrendador podría rescindir el contrato en cualquier momento (art. 8 en relación con el art. 27 LAU). También debe ser aceptada la cesión del arrendamiento si se cumple el mismo requisito de previo consentimiento escrito del arrendador. El cesionario se subrogará en la posición del cedente frente al arrendador (también en los arts. 8 y 27 LAU).

Otras situaciones que no se rigen por el régimen del arrendamiento de vivienda y que se aceptan a efectos de reagrupación son tanto los arrendamientos rústicos, contratos en que, arrendándose una finca con casa-habitación, sea el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio la finalidad primordial del arrendamiento⁵⁸⁸, como el uso de las viviendas que los reagrupantes tengan asignadas por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten (porteros, guardas, asalariados, empleados)⁵⁸⁹.

Condiciones de habitabilidad y equipamiento. Los criterios de habitabilidad deben complementar los requisitos técnicos de superficie mínima, no sustituirlos, para elaborar una apreciación de conjunto que permita calificar el alojamiento como digno para la familia. El equipamiento, al ser fácilmente inventariable, se suele considerar por separado. También, aunque la práctica actual sea la de seguir considerando la disponibilidad de agua corriente, electricidad, sistema de obtención de agua caliente y red de desagües, el régimen vigente no lo exige. El artículo 44.4.d) del RD 864/2001 lo contemplaba expresamente como parte de las condiciones de equipamiento de la vivienda del reagrupante. Sin embargo, el artículo 42.2.e) RLOE no lo recoge. Esta diferencia puede ser considerada tanto en un sentido negativo, pensando que existe el riesgo de permitir situaciones que no son mínimamente adecuadas para acoger a la familia, como en sentido positivo, permitiendo así que prime la vida en familia aún en condiciones difíciles. A favor de un sentido positivo, que si bien es el vigente, no es el comúnmente aceptado por las autoridades, pensemos en los alojamientos rurales que disponen de generadores eléctricos domésticos y depósitos de agua. Un ejemplo de buenas prácticas es el de familias de

⁵⁸⁸ Este tipo de contrato está expresamente excluido de la LAU en su art. 5 y es muy frecuente en la Región de Murcia, provincia de España con el mayor número de extranjeros dados de alta en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social (34.950 trabajadores a 30 de junio de 2005, muy por encima de la segunda, Almería, con 17.669).

⁵⁸⁹ También excluido de la LAU en el mismo artículo.

inmigrantes alojadas en el medio rural español para paliar el despoblamiento. Responde a iniciativas de organizaciones como CEPAIM. Cabría, por tanto, considerar como adecuadas viviendas que de hecho lo son para familias de españoles y de extranjeros residentes.

II. RESOLUCIÓN DE LA SOLICITUD

Silencio positivo para la renovación de residencia del reagrupante. Advierte el artículo 42.1. RLOE que “en todo caso, no podrá concederse la autorización de residencia al familiar reagrupable hasta que no se haya producido la efectiva renovación de la autorización del reagrupante, teniendo en cuenta que transcurrido el plazo para resolver sobre la solicitud de renovación, ésta se entenderá estimada”. Ese plazo será de tres meses, si el reagrupante ha solicitado renovación de autorización tanto de residencia (art. 37.7. RLOE) como de residencia y trabajo (plazo general máximo para notificar las resoluciones sobre las solicitudes que se formulen por los interesados, contado a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas, DA 8ª).

Denegación de la autorización basada en el informe policial. En los apartados 3 y 4 del mismo artículo 42 RLOE, se prevé un informe policial, al parecer, requerido de oficio y vinculante, pues versará “sobre la existencia de razones que, en su caso, lo impidan (entendemos que se refiere a la concesión)” y se establece la motivación de la resolución denegatoria y la notificación al interesado.

Cuando el régimen de reagrupación familiar permitía la exención de visado, el informe policial se empleaba principalmente para detectar los denominados matrimonios “blancos” o de conveniencia, celebrados con el único fin de obtener autorización de residencia. Aunque la mayoría de supuestos se refiere a matrimonio con español, es demostrativo de la función de control administrativo, con el auxilio policial, al margen del control de legalidad realizado por el Registro Civil en la inscripción del matrimonio. Así lo comprobamos en la STS de 3 de octubre de 2000⁵⁹⁰ y en la STSJ Extremadura núm. 974/2000 (Sala de lo Contencioso-

⁵⁹⁰ STS de 3 de octubre de 2000 (RJ 7663): “(...) obrante en las actuaciones administrativas detenido informe policial, en el que expresamente se hace constar que la recurrente casó con ciudadano español el 25 de febrero de 1993, que de la investigación realizada ha resultado que el matrimonio celebrado

Administrativo), de 21 junio, que reseña expresamente las averiguaciones policiales y sintetiza con sencillez el supuesto: “si bien los cónyuges vivían separados ya que en el domicilio conyugal sólo residía la actora, que trabajaba como "chica de alterne en el club denominado «Arango II» de Villagarcía de la Torre”, concluyendo la fuerza actuante que se trataba de "un matrimonio de conveniencia entre ambos, el primero (esposo) para obtener una cantidad de dinero extra y la segunda (la actora) para obtener la doble nacionalidad".

Denegación por razones de orden público. Así se afirma en la STS, de 23 octubre 1998 cuando establece: “Bástenos aquí reproducir la relación de las sucesivas denuncias contra el recurrente que figuran a los folios 45 y 46 de los autos: «Recibida la ampliación de informe de la Comisaría de Maspalomas, ésta pone de manifiesto que el señor B. fue detenido en las siguientes ocasiones y lugares: (...). Asimismo informa la Comisaría que esta persona fue objeto de investigaciones por la Policía Austriaca por un presunto delito de estafa a una ciudadana austriaca. En la actualidad tiene pendientes las siguientes causas judiciales: Diligencias 1072/1988 por violación y robo con violencia e intimidación...». Recordar esto importa ahora porque demuestra la existencia de una conducta que encaja, sin duda posible, en las previsiones del artículo 26.1 letra c) de la Ley Orgánica de Extranjería, como contraria al orden público, lo cual supone (artículo 54.3 del Real Decreto Reglamentario 1119/1986) la denegación «en todo caso» del permiso de residencia.” (FJ 3º)

es de los denominados «blanco», que en el domicilio de la solicitante, declarado en la petición de la tarjeta de residencia, no ha convivido nunca el matrimonio, que el marido tiene su domicilio en Duruelo de la Sierra, donde trabaja en una fábrica de la localidad y al que nunca ha ido la esposa, circunstancias todas demostrativas de la separación de hecho, sobre las que se articula la resolución administrativa puesta en tela de juicio, y como la Sala de instancia reputa ciertos y válidos los argumentos determinantes de la denegación, afirmando que el matrimonio se celebró a los solos efectos de obtener la tarjeta de residencia, es visto que si ciertamente incumbía a la actora en la instancia la cumplida demostración de la falta de realidad del contenido del informe, no cabe tampoco prescindir de que la apreciación fáctica llevada a cabo en la sentencia recurrida, por el Tribunal de instancia ha de ser respetada en ésta vía casacional, según venimos proclamando reiteradamente (FJ 2º)”.

Concesión y notificación. Si se cumplen los requisitos, el órgano competente resuelve la concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación, suspendiendo la eficacia de la misma hasta la expedición, en su caso, del visado, y hasta la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional (art. 42.5 y 6 RLOE). Notificar esta autorización “condicionada” implica algunas peculiaridades:

(a) El plazo de notificación se reduce a un mes y medio (DA 8ª RLOE) desde el día siguiente al de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarla. El incumplimiento tanto de este plazo como del relativo al visado, ambos de carácter preferente, el Tribunal Supremo ya indicó, respecto a una 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”⁵⁹¹.

(b) Debe comunicarse al reagrupante y, por medios telemáticos y de manera simultánea cuando sea posible, al Ministerio de Asuntos y de Cooperación y a la Misión Diplomática u Oficina Consular en cuya demarcación resida el extranjero.

(c) En la comunicación al interesado, debe hacerse mención expresa de la suspensión de efectos ya enunciada, hasta obtención de visado y entrada efectiva.

(d) Sólo se admite la autorización directa (sin obligación de visado y entrada) de los supuestos “en que pueda quedar exento de esta obligación por ser aplicable una circunstancia excepcional prevista legal o reglamentariamente”. En el régimen vigente, se encuentran dos exponentes de esta excepción (vid. supra): el hijo de residente legal que ha permanecido en España dos años, del artículo 94.2. RLOE, 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 RLOE.

III. VISADO

En el art. 43 RLOE, se regula la tramitación del visado en el procedimiento de reagrupación familiar. Siguiendo el itinerario fijado reglamentariamente, formularemos algunas observaciones.

1. Solicitud

Plazo y lugar de presentación. Es de dos meses desde la notificación de autorización de residencia por reagrupación al reagrupante y debe solicitarse en la Misión Diplomática u Oficina Consular en cuya demarcación resida el familiar que vaya a ser reagrupado.

Legitimación activa. Debe solicitar el mencionado familiar personalmente, aunque caben dos excepciones en las que podrá solicitarlo un representante debidamente acreditado:

(a) Cuando el familiar es un menor. Aunque se haya omitido una referencia expresa, entendemos que deben considerarse asimilados los incapaces, por razones obvias de necesaria y constante representación. López Barba, en cambio, considera como más adecuado “recurrir a una aplicación analógica del trato concedido a los menores”⁵⁹².

(b) Si el familiar no reside 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.

En este supuesto, el artículo 43 RLOE impone la aceptación de “representante legalmente acreditado” frente al “podrá acordarse” de la DA 3ª, apd. 2º LOE y de la DA 4ª RLOE, que permiten un “representante debidamente acreditado”.

Inadmisión a trámite o denegación. El último párrafo del artículo 43.1 RLOE provoca cierta inquietud, por cuanto indica que “constituirá causa de inadmisión a trámite de la solicitud de visado y, en su caso, de denegación, el hecho de que el extranjero se hallase en España en situación irregular, evidenciado por el poder de

⁵⁹¹ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 1 octubre de 1992, RJ 7742.

representación o por datos que consten en la Administración”. Si bien queda claramente establecido que el extranjero debe hallarse en situación de irregularidad, es posible que se dé el supuesto de familiar que actúa mediante representante para solicitar el visado porque se encuentra en España en situación de estancia, posiblemente prorrogada.

Como veremos, la exigencia de comparecencia personal en la eventual entrevista durante la sustanciación del trámite del visado, desvirtúa la eficacia de la representación, puesto que de otro modo podrían limitar su comparecencia personal al momento de recogida del visado una vez concedido, tras volver de una estancia legal con el reagrupante.

En un itinerario como el trazado, es fácil que ante una denegación de visado, por motivo distinto a la incomparecencia, el familiar que estaba en situación de estancia, probablemente prorrogada, no vuelva al Estado de origen, dada la arbitrariedad de estar autorizado por la misma Administración (aunque dependiente de diferente Ministerio) que le deniega el correspondiente visado. De este modo, el familiar sacrifica su situación administrativa, pasa a la irregularidad, a favor del mantenimiento de la unidad familiar.

Documentación adjunta. A la solicitud han de acompañar los siguientes documentos:

(a) Pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses. Esta misma vigencia de cuatro meses para el pasaporte, la exige el RLOE en los supuestos de autorización (no visado) de residencia por circunstancias excepcionales (art. 46 RLOE) y visado para residencia y trabajo (art. 51.7.a) RLOE). En cambio, para el visado de residencia, se exige un año de vigencia (35.2.a) RLOE). Recordemos que para la autorización sólo se exige copia del pasaporte del familiar reagrupable.

(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.

⁵⁹² Cfr. E. López Barba, "El ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en el Real Decreto

(c) Copia de la autorización de residencia notificada al reagrupante. Este requisito documental garantiza que la autorización ha sido debidamente notificada al reagrupante y que por tanto puede iniciarse la petición del correspondiente visado con la seguridad de que ya se encuentra registrada telemáticamente la preceptiva concesión en España. Ese es el motivo de que una mera copia deba ser aceptada, pues actúa únicamente como resguardo o justificante de un acto que la Oficina consular va a comprobar de oficio.

(d) Documentación original que acredite los vínculos familiares y, en su caso, la edad y la dependencia legal o económica. Tal como ya ha aclarado presuntamente el Ministerio a las autoridades competentes en cada provincia, este es el momento procesal para la legalización de los documentos y no el inicial de solicitud de autorización en España por parte del reagrupante (*vid. supra*). De que se cumpla lo así previsto recientemente, depende que pueda obviarse la crítica a la exigencia de documentos que ya obran en poder de la Administración, conquista del Régimen Administrativo Común de 1992 que en el especial de Extranjería todavía no se ha producido de modo pacífico y generalizado.

(e) Certificado médico, con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades cuarentenables contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional.

2. Tramitación

Admisión. Esta solicitud tiene, al igual que la previa de autorización, tratamiento preferente (Disposición Adicional undécima RLOE). Se inadmitirá o, en su caso, denegará si se descubre que el extranjero se halla en España en situación irregular, evidenciado por el poder de representación o por datos que consten en la Administración (artículo 43.1. in fine RLOE). Algún consulado ha inadmitido la solicitud por evidenciarse en la copia del pasaporte (sello de entrada y salida del país) presentada que el solicitante había permanecido en España en situación irregular⁵⁹³, muy distinto de hallarse en el momento de la solicitud en tal situación, que es la interpretación que parece más adecuada.

2393/2004", cit., p. 194.

⁵⁹³ Consulado de España en Quito (Ecuador) en relación con solicitud de visado de trabajo por cuenta ajena de trabajadores que acudían con la autorización favorable de la Subdelegación correspondiente.

Conforme al régimen general del procedimiento en materia de visados recogido en la Disposición Adicional sexta y aplicable por tanto a los visados de reagrupación familiar, parece quedar reglamentariamente reconocida la posibilidad de que la copia sellada de la solicitud no sea entregada inmediatamente al interesado, refrendando así la práctica de algunos consulados en que la solicitud debe depositarse en un buzón de su muro exterior o, caso del Consulado de España en Islamabad, la solicitud ha de ser entregada a una empresa privada de mensajería que la remitirá a aquel⁵⁹⁴. Ello se deduce del tenor del apartado primero de dicha Disposición Adicional, según el cual “la misión diplomática u oficina consular receptora de la solicitud de visado devolverá una copia sellada de ella con indicación de la fecha y el lugar de recepción o remitirá el acuse de recibo al domicilio fijado a efectos de notificación en el ámbito de la demarcación consular”.

Comparecencia. Durante la sustanciación del trámite del visado, la Misión Diplomática u Oficina Consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal, con el fin de comprobar su identidad, el vínculo familiar alegado, en su caso, la dependencia legal o económica y la validez de la documentación aportada.

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.

Cuando se determine la celebración de la entrevista, en ella 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. En este trámite, no cabe la excepción de presentación personal que sí se admite para la solicitud. Así lo establece la Disposición Adicional tercera LOE, que al disponer “en cualquier caso” y en relación con el artículo 43.3 RLOE, parece incluir en la comparecencia a los menores y la presencia del representante, igual que la del intérprete en su caso, es acumulativa, no sustitutiva. Quedará constancia del

E. Arce Jiménez, "Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular: familiares reagrupables que se encuentran en España sin haber seguido el procedimiento de reagrupación familiar", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 8, (marzo) 2005, pp. 261-270.

⁵⁹⁴ Observaciones y ejemplos formulados en E. Arce Jiménez, "Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular: familiares reagrupables que se encuentran en España sin haber seguido el procedimiento de reagrupación familiar", cit., pp. 261-270.

contenido de la entrevista mediante un acta firmada por los presentes, de la que se entregará copia al interesado.

También, siguiendo de nuevo lo prescrito en el régimen general de visados (Disposición Adicional sexta, apartados segundo, tercero y cuarto), deben añadirse a la comparecencia específica del visado de reagrupación familiar, otras particularidades:

Citaciones o requerimientos. Estos trámites deben hacerse, en primer lugar, mediante llamada de teléfono o telefax proporcionados por el interesado, dejando “constancia fehaciente de su realización en el expediente del visado”. Entendemos que esta constancia, en el caso del telefax, es documentalmente más fácil, mediante resguardo de la llamada emitido por el aparato utilizado, pero el teléfono, para una prueba documental fehaciente, debe esperar a la recepción de la factura detallada de la compañía telefónica correspondiente, no siendo posible, en el *interin*, otra prueba que el asiento escrito.

En segundo lugar, si la citación o requerimiento mediante llamada de teléfono, nada se dice del telefax, “hubiera sido desatendido (*sic*), se cursarán por escrito las citaciones, requerimientos o notificaciones al domicilio fijado”. No queda especificado qué deberemos entender por “desatendido”⁵⁹⁵, aunque cabe suponer que se trata de imposibilidad de efectuarlo: “no contestan”.

Las citaciones y requerimientos deben atenderse en un plazo máximo de diez días, a diferencia de la comparecencia personal y entrevista que, como hemos comprobado, tienen el límite en quince días. Suponemos que este plazo de diez días rige tanto para el escrito como para considerar la llamada “desatendida”.

Sólo una vez “agotadas todas las posibilidades de notificación que se prevén en esta disposición adicional sin que aquella se pueda practicar, cualquiera que fuese la causa, la notificación se hará mediante anuncio publicado durante diez días en el correspondiente tablón de la oficina consular”⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ Acepciones de “desatender” en el Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edic.: “1. No prestar atención a lo que se dice o hace; 2. No hacer caso o aprecio de alguien o de algo; 3. No corresponder, no asistir con lo que es debido”.

⁵⁹⁶ Sobre la importancia de seguir correctamente los trámites previstos, sin acudir directamente al anuncio, con dos intentos de notificación escrita, por correo certificado u otros medios legalmente previstos, *vid.* la Sentencia núm. 368 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de

Si la notificación se ha podido practicar por los medios descritos, telefónico, escrito o por anuncio, finalizado el plazo correspondiente de diez días, se tendrá al solicitante por desistido, notificándosele la resolución del mismo modo descrito para citaciones y requerimientos. Conviene no olvidar que la citación telefónica desatendida (se ha comunicado pero el interesado no ha asistido en los diez días posteriores) puede considerarse requisito previo a la citación por escrito y, por tanto, insuficiente para justificar aisladamente una declaración de desistimiento.

Informes adicionales. Además de la documentación preceptiva y la comparecencia personal específica, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir los informes que resulten necesarios para resolver la solicitud, “si mediara causa que lo justifique” –concreta la Disposición-, por lo que cualquier requerimiento en este sentido deberá ser debidamente justificado. Sin embargo, no hay regla establezca tanto las causas justificativas como los correspondientes informes necesarios. Todo ello desemboca, de nuevo, en la discrecionalidad consular y la consecuente inseguridad jurídica del extranjero solicitante de visado.

3. Denegación

Causas. 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 documentos, o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión de forma motivada y se remitirá copia del acta al organismo que hubiera autorizado inicialmente la residencia temporal. Algunos autores proponen a este respecto que la concesión del visado para reagrupación familiar, excepción hecha obviamente de supuestos de orden público, debiera ser automática, puesto que, conforme al art. 42.2.a) RLOE, el reagrupante ha debido acreditar los vínculos familiares, la edad y la dependencia legal y

Málaga, de 18 de julio de 2005, referente a la caducidad de un procedimiento de expulsión en que se había notificado por edicto sin haber intentado convenientemente la notificación en el domicilio. Aunque en aquel caso caduca la expulsión, en este lo que sucedería es que a la vez que pasados dos meses de la solicitud el interesado recurre una resolución denegatoria presunta, carente obviamente de motivación obligatoria, mientras el consulado le tiene por desistido habiendo notificado directamente por anuncio o tras haberlo hecho por escrito sin las cautelas establecidas jurisprudencialmente (STS de 18 de marzo y de 7 de julio de 1995, citadas en la Sentencia referenciada), esto es, dos intentos para que tal mecanismo sea plenamente eficaz.

económica⁵⁹⁷. Sin duda, la única objeción posible a esta reivindicación es la del efectivo cumplimiento de lo previsto en la reiteradamente citada instrucción ministerial de 2005 por la que los documentos deben ser legalizados sólo en fase de visado.

También establece la Disposición Adicional sexta RLOE en su apartado 6º 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.

Otro motivo de denegación será la inclusión del familiar en la lista de personas no admisibles (Disposición Adicional sexta, apds. 4 y 7 RLOE), que permite al interesado presentar, independientemente del correspondiente recurso contra la resolución denegatoria, una solicitud escrita ante la oficina consular dirigida al Secretario de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior si quisiera ejercer su derecho de acceso a sus datos o a solicitar su rectificación o supresión de los mismos en el sistema de información de Schengen.

Falta de motivación. El Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la falta de motivación en la denegación de visado por reagrupación familiar, calificándolo como 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” (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 1 octubre de 1992, RJ 7742).

En el caso de una denegación en que los hechos muestren claramente que se han cumplido todos los requisitos, no se podrá esgrimir por parte de la Administración su poder de discrecionalidad. Así lo dejó sentado el Tribunal Supremo en su Sentencia de de 22 de diciembre de 1995 (RJ 9515): “Don Seishu I.,

⁵⁹⁷ E. Arce Jiménez, "Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular: familiares reagrupables que se encuentran en España sin haber seguido el procedimiento de reagrupación

de nacionalidad japonesa, se encuentra en posesión de permiso de residencia válido hasta el 19 de febrero de 1996. La embajada del Japón en España certifica que don Seishu I. y doña Kim Y. contrajeron matrimonio en Japón el 3 de agosto de 1990. Se cumplen pues los requisitos a que alude el citado artículo 7.2.a) del Reglamento 26 mayo 1986 para que doña Kim Y. tenga derecho a que se le expida el visado de residencia por causa de reagrupación familiar, al estar casada con un extranjero que reside legalmente en España. Debemos en consecuencia revalidar el criterio de la sentencia impugnada, que ha llevado a cabo acertadamente un control de la potestad discrecional de la Administración por razón de los hechos determinantes” (FJ 2º). En el mismo sentido se pronunció el TSJ de la Comunidad Valenciana en Sentencia de 16 de enero de 1997.

Ante una denegación presunta, lo habitual será que el Tribunal fiscalice el cumplimiento de los requisitos del visado. En caso de que se den, impondrá a la Oficina consular la expedición de los visados correspondientes, como en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 868/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 9 julio, en la que, a pesar de tratarse de reagrupación por español, es ilustrativo el desarrollo de cada una de las condiciones por parte del Tribunal, además de las continuas incongruencias en las contestaciones de la Embajada de España en Islamabad⁵⁹⁸.

familiar", cit., especialmente p. 268.

⁵⁹⁸ STSJ Madrid núm. 868/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 9 julio, JUR 2003\77312: “TERCERO.- En el caso presente, la Administración no ha dictado Resolución expresa que ponga de manifiesto los motivos de la no concesión de los visados. En comunicaciones posteriores emitidas a instancias del Ministerio de Asuntos Exteriores ante las quejas de los recurrentes por la no resolución del expediente, se mencionaron como hechos obstativos: el no aportar los interesados documentación suficiente que acredite el vínculo de parentesco de los hijos, ya que al parecer Esther no sería la madre de los mismos (entendiéndose que según la edad de los hijos y la fecha del matrimonio Antonio tuvo que haber estado casado con anterioridad, no aportando datos de tal hecho sino pretendiendo hacer pasar a los hijos que desea reagrupar como hijos de Esther) y no haber contestado las autoridades pakistaníes a los requerimientos efectuados en relación con las certificaciones de su nacimiento y matrimonio, así como con otras relacionadas con los hijos; muy posteriormente, interpuesto ya el presente recurso, se argumentó que en las solicitudes de visado de los hijos no se mencionó como motivo del desplazamiento la reagrupación con su padre, sino el trabajo. Tesis igualmente sostenida por el Abogado del Estado en la contestación a la demanda.

CUARTO.- Sentado lo anterior, se hace preciso examinar en primer lugar si la documentación presentada por los solicitantes era suficiente para poder tener por acreditada su identidad y el vínculo de parentesco con el reagrupante.

Del expediente administrativo resulta, que a las solicitudes de visado se acompañó la documentación mencionada en el fundamento de derecho primero de esta resolución, de dicha documentación resulta tanto el primer matrimonio del reagrupante, como el nacimiento de sus tres hijos, el fallecimiento de su primera esposa, el segundo matrimonio del reagrupante y la nacionalidad española de este último. Respecto de dicha documentación, la Embajada manifestó de forma genérica y sin concretar que presentaba muchas irregularidades, así como que tenían que comprobar la documentación pakistaní

4. Concesión y entrada

Notificación. La misión diplomática u oficina consular tiene un plazo máximo de dos meses para notificar. Este plazo se encuentra entre el máximo general para visados (un mes) y la excepción para visados de tránsito, estancia y residencia no lucrativa (tres meses), de la Disposición Adicional octava, apd. 2º RLOE. Los dos meses, conforme a la misma Disposición, se contarán a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas.

Recogida. Debe ser personalmente, salvo en el caso de menores, en que podrá ser por su representante (también así en la Disposición Adicional cuarta RLOE, aunque no se menciona la otra excepción prevista para la solicitud). No se establece plazo específico para recoger el visado⁵⁹⁹. Podemos suplir esta laguna con el de “un mes desde la notificación”, previsto para estancia (art. 23.7 RLOE), tránsito (art. 28.7 RLOE) y residencia temporal (art. 35.8 RLOE).

Si el interesado no recoge el visado en el plazo previsto, se entiende que renuncia al mismo y se archiva el procedimiento. Si lo recoge, tiene el plazo de vigencia del mismo, “que en ningún caso será superior a tres meses, de conformidad con lo establecido en *el capítulo I* de este Reglamento”, para entrar en España. Ante

aportada con las autoridades locales, lo cual llevaría tiempo, requiriendo únicamente al recurrente para que remitiera certificados literales de matrimonio y nacimiento expedidos por el Registro Civil Central de Antonio que ya habían sido aportados, no obstante se remitieron, no requiriendo ninguna otra documentación ni contestando a la petición del recurrente de que se le informara de cuales eran las irregularidades detectadas en la documentación pakistaní, ya que según él toda había sido expedida por Administraciones públicas del gobierno Pakistání, paralizando el expediente sin dictar resolución alguna.

Esta Sala estima que en tales condiciones, ni la paralización del expediente ni la denegación presunta de los visados por falta de documentación está justificada. La Embajada no ha sido capaz en momento alguno de concretar cuales eran las irregularidades que presentaba la documentación pakistaní expedida por las autoridades locales y mucho menos de acreditarlo, limitándose a levantar una sospecha genérica de irregularidad en momento alguno acreditada, más aún, tan solo parte de la documentación aportada está expedida por las autoridades locales pakistaníes, ya que además de ésta fueron aportados: pasaportes de los interesados -que según informe pericial de la Comisaría General de Policía Científica del Cuerpo Nacional de Policía son auténticos-; certificado del Registro General Pakistaní dependiente del Ministerio del interior en que se hace constar que Carlos Manuel , Félix y Luis Manuel son hijos de Antonio , consignándose sus respectivas fechas de nacimiento; Libro de familia expedido por el Registro Civil español en que consta el matrimonio de Antonio y Esther ; Documento nacional de identidad español y pasaporte español de Antonio .

Por otra parte la documentación pakistaní expedida por las autoridades locales, consta verificada y comprobada por el Consulado General de Pakistán en Barcelona, que certifica que es original, auténtica correcta y válida.”

⁵⁹⁹ En atención al tenor del art. 43.5 RLOE, se trata de una omisión por error que, sin embargo, no se subsanó en la primera corrección de errores (BOE núm. 130, de 1 de junio de 2005).

este claro error, parece que se remite a la vigencia del visado de residencia temporal (art. 35.9 RLOE), por lo que debe leerse “la sección 1.^ª”.

En el plazo de un mes desde la entrada, el extranjero deberá solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero, salvo en el caso de menores en que podrá ser solicitado por su representante.

IV. RECURSOS

Frente a los actos y resoluciones administrativas, la LOE establece en su artículo 21.1 la posibilidad de presentar los recursos correspondientes “con arreglo a lo dispuesto en las leyes”, disposición reiterada en el artículo 65.1 LOE respecto a las resoluciones administrativas sancionadoras. Sin embargo, el mismo artículo 65 LOE en su segundo apartado establece que “en todo caso, cuando el extranjero no se encuentre en España, podrá cursar los recursos procedentes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes los remitirán al organismo competente”. La duda sobre el ámbito de aplicación del mencionado precepto surge al tener en cuenta su ubicación en el cuerpo de la LOE, en concreto dentro del Título III sobre infracciones y régimen sancionador. De cualquier modo, en cuanto al contenido, debemos entender que el extranjero que no se encuentre en España podrá recurrir cualquier acto administrativo, no sólo propio de un procedimiento sancionador, teniendo en cuenta además, que los casos más frecuentes no tienen tal carácter⁶⁰⁰.

Los recursos administrativos se encuentran “legalmente previstos” en los arts. 107 a 119 de la LRJAP-PAC, debiendo fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley⁶⁰¹. Los

⁶⁰⁰ Vid. M. A. Sánchez Jiménez, “Garantías jurídicas”, en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 269-296.

⁶⁰¹ Ley 30/1992, de 26 noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. *BOE* núm. 285, de 27 de noviembre de 1992, corrección de errores en *BOE* núm. 311, de 28 de diciembre de 1992 y *BOE* núm. 23, de 27 de enero de 1993.

Art. 62: “1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.

recursos jurisdiccionales, por su parte, están regulados en la LJCA⁶⁰² y se denominan contencioso-administrativos.

1. Recursos administrativos

El desarrollo reglamentario del artículo 21.1 LOE se encuentra en la DA 10ª RLOE, que se limita a concretar los actos administrativos que ponen fin a la vía administrativa y los que no, pues los recursos administrativos o jurisdiccionales siguen siendo los “legalmente previstos”. Las resoluciones, por tanto, deben ser dictadas por “los órganos competentes de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Interior, y de Trabajo y Asuntos Sociales, los Delegados del Gobierno y Subdelegados del Gobierno, bajo la dependencia funcional de estos dos últimos ministerios” y se dividen en dos grupos según el criterio anunciado y sobre las materias reguladas en el RLOE:

Recurso de alzada. No agotan la vía administrativa las resoluciones sobre: solicitudes de prórroga de autorización de residencia; renovación y modificación de autorización de trabajo; devolución, denegación de entrada y retorno;

Entendemos que el precepto, a pesar de haber sido ya corregido, es confuso al contemplar un efecto automático de la solicitud de renovación, previsto reglamentariamente, como es la prórroga de la autorización de residencia, como si tuviera carácter independiente, por lo que no constituye ni propicia ningún acto administrativo recurrible. Para integrar la laguna, la reagrupación familiar podría

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente de procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
g) Cualquiera otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.
2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.”
Art. 63: “Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.
2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.
3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.”

⁶⁰² Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. *BOE* núm. 167, de 14 de julio de 1998.

asimilarse a la autorización de trabajo y así incluir las resoluciones sobre renovación y modificación.

A este grupo de actos administrativos le corresponde el recurso de alzada (arts. 114 y 115 LRJAP-PAC), que debe interponerse ante el superior jerárquico del órgano que dictó el acto recurrido en el plazo de un mes, si el acto fuera expreso, o de tres meses a partir del día siguiente a aquel en que se considere presunto por silencio administrativo. La autoridad competente dispone de tres meses para resolver. Al final de este plazo, si no se ha pronunciado, rige el silencio negativo, entendiendo desestimado el recurso, salvo que se haya presentado frente a una denegación tácita, en cuyo caso el silencio tendrá efecto estimatorio (art. 43.3.b LRJAP-PAC⁶⁰³).

Aplicado este recurso a la renovación de autorización por reagrupación, debemos recordar que tal resolución administrativa, si no es expresa, se entiende favorable, con lo que el recurso siempre se interpondrá frente a una resolución expresa desfavorable.

La resolución del recurso de alzada pone fin a la vía administrativa, aunque es posible interponer el extraordinario de revisión.

Recurso de reposición. Ponen fin a la vía administrativa: concesión o denegación de visados, prórrogas de estancia o autorizaciones de residencia y de trabajo, cédulas de inscripción, así como sanciones gubernativas y expulsiones de extranjeros. Entre estas resoluciones, tienen cabida las relativas a la reagrupación familiar, tanto dentro del procedimiento reglamentario como al margen del mismo: denegación de visado a cada uno de los familiares cuya reagrupación ha sido autorizada; prórroga de estancia para el cónyuge cuya reagrupación se inicia encontrándose legalmente en España; denegación de la autorización de reagrupación por cada familiar; expulsión de familiar en situación irregular.

Estas resoluciones pueden recurrirse, ante el órgano que los dictó, en reposición (arts. 116 y 117 LRJAP-PAC) con carácter potestativo, puesto que

⁶⁰³ “Cuando en los procedimientos iniciados en virtud de solicitudes formuladas por los interesados no haya recaído resolución en plazo, se podrá entender desestimada la solicitud en los siguientes supuestos: (...) (b) Resolución de recursos administrativos. Ello no obstante, cuando el recurso se haya interpuesto contra la desestimación presunta de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el recurso si llegado el plazo de resolución de éste el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo”.

también podría interponerse directamente recurso jurisdiccional. Los plazos de presentación son los mismos que para el de alzada. El de resolución, en cambio, es de un mes y el silencio siempre es negativo. En vía administrativa, sólo es posible interponer igualmente el recurso extraordinario de revisión.

Recurso extraordinario de revisión. Se regula en los arts. 118 y 119 LRJAP-PAC y se interpone contra los actos firmes en vía administrativa, ante el órgano administrativo que los dictó, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 118⁶⁰⁴. El plazo de interposición dependerá de la circunstancia de que se trate⁶⁰⁵ y el de resolución será de tres meses con silencio desestimatorio.

2. Recursos contencioso-administrativos

Recurso “ordinario”. Se trata del procedimiento contencioso-administrativo regulado en el Título IV de la LJCA y la competencia está prevista por el art. 8.4 LJCA, conforme al cual los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán “de todas las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado”, se somete a los plazos de interposición del artículo 46: “dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.”

Puesto que la reagrupación familiar pertenece al ámbito de la extranjería, le corresponde el procedimiento abreviado, por disposición expresa del artículo 78 LJCA, donde se desarrolla el mismo. Cabe además la posibilidad de solicitar indemnización como resarcimiento derivado no sólo de resoluciones gravemente dañosas para el administrado de forma indebida, sino también en aquéllas, que aun

⁶⁰⁴ “1ª Que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.

2ª Que aparezcan o se aporten documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.

3ª Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución.

4ª Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme”.

siendo favorables, se han dilatado excesivamente en el tiempo en vía administrativa.⁶⁰⁶

También puede disponer de la asistencia jurídica gratuita, necesaria ya en este recurso. Sin embargo, a falta de una definición clara de los recursos económicos en relación con los familiares que se pretenda reagrupar, podría suceder que el reagrupante rebasara el umbral exigido para poder acceder a tal beneficio. También el tribunal podría negarle la reagrupación en el caso de que solicite asistencia gratuita en un supuesto en que se le haya denegado la solicitud precisamente por insuficiencia de recursos o ausencia de prueba de los mismos. Así se refleja en la STSJ Madrid núm. 63/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 30 de enero (JUR 2003\169489) para reagrupar a tres familiares (FJ 4).

No será posible, sin embargo, que se acojan a la asistencia jurídica gratuita los familiares reagrupables que se encuentren en el Estado de origen, principalmente en supuestos de denegación del visado correspondiente. Para ello, deberá recurrir principalmente el extranjero reagrupante, que sí se encuentra en España y de modo regular, sin necesidad de recurrir tanto a la reciente jurisprudencia constitucional por la que se reconoce un sentido amplio al requisito de hallarse en España, independiente de la situación administrativa, como a la Directiva sobre la materia, en cuanto a su necesaria transposición o eventual eficacia directa⁶⁰⁷. A juicio de Tolosa Tribiño, "tras la STC 95/2003, nuestro Derecho positivo va a permitir que el extranjero que se halle en España, aun cuando su estancia no fuera regular, goce del beneficio de justicia gratuita en los mismos términos que un español o un nacional de la Unión Europea. Y solamente en el caso de que ese extranjero no se halle en España verá limitado el alcance del derecho al orden jurisdiccional social y al penal

⁶⁰⁵ Cuando se trate de la primera, dentro de los cuatro años siguientes a la fecha de la notificación de la resolución impugnada, y, en las demás circunstancias, de tres meses desde el conocimiento de los documentos o desde la firmeza de la sentencia judicial.

⁶⁰⁶ A. Martínez Pérez, "Posibilidad de solicitar indemnización derivada de denegación indebida de permiso de trabajo y residencia solicitado por extranjero no comunitario. Comentario a la Sentencia del TS de 7 de julio de 2003.", en *Aranzadi Social*, núm. 12, 2003, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.

⁶⁰⁷ A. Lara Aguado, "Litigios transfronterizos y justicia gratuita (A propósito de la Directiva 2003/8/CE del Consejo de 27 de enero de 2003)", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, (enero-abril) 2004, pp. 83-115. También, de la misma autora, "Derecho a la asistencia jurídica gratuita", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 297-328.

en los términos que reflejan los apartados *d)* y *e)* del artículo 2 de la Ley 1/1996”⁶⁰⁸. Otras interpretaciones doctrinales universalizan el ámbito personal de este derecho y de este modo, De Lucas Recuerda que "el TC reitera su doctrina (SSTC 183/2001, 117/1998, 16/1994, 138/1988) conforme a la cual el derecho a la asistencia jurídica gratuita establecido en el artículo 119 de la CE "consagra un derecho instrumental respecto al derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 de la CE". Un derecho de carácter prestacional y de configuración legal, sin duda (puesto que el mismo artículo 119 establece que la justicia será gratuita "cuando así lo disponga la ley"), pero que no permite traspasar el contenido constitucional indisponible de ese mismo precepto, concretado en la declaración de que tal gratuidad se debe reconocer "en todo caso respecto a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar" (p.217). Opina el autor que con la STC 95/2003, queda claro que "una vez que el legislador determina el concepto jurídico "insuficiencia de recursos para litigar", todos -esto es, todos los seres humanos, toda persona física- los que acrediten encontrarse en esa situación deben poder beneficiarse de la justicia gratuita". Concluye que "hacer distinciones dentro de esa categoría -todos los que se encuentren en la situación de insuficiencia de recursos para litigar-, por ejemplo, por razón de nacionalidad o residencia legal, es discriminar injustificadamente: y eso es inconstitucional”⁶⁰⁹. Por contraste, una perspectiva más pragmática, la de Pulido Quecedo, considera que "la CE acoge, así interpretada, las tesis del Derecho internacional humanitario en su más prístina expresión" y advierte sobre las buenas perspectivas para los turnos de oficio y las no tan buenas para los presupuestos de Justicia”⁶¹⁰.

Respecto a la mencionada Directiva, Lara Aguado observa que extiende su ámbito de aplicación a los que residen habitualmente, pero su ámbito de protección sólo abarca a los que residen legalmente y para litigios en materia civil y mercantil

⁶⁰⁸ C. Tolosa Tribiño, "El principio de igualdad ante la ley y los extranjeros en España", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 430, 2000, pp. 1-4.; M. Calduch Gargallo, "La asistencia jurídica gratuita al extranjero", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 4, (noviembre) 2003, pp. 65-82.

⁶⁰⁹ J. De Lucas Martín, "La difícil igualdad (A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional)", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 3, (julio) 2003, pp. 209-220.

⁶¹⁰ M. Pulido Quecedo, "La asistencia jurídica gratuita de los extranjeros no residentes "legalmente" en España", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 581, 2003, pp. 10-11. En otro lugar, el mismo autor llega a calificar la STC 95/2003 de "generosa en el marco todavía de un utopismo ilustrado" (M. Pulido Quecedo, "Extranjeros y justicia gratuita", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 8, 2003, pp. 9-11).

(también laboral para el reconocimiento y ejecución de sentencias). Además de esa discordancia, la autora llama la atención sobre otras dos circunstancias: Primera, la Directiva impone su aplicación en los litigios transfronterizos con independencia de que los Convenios internacionales suscritos por los Estados miembros en esta materia sean más favorables o no que la Directiva. Segunda, la STC de 22 de mayo de 2003 permite el acceso a la asistencia jurídica gratuita por parte de los extranjeros que carezcan de recursos y se hallen en España, olvidando los que litiguen en España pero hallándose fuera. La consecuencia que propone descansa en la norma de transposición de la Directiva, que para cumplir "con el mandato de la norma comunitaria, con las exigencias de la interpretación del Tribunal Constitucional y con los compromisos internacionalmente asumidos por España, deberá conferir la máxima protección, extendiendo el derecho a la justicia gratuita a todos los que carezcan de recursos para litigar, con independencia de su situación administrativa"⁶¹¹. De cualquier modo, la transposición llevada a cabo en el ordenamiento español no acoge tal propuesta. Así lo constata Calvo Babío⁶¹² al analizar la Ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea⁶¹³.

Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona. El primer capítulo del Título V de la LJCA, sobre procedimientos especiales, regula el de amparo judicial de las libertades y derechos, previsto en el artículo 53.2 CE, contra la disposición, la actuación o el acto que incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulnera un derecho de los susceptibles de amparo (art. 121 LJCA). La tramitación tiene carácter preferente (art. 114 LJCA) y el plazo para interponer este recurso es de diez días, "que se computarán, según los casos, desde el día siguiente al de notificación del acto, publicación de la disposición impugnada,

⁶¹¹ A. Lara Aguado, "Litigios transfronterizos y justicia gratuita (A propósito de la Directiva 2003/8/CE del Consejo de 27 de enero de 2003)", cit., pp. 83-115.

⁶¹² F. Calvo Babío, "La justicia gratuita en litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea", en *IURIS*, núm. 98, (octubre) 2005, pp. 62-68.

⁶¹³ *BOE* núm. 171, de 19 de julio de 2005.

requerimiento para el cese de la vía de hecho, o transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites”⁶¹⁴.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de enero de 1994 (RJ 546) no entró a conocer sobre la vulneración del art. 39 CE por entender que era un problema de legalidad ordinaria y no del procedimiento para la protección de los derechos y libertades fundamentales recogidos en la CE. De cualquier modo, la principal vulneración alegada en tal proceso fue la del art. 19 CE, que no se le reconoció al extranjero al no encontrarse en territorio español de forma regular.

Aunque ya ha desaparecido la exención de visado por razones excepcionales, conviene recordar que no prosperará, en principio, intentar acogerse al procedimiento especial de la Ley 62/1978 en un recurso para obtener esta autorización de residencia. De este modo, la STS de 24 febrero 1996 (RJ 2273) justifica el razonamiento de la sentencia recurrida en casación, por el que la recurrente no podía recabar la protección de un derecho que no ostentaba, «dada su estancia ilegal en territorio español», debida esa ilegalidad no a la entrada en España sin visado, sino que la deducía «del hecho de haber solicitado la exención de visado para tramitar una autorización de residencia». Con ello, salva el Tribunal Supremo un motivo que habría prosperado, la entrada sin visado en base a un Canje de Notas entre los Estados implicados, para encauzar la *ratio decidendi* del fallo recurrido hacia la consideración de que la interpretación que la Administración había hecho del concepto jurídico indeterminado consistente en las «razones excepcionales» exigidas para conceder la solicitada exención de visado, era una cuestión de legalidad ordinaria no revisable en el procedimiento especial de la Ley 62/1978.

3. Suspensión de las resoluciones recurridas

A pesar de la ejecutividad directa de los actos recurridos, tanto los recursos administrativos (art.111 LRJAP-PAC) como los jurisdiccionales (art.130 LJCA) prevén la posibilidad de que el órgano competente, previa ponderación, suspenda de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución cuando: en el recurso administrativo,

⁶¹⁴ Art. 115 LJCA. Añade que “cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, o, tratándose de una actuación en vía de hecho, no se hubiera formulado requerimiento, el plazo de diez días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación, la presentación del recurso o el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho, respectivamente”.

la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o cuando la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 LRJAP-PAC; en el recurso jurisdiccional, cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al mismo.

Expulsión. En el ámbito de la reagrupación, tiene trascendencia la suspensión de la orden recurrida de expulsión de familiar en situación irregular. Debe, en ese caso, distinguirse el procedimiento adoptado para tramitar el expediente de expulsión: si ha sido el preferente (artículo 21.2 LOE y DA 10ª RLOE en relación con artículo 63 LOE), la ejecución es inmediata, lo cual impide la suspensión y parece, por tanto, inconstitucional.

A tal conclusión puede llegarse atendiendo a la STC 78/1996, de 20 de mayo, (FJ 3º), en la que se declara la relevancia de la ejecución inmediata de un acto administrativo desde la perspectiva del art. 24.1 CE. Si se da tal ejecución, esta imposibilita el acceso a la tutela judicial y puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando indefensión.

En consecuencia, el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos, tanto en el procedimiento administrativo, debiendo permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación, como en el proceso jurisdiccional, en el que debe dar lugar a la correspondiente revisión específica: “El derecho a la tutela se satisface pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión” (STC 66/1984).

La citada STC 78/1996 añade que una vez declarada la tutela de ese modo, es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez. Los obstáculos insalvables a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial y justifican que, desde el art. 24.1 de la CE, se reinterpreten los preceptos aplicables del mismo modo que en la STC 66/1984. Declara pues, por un lado, la inconstitucionalidad de las normas que impiden radicalmente suspender la ejecutividad de las decisiones de la Administración citando las SSTC 238/1992 y

115/1987 y, por otro, que el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste resuelva sobre la suspensión, recogiendo a su vez lo ya dictado en la STC 148/1993.

En el procedimiento ordinario la suspensión sí es legalmente posible⁶¹⁵ y los tribunales la han concedido en diversos supuestos que prueban los eventuales perjuicios de imposible reparación que provocaría la expulsión al extranjero, de entre los cuales nos interesan los denominados de arraigo familiar, tratándose de familiares en situación irregular:

- vínculos conyugales: aunque son mucho más frecuentes los casos de extranjero cónyuge de español o mero conviviente, también se han resuelto casos de extranjero cónyuge de otro residente en STSS de 10 de diciembre de 1996 (RJ 8849) y de 13 de febrero de 1998 (RJ 2181). En el caso de esta última Sentencia, se consideraron determinantes para la procedencia de suspender la ejecución de la orden de expulsión del territorio nacional, las circunstancias de que el cónyuge también dispusiera de permiso de trabajo y contrato laboral, teniendo alquilada la correspondiente vivienda familiar (FJ 3º).

- relaciones paterno-filiales: SSTSS; de 13 de septiembre de 1996 (RJ 6436), relación estable e hijo nacido en España; de 15 de enero de 1997 (RJ 132), ciudadana extranjera con hijo nacido en España de corta edad sobre el que no se ordena medida alguna de expulsión; de 31 de enero de 2002 (RJ 1167), recurrente con un proceso de filiación pendiente.

Denegación de exención de visado. En la Sentencia de 26 de mayo de 1998 (RJ 4976), el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la expulsión, cuando la suspensión solicitada era de una denegación de exención de visado (FJ 4º): “La residencia legal en España del esposo de la recurrente y los intereses económicos que el mismo desarrolla como titular de un restaurante (uno más de los que tanto proliferan en el territorio español), objetivamente considerados, han de ser tenidos como antecedentes fácticos que justifican plenamente la suspensión interesada, toda vez que lo contrario contrariaría la convivencia conyugal, los vínculos familiares y podría irrogar daños y perjuicios de difícil o imposible reparación, y si a todo ello

añadimos que el criterio denegatorio incorporado a los autos impugnados conculca efectivamente la doctrina jurisprudencial de esta Sala y Sección, proclamada en muy diversas resoluciones (por todas Sentencias de 2 julio, 23 septiembre y 10 diciembre 1996), a cuyo tenor «la suspensión es procedente cuando la persona afectada por la expulsión tiene arraigo en España por razón de sus lazos familiares, sociales o económicos...»». En el mismo sentido, STS de 29 de abril de 1996 (RJ 3611), sobre denegación de exención de visado de residencia de menor de edad que asiste regularmente al colegio y vive con sus padres.

Denegación de entrada. En el supuesto de una denegación de entrada, también por motivos familiares se ha permitido la residencia sin visado como medida cautelar. STS de 8 de mayo de 2003 (RJ 3832) (FJ 2º): “el contenido del acto recurrido es la denegación de visado de entrada a una ciudadana extranjera residente fuera del territorio nacional, (...) la recurrente en vía contenciosa de forma expresa ha solicitado una medida cautelar positiva y que en el caso que nos ocupa el esposo de aquella se encuentra residiendo legalmente en España, supuesto éste que es uno de los previstos como justificativos de la concesión de visado de residencia (...). Resulta, pues, que en el caso de autos existe, al menos, una apariencia de que la pretensión de la parte actora puede prosperar, éxito de su acción que resultaría precario si teniendo a su cónyuge en España tuviera que esperar a la resolución del recurso para obtener la reagrupación familiar esperada, por lo que, de acuerdo con la doctrina expuesta, procede acordar la medida cautelar positiva por cuya virtud durante la sustanciación del presente litigio no será exigible al (a la) recurrente la obtención del visado a que se refiere el acto impugnado”.

Con base en la jurisprudencia analizada, concluyen Domínguez Luis y Nieto Menor que la pretensión que realmente se va a ejercitar contra el acto administrativo será relativa a la anulación del acto, la indemnización económica y el reconocimiento del derecho a entrar en nuestro territorio. Carecerá de sentido, por tanto, toda alegación relativa a la suspensión del acto administrativo ya que este habrá sido plena y legalmente ejecutado. Sin embargo, la justicia cautelar, en estos supuestos,

⁶¹⁵ También en el otro procedimiento sancionador posible, el simplificado (arts. 135-137 RLOE), pero dado que afecta exclusivamente a las infracciones leves, carece de trascendencia práctica en los casos de los familiares: infracción grave por encontrarse irregularmente en España (art. 53.a LOE).

irá dirigida a "asegurar la efectividad de la indemnización que se otorgaría, en su caso, al recurrente y el reconocimiento del derecho a entrar en nuestro territorio"⁶¹⁶.

⁶¹⁶ C. Domínguez Luis y M. Nieto Menor, "La suspensión de la ejecución de las resoluciones de denegación de entrada y retorno de extranjeros", en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 118, (abril-junio) 2003, pp. 267-290, especialmente p. 290.

CAPÍTULO VIII. FAMILIARES EN ESPAÑA: REGULARIZACIÓN ORDINARIA

I. FAMILIARES EN ESPAÑA. REAGRUPACIÓN *DE FACTO*

1. Familiares en situación regular

El régimen español no regula específicamente el supuesto: Dos extranjeros contraen matrimonio en España, uno en situación de estancia, con o sin visado, o estancia por estudios y el otro en situación de residencia tal que es susceptible de ser considerado como potencial reagrupante, esto es, que cuente con autorización renovada o en trámite de renovación, medios de vida y vivienda adecuada.

En las circunstancias actuales, el cónyuge en situación de estancia, deberá volver al Estado de origen cuando expire su visado o el plazo derivado del sello de entrada estampado en el pasaporte o la autorización de prórroga de estancia. Si la estancia es por estudios, cabrá la posibilidad de que solicite la modificación a residencia y trabajo pero no a residencia por reagrupación, si la duración de sus estudios se lo permite, pues deben pasar tres años y cumplir los requisitos laborales correspondientes⁶¹⁷.

Ante un caso así, es posible que el matrimonio decida que el cónyuge en situación de estancia pierda la condición administrativa de regularidad a favor del mantenimiento de la unidad familiar, modificándose así su situación para ser recogida en el Reglamento como regularización ordinaria en el ámbito del arraigo, como veremos en el apartado siguiente. Como constata Rodríguez Benot, esta es la

⁶¹⁷ Art. 95 RLOE: “*De la situación de estancia por estudios a la situación de residencia y trabajo.*

1. Los extranjeros que se encuentren en España en situación de estancia por estudios podrán acceder a la situación de residencia y trabajo sin necesidad de solicitar visado cuando el empleador, como sujeto legitimado, presente la solicitud de autorización para residir y trabajar y se cumplan los requisitos laborales exigidos en el artículo 50, excepto el párrafo a), y se acredite, además, que el extranjero:

a) Ha permanecido en España durante, al menos, tres años en la situación de estancia por estudios.
b) Ha realizado los estudios o el trabajo de investigación con aprovechamiento.
c) No ha sido becado o subvencionado por organismos públicos o privados dentro de programas de cooperación o de desarrollo del país de origen.

(...)3. Excepcionalmente y previo informe favorable de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración podrá reducirse el plazo de tres años recogido en el apartado 1, cuando se trate de extranjeros cuya residencia en España se considere oportuna por razón de la relevancia excepcional de los méritos profesionales y científicos acreditados por aquéllos.(...)”

situación que puede darse con el régimen actual, tras la eliminación de la exención de visado⁶¹⁸.

Aunque es claro que el motivo de la permanencia en España cambia y por tanto, es preciso obtener la correspondiente autorización, no es menos claro que, tratándose de una situación de regularidad en el cónyuge y dotándolo de carácter excepcional, debiera admitirse una modificación en este sentido, evitando el gravamen de volver al Estado de origen y solicitar el visado correspondiente. Esta laguna por integrar puede acogerse al modelo francés, que ya resulta familiar al legislador español –es muy probable la adopción del mismo para la elaboración de algunas disposiciones- y se articula en el sentido que ya hemos expresado, esto es, permitiendo que el cónyuge evite un viaje de ida y vuelta para el trámite de visado, pero con un requisito temporal que desvirtúa la eficacia del modelo, puesto que permite la estancia legal del cónyuge exigiendo que esta sea de un año⁶¹⁹. La diferencia por tanto es formal, entre *carte de résident* y *carte de séjour*. No se trata de crear un visado de “búsqueda de familia”, pero sí puede elaborarse una previsión de excepcionalidad en el ámbito del Título IX del RLOE, sobre “Modificación de las situaciones de los extranjeros en España”, como contenido de Instrucciones dictadas por el Consejo de Ministros, con base en la Disposición adicional primera, apartado cuarto RLOE⁶²⁰.

⁶¹⁸ A. Rodríguez Benot, "La situación de estancia de los extranjeros en España", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 377-387.

⁶¹⁹ Art. 15 Décret n° 99-566 du 6 juillet 1999, relatif au regroupement familial des étrangers, pris pour l'application du chapitre VI de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France (JO du 8 juillet 1999) : « *Dans le cas où un étranger qui réside régulièrement en France dans les conditions prévues aux articles 1er et 2 du présent décret contracte mariage avec une personne de nationalité étrangère régulièrement autorisée à séjourner sur le territoire national sous couvert d'une carte de séjour temporaire d'une durée de validité d'un an, le bénéfice du droit au regroupement familial est accordé sans recours à la procédure d'introduction (...).* »

⁶²⁰ DA primera, apd. cuarto RLOE: “4. Cuando circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejen y en supuestos no regulados de especial relevancia, a propuesta del Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, el Consejo de Ministros podrá dictar instrucciones que determinen la concesión de autorizaciones de residencia temporal y/o trabajo, que podrán quedar vinculadas temporal, sectorial o territorialmente en los términos que se fijen en aquéllas. Las instrucciones establecerán la forma, los requisitos y los plazos para la concesión de dichas autorizaciones. Asimismo, el Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, podrá otorgar autorizaciones individuales de residencia temporal cuando concurren circunstancias excepcionales no previstas en este Reglamento.”

Por otra parte, el control de legalidad de estos matrimonios recaería en el Registro Civil, puesto que se celebra en territorio español y debe ser inscrito en el mismo⁶²¹, evitándose así la delicada situación provocada por la prohibición expresa, tanto legal como reglamentaria, de simulación en cuanto requisito a cumplir por el cónyuge reagrupable. El procedimiento administrativo de reagrupación carece de un control reglado más allá de la parte de la entrevista, durante la sustanciación del trámite del visado, relativa a “la veracidad de los motivos alegados” para solicitarlo (art. 43.3 RLOE).

Es de destacar, en relación con la situación apuntada, un supuesto de celebración del matrimonio en España durante el periodo de estancia de la contrayente, en el que el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura denegó la prórroga de estancia por considerar que “incluso el mismo matrimonio de la actora con un ciudadano español podrá ser tenido en cuenta para la obtención de otras situaciones de permanencia en nuestro País, pero en modo alguno con una escueta prórroga de estancia que por su misma duración va en contra de la misma convivencia matrimonial que en la demanda se aduce para justificar la petición”⁶²².

⁶²¹ Art. 15 LRC: “En el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros.

En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones marginales exigidas por el Derecho español.”

⁶²² STSJ Extremadura núm. 1133/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 19 de junio (FJ 2º y 4º): “Según resulta del expediente y del proceso, la recurrente entró en España el día 6 de noviembre de 1.997, según resulta del sello que obra estampado en su pasaporte, residiendo el municipio de Don Benito (Badajoz). En fecha 2 de febrero de 1.998 presenta instancia en modelo normalizado en la Comisaría de Policía solicitando la prórroga de la estancia en nuestro País sin aducir motivo específico alguno. Dicha petición se deniega por la resolución que se revisa. Ya en fase procesal se aduce por la recurrente que el día 3 de febrero de ese mismo año de 1.998 (un día posterior al de la presentación de la petición de prórroga), había contraído matrimonio con el ciudadano español Don Enrique Velarde y Mora, aportándose fotocopia del libro de familia, no impugnada de contrario, donde consta la celebración del referido matrimonio. (...) Todo el debate que se suscita en la demanda está referida a que en la recurrente concurren circunstancias excepcionales que aconsejarían la concesión de la prórroga solicitada en el precepto antes mencionado en base a haber contraído matrimonio con un ciudadano español. No obstante ello, no cabe hacer reproche alguno a la resolución administrativa que se revisa por denegar la petición y es dudoso que en la forma en que se ha actuado por la recurrente pudiera accederse a ella. En efecto, difícilmente podría la Administración en el acto impugnado acoger la concurrencia de causa excepcional para acceder a la prórroga cuando la misma recurrente omitió toda referencia a su inminente (fue posterior a la presentación de la petición) matrimonio con un ciudadano español; hecho que tan siquiera aportó de forma inmediata al expediente para ser tenido en cuenta. Por ello, desconocida esa circunstancia por la Administración no cabe hacer reproche jurídico alguno a la decisión administrativa. Pero es más, no se olvide que conforme resulta de las actuaciones, la recurrente entró en nuestro País en noviembre de 1.997, sin embargo, es lo cierto que de la misma documentación aportada por ella misma, no sé corresponde la realidad con la especialidad que comporta una simple estancia sin finalidad de residencia o trabajo, como los preceptos mencionados exigen, pues se aporta una documentación bancaria, concretamente fotocopia de una cuenta de ahorro, abierta en el entidad Banco Central Hispano el día 23 de julio de

La Sentencia se remite, por tanto, a la posibilidad de solicitar la autorización de residencia por reagrupación familiar sin necesidad de visado y hallándose legalmente en España el familiar reagrupable.

También debemos considerar la posibilidad de una reagrupación con exención de visado solicitada durante la vigencia de la estancia (turística en este caso) aun sin matrimonio, sino por la convivencia con hermanos. Así lo hizo la STS de 18 de mayo de 1993 (RJ 3757): “A pesar de que la solicitante, que había entrado y se encontraba legalmente en territorio español, justificó que sus hijos menores estaban escolarizados y eran mantenidos por su hermano, pariente más próximo que tiene al haberse divorciado de su marido, se le obliga a salir de España con el fin de obtener el visado, con el único argumento de que pudo haberse provisto de aquel visado antes de abandonar su país de origen «ya que su intención era la de residir en España». Afirmación esta realmente sorprendente por constituir un verdadero juicio de intenciones y que, por lo mismo, carece de trascendencia. Sin embargo, la Administración ignora los hechos probados en relación con el estado civil de la solicitante, la situación escolar de sus hijos, la atención que les prestan sus únicos parientes residentes en España, uno de ellos con nacionalidad española, circunstancias estas que deben considerarse como un supuesto de auténtico y legítimo agrupamiento familiar y con suficiente trascendencia para justificar la dispensa de visado”⁶²³ (FJ 6º).

Aunque no es propiamente reagrupación, sobre el supuesto de prorrogar la estancia, el Tribunal Supremo se ha pronunciado atendiendo a las concretas circunstancias del caso (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 17 julio 2001, RJ 8016): “pues en atención a las excepcionales circunstancias personales, familiares -de atención sanitaria-, sociales y económicas de la recurrente: indiciariamente acreditadas documentalmente en el proceso contencioso-administrativo entendemos que concurren en la peticionaria los presupuestos formales exigidos”⁶²⁴.

1.996, realizándose continuos movimientos en los años 1.996, 1.997 y 1.998, poniendo de manifiesto que no nos encontramos con la transitoriedad que comporta la simple estancia.”

⁶²³ Cfr. en el mismo sentido STS de 30 de septiembre de 2000 (RJ 2000\9092).

⁶²⁴ Esta es la conclusión a la que llega el TS en el FJ 5º con base en las pruebas recogidas en el FJ anterior: “En el caso que enjuicamos, la recurrente solicitó la prórroga de la estancia o permiso de residencia antes de que expirara el plazo inicialmente concedido en vía gubernativa para permanecer en el territorio español en el plazo máximo de noventa días, y con la referida petición acompañó,

2. Familiares en situación irregular

Estando claro que, a los efectos de la reagrupación, los familiares deben residir fuera de España, el Reglamento prevé, sin embargo, varios supuestos en que se permite la permanencia en España del extranjero en situación irregular sin exigirle el visado y concediendo la autorización de residencia temporal en caso de cumplirse las condiciones prescritas. Se trata de las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales, de las que, para el objeto de nuestro estudio, interesan especialmente las que de algún modo podrían considerarse como consolidación de la reagrupación familiar *de facto*⁶²⁵: arraigo, víctimas de violencia doméstica e hijos de residente legal.

II. ARRAIGO FAMILIAR

El desarrollo reglamentario de estas autorizaciones por arraigo obedece a lo dispuesto en el artículo 31.3 LOE, que antes de la aprobación del RLOE dejaba a la Administración "un amplio margen de discrecionalidad, al fundamentarla en conceptos jurídicos indeterminados, provocando una gran inseguridad jurídica"⁶²⁶.

según declara la Sala de instancia como hechos declarados probados, los documentos exigidos por el artículo 17 del Reglamento de 26 de mayo de 1985 (RCL 1985, 1591, y ApNDL 5093), es decir: fotocopia del pasaporte de la República de Guinea Ecuatorial en el que consta el correspondiente visado de entrada; dos partes médicos del hospital Gregorio Marañón, de fecha 3 de junio y 19 de julio de 1993, en los que se certifica que el esposo de la demandante, don Eustaquio M. B., padece una insuficiencia renal crónica avanzada; fotocopia del documento nacional de identidad del cuñado de la interesada, don Crisanto B. N.; nómina de trabajo de éste y compromiso documentado ante notario, por el que el señor B. se hace cargo de los gastos de estancia y manutención de su cuñada a fin de que pueda atender a su marido en los primeros cuidados después del transplante de riñones. Posteriormente, una vez denegada la prórroga de estancia en vía administrativa, la recurrente acompañó junto a su escrito fundamental de demanda el libro de familia, que acreditaba su matrimonio con don Eustaquio M. B., un parte médico del hospital Gregorio Marañón, que acreditaba que a su marido le dializaban los martes, jueves y sábados, y un compromiso formal de trabajo."

⁶²⁵ Vid. E. Arce Jiménez, "Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular: familiares reagrupables que se encuentran en España sin haber seguido el procedimiento de reagrupación familiar", cit., pp. 261-270. También A. Rodríguez Benot y A. Ybarra Bores, "La situación de residencia de los extranjeros en España", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 389-419. Para una visión comparativa sobre la regularizaciones en la Unión Europea, en las que se incluye la ordinaria por motivos familiares, vid. J. Apap, P.d.Bruiycker y C. Schmitter, "Regularisation of Illegal Aliens in the European Union. Summary Report of a Comparative Study", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 2, (3) 2000, pp. 263-308.

⁶²⁶ E. Relaño Pastor, "¿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", en *La Ley*, núm. 6017, 2004, de 13 de mayo, pp. 1-8.

En Francia, al reagrupante que haya iniciado este proceso que hemos denominado reagrupación *de facto*, esto es, al margen del procedimiento establecido, se le puede llegar a retirar el permiso de residencia⁶²⁷. Sin embargo, esta posible sanción se suspende en los casos de regularización de familiares cuando tienen lugar⁶²⁸.

Por otro lado, en Grecia, para extender la regularización a todos los miembros de la familia además del solicitante que ya se encontraran en Grecia, se utilizaron los términos “reagrupación familiar”, propios del régimen general. Esta modalidad no es una reagrupación “real”, porque todos los miembros de la familia precisan regularización⁶²⁹.

En Portugal, se dio el paso más significativo: se introdujo la regularización ordinaria de los familiares en el mismo régimen general de reagrupación, reconociendo el derecho también a los que ya estuvieran en el territorio estatal, legal (visado de turista) o ilegalmente⁶³⁰.

1. Familiares beneficiarios

El supuesto debe calificarse como autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo, del artículo 45.2.b) RLOE. Este precepto se dirige a los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual. A ello añade que, a los efectos del precepto, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa. Esta regulación excluye una

⁶²⁷ Loi núm. 2003-1119 du 26 novembre 2003 reative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité (JO 27 novembre 2003), que modifica algunos artículos de la ordenanza núm. 45-2658 de 2 de noviembre de 1945. D. Turpin, "Les nouvelles lois sur l'immigration et l'asile dans le contexte de l'Europe et la mondialisation", cit., p. 338.

⁶²⁸ M. Poelemans y S. De Sèze, "The Regularisation of Clandestine Immigrants in France", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 2, (3) 2000, pp. 309-336.

⁶²⁹ A. Skordas, "The new immigration law in Greece: Modernization on the wrong track", cit., p. 32.

⁶³⁰ C. Urbano de Sousa, "The new Portuguese Immigration Act", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (1) 2002, pp. 49-69.

eficacia autónoma al arraigo puramente social o socio-familiar, cuestión que ha merecido la crítica de Molina Navarrete, Esteban de la Rosa y Arce Jiménez, considerando que se ha optado por una visión reductora del supuesto, al que califican como arraigo “sociolaboral”⁶³¹.

En cuanto al plazo de tres años, lamenta Trinidad García que “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”⁶³².

La alternativa de arraigo careciendo de vínculo familiar, fundamentada en la inserción social, tiene en Francia un tratamiento similar, originado por la jurisprudencia administrativa a partir del asunto *GISTI*: El *Conseil d'Etat* consagró, como complemento del necesario respeto del derecho al secreto de la vida privada, un derecho a la libertad de la vida privada. Se trata, pues, de un nuevo motivo jurídico de admisión de permanencia esgrimible por los extranjeros, aun careciendo de cualquier vínculo familiar sobre suelo francés, pero probando una inserción real en la sociedad francesa⁶³³.

Tras comprobar la escueta delimitación de los vínculos familiares dada por el RLOE -cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa-, entendemos que no se aceptará administrativamente por esta vía ningún familiar que exceda las concreciones que para cada miembro se exigen en el artículo 17 LOE y 39 RLOE, esto es, en el régimen general.

En Italia, la regularización de familiares se asimila en los requisitos a lo establecido con carácter general para la reagrupación, si bien en procesos de

⁶³¹ C. Molina Navarrete, G. Esteban de la Rosa y E. Arce Jiménez, *La inmigración extranjera. Comentario sistemático al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005, especialmente pp. 98-101 y 286-291.

⁶³² M. L. Trinidad García, "Los inmigrantes irregulares en la Ley 4/2000 y en su reforma: una regularización que no cesa", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, (noviembre) 2002, pp. 99-112.

⁶³³ R. Fournalès, "La protection des situations personnelles et de la vie privée en droit des étrangers. Prolegomènes à l'arrêt *GISTI* du Conseil d'Etat du 30 juin 2000", en *J.D.I.*, núm. 2, (Avril-Mai-Juin) 2001, pp. 447-486.

regularización extraordinaria en los que el elemento determinante es el de demostración de presencia en el territorio italiano desde un determinado día⁶³⁴.

En Francia, sí se concretan los supuestos, distintos de los admitidos en el régimen general, si bien con carácter de regularización extraordinaria en cuanto a su reglamentación (circulares con plazos originariamente perentorios que se prorrogan indefinidamente). De este modo, se admite este arraigo de: cónyuge, demostrando convivencia y ausencia de poligamia, así como cinco años de residencia o hijo residente a cargo (debe ser una dependencia no sólo económica, sino también afectiva y con dedicación temporal); familias con más de tres años, referido exclusivamente a familias con hijos y no sólo parejas casadas, que deben demostrar su integración en el país, demostrada en el caso de los hijos con la escolarización (también se admite este supuesto en el Reino Unido y en Bélgica, con plazos más largos, 7 y 5 años respectivamente, basándose explícitamente la regulación de estos tres Estados en la protección de los intereses de los niños, especialmente en edad escolar⁶³⁵; padres de hijos menores de 16 años nacidos en Francia; hijos mayores de 16 años y menores de 25, debiendo demostrar cinco años de escolarización y residencia legal de los padres; hijos menores de 16 años, sin plazo previo determinado; hijos de un matrimonio previo, demostrando el otorgamiento de custodia y la autorización del progenitor residente en el país de origen, aplicable sólo a hijos con no más de 10 años de edad y de cónyuges de nacionales franceses; ascendientes que vivieran solos en el país de origen y dependan del reagrupante *de facto*⁶³⁶.

Sin embargo, puesto que nada se establece y teniendo en cuenta que los familiares ya se encuentran en España, que se les exige contrato de trabajo y que los vínculos se contemplan como prueba de integración social –son alternativos al informe municipal-, bien pudiera, y debiera, reconocerse el arraigo de un cónyuge separado de hecho, ascendientes o hijos sólo de uno de los cónyuges no dependientes, hijos adultos (necesariamente, pues los menores deben ampararse en el artículo 94 RLOE, que analizamos más abajo), abuelos o nietos, pues no hay

⁶³⁴ B. Nascimbene, "The Regularisation of Clandestine Immigrants in Italy", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 2, (3) 2000, pp. 337-359.

⁶³⁵ J. Apap, P.d.Bruijcker, y C. Schmitter, "Regularisation of Illegal Aliens in the European Union. Summary Report of a Comparative Study", cit., pp. 263-308.

límite de grado en la línea directa que se explicita para excluir a tíos y sobrinos. Respecto a la convivencia de hecho, Trinidad García y Martín Martín no dudan en afirmar que siempre que pueda acreditarse, “será aceptada como condición suficiente, bien por parte de la propia Administración o, en su defecto, por los tribunales de justicia”⁶³⁷. Otros supuestos más problemáticos en cuanto a su asimilación a “descendientes” serán los admitidos en el régimen general como legalmente representados por un extranjero residente.

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 producir efectos en España”.

2. Informe de inserción y recomendación para la exención de contrato

En las mencionadas Instrucciones se añade que “el interesado podrá presentar un informe municipal de inserción social a través del cual se recomiende que se exima a aquél del requisito del contrato de trabajo si contase con medios de vida suficientes”. Conviene tener en cuenta además que el apartado II.c.4) de las Instrucciones especifica que no tendrán carácter vinculante ni el informe ni la recomendación, debiendo hacerse ésta última en oficio de la Autoridad municipal competente dirigido al Delegado o Subdelegado del Gobierno.

Estas Instrucciones, en sus apartados II.c.3) y 4), despejan las posibles dudas que suscitara el tenor y la ubicación del último párrafo, letra c), apartado 2 del artículo 46, en el que se permite al ayuntamiento recomendar la exención de la necesidad de contrato de trabajo, “siempre y cuando acredite que cuenta con medios de vida suficientes”. A partir de esta interpretación, puede hablarse con cierta seguridad de “arraigo familiar”, en el que, a pesar de acreditar los vínculos familiares requeridos, el extranjero carece de contrato y aporta, por tanto, la recomendación de exención del mismo expedida por el ayuntamiento.

⁶³⁶ M. Poelemans y S. De Sèze, "The Regularisation of Clandestine Immigrants in France", cit., pp. 309-336.

⁶³⁷ M. L. Trinidad García y J. Martín Martín, *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 128.

Sucede, sin embargo, que dada la confusa redacción de las Instrucciones ya referidas, no sabemos si, en este supuesto en el que no es necesario el informe de inserción social, el ayuntamiento, conforme al citado apartado II.c.3) de las Instrucciones, deberá emitirlo de todos modos para que “a través del cual se recomiende que se exima a aquél del requisito del contrato”⁶³⁸. Todo ello porque, conforme al apartado II.c.4), párrafo cuarto, la recomendación debe hacerse en un oficio, por tanto, independientemente del informe⁶³⁹.

Dado que el informe de inserción puede considerarse necesario en el arraigo familiar, no por el RLOE, en el que sólo constituye la alternativa a los vínculos familiares, sino por la interpretación de las Instrucciones, que lo convierten en requisito para la recomendación municipal de exención, conviene tener presente el contenido mínimo del mismo, establecido en el artículo 46.2.c) RLOE: el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio, los medios de vida con los que cuente, su grado de conocimiento de las lenguas que se utilicen, la inserción en las redes sociales de su entorno, los 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.

Respecto a la prueba del tiempo de permanencia en el domicilio, las Instrucciones sólo exigen que se especifique el tiempo que consta al Ayuntamiento (apd. II.c.4), no siendo necesario por tanto que se admita exclusivamente el certificado del Padrón. Ya disponemos de resoluciones judiciales en que se admite este extremo respecto al Proceso de Normalización. La primera es la Sentencia núm. 259/2005 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Donosita-San Sebastián, de 19 de septiembre. En aquel proceso de regularización extraordinaria, el certificado del Padrón se contemplaba como requisito necesario para la prueba de la

⁶³⁸ Apd. II.c.3), segundo párrafo, de las Instrucciones de 22 de junio de 2005: “Además de la acreditación de los vínculos familiares, el interesado podrá presentar un informe municipal de inserción social a través del cual se recomiende que se exima a aquél del requisito del contrato de trabajo si contase con medios de vida suficientes.”

⁶³⁹ Apd. II.c.4), cuarto párrafo, de las mismas Instrucciones: “Además de emitir el informe acreditativo de la inserción social del extranjero, basado en la consideración conjunta de todos los aspectos, anteriormente citados, que habrán de constar en el mismo; y en caso de tener dicho informe sentido positivo, el Ayuntamiento podrá, tal y como anteriormente se ha señalado, recomendar que se exima al extranjero del requisito de contar con un contrato de trabajo, siempre que éste haya acreditado que cuenta con medios de vida suficientes. Dicha recomendación, como tal, y según lo establecido por el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, se hará en oficio de la Autoridad municipal competente dirigido al Delegado o Subdelegado del Gobierno, y no tendrá carácter vinculante para la Administración General del Estado.”

permanencia en España. La Sentencia admite como documento análogo un acta notarial de manifestaciones y justificaciones documentales, recordando lo declarado en la STS de 13 de julio de 2004: “si bien es cierto que el Padrón es un documento oficial que acredita la residencia, no hay que olvidar que la presunción que establece es una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario”.

En conclusión, a partir de lo establecido en el RLOE y las Instrucciones de la Dirección General de Inmigración, podemos hablar de varios tipos de arraigos de carácter familiar:

- Arraigo familiar laboral: el supuesto en que se dispone del contrato además de los vínculos familiares establecidos.
- Arraigo familiar no laboral: acredita los vínculos familiares exigidos pero no dispone de contrato y cuenta con recomendación municipal de exención del contrato (ha acreditado medios de vida al ayuntamiento).
- Arraigo social de familia extensa: excede el ámbito de los vínculos familiares permitidos y debe aportar informe de inserción social con contrato o con recomendación de exención de contrato. La posible falta de reconocimiento de los vínculos familiares, provocada por la ambigüedad de la disposición, llevará a numerosos extranjeros a recurrir a estos requisitos. Estos casos, de modo similar, en Bélgica se consideran como “vínculo social de larga duración” y en Reino Unido y Países Bajos, como “existencia de lazos con el país”⁶⁴⁰.

3. Vías para llevar a buen término el itinerario de arraigo

Aunque en el capítulo dedicado a la integración veremos el derecho de que disponen los miembros de la familia reagrupada a ser protegidos frente a la expulsión, es preciso considerar en este apartado uno de los supuestos, directamente vinculado con el extranjero que está siguiendo el itinerario del arraigo familiar, puesto que se trata de un periplo de tres años en el que forzosamente se ve expuesto a

⁶⁴⁰ J. Apap, P.d.Bruycker, y C. Schmitter, "Regularisation of Illegal Aliens in the European Union. Summary Report of a Comparative Study", cit., pp. 263-308.

ser sancionado con la expulsión⁶⁴¹. Su situación es de irregularidad, pero, a la vez, debe de insertarse socialmente, por lo que “va a delatar su posición” a las autoridades.

Ya disponemos de propuestas audaces que durante el proceso de inserción hacen recaer la tutela de estos trabajadores irregulares (no olvidemos que el contrato es un requisito principal en el arraigo “social”, aun para familiares) sobre los sindicatos. Así lo hace Caruso al afirmar que "son pensables modelos de acción positiva, gestionados por las mismas organizaciones sindicales dirigidos al objetivo de inserciones laborales que comporten reducciones o adaptaciones de los estándares de trato por categorías de sujetos condenados de otra manera al trabajo negro e irregular"⁶⁴².

Sobre la protección de los datos del Padrón, concluye Solanes Corella que "habría que considerar no lícitas diversas situaciones en las que personas ajenas al ayuntamiento pueden utilizar los datos del padrón con finalidades diferentes a las inicialmente previstas"⁶⁴³. Aunque se refiere principalmente a la posibilidad de acceso policial para la expulsión, también cabe dudar de la licitud del requisito único del empadronamiento para demostrar la antigüedad en un proceso de regularización extraordinaria, como se ha demostrado ya judicialmente⁶⁴⁴. Por otra parte, el reciente RD 523/2006, en su Disposición adicional única, suprime la exigencia de aportar el certificado de empadronamiento como documento probatorio del domicilio y residencia en los procedimientos de extranjería⁶⁴⁵. El órgano instructor debe comprobar de oficio si dispone de los datos. También este órgano hacer la

⁶⁴¹ E. Sagarra i Trías, "Un nuevo "status" de extranjero en España. (El inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, (noviembre) 2002, pp. 89-97.

⁶⁴² B. Caruso, "Las políticas de inmigración en Italia y Europa: ¿más Estado y menos Mercado?", en *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, coord. por J. López López, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2001, pp. 223-258, especialmente p. 257.

⁶⁴³ A. Solanes Corella, "Las limitaciones indirectas de los derechos de los extranjeros: el caso del Padrón", en *II Encuentro de jóvenes investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo, Barcelona, 17 - 18 de diciembre, 2004*, (publicación de las ponencias y comunicaciones en prensa) disponible en <<http://www.pcb.ub.es/idp/esp/recerca/immigra/jovenes/encuentro.htm>>.

⁶⁴⁴ *Vid. supra* Sentencia núm. 259/2005 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Donostia-San Sebastián, de 19 de septiembre.

⁶⁴⁵ RD 523/2006, de 28 de abril, por el que se suprime la exigencia de aportar el certificado de empadronamiento, como documento probatorio del domicilio y residencia, en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos vinculados o dependientes. *BOE* núm. 110, de 9 de mayo de 2006.

comprobación mediante el Sistema de Verificación de Datos de Residencia, siempre que el interesado haya manifestado su consentimiento al iniciarse el procedimiento.

En el régimen vigente, caben tres posibilidades para impedir la interrupción del proceso para la obtención de un estatuto susceptible de arraigo, partiendo de la tipicidad básica que se da en estas situaciones, esto es, “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” y/o “encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida”, infracciones graves del artículo 53, letras a) y b) LOE:

Sanción pecuniaria. La sanción correspondiente es la de multa de 301 hasta 6.001 euros (artículo 55.1.b LOE), pero “podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo” (artículo 57.1 LOE) y, “ante todo, la motivación en que se asienta la decisión de imponer la sanción de más entidad, esto es, proporcionalmente más gravosa, como sin duda es la expulsión, en lugar de la sanción de multa prevista con carácter general en el art. 55 LOE” conforme a una reciente Sentencia del Juzgado de San Sebastián⁶⁴⁶, que anula una resolución de expulsión por falta de motivación acerca de la opción por tal medida, no siendo suficiente una referencia genérica al artículo 57.1 en relación con el artículo 58.1 LOE.

Beneficiario de una prestación económica asistencial. Ser beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral. Este supuesto constituye una de las excepciones a la sanción de expulsión, el apartado d) del artículo 57.5, siempre que no se aprecie que la persona sancionada incurre en reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionadora. Sobre este supuesto conviene hacer algunas observaciones:

⁶⁴⁶ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de San Sebastián, de 4 de julio de 2005, procedimiento abreviado núm. 7/05.

- Esta situación sólo se da en las Comunidades Autónomas del País Vasco y Comunidad Valenciana, únicas que otorgan estas prestaciones económicas independientemente de la situación administrativa⁶⁴⁷.
- Aunque no se especifique y dada la finalidad de la prestación, suponemos que esta deberá ser periódica: prestaciones económicas regladas, PER (Comunidad Valenciana)⁶⁴⁸, y renta básica (País Vasco). Quedarían, en principio, descartadas las ayudas de urgente necesidad por su carácter puntual, a pesar de ser prestaciones económicas abiertas, en la generalidad del territorio español, a los extranjeros empadronados. También llamadas “ayudas de urgencia social” y “ayudas de emergencia social”, tienen en común el factor de la “necesidad” para gastos corrientes de forma puntual, con carácter municipal y no reglado, lo que, como advierte Andrés Juste, provoca discrecionalidad en su concesión⁶⁴⁹.
- Sólo es aplicable individualmente aunque es frecuente que estas prestaciones de inserción se otorguen por unidades familiares al cabeza de familia, tomando en consideración todos y cada uno de los miembros de la familia a cargo (v. gr., las PER). Cabe defender, pues, que en ese caso todos los familiares incluidos son beneficiarios de la prestación. En este sentido, respecto al caso concreto de las PER (Comunidad Valenciana), Montagud y Torres admiten que “es un recurso caro y sobre el que se han dado dudas respecto a su aplicación a inmigrantes indocumentados, aunque cumplan los requisitos administrativos”, para acabar haciendo un balance optimista, pues “sin embargo, la escasa experiencia de que se dispone es muy positiva, tanto

⁶⁴⁷ P. Andrés Juste, "Inmigración y derechos sociales. Una introducción al marco legal de los servicios sociales para los inmigrantes", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 7, (noviembre) 2004, pp. 267-295. En el País Vasco se exige sólo un año de empadronamiento (p. 283).

⁶⁴⁸ X. Montagud y F. Torres, "Inmigración y Servicios Sociales. Entre el estereotipo y la realidad", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 2002, disponible en <<http://www.uv.es/CEFD>>. Son prestaciones económicas mensuales de las que puede ser beneficiario una persona durante un mínimo de 3 años y va ligada a un compromiso de actividades formativas y/o educativas que faciliten su inserción socio-laboral, recogidas en el art. 12.f) de la Ley 5/1997 de la Comunidad Valenciana (p. 5).

⁶⁴⁹ P. Andrés Juste, "Inmigración y derechos sociales. Una introducción al marco legal de los servicios sociales para los inmigrantes", cit., p. 286.

por el trabajo con esas familias como por el éxito de inserción socio-laboral conseguido”⁶⁵⁰.

Ya hay resoluciones al respecto que dan cierta seguridad en cuanto a la eficacia de esta disposición legislativa. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 519/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 30 mayo, establece en su FJ 2º: “el recurrente solicitó y obtuvo de la Diputación Foral de Bizkaia- Departamento de Acción Social, el devengo a las prestaciones de renta básica-ingreso mínimo de inserción y de prestación asistencial de garantía mínima. Se ha aportado informe de la Jefatura de Servicio de los Servicios Generales de la Entidad Foral concedente, en el que se indica que se trata de prestaciones previstas en la Ley del Parlamento Vasco 12/1998, de 22 de mayo, contra la exclusión social; que su cuantía mensual se fijó, respectivamente, en 407,56 euros y en 34,64 euros; que el interesado ha percibido estas prestaciones desde el mes de mayo de 2000 y que su reconocimiento alcanza mientras subsistan las causas que motivaron su concesión y se cumplan con las obligaciones previstas en el Decreto del Gobierno Vasco 198/1999, de 20 de abril”.

El Tribunal continúa apreciando la exclusión de la sanción “por no concurrir en la acción individual de la persona imputada el grado de antijuridicidad requerido; y por venir paliado el perjuicio material determinado por la infracción y la puesta en riesgo del bien jurídico considerado, mediante la acción administrativa asistencial de inserción o reinserción social o laboral”.

Finaliza el órgano jurisdiccional aplicando el criterio expuesto en el apartado anterior al “concluir que la sanción proporcional a la gravedad de la infracción cometida es la sanción de multa” e imponer, “de conformidad con el criterio de adecuación a la capacidad económica de la persona infractora (artículo 55.4 de la Ley Orgánica 4/2000)”, la cantidad de trescientos euros.

Mujeres gestantes. El último de los supuestos recogidos en el apartado 6 del artículo 57 LOE excluye de la expulsión a las mujeres embarazadas, cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. Conviene observar que no se tiene en cuenta ni la situación administrativa de

⁶⁵⁰ X. Montagud y F. Torres, "Inmigración y Servicios Sociales. Entre el estereotipo y la realidad", cit., p. 20.

irregularidad ni la reincidencia en la infracción correspondiente. También parece que esta situación, eminentemente humanitaria, afectará, siguiendo a Alonso Pérez, a supuestos, tanto claros como dudosos, de devolución o retorno, como consecuencia de haber entrado ilegalmente en territorio nacional y haber sido interceptada “en tránsito” o “en ruta”⁶⁵¹.

No deja de inquietar, sin embargo, el posible grado de discrecionalidad en la apreciación del riesgo para la gestación o para la salud de la madre. Entendemos, con Sánchez Jiménez y García Cano, que debe presumirse incluido el riesgo para la salud del *nasciturus*⁶⁵². Para la acreditación de esta circunstancia, no sería prueba suficiente la presentación de un parte de urgencia en el que conste que ha sido asistida por riesgo de aborto⁶⁵³.

4. Jurisprudencia relativa al arraigo social.

La jurisprudencia desarrollada hasta el momento, por la cual se apreciaba arraigo familiar tanto para eximir de visado como para impedir las expulsiones, pero que no ha sido tomada en cuenta por el legislador, todavía está resolviendo sobre hechos sometidos al régimen de extranjería ya derogado. No sabemos si continuará apreciando circunstancias excepcionales no previstas reglamentariamente y lo que resulta más preocupante, tampoco permitidas mediante alguna cláusula residual. Todo ello, si entendemos que los artículos 45 a 47 RLOE agotan el desarrollo del

⁶⁵¹ ,F. Alonso Pérez, "Las medidas de "devolución" y "retorno" en la legislación de extranjería: innovaciones introducidas por la STS de 20 de marzo de 2003", en *La Ley*, núm. 5873, (D-230 vol. 5) 2003, de 17 de octubre, pp. 1631-1638.

⁶⁵² M. A. Sánchez Jiménez, "El marco jurídico de la inmigración e interculturalidad en España. La protección de niños, menores y adultos en España y la Región de Murcia", cit., pp. 23-52. También S. García Cano, "Posición y "protección" del menor inmigrante en la actual legislación de extranjería", en *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, A. Fernández Le Gal y S. García Cano, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005, pp. 153-177. Aunque no se refiere a este extremo, sí contempla el supuesto como “menor que llega a España en el seno de su madre embarazada”.

⁶⁵³ Así es considerado en la STSJ Murcia núm. 654/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 15 septiembre, en la que además “no se acredita que lleva varios años trabajando en España, ni que conviva con su marido, ni que haya tenido un hijo (en este punto sólo se presentó un parte de urgencia en el que consta que fue asistida por riesgo de aborto); esta Sala ignora si la actora, a fecha de hoy convive con su marido, ignora si trabaja y si efectivamente llegó a tener un hijo; la demandante no ha probado nada al respecto, viniendo obligada a ello conforme a las reglas generales de la carga de la prueba; tampoco se acredita su delicado estado de salud. Por el contrario, sí consta en el expediente administrativo que entró en España en octubre de 1997, y que tiene en vigor un Decreto de Expulsión del Territorio Nacional incoada por la Jefatura Superior de Policía de Sevilla por el apartado f) del art. 26.1 de la Ley Orgánica 7/85; consta igualmente que en fecha 22-1-97 solicitó permiso de trabajo y residencia en la Delegación de Trabajo en Murcia, siéndole denegado el mismo en fecha 12-9-97 (FJ 2º)”.

artículo 31.3 LOE sin otorgar margen de apreciación a la jurisdicción contencioso-administrativa. En este sentido, Rojo Torrecilla y Camós Victoria advierten que el supuesto de arraigo social entra en clara contradicción con el concepto de arraigo construido por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, debido a la exigencia de dos o más requisitos cumulativos para acreditarlo⁶⁵⁴.

A) Exención de visado

De cualquier modo y con carácter referencial, debemos ilustrar el régimen descrito con los pronunciamientos aparentemente ignorados: el vigente arraigo reglamentario sucede a la derogada exención de visado por circunstancias excepcionales de arraigo, respecto de la cual el Tribunal Supremo ha considerado la reagrupación familiar como causa justificativa para dispensar de la exigencia de visado en numerosa jurisprudencia contenida, entre otras, en las Sentencias de 4 octubre 1994 (RJ 1994, 7411), 21 de diciembre de 1994 (RJ 1994,10536)⁶⁵⁵, 19 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9883), 2 de enero de 1996 (RJ 1996, 123 y 252), 5 de noviembre de 1996, 14 de febrero de 1997, 14 y 17 de octubre de 1997, 12 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4958), 14 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7237), 21 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 374), 28 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 375), 15 de diciembre de 1998, 19 de enero de 1999, 9 de marzo de 2000(RJ 2000, 2469) y 5 de junio de 2002 (RJ 2002, 6293), habiendo declarado en la Sentencia de 9 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2469) que “la misma tiene un significado social, de manera que no se puede desconocer aunque el familiar, que reside legalmente en España, *tenga incluso una precaria situación económica*, ya que ha de valorarse desde la dimensión del vínculo parental con el solicitante de la dispensa, para lo que ha de tenerse en cuenta la autenticidad o no de la pretendida agrupación familiar, de modo que ha de

⁶⁵⁴ E. Rojo Torrecilla y I. Camós Victoria, "La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 8, (marzo) 2005, pp. 83-106, p. 95.

⁶⁵⁵ Reseñamos los hechos probados: “Ha quedado acreditado en autos que el apelante es de nacionalidad chilena, habiendo ingresado en España el 14 de octubre de 1987, y deseando residir en España, dedicado a la actividad de técnico mecánico, solicitó, ya el 30 de noviembre de 1987, el correspondiente permiso de residencia con la exención de visado en base a la concurrencia de las circunstancias excepcionales del artículo 22.3 del Reglamento de Extranjería. Habita en Barcelona con esposa y dos hijos, desde entonces, habiendo además tenido otra hija el 17 de julio de 1990 en esta capital que ostenta la nacionalidad española con valor de simple presunción por Auto de 12 septiembre 1990 del Registro Civil de Barcelona y habiendo obtenido el cabeza de familia en virtud de Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 diciembre 1991 (RJ 1991\9024) el derecho a obtener el permiso de trabajo en su día denegado por la Administración (FJ 3º)”.

otorgarse singular trascendencia a la convivencia de hecho, lazos afectivos y cumplimiento de deberes jurídicos, así como a las *circunstancias personales y socio culturales* de los interesados, que evidencien las características de la familia”.

Se refleja en la citada STS de 4 de octubre de 1994 el supuesto más frecuente de exención de visado que se ha venido concediendo en fase de recurso jurisdiccional: “el demandante y ahora apelado es de nacionalidad marroquí, reside actualmente en Barcelona con su esposa doña Fátima G., también de nacionalidad marroquí, habiendo contraído matrimonio en 1986, la cual tiene permiso de trabajo y de residencia con duración de cinco años, teniendo arrendado un piso en la calle Sócrates 1.2.º, 2.ª de Barcelona, contando con medios económicos suficientes, provenientes del trabajo de la esposa y ambos en posesión de sus respectivos pasaportes en vigor.” Por contraste, en la STS de 10 de julio de 1993 (RJ 5500) se había denegado tal dispensa: “no cabe considerar las razones aducidas por el apelante para obtener la dispensa de visado como importantes o trascendentes, porque el haber permanecido en España junto con su familia (mujer e hijos) durante cinco meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud de dispensa, el tener solvencia económica y un domicilio en una vivienda en régimen de alquiler no merece el calificativo de circunstancias o razones excepcionales, y, en consecuencia, el apelante no es acreedor de aquella exención.”

También es destacable la mencionada STS de 14 de septiembre de 1998, en la que se concede la exención de visado a extranjera casada con extranjero residente: el matrimonio se celebra en febrero, solicita la exención en mayo y el permiso del marido tiene vigencia hasta agosto. Recurren en reposición aportando copia de la solicitud de renovación del permiso del marido. Finalmente, tanto el TSJ en recurso contencioso como el TS en casación, toman en consideración exclusivamente el hecho del matrimonio como justificativo de las circunstancias excepcionales requeridas para la dispensa de visado.

El Tribunal Supremo ha llegado a admitir la unión estable. Así, en su Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 6 junio 2000 (RJ 6119) apreció en el caso concreto “que concurre una situación de unión de hecho similar a la conyugal estable y continuada como circunstancia excepcional suficiente

para justificar, a tenor de la doctrina reiterada de esta Sala sobre reagrupación familiar, la exención del visado.”

El matrimonio despliega todos sus efectos desde su válida celebración, por lo que no es preciso exigir convivencia previa. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión, referida a cónyuges de comunitarios (Sentencias de 21 de mayo de 2001 [RJ 2001, 7209], 2 de octubre de 2001 [RJ 2001, 8927], 24 de octubre de 2001 [RJ 2002, 337], 10 de junio de 2004 [RJ 2004/3885]), pero la Audiencia Nacional lo ha hecho extensivo al régimen general en su Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) de 18 junio 2002 (JUR 2003/26600), en que cita las STS de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998/ 10312), 23 de enero de 1999 (RJ 1999/1330) y 31 de octubre de 2000 (RJ 2000/9382). Así, en la primera de las Sentencias citadas, la de 21 de mayo de 2001, el Tribunal Supremo declara que tanto la protección a la familia (artículo 39.1 de la Constitución) como los deberes de los cónyuges (artículos 66 a 69 del Código civil) no vienen condicionados por el tiempo de duración del vínculo matrimonial sino que se producen desde el momento de contraer matrimonio, ya que éste, según el artículo 61 del Código civil, produce efectos civiles desde su celebración, de manera que cualquier precepto reglamentario que los limite o contradiga no debe ser aplicado ni tampoco servir para interpretar un concepto jurídico indeterminado, como el de las razones excepcionales para dispensar del visado de residencia, y acaba reafirmandose en su criterio de considerar el vínculo matrimonial, salvo supuestos de separación, como razón o motivo excepcional para dispensar del visado de residencia sin limitación o restricción alguna por el tiempo de duración del matrimonio (FJ 3º).

Respecto a los *hermanos, también se ha aceptado su reagrupación.* Así, en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), 1 de abril de 2004 (RJ 2004/1605) se recoge la siguiente fundamentación: “(...) ha de otorgarse singular trascendencia a la convivencia de hecho, lazos afectivos y cumplimiento de deberes jurídicos, así como a las circunstancias personales y socio culturales de los interesados, que evidencien las características de la familia, la cual puede ser más extensa que la puramente paternofamiliar, lo que obliga a estimar como razón excepcional a efectos de eximir de la presentación de visado para la obtención de permiso de residencia, la reagrupación entre hermanos”. Se citan además las STS de 18 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3757), 29 de abril de 1996 (RJ 1996, 3613), 22 de

octubre de 1997 (RJ 1997, 7459), 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9354), 10 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9527) y 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9311).

En cuanto al *sobrino*, la carga de la prueba es mayor, pues en la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 29 junio 2000, RJ 7083, se afirma que la convivencia con un tío, cuando no se justifica, ni siquiera se alega, la carencia de otros familiares más próximos, padres o hermanos, en su país de origen, no puede considerarse como una situación de arraigo familiar en España. Sin embargo, en la STSJ Castilla-La Mancha núm. 1119/1998 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 28 diciembre, se otorga un carácter decisivo a la dependencia económica, esto es, encontrarse viviendo económicamente y a todos los efectos de forma dependiente del tío, el cual tiene residencia legal en España y trabajo por cuenta propia. Todo ello unido a la ausencia de “antecedentes desfavorables” por parte de la sobrina, lleva al Tribunal a estimar el recurso, entendiendo que dichas circunstancias constituyen razón excepcional justificativa de proteger la familia, mantener su unión y evitar la imprescindible salida del territorio nacional para conseguir el visado consular, para lo cual se apoya en la STS de fecha 24 febrero 1997 (RJ 1997\1541).

No trasciende el compromiso de matrimonio. Así sucede en la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 29 de abril de 1996 (RJ 3613), que, para apreciar la concurrencia de razones excepcionales, concede la exención sin tener en cuenta esa circunstancia, acreditada en el supuesto mediante certificado parroquial de que la extranjera se halla en la preparación de su matrimonio canónico con un ciudadano español.

Carácter humanitario. La exención de visado por el motivo de arraigo familiar, dado que se fundamenta en el artículo 39 CE para amparar la reagrupación familiar, se considera de interés humanitario, como expresamente se afirma en la STSJ de Madrid, de 6 de junio de 2002 (RJ 717) al considerar que el intento de permanecer unido a los familiares más allegados y el arraigo en España puede considerarse como una circunstancia excepcional, argumentando que en tales situaciones lo que se pretende es potenciar y amparar el reagrupamiento familiar, que la protección jurídica de la familia es uno de los principios rectores de nuestra

política social, citando el artículo 39 CE, que debe informar la práctica judicial y la actuación de todos los poderes públicos, citando también el artículo 53.3 CE.

B) Anulación de expulsión

En relación con el plazo reglamentario de tres años, los tribunales han revocado expulsiones en supuestos de claro arraigo familiar sin llegar a transcurrir ese tiempo previo de permanencia. Así lo refleja la STSJ del País Vasco núm. 1006/1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 23 de diciembre, en la que se accede a tal pretensión en el caso de una nigeriana en situación irregular casada con un nigeriano residente legal y con hijo común (FJ 3º):

“A la luz de dicha doctrina procede ahora verificar si la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por cinco años acordada por la resolución de 25 de septiembre de 1998, cuya revocación se denegó por la de 29 de diciembre siguiente, contra las que se dirige el recurso, cumple los requisitos exigidos por el núm. 2 del art. 8 del CEPDH, especialmente el de proporcionalidad.

No ofrece duda a este Tribunal que el matrimonio de la recurrente con un ciudadano de su misma nacionalidad nigeriana, que goza de permiso de residencia y trabajo en España, seguido del nacimiento de un hijo común, presenta la apariencia de una convivencia familiar protegida por el derecho reconocido por el art. 18.1 CE y art. 8 CEPDH, sin que se observe indicio alguno de fraude de ley en el expediente ni haya sido objetado por la Administración demandada.

Así las cosas, es evidente que la orden de expulsión dictada en fecha 25 de septiembre de 1998, por estancia ilegal, deviene innecesaria y desproporcionada, en orden al logro de la finalidad perseguida por el Estado a través de la legislación reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España, de garantizar el orden público mediante el control de la entrada y residencia de los no nacionales, ya que residiendo legalmente el esposo de la recurrente ha de presumirse que confluyen el interés de la familia y el del propio Estado que autoriza la permanencia y el trabajo de uno de los cónyuges, en el mismo interés de garantizar su vida en común,

pues es contrario al derecho fundamental a la vida íntima y familiar la ruptura forzosa de dicha convivencia.”

También la misma Sentencia va más allá de los hechos al indicar que puede prosperar una solicitud de *revocación de una orden de expulsión previa al matrimonio* fundamentada en el artículo 18.1 CE en relación con el artículo 8 CEDH. Después de lo analizado en los dos primeros capítulos, no sorprende que el Tribunal Supremo haya establecido una doctrina contradictoria, con jurisprudencia tanto a favor de tal medida (SSTS de 7 de julio de 1998, de 25 de noviembre de 1985 y 13 de diciembre de 1994) como en contra (SSTS de 7 de febrero de 1991, de 17 de diciembre de 1998 y de 31 de marzo de 1998).

Otra situación frecuente, aunque más propia del régimen comunitario, es la de una *mujer extranjera que ha tenido un hijo en España y este hijo, para evitar su apatridia, es declarado español*, con valor de presunción, en virtud del art. 17 Cc, mediante anotación marginal en su certificación de nacimiento del Registro Civil. El Tribunal Supremo considera que no debe tratarse como a “una pura extranjera” y anula la orden de expulsión, basándose en el principio según el cual el ordenamiento español no permite la expulsión del territorio nacional de españoles, llegando a la conclusión de que la orden de la expulsión que pesa sobre la madre recurrente - nacional de Brasil-, o bien es también una orden implícita de expulsión de su hijo menor, que es español o bien es una orden de desmembración cierta de la familia, pues la expulsión decretada provoca ineludiblemente la separación del hijo y de la madre y por tanto viola los artículos 39 CE y 11.2 LO 1/1996. Niega en definitiva que pueda admitirse por las normas sobre extranjería o el solo sentido común que la madre de un español sea una pura extranjera y se la trate como a tal; que el hijo español tenga todos los derechos y su madre no tenga ninguno, y que, en consecuencia, pueda expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y quede en España el menor con todos sus derechos, pero sólo y separado de su madre (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 26 de enero de 2005).

La convivencia *more uxorio*, con carácter general, no impide la expulsión, pero ya hemos podido comprobar, en materia de exención de visado, que el carácter estable de la convivencia y la prueba de la misma son determinantes en este supuesto. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-

Administrativo, Sección 7ª), de 31 de enero de 1994 evita pronunciarse sobre este extremo, aprovechando la invocación del artículo 39 CE (conectada con la convivencia *more uxorio* del apelante con ciudadana española), pues se limita a recordar la doctrina por la cual el procedimiento escogido se circunscribe a la protección de los derechos y libertades recogidos en la Constitución del artículo 14 al 29.

Finalmente, es posible que en atención a la situación familiar del interesado, el Tribunal sustituya la sanción de expulsión por la de *multa*. En este sentido lo acordó la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 683/1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 3 de julio para un colombiano casado con una alemana, con hija común y domicilio común. Los supuestos más frecuentes de conmutación judicial de la sanción administrativa se dan, sin embargo, con base simplemente en la falta de motivación y de proporcionalidad en la aplicación del tipo subsidiario, el de expulsión, pues la sanción pecuniaria es la principal⁶⁵⁶. Si la autoridad competente no aplica esta última, tiene obligación de enumerar y argumentar las razones que le han llevado a tomar tal decisión. Así puede constatarse en las Sentencias de los Tribunales de Justicia: de Andalucía (Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 26 de noviembre de 2002; de Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo), núm. 161 de 26 de febrero de 2004; de Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 18 de marzo de 2004.

III. VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

Delimitación del supuesto. En el mismo artículo 45 RLOE, en que se prevé el arraigo que hemos calificado como familiar, pero en el apartado cuarto, letra a), se recoge un supuesto de posible concesión de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales basadas en razones humanitarias. Se trata de los

⁶⁵⁶ *Vid. supra* apd. II.3, relativo a la sanción pecuniaria para evitar la expulsión. Art. 55.1.b) LOE (“Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas en los términos siguientes: (...) Las infracciones graves con multa de 301 hasta 6.000 euros (...) y art. 57.1 LOE (“Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo”).

extranjeros que hayan sido víctimas “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, siempre que haya recaído sentencia por tales delitos”.

El artículo 46.3 RLOE establece las particularidades procesales para este supuesto: la solicitud podrá presentarse una vez dictada la orden judicial de protección a favor de la víctima y la autorización de residencia no se concederá hasta que recaiga sentencia por los delitos de que se trate. Dada la trascendencia otorgada a la mencionada medida cautelar convertida por el RLOE en prerequisite de esta solicitud, conviene valorar muy positivamente, como recuerda Rubio Lara, el hecho de que las correspondientes modalidades delictivas hayan sido elevadas al rango de delito —cuando anteriormente eran tipificadas como meras faltas— para permitir precisamente la posibilidad de dictar una orden de protección de la víctima⁶⁵⁷.

En primer lugar, este tipo de autorizaciones pueden ser también calificadas como consolidación de la reagrupación familiar *de facto*, si bien se trata, en el caso de mediar convivencia, del acceso a la residencia procesalmente idéntico al del acceso a la residencia independiente por parte del cónyuge víctima de violencia, con la salvedad de que la situación administrativa es radicalmente distinta e implica, en el caso de la víctima en situación irregular, una serie de riesgos que analizamos a continuación.

No hay previsión reglamentaria que impida la incoación de procedimiento sancionador, en la práctica siempre de expulsión, tras la presentación personal de la víctima en la comisaría para denunciar los hechos constitutivos de delito. Belgrano Ledesma propone que, en el marco del Título III, sobre Tutela Institucional (art. 28.1) de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género⁶⁵⁸, “cabría establecer la prohibición por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de hacer uso distinto del propio de persecución del acto de violencia, de los datos de que dispongan relativos a mujeres inmigrantes irregulares, cuando dichos datos se hayan obtenido a través de denuncia interpuesta

⁶⁵⁷ P. A. Rubio Lara, *La violencia de género*, I Congreso de Derechos Humanos y Criminología, Murcia, del 15 al 17 de marzo de 2006.

⁶⁵⁸ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

por la interesada por ser víctima de violencia de género”⁶⁵⁹. A este respecto, el Ministerio del Interior ya ha constatado que en 2004 presentaron esta denuncia 14.340 extranjeras en situación irregular, por lo que ha ordenado que se suspendan con carácter general los procesos de expulsión de aquellas a las que el juez les otorgue una orden de protección⁶⁶⁰. La Secretaría de Estado de Seguridad ha actualizado además, mediante Resolución de 28 de junio de 2005, el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de estas víctimas, por el que se debe informar a la extranjera de su derecho a solicitar la autorización por razones humanitarias⁶⁶¹. En el mismo sentido, Adam Muñoz ya proponía que las previsiones, sobre cooperación con la Justicia contra la inmigración ilegal, se extendieran a los casos de maltrato doméstico, "asegurándole a la mujer que denuncia que, como consecuencia de su situación irregular en nuestro país, no va a ser expulsada"⁶⁶².

De cualquier modo, conforme al artículo 544 ter, apartado 3 de la LECrim, introducido por la Ley 27/2003, expresamente mencionada en el artículo 45.4.a) RLOE, la orden de protección podrá solicitarse también directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Estas últimas, además, deberán facilitar a la víctima la solicitud mediante información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal⁶⁶³.

Si el agresor también se encuentra en situación irregular, la expulsión casi automática prevista por el artículo 57.7 LOE en relación con el artículo 89 CP, en su redacción dada por la LO 11/2003, puede perjudicar los intereses de la víctima, ahora previstos en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, relativos a la adopción de medidas de protección en cuanto a vivienda, alimentos y pensión. La jurisprudencia ya ha sentado el criterio de

⁶⁵⁹ M. Belgrano Ledesma, "Ley integral contra la violencia de género (II). Vinculación con el Derecho de extranjería", en *IURIS*, núm. 95, (junio) 2005, pp. 41-47, p. 43.

⁶⁶⁰ Noticia de 3 de septiembre de 2005, disponible en <<http://www.extranjeria.reicaz.es>>.

⁶⁶¹ Disponible en <<http://www.policia.es/cnp/saf/protocolo.htm>>.

⁶⁶² M. D. Adam Muñoz, "Inmigración y violencia doméstica", en *Actualidad Penal*, núm. 34, 2002, pp. 865-900, p. 896.

⁶⁶³ Ley 27/2003, de 31 julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, *BOE* núm. 183, de 1 de agosto e 2003, corrección de errores en *BOE* núm. 126, de 25 de mayo de 2004.

que la sustitución de la pena por expulsión no puede ser automática:”la expulsión se ha acordado de forma automática, inmotivada, inaudita parte y sin efectuar el imprescindible juicio de proporcionalidad y ponderación, ciertamente de conformidad con la literalidad del art. 89, que como ya hemos dicho es preciso integrar desde la perspectiva constitucional más amplia como ya se ha razonado” (STS núm. 901/2004, Sala de lo Penal, Sección 2ª, de 8 de julio de 2004, FJ 2º). A este respecto, Muñoz Cuesta considera que, a pesar de la imperatividad del artículo 89.1.1º CP modificado por la LO 11/2003, la sustitución de la pena por expulsión debe ser solicitada por la acusación y el acusado debe conocer tal posibilidad para alegar lo que estime oportuno. Añade además, secundando al Tribunal Supremo en su comentario a la Sentencia citada, que "parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las circunstancias personales del penado, su arraigo y situación familiar y en función de ellas decretar o no la expulsión"⁶⁶⁴.

Particularidades. La configuración actual de los delitos correspondientes a este tipo de autorización no exige convivencia con el agresor. Lo expresa con claridad Urbano Castrillo al concluir que “la respuesta penal cubre 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”⁶⁶⁵.

Sin embargo, conviene no olvidar que debemos ceñirnos a los términos de la Ley 27/2003, en que sólo se contempla el artículo 153 CP, pero no el 173.2 CP, sobre maltrato habitual⁶⁶⁶. Con esta tipificación, el mismo autor observa que “se

⁶⁶⁴ 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", en *RJ*, núm. 19, 2004, pp. 15-18. *Vid.* también de la misma Sala, STS núm. 17/2002 de 21 de enero, en la que se anula la medida de expulsión por falta de audiencia.

⁶⁶⁵ E. Urbano Castrillo, "La cuestión de la convivencia, en la violencia doméstica. A propósito de la STS 2ª 417/2004, de 29 de marzo de 2004", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 630, 2004, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.

⁶⁶⁶ Artículo 173.2 CP: “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte

atiende a la realidad más evidente, que enseña que muchos de estos delitos tienen lugar antes, durante o después de convivir, sin que dicha situación esté reñida con la existencia de un maltrato «habitual», cuya clave está en el número de actos de violencia producido y la proximidad temporal de los mismos, cuestión enteramente valorativa⁶⁶⁷. El ámbito material podría calificarse de “omnicomprensivo” pues contempla el causar a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el Código Penal, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión personal, mientras que el ámbito personal del delito previsto⁶⁶⁸ es simplemente amplio pero limitado al entorno familiar: ser o haber sido esposa; mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia; persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Cuando la víctima es mujer. La LO 1/2004, sin embargo, establece un ámbito personal más amplio, en un sentido, que el propio de la víctima en situación regular. El artículo 1.1 considera violencia de género, “la que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y la relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

Dado el objeto de esta Ley Orgánica, quedan excluidos de su ámbito los supuestos en que la relación es homosexual y aquellos en que la víctima es hombre y el agresor mujer. La aplicación de esas disposiciones junto con el artículo 153.1 CP, único supuesto permitido por la remisión del régimen de extranjería, desemboca en un reduccionismo sexista que impide la protección de víctimas extranjeras

de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

⁶⁶⁷ E. Urbano Castrillo, "La cuestión de la convivencia, en la violencia doméstica. A propósito de la STS 2ª 417/2004, de 29 de marzo de 2004", cit.

⁶⁶⁸ Artículo 153.1 CP, sobre violencia física en el ámbito familiar: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

masculinas. Gaspar Blanch incide en este aspecto poco comentado hasta el momento, haciendo referencia a estudios recientes que revelan que la violencia doméstica es una manifestación más de la violencia en general, causada por conflictos entre personas que conviven con independencia de su sexo y que concluyen que el índice de la violencia entre hombres y mujeres es similar, ya comienzan aparecer en medios de comunicación hombres víctimas de violencia doméstica, la cual presenta una problemática distinta a la de la mujer, pero tiene un punto en común fundamental, el sufrimiento que causa un miembro de la unidad familiar a otro miembro de la misma, de manera habitual causando el clima de tensión y miedo, vulnerando derechos fundamentales de la víctima. La autora destaca el Informe Iceberg, en el que se recogen los mencionados estudios y se pone de relieve la falsedad de la premisa «el hombre es el agresor y la mujer es la víctima», que ha llevado injustificadamente a hablar de violencia de género, dando lugar a un tratamiento sexista a favor de la mujer en el planteamiento de la violencia doméstica⁶⁶⁹.

De cualquier modo, también el supuesto de violencia de género cuenta con otra ventaja procesal a través de la misma LO 1/2004: los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, cuya competencia alcanza para conocer de la instrucción y, en su caso, del fallo de las causas penales, además de las civiles, en esta materia. Adoptará las órdenes de protección a las víctimas, con las consiguientes medidas cautelares penales y civiles y conocerá del proceso de familia que proceda iniciar a instancia de parte. También tiene competencia este Juzgado en el caso de que los descendientes menores sean sujetos pasivos de infracciones penales, siempre que además se haya producido un acto de violencia contra la madre⁶⁷⁰.

Conviene tener en cuenta que en todas las tramitaciones de autorización de residencia por circunstancias excepcionales del artículo 45 RLOE, en las que se incluyen los supuestos comentados hasta ahora, el artículo 46.4 RLOE permite que el órgano competente pueda requerir del solicitante que aporte “otros documentos que sean necesarios para justificar los motivos de la solicitud”. Esta cláusula debería utilizarse a favor de la víctima y así, poder demostrar, *v. gr.*, que se trate de

⁶⁶⁹ R. A. Gaspar Blanch, "Violencia doméstica y la mujer inmigrante", en *Aranzadi Penal*, núm. 1, 2003, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.

⁶⁷⁰ J. J. Tasende Calvo, "Aspectos civiles de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 664, 2005, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.

supuestos en que los Estados de procedencia de las mujeres migrantes legitiman, mediante su normativa u otras vías, actos que en España son constitutivos de faltas o de delitos, como el maltrato doméstico, la violación en el matrimonio y los homicidios de honor. Lamentablemente, esta sería una faceta cultural del Estado de origen que no sólo no se admite en España, sino que además se persigue y condena penalmente⁶⁷¹. Propone Adam Muñoz que las autoridades consideren motivo suficiente para permitir la entrada en nuestro país el que la mujer extranjera sea víctima de actos de violencia doméstica, amparable en el art. 25.4 LOE, sobre motivos humanitarios⁶⁷², añadiendo que deberá determinarse a priori, superficialmente y con arreglo a la legislación española⁶⁷³.

IV. AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA DEL HIJO DE RESIDENTE LEGAL

Este supuesto se regula en el artículo 94, apartados 2 y 3 RLOE⁶⁷⁴. En el primero, se establece la posibilidad de obtener autorización de residencia por parte de 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

⁶⁷¹ A. Beristain Piña, "Inmigración y xenofobia ante instituciones culturales y religiosas", en *La Ley*, núm. 5660, (D-246 vol. 6) 2002, de 21 de noviembre, pp. 1804-1815. El autor investiga el perfil de los inmigrantes: éstos no delinquen tanto como parece; en cambio, sí padecen mayor victimación de lo que se dice, en su país de origen y en el de «llegada». Muchos son verdaderos agentes morales que enriquecen nuestros valores y nuestra convivencia.

⁶⁷² Art. 25.4 LOE: "Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en los párrafos anteriores cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la documentación que se establezca reglamentariamente."

⁶⁷³ M. D. Adam Muñoz, "Inmigración y violencia doméstica", cit., pp. 865-900, p. 900.

⁶⁷⁴ Art. 94 RLOE: "(...)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.

3. Para las renovaciones de las autorizaciones de residencia contempladas en este artículo se seguirán los trámites y el procedimiento establecido para las autorizaciones de residencia de los familiares reagrupados." *Vid.* B. Campuzano Díaz, "Los menores extranjeros", en *Derecho de Extranjería. Un*

sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España. El supuesto trata de recoger los distintos tipos de beneficiarios de la reagrupación familiar en el régimen general mediante una enumeración desafortunada, pues observando el resultado, habría sido más pacífica una remisión como la que se articula para la exigencia de requisitos a los padres o tutores, si bien enumerados previamente (medios de vida y alojamiento). El extremo cuya inclusión se lamenta de modo unánime desde toda la doctrina y la práctica es el de incluir como posibles beneficiarios de esta disposición a los hijos de españoles o asimilados⁶⁷⁵.

Las condiciones a que se someten los beneficiarios de esta autorización son, por un lado, temporales -debe acreditarse su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años- y por otro, cívicas, puesto que en caso de encontrarse en edad de escolarización obligatoria, se deberá acreditar adicionalmente que los menores han estado matriculados en un centro de enseñanza y asistido regularmente a clase, salvo ausencias justificadas, durante su permanencia en España. Arce Jiménez advierte que con este régimen se establece una “penalización” al menor por no haber sido escolarizado, disposición que excede lo previsto legalmente⁶⁷⁶. Este último requisito, igual que el de acreditar un año de relación laboral o un itinerario de inserción social en los supuestos de arraigo, establece además el reconocimiento implícito del estatuto de extranjero en situación de estancia irregular, por cuanto se impone la existencia de relaciones jurídicas con la Administración Pública, principalmente de ámbito local y regional.

Tanto el último inciso del apartado segundo como la disposición del apartado tercero se refieren a cuestiones procedimentales que también podían haberse remitido en bloque al régimen general de reagrupación, el primero relativo a la vigencia y la segunda a la renovación de este tipo de autorización de residencia.

análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 421-438, especialmente pp. 437-438.

⁶⁷⁵ Expresión del sentir general manifestado en las Conclusiones del XV Encuentro Intercolegial de Abogados y Juristas de Derecho de Extranjería, Zaragoza, abril 2005, disponible en <<http://www.intermigra.info/extranjeria>>.

⁶⁷⁶ E. Arce Jiménez, "Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular: familiares reagrupables que se encuentran en España sin haber seguido el procedimiento de reagrupación familiar", cit., pp. 261-270.

El requisito de dos años de permanencia al menor o incapacitado que aparece con esta nueva disposición, supone un claro endurecimiento de las condiciones, puesto que con anterioridad a la entrada en vigor de este régimen reglamentario, cabía la exención de visado sin plazo previo. Así queda reflejado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 19 mayo 2000, en el caso del hijo de residente senegalés que entra en España con el padre. En concreto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura núm. 216/1998 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 5 marzo, cita la doctrina jurisprudencial sentada por las SSTS 16 octubre 1995 y 11 diciembre 1995 según la cual el agrupamiento familiar es circunstancia que ha de reconocerse bastante, en los supuestos de relaciones paterno filiales, para que proceda la exención del visado por razones excepcionales, recogidas en la LO 7/1985 y su Reglamento de ejecución de 1986. El Tribunal de Justicia entiende que, conforme a la interpretación que debe hacerse de las mencionadas razones, de atenderse no con un significado meramente temporal, opuesto y contrario a frecuente, corriente u ordinario, sino que poseen un valor cualitativo equivalente importante trascendente o de peso, cualquiera que sea la reiteración con que se produzcan, es indiferente la fecha en que el hijo del recurrente se encontrase en territorio español (FJ 2º).

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 17 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10216), insistiendo en la excepcionalidad de las circunstancias que se concretan en la causa de reagrupación familiar, como consecuencia de una situación de vida familiar, siendo el padre del recurrente, de nacionalidad argentina, residente en España, que sostiene económicamente a la familia y que vive en la misma vivienda (FJ 2º).

Otra Sentencias de la misma Sala en idéntico sentido son las de 22 de junio de 1982 (RJ 1982\4829), 13 de julio de 1984 (RJ 1984\467), 9 de diciembre de 1986 (RJ 1986\1023), 24 de abril, 18 de mayo, 10 de julio y 8 de noviembre de 1993 (RJ 1993\2766, RJ 1993\3757, RJ 1993\5500 y RJ 1993\8246), 19 de diciembre de 1995 (RJ 1995\9422), 2 de enero de 1996 (RJ 1996\252) y 10 de noviembre de 1998 (RJ 1998\9527).

V. HABILITACIÓN REGLAMENTARIA PARA LA AMPLIACIÓN DE SUPUESTOS

Eventuales procedimientos de autorización en supuestos no regulados de especial relevancia. El último proceso de regularización extraordinaria tuvo lugar, como sabemos, durante los tres primeros meses de vigencia del RLOE, destinado exclusivamente a trabajadores extranjeros que se encontraran en España en el momento de la solicitud. No en vano se denominó Proceso de Normalización, ya desde su principal fuente jurídica, la Disposición transitoria tercera del RD 2393/2004. El correspondiente procedimiento se desarrolló mediante Orden PRE/140/2005 de 2 de febrero⁶⁷⁷. De todo el régimen aplicable, ninguna disposición se refiere a la regularización de familiares que también se encontraran en España, por lo que el carácter de este Proceso fue exclusivamente laboral.

Sin embargo, la Disposición adicional primera del RLOE en su apartado cuarto prevé la posibilidad de que se den, no sólo otros procesos de regularización extraordinaria, sino también ordinaria e incluso procedimientos de autorización específicos, así como que se otorguen autorizaciones individuales. Respecto a los primeros, su desarrollo difiere del ya comentado Proceso de Normalización, puesto que principalmente, permite que se trate de autorizaciones de residencia temporal y/o trabajo, con lo que se da cabida a la residencia temporal por reagrupación familiar tanto *de iure*, respecto a otros familiares no reconocidos en el procedimiento ordinario, como *de facto*, o, si se prefiere, por arraigo familiar, respecto a la necesidad de contrato o el plazo establecido.

Las notas características de tales procesos serán las siguientes: deben ser supuestos no regulados de especial relevancia; deben motivarlos circunstancias de naturaleza económica, social o laboral; la forma jurídica a adoptar será la de Instrucciones del Consejo de Ministros, a propuesta del Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad; las instrucciones establecerán la forma, los requisitos y los plazos para la concesión de las autorizaciones, que podrán quedar vinculadas temporal, sectorial o territorialmente.

Esta delegación reglamentaria ya ha sido utilizada para fijar las condiciones de autorización de residencia y trabajo a deportistas profesionales extranjeros. El Consejo de Ministros aprobó unas Instrucciones⁶⁷⁸ aplicables a determinadas modalidades deportivas con especialidades procedimentales relativas a la solvencia empresarial y la capacitación profesional, garantizadas por el Consejo Superior de Deportes.

Las dudas para calificar este procedimiento de alcance sectorial como modalidad especial de autorización o como regularización ordinaria surgen al hilo de la instrucción tercera, sobre requisitos para el inicio de la prestación laboral: será suficiente con el visado del Consejo Superior de Deportes en la certificación de solvencia y capacitación, el alta en la Seguridad Social y la comunicación a la Oficina de Extranjeros que ha recibido la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena.

Si se permite tal validez provisional, se admite también la presencia del trabajador en España, aunque no se menciona la situación administrativa del mismo que habitualmente será de estancia o irregular. Sin embargo, conforme al apartado 3 de la misma instrucción, “cuando la resolución sobre la solicitud de autorización de residencia y trabajo fuera favorable, deberá solicitarse el visado según lo previsto reglamentariamente, y la fecha de inicio de la actividad laboral según lo referido en el anterior apartado 1 será considerada, a su vez, fecha de inicio del período de un año de vigencia de la autorización concedida por dicha resolución”.

En definitiva, no queda claro si el visado o la situación de regularidad se exigen desde el inicio del procedimiento: en caso afirmativo, se trataría de una mera especialidad de la autorización de residencia y trabajo. Si, en cambio, no se exige el visado, nos hallamos ante una regularización ordinaria, pues los procesos de regularización extraordinaria tienen una vigencia determinada.

⁶⁷⁷ *BOE* núm. 29, de 3 de febrero de 2005.

⁶⁷⁸ Resolución de 12 de agosto de 2005, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 15 de julio de 2005, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la residencia y el desarrollo de actividades laborales deportivas profesionales por extranjeros. *BOE* núm. 200, de 22 de agosto de 2005.

Autorizaciones individuales. El mismo apartado cuarto, en su último inciso, habilita al Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, para otorgar autorizaciones individuales de residencia temporal cuando concurren circunstancias excepcionales no previstas en el RLOE.

En el ámbito de la reagrupación familiar, un posible supuesto sería el de permitir la reagrupación de un segundo cónyuge, expresamente prohibido, para tener en cuenta el interés superior del menor y así permitir que los hijos comunes de reagrupante polígamo sean también reagrupados, sobre todo en casos de patriapotestad y responsabilidad compartida, pues no existe separación ni disolución del vínculo.

Atendiendo a la jurisprudencia relativa al arraigo familiar, esto es, a todos los supuestos que, caso a caso, los tribunales han ido considerando como tales y susceptibles tanto de exención de visado por circunstancias excepcionales como de anulación de la expulsión y dado que no han sido recogidos reglamentariamente, cabe pensar que este sea el cauce adecuado para obtener tales autorizaciones. Se trata, en definitiva, de solicitar al Secretario de Estado lo que se solicitaría al Delegado del Gobierno, a través de la Oficina de Extranjería, si estuviera recogido en el artículo 45 RLOE. Piénsese, por ejemplo, en el hermano que solicita arraigo social o en el familiar que no tiene contrato de trabajo de un año pero desconfía de la incierta recomendación de exención que pueda expedirle el ayuntamiento, adjunta al no menos incierto, por carecer de carácter vinculante, informe de inserción social.

PARTE TERCERA

LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EJERCIDA POR CIUDADANOS DE LA UE

El régimen general de extranjería no se aplica a todos los no nacionales. Los primeros en quedar excluidos son los nacionales comunitarios y sus asimilados, que gozan de un régimen propio basado en los principios de la Ciudadanía y libre circulación de personas en la Unión Europea. Existe un grupo de beneficiarios de ese régimen en virtud no de su nacionalidad sino de su vínculo familiar con los comunitarios. Se trata de los familiares que son nacionales de terceros Estados. Sólo determinados miembros de la familia pueden ampararse en el régimen vigente interno –el RD 178/2003– y comunitario. Mientras no demuestren tal condición, deberán regirse por el régimen general, derivado de la Política de Inmigración. Sin embargo, el derecho comunitario impone una ampliación del ámbito personal de aplicación.

CAPÍTULO IX. EL RÉGIMEN COMUNITARIO DE LIBRE CIRCULACIÓN, HORIZONTE PARA EL RÉGIMEN COMÚN DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR

I. DERECHO COMUNITARIO

Remisión del régimen general de extranjería. Siguiendo el tenor del primer artículo de la LOE, el criterio de delimitación del ámbito es la nacionalidad, pues se considera extranjeros, “a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española” (art. 1.1 LOE). Sin embargo, a continuación de este concepto tan amplio, una cláusula de salvaguarda permite evitar el menoscabo de lo establecido en leyes especiales y Tratados (art. 1.2 LOE) y constituye el cauce para la afluencia de múltiples regímenes particulares o privilegiados. Estos, a su vez, pueden venir incoados tanto en la propia LOE, referentes al objeto específico de la migración (estudiantes, “au pair”, y refugiados) y a circunstancias personales (apátridas, indocumentados y menores), como hallar su sede en convenios vinculantes para España que, según la nacionalidad del extranjero, establecen determinadas preferencias, las cuales, tal como convenientemente advierte Álvarez Rodríguez, en determinados casos dan lugar a situaciones discriminatorias⁶⁷⁹.

Una segunda cláusula, en esta ocasión de subsidiariedad, recuperada con la última reforma legislativa, prevé, como hemos visto⁶⁸⁰, la aplicación de aspectos eventualmente más favorables a quienes se rigen por la legislación de la Unión Europea. Precisamente, el objeto de este capítulo es el ámbito personal del denominado “régimen comunitario” cuando se aplica a nacionales de países terceros, esto es, a los familiares extracomunitarios, régimen que permitirá detectar

⁶⁷⁹ A. Álvarez Rodríguez, "La ley española de extranjería: problemas que plantea en materia de discriminación por razón de nacionalidad", cit., pp. 247-303. Para un análisis relativo a todo el presente capítulo, *vid.* A. Álvarez Rodríguez, "Régimen aplicable a los nacionales de la Unión Europea, asimilados y sus familiares", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 105-198.

⁶⁸⁰ *Vid. supra* Cap. IV, apd. I.2.

contradicciones respecto al régimen general⁶⁸¹, derivadas del estatuto que otorga la Ciudadanía de la Unión.

Pasamos a analizar el estatuto de los excluidos “de suyo”, es decir, los ciudadanos de la Unión Europea y los asimilados, que se rigen por las mismas normas de libre circulación en la Comunidad Europea y se constituyen en extranjeros privilegiados gracias, unos, al vínculo familiar reconocido en derecho derivado comunitario y otros, a Acuerdos internacionales de la Comunidad Europea especialmente favorables. El derecho interno español aglutina estos supuestos en el RD 178/2003.

1. Derecho originario. Ciudadanía de la Unión y libertad de circulación

El Tratado constitutivo de la CE, del que España es parte, regula en su Segunda Parte, la denominada “Ciudadanía de la Unión”, que, a la luz de lo establecido en el artículo 17 y, siguiendo a la doctrina mayoritaria, para Mangas Martín y Liñán Nogueras constituye un “complemento de la nacionalidad de un Estado miembro”⁶⁸² pues anuncia la gestación de la nueva institución jurídica en su apartado primero -“se crea una ciudadanía de la Unión”-, especificando a la vez que “será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional”. Con una visión más escéptica, Linde Paniagua observa que el artículo 7 del Tratado Constitucional (pendiente todavía su entrada en vigor), puesto en relación con el artículo 45 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, pone de manifiesto un retroceso de la ciudadanía, al permanecer vinculada, respecto al derecho de residir y circular libremente en la Unión Europea, al ejercicio de actividad económica. Añade además que queda a disposición de los Estados la posibilidad de impedir el ejercicio del citado derecho⁶⁸³.

⁶⁸¹ Vid. M. Vargas Gómez-Urrutía, “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., pp. 819-843.

⁶⁸² A. Mangas Martín y D. J. Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, pp. 600-604.

⁶⁸³ E. Linde Paniagua, “La libre circulación de los trabajadores *versus* libre circulación de las personas. La ciudadanía europea”, en *REDUE*, núm. 5, (2º sem.) 2003, pp. 15-36. También, sobre la crisis de la vinculación con la nacionalidad, vid. M. Moya Escudero y A. M. Rubio Castro, “Nacionalidad y ciudadanía : una relación a debate”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 2003, pp. 105-154.

Este complemento implica el disfrute de nuevos derechos atribuidos por los Tratados comunitarios, cuyo contenido introduce el artículo 17.2 del TCE, por el cual "los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado"⁶⁸⁴. Estos derechos se sustentan sobre el principio de igualdad de trato o de no discriminación, considerado por el Tribunal de Justicia como uno de los "fundamentales del Derecho Comunitario"⁶⁸⁵, que, además, extiende su ámbito más allá de las discriminaciones fundadas en la nacionalidad, "a todas las formas encubiertas de discriminación que, por aplicación de otros criterios de distinción, conducen de hecho al mismo resultado"⁶⁸⁶. En la Primera parte del TCE, sobre Principios, el artículo 12 establece que "en el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad". También se propone doctrinalmente un mayor alcance de este principio. Así, Miralles Sangro propugna que en la Unión Europea, ha de conseguirse hacer realidad el principio de no discriminación desde la perspectiva universalizadora de los derechos humanos sobre los que se construye el edificio de la integración europea, con una noción de ciudadanía que supere su vinculación a las viejas concepciones del Estado-nación y de la nacionalidad, difícilmente conciliables con la globalización democrática y solidaria⁶⁸⁷.

Los parámetros referidos y la trascendencia del primer derecho de ciudadanía reconocido en el artículo 18 TCE, circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, como derecho auténtico basado en el vínculo de nacionalidad, lleva a concluir la incompatibilidad con el término "extranjero" referido a un

⁶⁸⁴ Estos vienen recogidos en los demás artículos de la Segunda Parte y son los siguientes:

- derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 18);
- derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro de residencia (art. 19.1);
- derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia (art. 19.2);
- derecho, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro (art. 20);
- derecho de petición ante el Parlamento Europeo (art. 21);
- derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo europeo (art. 21);
- derecho a dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos comunitarios en una de las lenguas mencionadas en el artículo 314 y recibir una contestación en esa misma lengua (art. 21).

⁶⁸⁵ STJCE de 19 de octubre de 1977, *Ruckdeschel*, 117/76 y 16/77, p.1753.

⁶⁸⁶ STJCE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu*, 152/73, FJ 11.

nacional de un Estado miembro de la UE. En concreto, con Escobar Hernández, “no cabe la utilización de la categoría del *extranjero comunitario*”⁶⁸⁸, doctrina pacífica apoyada incluso por Jiménez de Parga⁶⁸⁹. Sin embargo, Linde Paniagua utiliza los términos “inmigrantes privilegiados”. Hace notar que la denominada “ciudadanía europea”, que regula la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, reconoce el ejercicio de unos pocos derechos frente a la Unión (arts. II-101 a II-104) exigiendo sólo residencia o domicilio social en un Estado de la Unión. De este modo, queda un reducido grupo reservado a los ciudadanos europeos: arts. II-99, II-100, II-105 y II-106. Con ello, el autor deduce que a un inmigrante en la Unión y a un ciudadano europeo sólo les separan los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones europeas y municipales (arts. II-90 y II-100), la libertad de circular y residir libremente en la Unión (art. II-105.1), si bien la Constitución Europea ha previsto la posibilidad de extender dicho derecho a los inmigrantes que residan legalmente en un Estado miembro, y la protección diplomática y consular (art. II-106). El autor concluye que la regulación de la libertad de circulación o de residencia (sometida a límites como la todavía posible expulsión) o la exclusión de participar en otras elecciones que no sean las europeas y municipales “nos convierte en inmigrantes privilegiados en la Unión Europea, pero poco más. (...) La ciudadanía europea no sólo es un estatus condicionado sino un estatus limitado antes y con la Constitución Europea, que hace que difícilmente podamos sentirnos, plenamente, ciudadanos europeos”⁶⁹⁰. Con carácter más moderado, Martín y Pérez de Nanclares los designa como “extranjeros privilegiados” frente a los semiprivilegiados y los no privilegiados⁶⁹¹.

El planteamiento dogmático más optimista viene sustentado por la reciente jurisprudencia del TJCE, confirmada en la Directiva sobre libre circulación, que, como veremos en los siguientes apartados, ha atenuado considerablemente los ya de por sí débiles límites de la igualdad de trato a los ciudadanos comunitarios, llegando

⁶⁸⁷ P. P. Miralles Sangro, "Presente y futuro de la Ciudadanía de la Unión Europea", en *REDUE*, núm. 1, (2º sem.) 2001, pp. 153-158.

⁶⁸⁸ C. Escobar Hernández, "Extranjería y ciudadanía de la Unión Europea", en *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea*, ed. por C. Escobar Hernández, Colección Escuela Diplomática, núm. 3, Madrid, 1998, pp. 103-126, p. 109.

⁶⁸⁹ M. Jiménez de Parga, "Justicia constitucional e inmigración", cit., pp. 15-31.

⁶⁹⁰ E. Linde Paniagua, "La Ciudadanía en la Unión Europea. La inmigración en el interior de la Unión", en *Inmigración, Extranjería y Asilo*, dir. por E. Linde Paniagua y J. A. Moreno Díaz, Colex, Madrid, 2005, pp. 109-134.

a afirmar que “el estatuto de ciudadano de la Unión está llamado a ser estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”⁶⁹². Puede además constatarse en estudios como el de Lonbay que los avances en esta materia durante el proceso de aprobación de la Directiva han sido de carácter jurisprudencial⁶⁹³. Sin embargo, el hecho de que en la Sentencia *Grzelczyk* se extendiera el beneficio de una ventaja social a un estudiante, ciudadano de la Unión que no pertenece al ámbito personal del Reglamento CE 1612/68, destinado a trabajadores, si bien constituye un indicador más del objetivo comunitario de consolidación del estatuto de ciudadano, pendiente todavía de la armonización legislativa a través de la transposición de la Directiva de libre circulación, demuestra en cambio, cierta dificultad en encontrar un patrón coherente en la reciente jurisprudencia sobre la materia, como apunta Martín⁶⁹⁴.

Sin embargo, no es posible desarrollar la libre circulación de personas como derecho absoluto basado en la nacionalidad si a la vez se persigue el establecimiento de “un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales”, fin recogido en el apartado c del artículo 3 TCE. Será, por tanto, el artículo 14.2 TCE el que fundamente un régimen capaz de contemplar extranjeros no comunitarios, mediante la instrumentalización del derecho deambulatorio, estableciendo que “el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado”.

⁶⁹¹ J. Martín y Pérez de Nanclares, “La inmigración en la Unión Europea: la difícil configuración de una política de inmigración”, en *REDUE*, núm. 5, (2º sem.) 2003, pp. 83-90.

⁶⁹² STJCE *Grzelczyk* de 20 de septiembre de 2001, C-184/99, Rec. p. I-6193. D. Martín, “Comments on Mazzoleni (ex parte Guillaume) (case C-165/98 of 15 March 2001), Leclere (case C-43/99 of 31 May 2001) and Grzelzyk (case C-184/99 of 20 September 2001)”, en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (1) 2002, pp. 127-144.

⁶⁹³ J. Lonbay, “The free movement of persons”, en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 53, (April) 2004, pp. 479-487, p.487.

⁶⁹⁴ D. Martín, “Comments on Mazzoleni (ex parte Guillaume) (case C-165/98 of 15 March 2001), Leclere (case C-43/99 of 31 May 2001) and Grzelzyk (case C-184/99 of 20 September 2001)”, cit., pp. 127-144.

2. Derecho derivado. Asimilados

A) *Derecho derivado convencional*

A los ciudadanos de la Unión, deben considerarse asimilados otros nacionales que gozan del mismo tratamiento en materia de libre circulación por vía convencional, esto es, fruto de acuerdos internacionales entre la Comunidad Europea y determinados Estados. Son los siguientes:

- Los nacionales del Espacio Económico Europeo gozan de la misma regulación, salvo en lo relativo al estatuto de ciudadano de la UE, que sólo pueden ostentar los nacionales de la UE⁶⁹⁵. El reconocimiento de esta equiparación se encuentra en el acuerdo de asociación por el que se crea ese Espacio⁶⁹⁶ y cuya base jurídica es el artículo 310 TCE. Ofrece idéntica garantía de las tres libertades comunitarias (artículos 28, 31 y 32 del Acuerdo) y plena aplicación de jurisprudencia (artículo 105 del Acuerdo) y Derecho derivado (anexo VIII del Acuerdo). Los nacionales de los Estados adheridos a la Unión Europea en la ampliación a 25 gozan también de tal estatuto, si bien algunos han sido sometidos a un régimen transitorio hasta 2006, en cuanto a su admisión por motivos laborales⁶⁹⁷. El transcurso del plazo ha dado la razón a quienes defendían que no se produciría una oleada de inmigración procedente de los nuevos Estados miembros, precisamente por las expectativas socioeconómicas que supone la pertenencia a la Unión⁶⁹⁸. Sin embargo, respecto a la rápida consecución de la convergencia social, algunos economistas proponen la aplicación del principio de “integración selectivamente retrasada” en el Estado de bienestar, esto es, prescindir de una política social comunitaria, restringiendo el empleo del principio comunitario de no discriminación por nacionalidad a los aspectos que no se refieran a beneficios sociales⁶⁹⁹. De cualquier modo, no ha pasado de ser una propuesta.

⁶⁹⁵ Dictamen de 14 de diciembre de 1991(1/91, *Rec.*, p.69).

⁶⁹⁶ Firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992 entre la CE y Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suecia. Ratificado por España el 26 de noviembre de 1993 (*BOE* de 25 de enero de 1994). Entró en vigor el 1 de enero de 1994 (*DOCE* L 1, de 3 de enero de 1994), salvo para Liechtenstein (1 de enero de 1998).

⁶⁹⁷ A. Adinolfi, "Free movement and access to work of citizens of the new member states: The transitional measures", en *Common Market Law Review*, núm. 42, (2) 2005, pp. 469-498.

⁶⁹⁸ M. Kraus y R. Schwager, "EU Enlargement and Immigration", en *Journal of Common Market Studies*, núm. 42, (1) 2004, pp. 165-181.

⁶⁹⁹ H. W. Sinn y W. Ochel, "Social Union, Convergence and Migration", en *Journal of Common Market Studies*, núm. 41, (5) 2003, pp. 869-896.

- Los nacionales suizos, que por haber rechazado su pertenencia al EEE, disponen ahora de un régimen semejante, derivado de uno de los Acuerdos bilaterales de 1999 entre Suiza y la UE⁷⁰⁰, por el cual podrían considerarse también asimilados: sólo los nacionales comunitarios quedan sometidos a restricciones cuantitativas por parte de Suiza en materia de concesión de permisos de residencia, mientras que la reagrupación familiar goza de una regulación idéntica a la establecida en el Reglamento CE 1612/68. El Acuerdo establece un sistema de cuotas transitorio y una cláusula de salvaguardia permanente para limitar el número de permisos de residencia concedidos a ciudadanos de la UE. Cabe destacar además, que la jurisprudencia del TJCE generada hasta la firma vincula a Suiza. Se trata de derecho derivado convencional vinculante para España y no se aplica el Reglamento CE 1612/68, sino por vía jurisprudencial. Sin embargo, como observa Peers, este Acuerdo adolece de disposiciones concretas en relación con la actualización del régimen establecido, especialmente en cuanto a la jurisprudencia del TJCE sobre la materia⁷⁰¹, previsiones que sí figuran en el Acuerdo del EEE.

En definitiva, se rigen también por el régimen comunitario en materia de libre circulación los nacionales de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

B) Derecho derivado autónomo. Familiares extracomunitarios

Directiva sobre libre circulación. El derecho comunitario derivado autónomo se halla inmerso en un proceso de “refundición” en la materia que nos ocupa. En estos momentos, los Estados deben estar adaptando sus ordenamientos a lo establecido en la Directiva 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 miembros⁷⁰², que debe ser transpuesta antes del 30 de abril de 2006 (art. 40.1 de la Directiva).

⁷⁰⁰ Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra (Recueil officiel des lois fédérales, núm. 26, 2 juillet 2002, p. 1529), el más importante para la materia que nos ocupa de los siete Acuerdos sectoriales que ambas partes firmaron el 21 de junio de 1999, en vigor desde el 1º de junio de 2002 (DOCE L 114, de 30 de abril de 2002).

⁷⁰¹ S. Peers, "The EC-Switzerland Agreement on Free Movement of Persons: Overview and Analysis", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 2, (2) 2000, pp. 127-142.

⁷⁰² Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE,

La Directiva postula que es necesario “un nuevo enfoque en el ejercicio de los derechos de los ciudadanos de la Unión que tienda hacia un régimen único de libre circulación, según lo dispuesto en los artículos 17 y 18 del TCE”⁷⁰³, esgrimiendo el concepto básico de libre circulación en condiciones similares a la circulación y cambio de residencia intraestatales⁷⁰⁴. Los textos actualmente vigentes (hasta el 30 de abril de 2006) confieren al derecho de libre circulación y cambio de residencia un enfoque sectorial y fragmentario que dificulta su ejercicio⁷⁰⁵.

En cuanto al fundamento jurídico de la Directiva, para poder agrupar las distintas categorías de beneficiarios en un único instrumento legislativo, sólo es posible recurrir conjuntamente a los fundamentos jurídicos generales del artículo 12

75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, *DOUE* L 158 de 30 de abril de 2004; corrección de errores en *DOUE* L 229 de 29 de junio de 2004. Para los comentarios sobre la misma, es esencial acudir a la Propuesta de Directiva CE de 23 de mayo de 2001, COM (2001) 257 final y posterior Propuesta modificada de 15 de abril de 2003, COM (2003) 199 final. De la primera Propuesta citaremos la Exposición de Motivos y los Comentarios a los artículos, de interés interpretativo. En cuanto a la trascendencia de las modificaciones operadas, en la propuesta modificada se dice sobre las enmiendas aceptadas: constituyen “complementos que enriquecen, precisan y clarifican el texto de la Comisión” (p.3).

⁷⁰³ Cuarto Considerando de la Directiva; Exposición de Motivos de la Propuesta, apd. 1.2.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, Exposición de Motivos, apd. 1.3.

⁷⁰⁵ Son los siguientes:

- Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. En la práctica, sólo este y el siguiente continúan en vigor. La Propuesta derogaría las disposiciones contenidas en los artículos 10 y 11, relativas al concepto de miembro de familia y al acceso al trabajo de los miembros de la familia, precisamente por el más amplio alcance que introduciría la futura Directiva (*DOCE* L 257 de 19.10.1968, p. 2) . Reglamento cuya última modificación la constituye el Reglamento (CEE) núm. 2434/92 (*DOCE* L 245 de 26.8.1992, p. 1);

- Reglamento (CEE) núm. 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo (*DOCE* L 142 de 30.6.70, p. 24). La Propuesta no contempla su derogación, sino que incorpora disposiciones previstas en el mismo y la Comisión, por su parte, renunciaría al ejercicio de la competencia que le concede la letra d) del apartado 3 del artículo 39 TCE de adoptar reglamentos de aplicación que fijen las condiciones del derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, presentando, en su momento, un acto para la derogación de este Reglamento;

- Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones a la circulación y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, *DOCE* L 257 de 19.10.1968, p. 13. Directiva cuya última modificación la constituye el Acta de adhesión de Austria, de Finlandia y de Suecia;

- Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones a la circulación y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, *DOCE* L 172 de 28.6.1973, p. 14;

- Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, *DOCE* L 180 de 13.7.1990, p. 26;

- Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio 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, *DOCE* L 180 de 13.7.1990, p. 28;

- Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, *DOCE* L 317 de 18.12.1993, p. 59.

y apartado 2 del 18 y específicos de los artículos 40, 44 y 52, quedando el artículo 18 como residual, sólo para los no activos. Ello permite, por un lado, aplicar un único procedimiento que cubra todos los procedimientos y, por otro lado, al no tratarse del Título IV TCE, imponer la futura transposición en todos los Estados miembros sin excepción⁷⁰⁶.

Esta Directiva encierra, sin embargo, algo más que una mera “refundición”, pues la determinación del régimen aplicable *ratione personae* se verá modificada por la ampliación del ámbito personal. Lo comprobaremos al analizar el derecho interno español.

A pesar del estado actual del Derecho Comunitario, las perspectivas en relación con el mismo son satisfactorias en el sentido de coincidir en los fines con nuestro derecho interno. Básicamente, el Derecho derivado previsto para regir la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y sus familias recoge el acervo jurisprudencial en la materia y establece las disposiciones necesarias para reflejar, en síntesis, las siguientes medidas:

a) Flexibilizar los requisitos mínimos estableciendo la declaración personal como única prueba exigible. De este modo, la diferencia que se da en la actualidad con el derecho interno, se mantendrá de modo muy sutil.

c) La introducción del derecho de residencia permanente tras cinco años de residencia regular y continua en el Estado miembro de acogida (art. 16 de la Directiva). Esta norma general no viene expresamente recogida en el derecho interno, que sólo refleja las excepciones al plazo de cinco años previstas en el artículo 17 de la Directiva.

d) Considerar el período de estancia durante el cual es suficiente con estar en posesión de un carné de identidad o de un pasaporte válido, sin que sea necesario atenerse a formalidades particulares, de tres meses sin prórroga prevista y calificado como derecho de residencia por un período de hasta tres meses⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ Propuesta de Directiva, cit., Exposición de Motivos, apd. 3.1.

⁷⁰⁷ Art. 6 de la Directiva. La Comisión había propuesto en los sucesivos textos preparatorios la ampliación del período de estancia de tres a seis meses.

e) La obligación de poseer una tarjeta de residencia podrá mantenerse solamente para los miembros de la familia nacionales de un tercer Estado⁷⁰⁸. Esta medida implica, por un lado, que el derecho de residencia para el familiar extracomunitario es relativo, derivado del derecho fundamental del ciudadano y ,por otro lado, la garantía y seguridad jurídica necesarias para demostrar en todo momento que el interesado es beneficiario del régimen comunitario.

f) Incorporar una definición amplia del concepto de "miembro de la familia", incluyendo a la pareja registrada, a los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y a los ascendientes directos a cargo⁷⁰⁹. También se incorpora una obligación de "facilitar" la entrada y permanencia a cualquier otro miembro a cargo, así como a la pareja estable⁷¹⁰. Esta medida supondrá un mayor ámbito de aplicación personal del régimen comunitario, acogiendo a buena parte de quienes son todavía considerados inmigrantes económicos sin vinculación familiar clara. McGlynn constata, a este propósito, que la limitada definición existente de familia constituye una auténtica restricción a la libre circulación de personas⁷¹¹.

Familiares extracomunitarios. El derecho a la reagrupación familiar que ostentan los comunitarios extiende la libertad de circulación a ciertos familiares y, hasta el 30 de abril de 2006 -momento en que debe haber sido transpuesta la Directiva y a partir del cual podrían tener eficacia directa sus disposiciones sobre la materia en los Estados que no la hayan incorporado a sus respectivos ordenamientos-

⁷⁰⁸ Art. 9 de la Directiva. En las Propuestas de Directiva, el texto se refería a "permiso de residencia".

⁷⁰⁹ Art. 2.2 de la Directiva:

a) el cónyuge;

b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida;

c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b);

d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)."

⁷¹⁰ En el caso de reagrupantes estudiantes, los ascendientes pasan a esta categoría menos imperativa (el Estado "facilitará") de familiares reagrupables por virtud del artículo 7.4, respecto al derecho de residencia en sentido propio, por reagrupación, pues el derecho de hasta tres meses no puede considerarse más que visita.

⁷¹¹ C. McGlynn, "Challenging the European Harmonisation of Family Law: Perspectives on the family", en *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, ed. por K. Boele-Woelki, Intersentia, Antwerp - Oxford - New York, 2003, pp. 219-238. Añade que debería priorizarse el esfuerzo por remover dicha limitación antes que tratar de armonizar el Derecho de familia comunitario (p. 234). También considera que, en el ámbito de la inmigración, las parejas de hecho ostentan un estatuto de segunda clase respecto a los matrimonios y los derechos reconocidos son menos que en materia de asilo (p. 237).

, está garantizado en el Reglamento comunitario 1612/68⁷¹², a su vez Derecho derivado autónomo directamente aplicable, que como desarrollo de la libertad de circulación de trabajadores, implica la *conditio sine qua non* de que ésta se ejecute efectivamente. Ello es debido a que la normativa comunitaria relativa a la libre circulación de trabajadores, a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento no puede aplicarse a situaciones que no presenten algún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho comunitario. Por tanto, dicha normativa no puede aplicarse a la situación de personas que no hayan ejercido nunca dichas libertades⁷¹³. Esta interpretación del TJCE, tal como constata Álvarez Rodríguez, ha sido mantenida hasta el momento⁷¹⁴.

El artículo 10.1 del mencionado Reglamento 1612/68, establece que tendrán derecho a instalarse con el trabajador: a) su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años o a su cargo; b) los ascendientes del trabajador y su cónyuge que estén a su cargo.

Finalmente, debe tenerse en cuenta el apartado 2 del mismo artículo, por el que los Estados miembros “favorecerán” la admisión de cualquier otro miembro de la familia, si se encontrase a su cargo, o viviese, en el país de origen, con el potencial reagrupante. No olvidemos que este Reglamento es sectorial y la interpretación que se diera mediante la STJCE *Diatta*⁷¹⁵ a “cónyuge” separado ha sido la adoptada por el derecho interno, si bien cabe mantener una duda que será convenientemente abordada al analizar este último: el Tribunal de Justicia deja claro que el vínculo conyugal no puede ser considerado disuelto mientras no lo declare así la autoridad competente, aún en el caso de esposos que viven separados y tienen la intención de divorciarse, pero no se pronuncia expresamente sobre la separación de derecho, que tampoco disuelve el vínculo. Por otra parte, destaca Sanz Caballero que con esta Sentencia, el TJCE legitima la cosificación del cónyuge a favor del nacional comunitario a quien se le otorga el control total y absoluto de la situación, puesto que

⁷¹² Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad, *DOCE* L 257, de 19 de octubre de 1968.

⁷¹³ Sentencias del TJCE de 16 de diciembre de 1992, Koua Poirrez, C-206/91, Rec. pp. I-6685, FJ 10 a 12, y de 11 de julio de 2002, Carpenter, C-60/00, Rec. p I-0000, FJ 28.

⁷¹⁴ *Vid.* A. Álvarez Rodríguez, "Nacionales de terceros países familiares de un ciudadano comunitario en el territorio de su propio Estado: ¿régimen de extranjería general o aplicación de la normativa comunitaria relativa a la libre circulación? A propósito de la STJCE de 23 de septiembre de 2003", en *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dir. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Colex, Madrid, 2004, pp. 23-41.

al primero se le puede retirar o denegar la autorización de residencia cuando se divorcien⁷¹⁶.

Con la entrada en vigor de la Directiva, derogando estas disposiciones del Reglamento 1612/68, se introducen precisiones técnicas en la determinación de los familiares beneficiarios, pero principalmente se amplía la consideración de los mismos en dos extremos. Por un lado, se considera ya como miembro de la familia a la pareja registrada siempre que el Estado de acogida tenga reconocidas las uniones registradas y sometiéndola a la legislación del mismo. Por otro lado, se sustituye el “favorecerán” del Reglamento por el “facilitará” de la Directiva para permitir la admisión de otros familiares, a los que se añade uno que no precisará estar a cargo. Se trata de “la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada” (artículo 3.2,*b* de la Directiva). En ambas soluciones, a juicio de González Beilfuss, se produce una asimetría en el reconocimiento de las parejas entre los Estados miembros que constituye un obstáculo al ejercicio de la libre circulación por parte de los ciudadanos de la Unión. Propone esta autora la aplicación del principio de reconocimiento mutuo⁷¹⁷, solución que paradójicamente es la aplicada en la Directiva sobre el estatuto de residentes de larga duración, ya mencionada en el ámbito del Derecho comunitario de extranjería. En efecto, se permite al residente extracomunitario de larga duración llevar consigo a su pareja, ya reconocida en el Estado comunitario de origen, al Estado comunitario de acogida, mientras que la pareja extracomunitaria del ciudadano comunitario dependerá del reconocimiento del Estado de acogida.

Derechos de los familiares extracomunitarios. En el Reglamento 1612/68, se permitía trabajar también al familiar, pues así lo confirmó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia *Gül*, al interpretar el artículo 11, recordando lo indicado en los considerandos de este Reglamento: “la libre circulación constituye un derecho fundamental «para los trabajadores y su familia (tercer considerando) y tal circulación exige la eliminación de los obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores, sobre todo en lo referente «al derecho del

⁷¹⁵ STJCE *Diatta* de 13 de febrero de 1985, C-267/83, Rec. 1985, p. 263.

⁷¹⁶ S. Sanz Caballero, *La familia en perspectiva internacional y europea*, cit., pp. 252-257.

⁷¹⁷ C. González Beilfuss, “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común”, en *AEDIPr*, núm. IV, 2004, pp. 117-186, especialmente pp.150-161.

trabajador de hacer venir a su familia», y a las «condiciones de integración de dicha familia en el país de acogida» (quinto considerando)”⁷¹⁸.

También los familiares extracomunitarios se benefician, como consecuencia de una interpretación extensiva y dinámica del artículo 7.2 del Reglamento 1612/68 desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de las mismas ventajas sociales y fiscales que los familiares comunitarios de los trabajadores comunitarios, equiparados previamente a los trabajadores nacionales. Algunas prestaciones destacables serían: minusvalía, vejez, beca de estudios en otro Estado distinto al de acogida y maternidad. Blázquez Rodríguez ha comprobado cómo en la citada evolución jurisprudencial comunitaria estas prestaciones se denegaban sobre la base del Reglamento 1408/71 y se concedían, en cambio, a partir del ya mencionado Reglamento 1612/68⁷¹⁹.

En la Directiva, al quedar claramente estipulado que los ciudadanos comunitarios sin actividad económica deben tener suficientes recursos y un seguro de enfermedad (art. 7), se colige que el acceso a la asistencia social a la que también tienen derecho los familiares extracomunitarios podría poner en duda el respectivo derecho de residencia, como sugiere Brinkmann⁷²⁰. De hecho, se establece expresamente en el artículo 14.3 que “el recurso a la asistencia social del Estado miembro de acogida de un ciudadano de la Unión o de un miembro de la su familia no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión”.

⁷¹⁸ STJCE *Gül* de 7 de mayo de 1986, C-131/85: “Se desprende de las consideraciones anteriores que el artículo 11 del Reglamento núm. 1612/68 debe ser interpretado en el sentido de que el derecho del cónyuge del trabajador beneficiario de la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad a acceder a cualquier actividad por cuenta ajena implica el derecho a acceder al ejercicio de profesiones sometidas a un régimen de autorización administrativa y a normas profesionales específicas, como la profesión de médico, siempre que dicho cónyuge acredite las cualificaciones profesionales de Médico y los diplomas exigidos por la legislación del Estado miembro de acogida para ejercer dicha profesión” (FJ 18). También concreta que “para poder ejercer una profesión reglamentada, como la de médico, el cónyuge de un trabajador migrante que tenga la nacionalidad de un tercer país deberá responder a la doble exigencia de acreditar las cualificaciones y diplomas necesarios para ejercer, con arreglo a la legislación del Estado miembro de acogida, esta profesión y de respetar las normas específicas que regulan el ejercicio de la profesión, condiciones que deberán ser las mismas que las impuestas por el Estado miembro de acogida a sus propios nacionales. Resulta del expediente que en el caso de autos se satisfacía esta doble exigencia” (FJ 15).

⁷¹⁹ I. Blázquez Rodríguez, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, 2ª edic., Universidad de Córdoba - Junta de Andalucía, Córdoba - Sevilla, 2003, especialmente pp. 357-361.

⁷²⁰ G. Brinkmann, "Family reunification of third-country nationals: Access of family members to social protection benefits", cit., p. 295.

II. DERECHO INTERNO ESPAÑOL

1. El RD 178/2003 y los familiares beneficiarios

El RD 178/2003, de 14 de febrero⁷²¹, sobre entrada y permanencia de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que deroga el RD 766/1992, de 26 de junio⁷²², sobre la misma materia, regula las formalidades administrativas para el ejercicio de los derechos de entrada y permanencia en España por parte de los nacionales mencionados (art. 1), los nacionales suizos (DA. 1ª) y determinados familiares de ambos grupos (art.2), incluidos los de españoles.

Con este alcance, podemos constatar el esfuerzo del legislador español por aglutinar en un solo texto normativo un régimen comunitario disperso: reúne los beneficiarios del mismo (comunitarios y otros nacionales), reitera los Reglamentos comunitarios, aplica las Directivas y amplía *motu proprio* los posibles familiares reagrupables. Esto último sólo es posible en el ámbito nacional pues, como se ha visto, escapa de la competencia comunitaria al no ejercer el ciudadano español su derecho de libre circulación. Se trata, en fin, de facilitar su derecho a la vida en familia mediante la reunión con sus familiares extracomunitarios. Este modo de proceder, tal como recuerda González Beilfuss, es el que se espera de los diferentes Estados miembros⁷²³. El Derecho comunitario confía hasta tal punto en ello, que lo considera una armonización indirecta de las respectivas legislaciones, por la que se eliminarían las discriminaciones a la inversa. Sin embargo, esta confianza puede no ser correspondida por la realidad de otros Estados en este mismo ámbito de libre circulación, de tal modo que sus nacionales pueden acabar recibiendo un peor trato que los demás comunitarios por no haber ejercido dicha libertad⁷²⁴.

⁷²¹ BOE núm. 46, de 22 de febrero 2003. Sobre el nuevo RD 178/2003, *vid.* P. Jiménez Blanco, "Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea", en *La Ley*, núm. 5771, 2003, de 30 de abril, pp. 1-13.

⁷²² RD 766/1992, de 26 de junio (BOE núm. 156, de 30 de junio; corrección de errores en BOE de 18 de noviembre), modificado por RD 737/1995, de 5 de mayo (BOE núm. 133, de 5 de junio), RD 1710/1997, de 14 de noviembre (BOE núm. 274, de 15 de noviembre) y RD 864/2001 (RD por el que se aprobó, recuérdese, el Reglamento de la LOE). El antecedente de este RD fue el RD 1099/1986, de 26 de mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de los ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, BOE de 12 de junio de 1986.

⁷²³ C. González Beilfuss, "Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común", *cit.*, especialmente pp. 184-185.

⁷²⁴ *Cfr. Ibid.* p. 185.

Los familiares extracomunitarios se benefician del mismo régimen por el subyacente derecho de reagrupación familiar para comunitarios y asimilados, derecho que el RD no proclama pero que sí delimita mediante el alcance previsto en el artículo segundo. De este modo, Alonso Pérez llega a afirmar que "la titularidad del derecho a entrar y circular corresponde también a los familiares de terceros Estados"⁷²⁵. Estos familiares, cualquiera que sea su nacionalidad, son los siguientes.

El cónyuge. Atendiendo al elevado grado de incidencia en el ámbito judicial, se trata sin duda del principal familiar reagrupable. El RD impone que el reagrupante, aunque en ningún momento lo designe como tal, y su cónyuge no estén separados de derecho, puesto que la exigencia de separación de hecho desapareció del régimen derogado por adecuación al Derecho Comunitario, concretamente por la interpretación emanada del TJCE en su Sentencia *Diatta*, de 13 de febrero de 1985, ya citada. De la lectura de la Sentencia se desprende, sin embargo, que también podría extenderse el ámbito subjetivo a los cónyuges separados de derecho, pues en el apd. 20 añade que "el vínculo conyugal no puede ser considerado disuelto en tanto no haya sido fijado un término por la autoridad competente. Tal no es el caso de los esposos que viven simplemente separados, incluso mientras tienen la intención de divorciarse ulteriormente". Esta resolución se pronunciaba sobre el art. 10 del Reglamento CE 1612/68 y en el sentido del mismo, "los miembros de la familia de un trabajador migrante no deben necesariamente vivir en permanencia con él para ser titulares de un derecho de residencia".

Por otra parte, el artículo 2 contenía en el párrafo 1º, un inciso, «y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con estos», que ha sido criticado por la doctrina, con Álvarez Rodríguez al frente, como posible vulneración de Derecho comunitario y susceptible de denuncia por parte de la Comisión Europea a España por incorporar incorrectamente la normativa europea⁷²⁶. Más tarde, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 junio de 2004, lo ha

⁷²⁵ F. Alonso Pérez, "Entrada y permanencia en España de ciudadanos de países miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y de nacionalidad suiza: innovaciones introducidas por el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero", en *La Ley*, núm. 5826, (D-169 vol. 4) 2003, de 17 de julio, pp. 1538-1547.

⁷²⁶ A. Álvarez Rodríguez, "Análisis crítico del RD 178/2003: algunas de sus deficiencias y su necesaria reforma", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 3, (julio) 2003, pp. 29-59.

declarado nulo⁷²⁷. Para argumentar la anulación, el Tribunal se basa de nuevo en la STJCE *Diatta* y en la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 11 de diciembre de 2002⁷²⁸, recogiendo el criterio por el cual las parejas casadas que estén separadas pero aun no divorciadas, siguen manteniendo sus derechos como miembros de la familia de un trabajador emigrante⁷²⁹. Se apoya además en el tenor de la mencionada Comunicación, para definir el derecho a la libre circulación como probablemente el más importante conferido a los individuos en virtud del derecho comunitario y un elemento esencial de la ciudadanía europea. A esta conclusión llega el Alto Tribunal tras describir la evolución experimentada por la propia libertad de circulación, que incluye el derecho a vivir y trabajar en otro Estado miembro, en un principio destinada fundamentalmente a las personas económicamente activas y a sus familias y que en la actualidad también afecta a otras categorías, como los estudiantes, los pensionistas, y los ciudadanos de la Unión Europea en general (FJ 2º).

Con anterioridad a este régimen, el Tribunal Supremo ya se había pronunciado a favor de mantener la autorización de residencia de familiar de comunitario y por tanto no permitir la retirada de tarjeta ni permitir la denegación de permiso de trabajo en un caso de cónyuge separado sólo de hecho y con una hija menor escolarizada en España, STS de 4 junio 2002 (RJ 5200).

De todo ello podemos concluir que, por lo menos en nuestro derecho interno, no es posible asimilar separación con ruptura, como parece que tampoco en Derecho Comunitario, además de ser discutible el mantenimiento del requisito de separación de derecho, que en España sólo “produce la suspensión de la vida en común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica” (art. 83 Cc), cabiendo la posibilidad de la reconciliación, que “pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio” (art. 84 Cc, primer párrafo).

⁷²⁷ BOE núm. 203 de 23 de agosto de 2004.

⁷²⁸ Comisión de las Comunidades Europeas, *Comunicación sobre la libre circulación de trabajadores – La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades*, COM (2002) 694 final, Bruselas, 11 de diciembre de 2002.

⁷²⁹ En el mismo sentido, *vid.* STSJ del País Vasco núm. 215/06 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), recurso de apelación núm. 417/04, de 24 de marzo de 2006.

Los descendientes. Además de los propios, también se admiten los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas. En cuanto a los descendientes del cónyuge, se ha llegado a admitir los de cónyuge extracomunitario en situación de estancia irregular en España. En la STS de 11 de abril de 1995 (RJ 3172), la hija menor había sido rechazada en frontera por no acreditar medios económicos y por no poder acreditar el parentesco con su madre. Fue devuelta el mismo día de su llegada, “al comprobar que la persona que manifestó ser su madre carecía de permiso de residencia”. Otra circunstancia que alegaron en el recurso fue la que hizo aplicable finalmente el régimen comunitario, el matrimonio de la madre con un español. Para ello, la Sentencia reprocha la justificación de las autoridades competentes basada en el planteamiento de que esos hechos se han demostrado con posterioridad y no en el momento del acto recurrido, pues de lo que se trata es de la realidad de las alegaciones de madre e hija ante la policía, y de la intransigencia inexplicable de ésta, de no dar la oportunidad para la posible prueba de la misma, que pudo realizarse, si no se hubiera adoptado la drástica actitud adoptada (FJ 2º).

En el mismo sentido se pronuncia el TSJ de Madrid, en su Sentencia núm. 887, de 13 de junio de 2005, en la que admite la declaración oficial de la madre como prueba del parentesco y la dependencia, fundamentando la decisión en el artículo 39 CE, ya tratado en la Parte Primera del trabajo. El Tribunal, sencillamente, a la vista de la total documentación obrante en el expediente administrativo, llega a la conclusión opuesta a la Administración, que deniega el visado por estimar que no ha quedado acreditado documentalmente la edad y parentesco del hijo. Además de esos extremos, también quedan demostradas su situación de estudiante y la dependencia económica de su madre residente en España.

Ascendientes. Se permite la residencia de los ascendientes del ciudadano comunitario y de los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges. Otro supuesto de ascendientes de comunitarios que todavía no se ha reconocido administrativamente, a pesar de su tratamiento doctrinal, especialmente por parte de Álvarez Rodríguez, es el de padres extracomunitarios, que se encuentran en España en situación regular o irregular, que posteriormente tienen hijos nacidos en

España, hijos que, por *ius soli* y para evitar la apatridia de los mismos, son españoles⁷³⁰.

Conviene no olvidar que este régimen no es sólo para reagrupar, sino que permite que a los familiares descritos se les apliquen igualmente las condiciones establecidas.

Llegado este punto, es conveniente observar algunas precisiones que afectan al grupo de familiares que se pretende amparar, fruto de la peculiar transposición del derecho comunitario efectuada en España por este único instrumento, el RD 178/2003, que de algún modo, por un lado excede la “refundición” comunitaria y por otro no la alcanza.

2. Ampliación del ámbito personal con el régimen español

Residencia de familiares por motivos distintos a la reagrupación familiar. Como hemos podido observar, el régimen comunitario resulta más beneficioso que el general y en España pueden acogerse al mismo, además, los familiares extracomunitarios de españoles aunque no hagan uso de su libertad de circulación. Debido a esta posibilidad, pueden darse en España situaciones en las que se aplica el régimen comunitario a familiares de españoles que ni siquiera residen en territorio español, por lo que se excede el ámbito subjetivo y el material del régimen comunitario, pues no se persigue la reagrupación familiar, sino la autorización de residencia del familiar en España, quedando el español en el Estado de origen. Es el caso de un hijo, mayor de 21 años, de nacionalidad argentina, hijo de padre español residente en Argentina del que depende económicamente, encontrándose en España para la realización de estudios. La residencia del padre no es óbice para la aplicación del régimen comunitario, por lo que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía le reconoce el permiso de familiar de residente comunitario⁷³¹.

Matrimonios de complacencia. Por el mismo motivo de ampliación del ámbito subjetivo a los familiares de españoles, a los que no se exige haber ejercido la

⁷³⁰ A. Álvarez Rodríguez, "Los ecuatorianos en el ordenamiento español: el régimen jurídico de los progenitores de hijos españoles", en *Migraciones*, núm. 18, (en prensa) 2006; A. Álvarez Rodríguez, "Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales: de la flexibilidad de la jurisprudencia del TJCE y del TS a la rigidez de la normativa vigente y futura", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 9, (julio) 2005, pp. 9-43.

libre circulación, son más frecuentes aquí los denominados matrimonios de complacencia, terminología defendida por Calvo Caravaca y Carrascosa González⁷³² frente a otras calificaciones como “matrimonios fraudulentos”, empleada por el Consejo de las Comunidades Europeas⁷³³. De cualquier modo, estos matrimonios responden a la voluntad de instrumentalizar el matrimonio con el fin de entrar en España o regularizar su situación en el país. El objetivo de lograr un permiso de residencia en España viene recogido por la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia⁷³⁴, como uno de los más usuales, para el supuesto de familiares extracomunitarios en el régimen que nos ocupa. Otro objetivo descrito en la misma Instrucción es el de lograr la reagrupación familiar, esta vez referido a los destinatarios del régimen general de Extranjería. El mecanismo empleado por el Estado es la apreciación de falta de consentimiento que, como elemento esencial del matrimonio, determina la validez o nulidad del mismo. Dicha apreciación ya ha sido analizada en el régimen general para las situaciones en que ambos contrayentes son extranjeros y la autenticidad del consentimiento se rige por la Ley nacional respectiva (art. 9.1 Cc). También en la misma sede han sido tratados los supuestos de extranjeros reagrupantes que obtienen la nacionalidad española con posterioridad a la reagrupación.

Quedaría pues analizar en el presente régimen las peculiaridades de la situación en que uno de los contrayentes es español, precisamente porque este es el supuesto que provoca un elevado número de simulaciones en el matrimonio, cuyo responsable es el legislador español, al haber hecho extensivo el ámbito de aplicación del régimen comunitario a los familiares extracomunitarios de españoles aunque estos no hagan uso de su libertad de circulación. También el incremento del fraude en España puede deberse a otra medida legislativa de carácter general, esto es, la reciente reforma del Código civil que flexibiliza considerablemente las condiciones

⁷³¹ STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, Sección 3ª, de 19 de mayo de 2005, recurso núm. 904/02.

⁷³² A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado", en *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dir. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Colex, Madrid, 2004, pp. 119-158.

⁷³³ En la perspectiva comunitaria de seguridad respecto a las de libertad y justicia del espacio europeo, por tanto, materia de inmigración ilegal, el Consejo adoptó una Resolución, de 4 de diciembre de 1997, “sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos” (DOCE C 382 de 16 de diciembre de 1997, cit.). La base de esa lucha reside en la sospecha de oficio ante los matrimonios en que al menos uno de los cónyuges sea nacional de tercer Estado.

⁷³⁴ BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2006.

exigidas para la disolución del matrimonio⁷³⁵. Resulta gráfico, por otra parte, observar la evolución de algunas cifras relativas a los matrimonios celebrados en España, tomando los datos de 2001 y 2004. En cuanto a las mujeres españolas, el grupo nacional extranjero con el que han contraído más matrimonios ha sido el de varones procedentes de Marruecos (521 en 2001 y 1.098 en 2004), seguido por comunitarios (Reino Unido, 444 en 2001 y 518 en 2004; Italia, 388 en 2001 y 385 en 2004; Francia, 374 en 2001 y 347 en 2004; Alemania, 341 en 2001 y 369 en 2004; también destaca Rumanía, sin ser todavía territorio UE, con 424 en 2004). Respecto a los varones españoles, estos se han casado mayoritariamente con colombianas (1.374 matrimonios en 2001 y 3.040 en 2004), seguidas de lejos por las nacionales de Marruecos (450 en 2001 y 742 en 2004), Ecuador (380 en 2001 y 1.094 en 2004) y Rusia (271 en 2001 y 689 en 2004), con la emergencia en el último año por parte de Brasil (897 en 2004) y Argentina (797 en 2004)⁷³⁶.

En la práctica española, dos son los supuestos en que se puede apreciar fraude: solicitud de inscripción de matrimonio celebrado fuera de España y solicitud de autorización de celebración en España.

Matrimonio celebrado en el extranjero ante autoridad extranjera. Respecto al primer supuesto, debemos apuntar que se trata del más frecuente en España⁷³⁷. El encargado del Registro Civil debe comprobar la concurrencia de los requisitos legales para la celebración del matrimonio establecidos en el artículo 65 Cc y la constancia del matrimonio en certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (art. 256.3º RRC).

Tras esas comprobaciones, quedará la calificación que deba hacerse del documento extranjero y de las declaraciones complementarias oportunas, además de las pruebas presentadas, mediante la cual el Encargado concluirá si existen hechos objetivos de los que sea razonable deducir según las reglas del criterio humano (art. 1254 Cc) que el matrimonio es nulo por simulación. Los supuestos de fraude más

⁷³⁵ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. *BOE* núm. 163, de 9 de julio de 2005.

⁷³⁶ Observatorio Permanente de la Inmigración, *Anuario Estadístico de Extranjería 2003*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pp. 562-565. Los datos correspondientes a 2004 se encuentran disponibles en <www.ine.es>.

⁷³⁷ De las 761 resoluciones dictadas por la DGRN durante 2001, 87 tenían por objeto esta inscripción. De esas, 44 aceptaron la inscripción. C. Esplugues Mota, "Inmigración y Derecho de Extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)", cit., p 121.

frecuentes sobre los que se pronuncia la Dirección General, según constata de Verda y Belmonte, incluyen un contrayente español: Resoluciones DGRN 1ª de 27 de junio de 2003 (celebrado en Uruguay entre español y uruguayo), 1ª de 3 de febrero de 2003 (celebrado en la República Dominicana entre dominicano y española), 2ª de 3 de febrero de 2003 (celebrado en Cuba entre cubano y española)⁷³⁸. Por tratarse de un derecho fundamental, el de contraer matrimonio, es preciso que exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido⁷³⁹.

Matrimonio consular. También es posible que el matrimonio se haya celebrado ante autoridad española competente en el extranjero. Se trata de los funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el extranjero (artículo 51.3 Cc), que darán nombre a la especialidad, matrimonio consular⁷⁴⁰. Esta modalidad se aplica cuando los contrayentes español y extranjero opten no por la forma prevista por la ley del lugar de celebración, sino por las formas civiles prescritas por el Derecho español (artículo 49.1 Cc).

A la opción de los contrayentes debe seguir la efectiva competencia, que sólo es posible en el caso de que al menos uno de los contrayentes esté domiciliado en la demarcación consular correspondiente (artículos 51.3 y 57 Cc) y siempre que las leyes y reglamentos del Estado receptor no se opongan a esta actividad de funcionario del Registro Civil, conforme al art. 5, f) del Convenio de Viena de Relaciones Consulares. Los Cónsules deberán abstenerse en tal caso de autorizar los matrimonios (RDGRN de 15 de septiembre de 1995), en concreto los acreditados en Austria, Dinamarca, Reino Unido, Suiza, Uruguay, Venezuela y Guatemala (Instrucción DGRN de 6 de febrero de 1995). Sin embargo, tal obstáculo queda salvado del siguiente modo: puesto que no puede autorizar el matrimonio, pero sí instruir el expediente previo a la celebración, conforme al artículo 238 RRC, puede hacer que, por delegación, el consentimiento se preste ante el Encargado en España

⁷³⁸ Cfr. J. R. de Verda y Beamonte, "La simulación del matrimonio civil en la Jurisprudencia de Instancia y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado", en *Aranzadi Civil*, núm. 5, (mayo) 2002, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.

⁷³⁹ Apreciaciones recogidas en la RDGRN (2.ª) de 23 de enero de 2002, BIMJ n.º 1913, de 15 de marzo de 2002, p. 1218.

⁷⁴⁰ RDGRN 1ª de 22 de febrero de 1999 (RJ 10107). Se deniega la celebración de matrimonio en Consulado de España en Rumanía entre español y rumano por varios motivos: conocimiento de sólo una semana, carencia de idioma común para entenderse y contrayente que ha visto denegada su solicitud de visado en varias ocasiones, falta de presentación del certificado de capacidad matrimonial.

de otro Registro Civil, según los artículos 57, párrafo segundo, Cc y 250 RRC (Resoluciones D.G.R.N. de 15 de septiembre de 1995 y 4ª de 10 de julio de 2002 e Instrucción n.º 304 de 28 de agosto de 1990 de la Dirección General de Asuntos Consulares).

Finalizado con éxito el expediente, aunque el Cónsul tenga competencia para celebrar, también los cónyuges pueden solicitar la mencionada delegación en favor de una autoridad civil española ante la que se desea prestar el consentimiento, como un Alcalde o Juez español (Consulta DGRN de 9 de junio de 2004).

Sin embargo, quedan dos posibles acciones en España: la acción judicial de nulidad ex artículo 74 Cc y la supervisión del expediente del Registro civil, en el que le compete defender la legalidad y denunciar en su dictamen cualquier impedimento u obstáculo que le conste (art. 247 RRC).

Autorización de celebración en España. Analizando los casos de autorización de celebración del matrimonio en España, debemos destacar la importancia del trámite de audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente, en el procedimiento del expediente previo a la celebración del matrimonio. Lo realiza el instructor asistido por el Secretario, debiendo constatar la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (art. 246 Cc). Los hechos probados en ese trámite han de ser lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de simulación⁷⁴¹.

En las Resoluciones que consideran la existencia de indicios que evidencian la simulación, son determinantes factores como: notable diferencia de edad, discrepancias en cuanto al lugar y forma de conocerse, residencia ilegal y certeza

⁷⁴¹ RDGRN (4.ª) de 19 de febrero de 2002, BIMJ n.º 1915, de 15 de abril de 2002, FJ II y V. *Vid.* también la RDGRN de 26 de enero de 2005 (BOE núm. 63, de 15 de marzo de 2005), sobre autorización de matrimonio civil entre español y cubano: “Pues bien, la doctrina de este Centro Directivo es constante en cuanto a la importancia de la audiencia reservada. La Instrucción de 9 de enero de 1995, la considera «trámite esencial del que no debe prescindirse ni cumplirlo formulariamente», porque «puede y debe servir para que el instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos de real consentimiento matrimonial». No se trata con ello de coartar en modo alguno un derecho fundamental de la persona, como es el de contraer matrimonio, pero sí de encarecer a los Encargados de los Registros Civiles que, sin mengua de la presunción general de buena fe, se cercioren de la veracidad del consentimiento de los contrayentes dentro de las posibilidades que ofrece la regulación actual del expediente previo, a través del citado trámite de audiencia.” La DGRN acaba imponiendo que se repita el trámite.

moral del Juez encargado⁷⁴². Sin embargo, la vida en común suele inclinar la balanza en el sentido de considerar la ausencia de consentimiento matrimonial no probada⁷⁴³.

3. Ampliación del ámbito personal con la Directiva

El apartado de la Directiva sobre libre circulación dedicado a los miembros de la familia⁷⁴⁴ es el más importante cualitativamente, pues con una concepción única y ampliada, se precipita la consecuente expansión del ámbito personal del estatuto de “asimilado” a comunitario, del beneficiario en suma, de este régimen frente al general. No debemos olvidar, en cambio, que se conserva, en este tratamiento, una más clara distinción y, por tanto, discriminación, de los miembros de la familia “que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro”, los “inmigrantes más privilegiados” que, para distinguirse de los sometidos al general, serán titulares de una “tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión” porque los familiares comunitarios, al ser simultáneamente ciudadanos de la Unión, estarán obligados únicamente a registrarse. El concepto se amplía, decíamos, del siguiente modo:

a) Además del cónyuge, se incluye a la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida⁷⁴⁵. Se produce una remisión general a la legislación del Estado de acogida. De este modo, sólo es posible considerar el supuesto en el caso de que esa legislación interna reconozca la situación de las uniones registradas y la pareja encausada respete las condiciones previstas en la misma. La Directiva pretende responder a esta evolución, pero sólo para las parejas que se someten expresamente al eventual

⁷⁴² Puede destacarse, puesto que aplica la que ha sido doctrina constante del centro directivo, la RDGRN de 30 de enero de 2001 (RJ 5092): entre español y nigeriana.

⁷⁴³ Como muestra de esta consideración, *vid.* RDGRN de 2 de febrero de 2000 (RJ 3115) entre español y colombiana.

⁷⁴⁴ Art. 2 de la Directiva.

⁷⁴⁵ En el art. 2, *b)* de la Propuesta modificada, COM (2003) 199 final, el texto incluía la pareja “a la que el ciudadano esté vinculado como pareja inscrita o mediante una relación duradera, debidamente certificada”. En la versión anterior se decía “pareja de hecho sin que exista matrimonio”, COM (2001) 257 final.

régimen interno de reconocimiento y únicamente a efectos de residencia⁷⁴⁶, puesto que cada Estado miembro ostenta una regulación diversa⁷⁴⁷. En España, además, la legislación aplicable dependerá de cada Comunidad Autónoma, lo que llevará a tratamientos desiguales según la región de residencia⁷⁴⁸, aunque ya existe una Sentencia del TSJ de Cataluña de 1996 favorable a esta situación⁷⁴⁹.

b) Otros supuestos previstos en el artículo 3.2 recogen una mera recomendación⁷⁵⁰ ya vigente con lo previsto en el Reglamento 1612/68 y la Directiva 73/148/CEE: “Cualquier otro miembro de la familia, siempre que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud⁷⁵¹, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia”. Actualmente, esta recomendación se concreta, como hemos visto al analizar el derecho derivado y su actualización, en dos

⁷⁴⁶ Comentario al art. 2 de la Propuesta, COM (2001) 257 final, p.8. En la primera propuesta se habla de “asimilación” mientras que en el texto de la Propuesta modificada, la Comisión ya se refiere al régimen de “reconocimiento”. En el ámbito del Derecho internacional privado europeo, en cambio, la doctrina muestra una tendencia a adoptar la solución de reconocimiento de las parejas de hecho tal como existe en el Estado de origen, sólo posible, a juicio de A. Borrás y González Campos, en un Estado como Holanda, con una legislación muy avanzada en la materia. A. Borrás Rodríguez y J. D. González Campos, “La reunión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (Viena, 19-21 de septiembre de 2003)”, en *REDI*, núm. LV, (2) 2003, pp. 1119-1122.

⁷⁴⁷ *Vid. in extenso* C. González Beilfuss, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

⁷⁴⁸ Tómese, a modo de muestra, dos leyes autonómicas recientes y el distinto reconocimiento que se da en cada una : la Ley de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de 20 de marzo de 2003, núm. 5/2003 (DOE núm. 42, de 8 de abril) permite el acogimiento familiar (art. 8), mientras que la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, del País Vasco (BOPV núm. 100, de 23 de mayo) reconoce además la adopción (art.8). Otras leyes que pueden destacarse: Ley 10/1998, de 15 de julio, de la Generalitat de Catalunya, de uniones estables de pareja (*BOE* de 19 de agosto de 1998); Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Aragón, relativa a parejas estables no casadas de Aragón; Ley Foral 6/2000, de la Comunidad Navarra, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (BON, de 7 de julio de 2000); Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana, Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de la Comunidad de Madrid; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Islas Baleares; Ley 4/2002, de 23 de mayo de la Comunidad del Principado de Asturias; Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria (*BOE* de 7 de junio de 2005).

⁷⁴⁹ STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de julio de 1996, *RGD* 1997, pp. 10533-10538, ya comentada en el Capítulo V.

⁷⁵⁰ Precisamente por su carácter de “derecho blando” o carente de imperatividad, no se aplica en España, como hemos visto al analizar el RD 178/2003. Sin embargo, ante el distanciamiento que se producirá entre esta categoría “abierto” de parientes a cargo o por inquilinato y la anterior de línea directa, podemos suponer que este caso se tomará en consideración por los “servicios nacionales” españoles, pues será suficiente con demostrar la dependencia. Tanto es así, que si el eventual beneficiario por esta vía es extracomunitario y decide ampararse en su derecho personal de libre circulación y residencia, tal como prevé la Propuesta *in genere* (art. 3.2), quedará automáticamente sometido al régimen general, materia propia de Inmigración y no de Libre circulación.

⁷⁵¹ En el art. 3.2 de la Propuesta se añadía motivos humanitarios.

casos: incluir, por un lado, la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada, en que no se exige dependencia y por otro lado, los ascendientes a cargo de los estudiantes, de difícil armonía con el RD 178/2003, que excluye expresamente a dichos ascendientes y no permite, por tanto, la incorporación de una cláusula para facilitar su admisión con carácter excepcional⁷⁵². El resto de situaciones sólo pueden ser admitidas en caso de aplicación de la Directiva por considerar el citado precepto dotado de eficacia directa.

c) Ascendientes extracomunitarios de españoles de corta edad. Aunque esta situación está proliferando en España, las autoridades administrativas todavía se resisten a aplicar la interpretación que ya diera el TJCE en el caso *Chen*⁷⁵³, acogida ya por nuestra jurisprudencia menor⁷⁵⁴ y por la doctrina⁷⁵⁵. Efectivamente, tanto el RD 178/2003 como la Directiva 2004/38/CE se refieren a los ascendientes a cargo, pero el TJCE dejó sentado el criterio de que precisamente en la situación inversa, si bien no se puede invocar la condición de ascendiente “a cargo”, en cambio, con base en el artículo 18 TCE y la Directiva 90/364, un nacional menor de corta edad de un Estado miembro tiene el derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio de otro Estado miembro, si cumple las cautelas del derecho comunitario de libre circulación, esto es, ser titular de un seguro de enfermedad adecuado y disponer de recursos suficientes para evitar convertirse en una carga para el erario del Estado miembro de acogida. Pues bien, el TJCE permite que este nacional menor de corta edad esté a cargo de un progenitor nacional de un Estado tercero, que es quien realmente dispone de los recursos requeridos y que, al encargarse del cuidado efectivo de dicho nacional, pueda residir con él en el Estado miembro de acogida (FJ 47). Por su parte, el TSJ del País Vasco recoge este criterio, sustituyendo la fundamentación de la Directiva 90/364 por la Directiva 2004/38/CE, que la deroga y

⁷⁵² En el comentario al art. 2, p. 9 de la Propuesta se incluía a descendientes y ascendientes directos, independientemente de las edades y de la eventual dependencia. La Propuesta se remitía al informe del grupo de alto nivel, por el que no existe ninguna razón válida para negar a los hijos mayores de 21 años que no están a cargo de sus padres o a los ascendientes que no están a cargo de sus hijos el derecho a reunirse con su familia en otro Estado miembro.

⁷⁵³ STJCE de 19 de octubre de 2004, *Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, asunto C-200/02.

⁷⁵⁴ STSJ País Vasco núm. 184/06, de 10 de marzo de 2006.

⁷⁵⁵ A. Álvarez Rodríguez, "Los ecuatorianos en el ordenamiento español: el régimen jurídico de los progenitores de hijos españoles", cit.; B. Kunoy, "A union of national citizens: The origins of the Court's lack of avant-gardisme in the Chen case", en *Common Market Law Review*, núm. 43, (feb) 2006, pp. 179-190.

sustituye, a la vez que considera aplicable directamente el citado artículo 3.2 de esta última para legitimar, entendemos, la aplicación de un supuesto propio sólo del RD 178/2003 en el que, por un lado, no rige la libre circulación, puesto que el menor español no se ha desplazado a otro Estado miembro de la Unión, mientras que por otro, es necesario conceder la exención de visado, cuestión analizada en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO X. LÍMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS FAMILIARES

I. FORMALIDADES ADMINISTRATIVAS

1. Exigencia de tarjeta de residencia para familiares extracomunitarios

Después de saber qué nacionales son los asimilados, conviene precisar de qué modo, ciudadanos de la Unión y asimilados, van a disfrutar del derecho de residencia, es decir, en qué medida se ve condicionado su ejercicio por las formalidades administrativas reguladas en el RD 178/2003.

En primer lugar, los ciudadanos comunitarios y nacionales de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza se benefician de la ausencia de formalidades. Rige para ellos el principio de residencia sin tarjeta: En el antepenúltimo párrafo de la Exposición de Motivos, se señala que “este nuevo texto normativo es coherente con los artículos 17 y 18 TCE”. No debe olvidarse, sin embargo, que la base jurídica remota del RD 178/2003, es el artículo 14 TCE y así, como se ha visto, el derecho de entrada y permanencia cuyo ejercicio se condiciona, está sirviendo al objetivo del mercado único. La coherencia será, pues, directamente proporcional al alcance de los “supuestos de residencia sin tarjeta” del artículo 6 RD 178/2003. Pueden residir prescindiendo de tarjeta, con documento de identidad o pasaporte nacional válido y en vigor: nacionales de la UE, el EEE y nacionales suizos (DA1^a) que sean trabajadores por cuenta propia o ajena, estudiantes o beneficiarios del derecho a residir con carácter permanente (art. 7); familiares de los anteriores que cumplan, a su vez, el mismo requisito de nacionalidad; trabajadores fronterizos en España, residentes en otro de los Estados del ámbito descrito (EEE, Suiza), debiendo ser nacional de uno de ellos. Estos supuestos carecen de fiscalización administrativa, salvo la demostración de la nacionalidad en el momento de la entrada en España, mediante documento de identidad en vigor (art.4).

Con ello, el régimen interno se adelanta a las aspiraciones del derecho comunitario, pues la Directiva de libre circulación configura un auténtico derecho fundamental y personal de los ciudadanos de la Unión a residir en otro Estado miembro, sin más límites en su ejercicio que el de no resultar gravoso para la

asistencia social del Estado miembro de acogida, recordando lo que la jurisprudencia comunitaria ya había aclarado, que el permiso de residencia no es una autorización, sino simplemente un acto declarativo de un derecho preexistente⁷⁵⁶. En el artículo 14.1 de la Directiva⁷⁵⁷ se establece el motivo de no ser gravoso como determinante para el mantenimiento del derecho de residencia. Aunque el art. 7 se denomine “Condiciones de ejercicio”, el tenor del primer numeral parece condicionar la titularidad: “...tienen derecho a (...) si...”. De cualquier modo, la *ratio legis* es la de referirse a un derecho fundamental y personal (Considerando 10 de la Propuesta de Directiva), de toda persona, porque no se traspasan fronteras (exteriores).

Permanecerán, pues, respecto al derecho interno, los requisitos mínimos de recursos suficientes y registro. Los Estados sólo podrán exigir a los ciudadanos que se registren en el lugar de residencia. Este deber mínimo podría considerarse como el primer acto de ejercicio del derecho, un acto declarativo que ofrece seguridad jurídica y permitirá el acceso a otros derechos no fundamentales. La Comisión lo considera de este modo en el comentario a la Propuesta de Directiva (art. 8) al referirse a un registro a modo de padrón, como los ya existentes para las listas electorales a efectos de comicios europeos y municipales. Medida, pues, razonable y deseable. El permiso de residencia queda relegado, por tanto, a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro.

Para expedir certificación del registro, los documentos requeridos al ciudadano únicamente pueden ser el de identidad (carné o pasaporte) y declaración (o cualquier otro medio a elección del interesado) de cumplimiento de las condiciones requeridas según los casos: si ejerce una actividad económica como trabajador asalariado o no asalariado o, si dispone para él y para los miembros de su familia, de recursos suficientes con el fin de no convertirse durante la estancia en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, y de un seguro de enfermedad que cubra el conjunto de los riesgos en el Estado miembro de acogida. Si es estudiante, debe aportar además su inscripción en un establecimiento reconocido con el fin de cursar a título principal una formación profesional. En último lugar,

⁷⁵⁶ STJCE *Royer* de 8 de abril de 1976, C-448/75, Rec. p. 497, apd. 50.

⁷⁵⁷ Art. 14.1 de la Directiva: “Los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias gozarán del derecho de residencia previsto en el artículo 6 mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida”.

respecto a los miembros de la familia, sólo se requerirá la prueba del parentesco y la dependencia en su caso.

El otro grupo, los familiares nacionales de tercer Estado, es el que debe asumir mayor carga de formalidades administrativas en el RD 178/2003: la exigencia de tarjeta de residencia⁷⁵⁸ (art. 8) para estancias superiores a tres meses, así como los requisitos para su obtención⁷⁵⁹ (art. 11) y la exigencia de visado (arts. 4 y 5). También son los destinatarios en exclusiva de la posible exención de visado (art. 11.3, párrafo segundo) y la eventual aplicación de medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública (Capítulo IV del RD), especialmente “denegar la expedición o renovación de las tarjetas de residencia”⁷⁶⁰.

Carácter constitutivo de los trámites en derecho interno vs. carácter declarativo en derecho comunitario. El cumplimiento de estos requisitos acumulativos se convierte en constitutivo del estatuto de familiar, en virtud de lo establecido por la Disposición final segunda, apartado primero, que impone el sometimiento a la LOE “en aquellos casos en que no quede acreditada la concurrencia de los requisitos previstos en el presente Real Decreto”. Significa esto, *a contrario*, que el RD 178/2003 establece una presunción *iuris et de iure* por la cual todo nacional de tercer Estado dejará de ser familiar reagrupable, con el alcance del artículo 2, si así lo considera mediante resolución el Subdelegado del Gobierno o el Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales (art. 18 RD 178/2003), después de tres meses de incertidumbre (art. 13.2 del mismo RD), para pasar a regirse por la LOE con un estatuto indeterminado. Esta situación además será la más halagüeña, puesto que hasta la STS de 9 de febrero de 2005, la simple denegación de tarjeta llevaba aparejado un plazo de salida obligatoria para el interesado. Afortunadamente, el Tribunal Supremo, en la citada Sentencia⁷⁶¹, anuló el inciso “o de denegación de tarjetas” del artículo 18 RD 178/2003, causante de tal exceso.

⁷⁵⁸ Capítulo III del RD: tramitación, expedición y renovación, así como la potestad administrativa para, excepcionalmente, averiguar posibles antecedentes penales o requerir certificado médico.

⁷⁵⁹ Se exige: adjuntar tres fotografías y el documento de identidad en vigor -o copia del caducado con la solicitud de renovación (art. 11.1)-; documentación que acredite el vínculo de parentesco, la dependencia económica (para descendientes y ascendientes) y la residencia en España del reagrupante (art. 11.3).

⁷⁶⁰ Art. 16.1.b) del RD. No puede basarse la no renovación en el hecho de haber contraído, después de la expedición de la primera tarjeta, enfermedades que comportan la sujeción a período de cuarentena contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional (art. 16.4 y 5 del RD).

Sin embargo, la remisión al régimen general de extranjería, ya como “inmigrante económico”, no puede ser directa, pues si no cumple los requisitos “constitutivos” del RD 178/2003, entonces deberá cumplir los exigidos por el régimen comunitario concomitante y jerárquicamente superior, requisitos más flexibles, que en modo alguno determinan un cambio sustancial de estatuto personal, pues se trata de meras formalidades para constatar una declaración personal (acreditar identidad mediante pasaporte válido, vínculo familiar y dependencia económica, en su caso).

En la Directiva, la “tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión” se configura, en plazos y documentos, como el certificado de registro para el propio ciudadano de la Unión. Sólo la eventual exigencia de visado y su caducidad determinan el plazo de solicitud del permiso. El carácter declarativo de los trámites, que podría ponerse en duda en este supuesto, se manifiesta en la identidad de requisitos respecto a lo exigido a los ciudadanos y en la preceptiva e inmediata entrega de un resguardo de la presentación de la solicitud de una tarjeta de residencia. Se exige la aportación de medios de prueba a fin de garantizar, en definitiva, que los actuantes puedan ejercer su derecho a vivir en familia. Con el régimen interno, en cambio, el familiar debe probar su “inocencia” porque se presume el fraude.

Plazo de expedición de tarjeta. STJCE de 14 de abril de 2005, Comisión c. Reino de España. En relación con el plazo máximo para la expedición de la tarjeta de residencia, disponemos de un pronunciamiento de Tribunal de Luxemburgo⁷⁶². España transpuso correctamente lo establecido por la Directiva 64/221 en su artículo 5, según el cual el Estado miembro debe adoptar una decisión relativa al permiso de estancia en el más breve plazo y, a más tardar, dentro de los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud, que se corresponde con lo establecido en el artículo 10 de la Directiva sobre libre circulación.

Sin embargo, la Comisión reprochó el incumplimiento de este plazo en el caso particular de la Sra. Rotte Ventura, que recibió su permiso de residencia tras un procedimiento de diez meses de duración. España objetó que no se le podía imputar

⁷⁶¹ STS (Sala Tercera) de 9 de febrero de 2005. *BOE* de 3 de junio de 2005.

⁷⁶² *STJCE de 14 de abril de 2005*, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España, C-157/03, sobre recurso de incumplimiento.

con carácter general un incumplimiento de la normativa comunitaria por un caso aislado, menos aún si se tiene en cuenta que la interesada podía permanecer en el territorio de este Estado miembro mientras esperaba a que se le expidiese el permiso de residencia.

Finalmente, el Tribunal recordó lo señalado por la Abogado General, que “es irrelevante que la inobservancia del plazo constituya o no un obstáculo para establecerse o para ejercer una actividad” y apreció el incumplimiento, afirmación de la que discrepa Arenas García, pues considera que nos encontraríamos ante un nuevo incumplimiento por parte de España por el que se habría convertido el derecho de estancia en una mera expectativa de derecho supeditada a la concesión de la tarjeta de residencia⁷⁶³.

En definitiva, parece que por un lado, el Tribunal de Luxemburgo no ha querido pronunciarse sobre las consecuencias del incumplimiento declarado, y que por otro, la consecuencia de constituir un obstáculo para el establecimiento y ejercicio de una actividad se deriva claramente de ese incumplimiento, pero el obstáculo puede hallarse más bien, y ahí puede residir el motivo de la prudente resolución que nos ocupa, en la mera exigencia de tarjeta para poder realizar una sencilla operación económica, *v. gr.* la compra de un inmueble.

También, respecto a la renovación de la tarjeta, podemos observar cómo se aplica este mismo criterio por parte de los Tribunales españoles (Sentencia núm. 198/2005, del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 10 de Madrid, de 28 de abril de 2005): “(...) teniendo en cuenta que la solicitud es de renovación de tarjeta de familiar residente, y tuvo entrada el 23 de Junio de 2003, se dicta resolución denegatorio el 31 de Marzo de 2004, notificada el 3 de Mayo del mismo año, es por lo que inexorablemente hemos de interpretar que opera la institución del silencio positivo respecto de la renovación del permiso de trabajo solicitado. Por tanto en virtud de mencionado silencio debe considerarse concedido la renovación del permiso de trabajo y con la operación del citado silencio, esta resolución no debería nunca haberse dictado por cuanto que la facultad de la Administración para resolver ya se había extinguido y para el caso de producirse o dictarse la resolución con

⁷⁶³ R. Arenas García, "La incompatibilidad del derecho español con el comunitario en materia de reagrupación de familiares de comunitarios (comentario a la STJCE de 14 de abril de 2005)", en *La Ley*, núm. 6350, 2005, de 31 de octubre, disponible en <<http://www.laley.es>>.

posterioridad a la producción del acto por silencio, esta, como señala el art. 43.4.a) de la Ley 30/92 solo podría ser una resolución confirmatoria del silencio positivo”.

2. Vigencia de la tarjeta de residencia de los familiares extracomunitarios

Familiares de residentes permanentes. Determinados “miembros de la familia” pueden disponer de tarjeta expedida de modo automático, tal como advierte Sánchez Jiménez⁷⁶⁴. Nos estamos refiriendo a los familiares de los titulares del derecho a residencia permanente. El artículo 7 RD, en su primer apartado, define quiénes son esos titulares⁷⁶⁵ y en los siguientes apartados segundo, tercero y cuarto, determina los familiares que adquieren ese mismo derecho⁷⁶⁶, a los que “se expedirá o renovará, cuando fuera necesario, la tarjeta de residencia”, pensando en los que sean nacionales de tercer estado, separables en dos grupos: los que residan con el “reagrupante” en España y los familiares del “reagrupante” fallecido tanto después de adquirir el derecho de residencia permanente (art. 7.4 RD) como “en el curso de su vida activa”(art. 7.3 RD), esto es, “antes de adquirir el derecho”⁷⁶⁷, aunque este último caso reducido a determinadas circunstancias⁷⁶⁸. Los supuestos de reagrupantes fallecidos en España han adquirido importancia en los últimos años, pues constituyen los grupos nacionales de extranjeros más numerosos. Así, en 2001,

⁷⁶⁴ J. Carrascosa González y M. A. Sánchez Jiménez, *Sistema español de derecho de nacionalidad y extranjería*, DM, Murcia, 2002, p. 101. Esta apreciación se refiere a los supuestos admitidos por el RD derogado, trasladable al régimen vigente puesto que se sigue el mismo criterio.

⁷⁶⁵ Se trata de aquellos nacionales de los Estados del EEE y Suiza que hayan desarrollado una actividad económica por cuenta propia o ajena en territorio español y se dé una de las siguientes alternativas (art. 7.1. RD 178/2003):

- cese, por uno de estos dos motivos:
 - habiendo llegado a la edad prevista por la legislación española para la jubilación con derecho a pensión, con 12 meses precedentes de ejercicio de la actividad y residencia previa en España de más de tres años, o;
 - como consecuencia de incapacidad permanente para el trabajo, habiendo residido en España durante más de dos años sin interrupción (no será necesario plazo alguno si resulta de accidente de trabajo o de enfermedad profesional que dé derecho a una pensión de la que sea responsable, total o parcialmente, un organismo del Estado español.
- cambio de lugar habitual de trabajo a otro Estado miembro, conservando la residencia en España, a donde regresa al menos una vez por semana.

⁷⁶⁶ Este artículo 7 en todos sus apartados se identifica con lo establecido por el Reglamento (CEE) núm. 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo (*DOCE* L 142, p. 24).

⁷⁶⁷ Inciso que figuraba en el derogado RD 776/1992, art. 8.2.

⁷⁶⁸ Debe concurrir alguna de las siguientes circunstancias (art. 7.3 RD 178/2003):

- a) Que el titular del derecho a residir en territorio español hubiera residido en España en la fecha del fallecimiento durante, al menos, dos años.
- b) Que el fallecimiento se haya debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional.

se registraron 1.802 defunciones de británicos, 1.469 de alemanes, 484 de franceses y otras en menor número del resto de Estados del EEE hasta sumar un total de 5.516⁷⁶⁹.

Respecto al último supuesto, de fallecimiento antes de adquirir el derecho, habiendo residido dos años, el TJCE ha declarado en su Sentencia *Givane*, respecto al Reglamento CE del que se obtuvo el contenido del art. 7 RD 178/2003, que "debe preceder inmediatamente al fallecimiento del trabajador", añadiendo que "este requisito tiene por objeto que se establezca un vínculo auténtico entre el Estado de acogida, por una parte, y ese trabajador y su familia, por otra, así como que se asegure un cierto nivel de integración de estos últimos en la sociedad de que se trate"⁷⁷⁰.

Por otra parte, debemos destacar el carácter cualificado que el TJCE, en el ámbito del Derecho comunitario en su estado actual, otorga a esta última categoría de familiares -y por ende, a sus "reagrupantes", todos los destinatarios, en definitiva, del artículo 7 RD 178/2003-, respecto del resto de reagrupantes comunitarios y respectivos familiares. En su Sentencia *Kaba II*, el Tribunal de Justicia declara que una persona "residente y establecida" en el Reino Unido, estatuto comparable al de residencia permanente en España, "no está sometida a restricción alguna respecto al período en que puede residir en el territorio del Estado miembro y durante su estancia no tiene el deber de cumplir ninguna condición *comparable* a las previstas por las disposiciones del Derecho comunitario (...)"⁷⁷¹, para un residente comunitario o asimilado, ya sea cónyuge extracomunitario⁷⁷² de trabajador migrante nacional de un Estado miembro residente en el territorio de otro Estado miembro, el propio trabajador migrante⁷⁷³, o simplemente ciudadano comunitario⁷⁷⁴. Se requiere por

c) Que el cónyuge superviviente, siempre que no estuviera separado de derecho, fuera ciudadano español y hubiera perdido la nacionalidad española como consecuencia del matrimonio con el fallecido.

⁷⁶⁹ Observatorio Permanente de la Inmigración, *Anuario Estadístico de Extranjería 2003*, cit., p. 575.

⁷⁷⁰ STJCE de 9 de enero de 2003, *Givane*, C-257/00, F.J. 46.

⁷⁷¹ STJCE *Kaba II* de 6 de marzo de 2003, C-466/00, FJ 48.

⁷⁷² STJCE *Kaba* de 11 de abril de 2000 (C-356/98, Rec. p. I-2623), FJ 30. Se refiere a las disposiciones de la Segunda Parte del TCE (especialmente, al art. 18 TCE), a las disposiciones en materia de libre circulación de personas (Título III, Tercera Parte del TCE) y las disposiciones de Derecho derivado adoptadas para su aplicación.

⁷⁷³ STJCE *Antonissen* de 26 de febrero de 1991 (C-292/89, Rec. p. I-745). El derecho de residencia del trabajador está supeditado al mantenimiento de la condición de trabajador o, en su caso, de persona en búsqueda de empleo, salvo que posea este derecho en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario.

⁷⁷⁴ STJCE *Baumbast* de 17 de septiembre de 2002 (C-413-99). El ciudadano de la Unión Europea puede disfrutar de un derecho de residencia en virtud de la aplicación directa del artículo 18 TCE, apd. 1, cuyo ejercicio se halla sujeto a las limitaciones y condiciones a las que se refiere dicha disposición,

tanto, en la jurisprudencia comunitaria, la ausencia de requisitos para el ejercicio del derecho de residencia permanente⁷⁷⁵.

Ausencia de plazo general expreso para acceder a la residencia permanente.

Finalmente, la Directiva sobre la materia, en su Capítulo IV, introduce un derecho incondicional de residencia permanente, conferido a los ciudadanos de la Unión que hayan residido legalmente y de forma continuada durante cinco años en el territorio del Estado miembro de acogida, extensivo a los miembros de la familia, incluidos los que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro. Este plazo debe ser incorporado expresamente en el régimen español correspondiente, el RD 178/2003. Conviene tener en cuenta algunas particularidades establecidas en la Directiva:

a) Sólo se perderá por ausencia de más de dos años consecutivos.

b) Se contemplan plazos más reducidos para los trabajadores que cesen su actividad en el Estado miembro de acogida y sus familias, recogiendo lo establecido en el Reglamento 1251/70 y que en España, ya consta en el RD 178/2003.

c) Mientras los ciudadanos de la Unión pueden pedir un documento que certifique la residencia permanente, los familiares extracomunitarios están obligados a solicitar la tarjeta de residencia permanente, renovable automáticamente cada diez años (arts. 19 y 20 de la Directiva). Así como el derecho de residencia temporal confiere unas ventajas que precisan un reconocimiento mínimo del mismo (certificado de registro), en mayor medida el derecho de residencia permanente implica “derechos suplementarios y una mayor protección” (considerando 18 de la Propuesta). De este modo justifica la Propuesta de Directiva la expedición de un

respetando el principio de proporcionalidad, desarrollados para este caso en la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia (DO L 180, p. 26, cit. supra), art. 1.1, por el que se concede este derecho a aquellos nacionales que no lo disfruten en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario. La Directiva prevé que los Estados miembros pueden exigir a los nacionales de un Estado miembro, que quieran disfrutar del derecho de residencia en su territorio, que dispongan para sí mismos y para los miembros de su familia de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los riesgos en el Estado miembro de acogida y de recursos suficientes a fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida. El TJCE considera que se daría una injerencia desproporcionada si se impide el ejercicio del derecho de libre circulación por carecer de un seguro de enfermedad que cubra el tratamiento de urgencia. Cfr. A. P. Van Der Mei, "Residence and the evolving notion of European Union citizenship", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (3) 2003, pp. 419-433.

⁷⁷⁵ D. Martin, "Comments on Oteiza Olazabal (case C-100/01 of 26 November 2002) and Kaba 2 (case C-466/00 of 6 March 2003)", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (3) 2003, pp. 411-417.

“permiso de residencia de duración ilimitada”, mediante solicitud obligatoria (art. 17 de la Propuesta).

Ausencia de previsión del mantenimiento del derecho de residencia. El RD 178/2003 debería incorporar los supuestos recogidos en la Directiva para garantizar que no se producirá la pérdida del derecho de residencia de los familiares extracomunitarios en caso de ruptura, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada⁷⁷⁶.

La transposición en España es necesaria y la extensión de la aplicabilidad a familiares de españoles también. Sirva de muestra el caso de viuda extracomunitaria de español fallecido tras siete meses de matrimonio, en que el Tribunal Supremo consideró en su Sentencia de 26 de febrero de 2000 (RJ 2451) que debido a la corta duración del mismo, no se habían creado vínculos personales, familiares o patrimoniales, lo cual “impide apreciar que exista arraigo en territorio español por el mero hecho de haber estado casada con un español, de manera que, al no concurrir en la recurrente otras circunstancias especiales que justifiquen la exención del visado, procede desestimar” (FJ 2º).

De cualquier modo, puede apreciarse una clara tendencia de adecuación a la jurisprudencia comunitaria por parte de nuestros tribunales. Así, en la arriba citada Sentencia núm. 198/2005, del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 10 de Madrid, de 28 de abril de 2005, respecto al recurso frente a la denegación de tarjeta de residencia de familiar de comunitario, se afirma que “la interpretación efectuada por el TJCEE, se imponía, sobre todo en el supuesto presente en que parece acreditado que la convivencia se retoma, o al menos esta falta de convivencia es discutible, ya que, en la resolución que se recurre, la primera alegación de la

⁷⁷⁶ Art. 13.2 de la Directiva: (...)“a) cuando el matrimonio o la unión registrada haya durado, hasta iniciarse el procedimiento judicial de divorcio o de anulación o finalizar la unión registrada mencionada en la letra b) del punto 2 del artículo 2, al menos tres años, de los cuales uno al menos en el Estado miembro de acogida, o
b) cuando la custodia de los hijos del ciudadano de la Unión hubiere sido confiada al cónyuge o a la pareja que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro por mutuo acuerdo entre los cónyuges o la pareja mencionada en la letra b) del punto 2 del artículo 2 o por decisión judicial, o
c) cuando así lo exigieran circunstancias especialmente difíciles, como por ejemplo, haber sido víctima de violencia doméstica durante el matrimonio o la unión registrada,
d) cuando, por mutuo acuerdo entre los cónyuges o las parejas mencionadas en la letra b) del punto 2 del artículo 2 o por decisión judicial, el cónyuge o la pareja que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro, tenga derecho a visitar al menor, siempre que el órgano judicial haya dispuesto que dicha visita tenga lugar en el Estado miembro de acogida, y por el período de tiempo que sea necesario.”

recurrente es desconocer en la actualidad el paradero de su cónyuge, pero nada se dice sobre el regreso del mismo al hogar conyugal, que al menos se intenta acreditar mediante copia compulsiva del documento nacional de Identidad del marido. Por todo ello el recurso debe de ser estimado, teniendo en cuenta que nunca debió dictarse resolución denegatoria, en virtud del silencio positivo que debe de aplicarse en materia de renovación de residencia”.

II. EXIGENCIA DE VISADO. STJCE DE 14 DE ABRIL DE 2005

1. El visado de estancia como único exigible frente al de residencia exigido por España

Una lectura rápida del régimen aplicable anterior a la ya citada Sentencia del Tribunal de Justicia *Comisión c. Reino de España*, llevaría a la conclusión de que la exigencia de visado se recoge en los artículos 4.2, para entrada, 5.2, para estancia y 11.3, letra C, para residencia, del RD 178/2003 y, con carácter previo y ámbito comunitario⁷⁷⁷, en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 68/360⁷⁷⁸ y 3, apartado 2, de la Directiva 73/148⁷⁷⁹, por los que el ejercicio del derecho de entrada en el territorio de los Estados miembros de estos nacionales de países terceros, que se

⁷⁷⁷ En este ámbito, debe tenerse en cuenta el recurso al criterio de la nacionalidad aplicado por el sistema Schengen para el cruce de fronteras exteriores (*vid. infra*) mediante el Reglamento (CE) núm. 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación del visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (*DOCE* L 81, de 21 de marzo de 2001), modificado por el Reglamento (CE) núm. 2414/2001, del Consejo, de 7 de diciembre de 2001 (*DOCE* L 327, de 12 de diciembre de 2001) y por el Reglamento (CE) núm. 453/2003, del Consejo, de 6 de marzo de 2003 (*DOCE* L 69, de 13 de marzo de 2003). Lista de Estados exentos, siempre que la estancia no supere los tres meses (art. 1.2, anexo II): Andorra, Argentina, Australia, Bolivia, Brasil, Brunei Darussalam, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Corea (República de), Costa Rica, Croacia, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos de América, Estonia, Guatemala, Honduras, Hungría, Israel, Japón, Letonia, Lituania, Malasia, Malta, México, Mónaco, Nicaragua, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Polonia, República Checa, Rumania, San Marino, Santa Sede, Singapur, Uruguay, Venezuela, Regiones Administrativas Especiales de la República Popular China - RAE de Hong Kong, RAE de Macao-. La virtualidad de esta exención es bien poca para el supuesto de los familiares que, con toda seguridad, pretenden permanecer, en el Estado miembro de que se trate, durante más de tres meses.

⁷⁷⁸ Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad (*DOCE* L 257, p.13; EE 05/01, p.88).

⁷⁷⁹ Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios (*DOCE* L 172, p. 14; EE06/01, p.132).

desprende de su vínculo familiar, se supedita a la posesión de un visado. Sin embargo, a partir de esta reciente jurisprudencia, ya podemos remarcar lo siguiente.

En las mismas Directivas 68/360, 73/148 y además la 90/365, se establece que los Estados miembros deben otorgar toda clase de facilidades para obtener ese visado de entrada (expedición a la mayor brevedad y, en la medida de lo posible, en los lugares de acceso al territorio nacional⁷⁸⁰), que no es equivalente al exigido por la normativa española: visado de residencia que además no se encuentra entre los requisitos establecidos en dichas Directivas para la expedición del permiso de residencia.

La normativa española obliga a los familiares a cumplimentar las formalidades relativas a la residencia antes de su entrada en territorio español, solicitando previamente un visado de residencia en el consulado español de su último domicilio y denegándoseles en caso contrario la expedición del permiso de residencia. (apds. 35-38).

EL Tribunal concluye que las disposiciones españolas son contrarias a las de las citadas Directivas en cuanto que imponen “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”.

En definitiva, sólo será exigible el visado de estancia “con procedimiento simplificado”, el único que recoge el Reglamento (CE) núm. 539/2001 y que define en su artículo 2 como una autorización expedida por un Estado miembro, exigida con vistas a la entrada para una estancia y por un período de una duración total no superior a tres meses. Esta cuestión, entre otras, ya había sido vaticinada por Álvarez Rodríguez como causa de denuncia de la Comisión Europea a España por incorporar incorrectamente la normativa europea⁷⁸¹.

Sin embargo, Arenas García entiende que las exigencias comunitarias analizadas se refieren no a la implantación de la modalidad de visado adecuada sino a la eliminación del visado, además de considerar como probable que el legislador

⁷⁸⁰ El TJCE cita la Sentencia *MRAX*, apartado 60, que tratamos en un apartado posterior.

⁷⁸¹ A. Álvarez Rodríguez, "Análisis crítico del RD 178/2003: algunas de sus deficiencias y su necesaria reforma", cit., pp. 29-59.

extenderá dicha eliminación a todos los supuestos cubiertos por el RD 178/2003, incluyendo “los familiares de españoles que no tengan la ciudadanía de un Estado miembro de la Unión Europea”⁷⁸². Entendemos que los supuestos referidos son más bien los familiares extracomunitarios de españoles que no ejercen la libertad de circulación, por no pertenecer al ámbito del derecho comunitario. Efectivamente, aunque no se trate todavía del legislador sino de la autoridad administrativa, la previsión de este autor se ha cumplido, eliminándose la aplicación de la exigencia de visado de residencia en la solicitud de tarjeta, pero sí exigiéndose el visado de estancia para la entrada, como se verá de inmediato.

2. Régimen de exenciones. De su desarrollo a la inaplicación

El RD 178/2003 establece una lista cerrada de supuestos por los que puede eximirse del “visado de residencia en el pasaporte” (art. 11.3), sólo para el único caso posible, el de los familiares nacionales de terceros Estados. Atendiendo a la reciente jurisprudencia comunitaria, ya comentada, podría pensarse que debe leerse “visado de estancia en el pasaporte”, pero siguiendo la interpretación dada por una Instrucción de la Dirección General de Inmigración de octubre de 2005 dirigida a las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno⁷⁸³, el contenido del artículo 11.3.C) “debe considerarse no aplicable”, de conformidad con la ya comentada STJCE de 14 de abril de 2005 y por tanto el visado de residencia o solicitud de exención ya no deberá acompañar la correspondiente solicitud de tarjeta de familiar de residente comunitario. Sin embargo, la misma Instrucción deja claro que sí será exigible, en su caso, el visado de estancia para la entrada en España. Quedan, por tanto, sometidos a inaplicación los supuestos de exención de visado de residencia, puesto que el ahora debidamente exigido es el de estancia.

La situación que provoca esta desvinculación de procedimientos, uno de acceso al país y otro de residencia, se refleja en el hecho de que el visado de estancia necesario para la entrada seguirá solicitándose en las Oficinas consulares de España en los Estados de origen, por motivos familiares, pero nada obsta para que también se solicite por otros motivos aunque el fin perseguido sea el familiar, puesto que el

⁷⁸² R. Arenas García, “La incompatibilidad del derecho español con el comunitario en materia de reagrupación de familiares de comunitarios (comentario a la STJCE de 14 de abril de 2005)”, cit.

⁷⁸³ Disponible en la Web de Extranjería, <<http://www.intermigra.info/extranjeria/>>.

procedimiento para obtener autorización de residencia se incoa en España y no como ha sucedido hasta el momento, en el país de origen.

El hecho de que el visado de estancia sea exigible para la entrada, afecta únicamente a las autoridades competentes a tales efectos, normalmente diferentes de las encargadas de autorizar la residencia. El resultado que se obtiene es el de familiares que pueden encontrarse en situación irregular pero no por ello se les puede denegar la autorización de residencia, esto es, actualmente en España, la obtención de tarjeta de familiar, para la cual no debe presentarse ningún visado.

Tras esta adaptación al régimen comunitario, el régimen de exenciones recogido en el RD 178/2003 deviene innecesario y no parece probable que los supuestos pudieran tener aplicación en los casos de falta de visado de estancia, por cuanto la propia STJCE de 14 de abril de 2005 también contempla tal posibilidad exigiendo todo tipo de facilidades a los Estados de acogida. La utilidad que resta, pues, a tales reglas de exención es la de analizar su evolución, desde que fueran simples razones excepcionales hasta su inaplicación, pasando por su desarrollo, para así establecer un marco referencial en el que sustentar una propuesta final de exención de visado en el régimen general de reagrupación, reducida en la actualidad a supuestos de arraigo que, debido a los requisitos exigidos, no pueden considerarse propiamente como exención de visado.

Con el régimen anterior (art. 10.2.d) del derogado RD 766/1992), no se daba enumeración alguna de las denominadas “razones excepcionales” de posible exención. Ahora se ofrece una lista de diez supuestos, identificables por el mismo orden de aparición, con los establecidos por el artículo 49.2 del derogado RD 864/2001, antecesor del RLOE, salvo dos, relacionados con la reagrupación⁷⁸⁴, que

⁷⁸⁴ Art. 49.2, letras e) y f) RD 864/2001:

- “Extranjeros que sean cónyuges de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o derecho, se reúnan las circunstancias del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, se acredite la convivencia en España al menos durante un año, y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año.” Este supuesto queda excluido del ámbito personal del RD 178/2003, pues se refiere a reagrupantes de nacionalidad no contemplada por el mismo.

- “Extranjeros que acrediten ser ascendientes directos o tutores de un menor o incapacitado, cuando dicho menor o incapacitado sea español, resida en España y viva a sus expensas.” En este caso, no parece tan clara su no inclusión en la lista del RD 178/2003, salvo que se haya tenido en cuenta la incompatibilidad con el alcance del art. 2 RD 178/2003: el menor es español y reside en España pero no es el ascendiente el que vive a expensas del español, sino a la inversa. Puede además asimilarse “menor” con “estudiante” para entender que no sólo se impone el visado, sino que no se admite esta posibilidad de reagrupación en el régimen del RD 178/2003. El ascendiente en cuestión deberá

no recoge el RD 178/2003. Ante el mimetismo con el régimen reglamentario anterior al RLOE -no olvidemos que los destinatarios de estas excepciones son siempre familiares-, deberíamos dividir la lista en dos grupos: los supuestos de carácter general⁷⁸⁵, que podrían aplicarse a un nacional de tercer Estado sin vínculo familiar alguno en el sentido del RD 178/2003, y los supuestos directamente relacionados con la reagrupación familiar, que son los que analizamos a continuación⁷⁸⁶.

Hijos (o tutelados⁷⁸⁷), que sean menores de edad o incapacitados. Este artículo 11.3, 3º reproduce en sus dos subapartados el contenido del artículo 49.2,b) RD 864/2001, aunque necesariamente modula su alcance mediante el criterio restrictivo de nacionalidad cualificada del familiar residente legal en España. Añade, al tenor transpuesto del régimen reglamentario ya derogado, “que sea nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”. Este supuesto implica, en relación con el artículo 2,b), que se les continúa exigiendo el visado a todos los descendientes de segundo grado y siguientes (nietos), a los hijos con edades entre 18 y 21 años y a los hijos mayores de 21 años que vivan a expensas del residente. En la STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife, núm. 105/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 27 enero, se concedió la exención a un nacional

someterse al régimen general, que sí le exime de visado pero tampoco lo contempla en virtud de la reagrupación, o bien, conseguir que el menor se reúna con él en el tercer Estado.

⁷⁸⁵ Supuestos de carácter general:

1. Conflicto o disturbio de carácter bélico, político, étnico o de otra naturaleza, en la zona de origen o procedencia, cuya magnitud impida la obtención del correspondiente visado (art. 11.3,1.º RD 178/2003 y 49.2, a) RD 864/2001).
2. Desastre natural, en la zona de origen o procedencia, cuyos efectos perduren en el momento de la solicitud del visado (art. 11.3,1.º RD 178/2003 y 49.2, a) RD 864/2001).
3. Eventual peligro para la seguridad personal o familiar derivado del preceptivo traslado a origen o procedencia (art. 11.3,2.º RD 178/2003 y 49.2, b) RD 864/2001).
4. Carencia de vínculos personales con el país de origen o procedencia (art. 11.3,2.º RD 178/2003 y 49.2, b) RD 864/2001).
5. Españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española (art. 11.3,5.º RD 178/2003 y 49.2, g) RD 864/2001).
6. Extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad o impedimento que requiera asistencia sanitaria y les imposibilite el retorno a su país para obtener el visado (art. 11.3, 6.º RD 178/2003 y 49.2, h) RD 864/2001).
7. Extranjeros a los que se haya concedido la cédula de inscripción a la que se refiere el artículo 56 RLOE (11.3, 7.º RD 178/2003 y 49.2, i) RD 864/2001).
8. Extranjeros que hayan entrado en España con un visado de residencia válidamente expedido por las autoridades consulares españolas y no hayan podido obtener la correspondiente tarjeta de residencia por causas ajenas a su voluntad (art. 11.3, 8.º RD 178/2003 y 49.2, j) RD 864/2001).
9. Extranjeros cuya residencia en España sea considerada de interés público (art. 11.3, 10 RD 178/2003 y 49.2, l) RD 864/2001).

⁷⁸⁶ Sobre los supuestos del RD 864/2001, *vid.* .A. Álvarez Rodríguez, "Algunas irregularidades detectadas en el Real-Decreto 864/2001", *cit.*, pp. 7-11.

cubano, que la solicitó un mes después de que su madre, también cubana y residente en España, obtuviera la nacionalidad española. El régimen que se aplica es todavía el de la Orden de 11 de noviembre de 1996 y se suple el requisito de la edad, del que no se hace mención, por otras circunstancias como el peligro de la devolución a Cuba y la consideración preferente de los originarios de un país iberoamericano para la obtención de permisos. En otro supuesto, el Tribunal Supremo considera suficiente que “el interesado, de nacionalidad chilena, convive con su hermano y con su padre, que son ciudadanos españoles, no habiendo podido obtener el recurrente la misma condición por el hecho de haber permanecido en Chile cuidando a su madre enferma, hoy fallecida, que le impedía trasladarse a España” (STS de 14 de enero de 1997, RJ 130).

Cónyuge, siempre que no se encuentren separados de derecho. Este caso del artículo 11.3.4º RD ya venía expresamente previsto en el RD 864/2001, artículo 49.2, que, en un exceso de celo, trataría de anticipar su regulación, la del reagrupante comunitario (letra *d*), junto a la del régimen general –reagrupante extracomunitario (letra *e*)-. En la reiteración del RD 178/2003 se ha eliminado la obligada concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 17 LOE. Esta depuración constituye un reconocimiento tácito del error cometido en el artículo 49.2,*d*) RD 864/2001, que remite al artículo 17 LOE cuando debería hacerlo al artículo 2.*a*) RD 178/2003. Esta regulación es fruto de una evolución flexibilizadora del supuesto, que ha dejado de exigir un tiempo determinado previo del matrimonio. Lo comprobamos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia núm. 458/2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 16 junio, que tuvo que aplicar al caso la Orden de 11 de abril de 1996 y afirmar por tanto que “según resulta del expediente administrativo, el demandante contrajo matrimonio con súbdita italiana, residente legal en España, el 17 de mayo de 1996, solicitando exención de visado el 20 de octubre de 1997, es decir, cuando aún no habían transcurrido tres años de matrimonio”. Dos años más tarde, la Audiencia Nacional declaró la nulidad de este plazo afirmando que suponía: “a) Una extralimitación con respecto a lo establecido en la normativa reglamentaria, con conculcación, además, del principio de protección de la familia establecido en el art. 39.1 de la Constitución. b) Incurre en

⁷⁸⁷ El apd. *b*) del art. 11.3 comprende exactamente aquellos “que estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un nacional del Espacio Económico Europeo residentes en España, de forma que reúna los elementos necesarios para producir efectos en territorio español”.

contradicción con lo establecido en los arts. 61 y siguientes del Código Civil y en concreto entra en colisión con los efectos inmediatos que la legislación civil atribuye al matrimonio. Y c) establece un principio contrario a la buena fe de los contrayentes establecida en el art. 79 del Código Civil generando una presunción de fraude que no es admisible.” (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 28 de junio de 2002, cuestión de ilegalidad 1/2001).

Declaración de nulidad del apd. 3 c) 4º, inciso “y se acredite la convivencia en España al menos durante un año” por la S Tribunal Supremo de 10 junio 2004 (RJ 2004, 3885). Además de la confusión de regímenes, algunos autores propugnaban tanto la vulneración del Derecho comunitario⁷⁸⁸ como la posible inconstitucionalidad que se derivaba del requisito de un año de convivencia⁷⁸⁹. La jurisprudencia protagonizó una evolución favorable a esta postura doctrinal afirmando que no es necesario un plazo previo de matrimonio⁷⁹⁰.

El siguiente paso se dio con una anulación previa: la ilegalidad de la exigencia de convivencia “en España”. Este inciso del artículo 49.2 apartados *d)* y *e)* RD 864/2001, fue anulado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de marzo de 2003, en la que declaraba que “el precepto legal no establece condición alguna a la convivencia durante al menos un año como requisito para que pueda concederse la exención de visado a quien sea cónyuge de residente en España. El establecer reglamentariamente la exigencia de que esa convivencia tenga que ser necesariamente en España implica una restricción que va más allá de la exigencia legal y quiebra por tanto el principio de legalidad, amen de que supone obligar a permanecer en territorio español durante un año en situación irregular”⁷⁹¹. Antes de imponer la anulación del citado precepto, el Tribunal desarrolla la hipótesis por la cual el inciso habría sido legal: “Si el legislador hubiera efectuado la remisión al artículo 16 de la Ley, comprendido en el mismo capítulo relativo a la Reagrupación Familiar, y que sí se refiere a residencia en España.”⁷⁹²

⁷⁸⁸ E. Ortega Martín, *Manual práctico de derecho de extranjería*, 3ª edic., Europea del Derecho, Madrid, 2005. Esta propuesta se recogía en la edición de 2003, p.350. *Vid. supra* STJCE MRAX.

⁷⁸⁹ A. Álvarez Rodríguez, "Algunas irregularidades detectadas en el Real-Decreto 864/2001", cit., pp. 7-11, p. 9; E. Ortega Martín, *Manual práctico de derecho de extranjería*, cit., p.350.

⁷⁹⁰ Sentencias del TS, ambas de 31 de octubre de 2000 (RAJ, 2000, núms. 8644 y 9382) y de 1 de febrero de 2001 (RAJ, 2001, núm. 160), cit. *ibid.*, p.6.

⁷⁹¹ STS de 20 de marzo de 2003, (BOE de 16 de mayo) F.J. 6º.

⁷⁹² *Ibid.*

Finalmente, la Sentencia de 10 de junio de 2004⁷⁹³ deduce que, teniendo como finalidad el precepto “evitar el fraude a través de matrimonios de conveniencia, es lo cierto que dicha finalidad no se acomoda a la única controlable a través del visado, innecesario para el cónyuge conforme a la indicada sentencia⁷⁹⁴, y respecto al (sic⁷⁹⁵) cual solamente se le puede denegar la entrada o la residencia si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública, por lo que resulta improcedente la exigencia de la convivencia para la concesión de la exención de visado” (FJ 4º).

De cualquier modo, hasta el momento, ante este supuesto, más frecuente que ningún otro, el Alto Tribunal sólo disponía del ya mencionado concepto jurídico indeterminado “razones excepcionales”⁷⁹⁶, por lo que en sus pronunciamientos subyace todavía la determinante dependencia de los hechos probados⁷⁹⁷. También se ha reconocido la exención de visado en el supuesto de una pareja de hecho homosexual debidamente legalizada entre español y extranjero no comunitario: la Sentencia núm. 83/2004 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona, de 14 de mayo, considera que “el círculo familiar favorecido por las previsiones del RD 178/2003, aparece trazado mediante referencias expresas a determinadas categorías (cónyuges, ascendientes y descendientes, aun con matices) que no hacen sino delimitar un espacio afectivo en el que es forzoso considerar incluidas de forma implícita, cuando menos a las parejas homosexuales debidamente legalizadas, por cuanto la intensidad afectiva de ese vínculo se halla mucho más próxima al núcleo del espacio al que hacíamos alusión, que la intensidad que cabe atribuir, en no pocas ocasiones, al vínculo existente entre un ciudadano español y, por ejemplo, los ascendientes de su cónyuge extranjero no comunitario” (FJ 9).

Ascendiente. La disposición exige que viva a expensas del reagrupante y reúna los requisitos necesarios para beneficiarse de la reagrupación familiar (art. 11.3.C.9º RD 178/2003). En este supuesto, la similitud con el correlativo artículo del RD 864/2001, el 49.2.k), también se da, añadiendo sólo la consabida restricción de

⁷⁹³ BOE núm. 203 de 23 de agosto de 2004.

⁷⁹⁴ El TS ha utilizado en el párrafo anterior la parte dispositiva de la STJCE MRAX de 25 de julio de 2002, que veremos a continuación.

⁷⁹⁵ Suponemos que el TS ha querido decir “a la cual” para referirse a la citada Sentencia MRAX.

⁷⁹⁶ Art. 10.2.d) del derogado RD 766/1992.

nacionalidad al residente legal. La única diferencia se deriva de la sede normativa por la que se opte para apreciar los mencionados requisitos. Si bien es cierto que únicamente y por mimetismo se menciona la “reagrupación familiar” en este precepto del RD 178/2003, sólo cabe pensar en los requisitos de su artículo 2.c), salvando la redundancia del requisito de dependencia (“que vivan a sus expensas”, penúltimo inciso del art. 11.3.C.9º RD 178/2003) y descartando los del artículo 17.1.d) LOE, mucho más restrictivos y discrecionales⁷⁹⁸. En consecuencia, conviene advertir que conforme a lo establecido en este supuesto de exención, todo ascendiente, con el alcance del artículo 2 RD 178/2003, está exento de visado.

3. Exención de visado. Sentencia *MRAX*

La exigencia de visado cuando proceda, esto es, el de entrada, ya ha sido erosionada por el TJCE, que en la sentencia *MRAX*⁷⁹⁹ permite la ausencia del mismo, interpretando las normas citadas a la luz del principio de proporcionalidad, pronunciándose sólo para el caso del cónyuge, concretado en los siguientes extremos:

1) Un Estado miembro no puede denegar, en la frontera, la entrada de dicho cónyuge sin visado⁸⁰⁰, cuando éste pueda probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública en el sentido de los artículos 10 de la Directiva 68/360 y 8 de la Directiva 73/148.

⁷⁹⁷ A modo de ejemplo, la STS de 20 de junio de 2000, ante el supuesto de extranjera casada con español mediante precio y sin convivencia, considera que no se dan las citadas “razones excepcionales” y la normal y efectiva convivencia en el sentido del art. 2.a del antiguo RD 766/1992.

⁷⁹⁸ Art. 17.1.d) LOE: “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.” No debe olvidarse que, en principio, este precepto alude a un cónyuge con las condiciones establecidas en su anterior apartado a), esto es, no separado de hecho o de derecho, entre otros.

⁷⁹⁹ STJCE de 25 de julio de 2002, *MRAX*, C-459/99, en la que el Tribunal de Justicia resuelve cuatro cuestiones prejudiciales suscitadas en el marco de un litigio entre el *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX)* y el Estado belga relativo a un recurso de anulación de la circular de los Ministros de Interior y de Justicia, de 28 de agosto de 1997, sobre el procedimiento de publicación de los edictos matrimoniales y sobre los documentos que deben aportarse para obtener un visado con objeto de contraer matrimonio en el Reino de Bélgica o para la expedición de un visado de reagrupación familiar en virtud de un matrimonio celebrado en el extranjero.

⁸⁰⁰ La sentencia también incluye en esta interpretación al Reglamento 2317/95 (en la actualidad, 539/2001, sobre la misma materia –*vid.* nota supra-) y contempla expresamente la ausencia de “un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado”. *Ibid.*, FJ 62.

2) Si el cónyuge ha entrado ilegalmente, es decir, incumpliendo la formalidades legales sobre acceso, desplazamiento y residencia, por tanto, sin visado, las mencionadas Directivas no autorizan al Estado miembro implicado a denegar un permiso de residencia ni a adoptar una medida de expulsión por ese único motivo⁸⁰¹, siempre que el interesado pueda aportar prueba de su identidad y de su matrimonio. El Tribunal también sienta la interpretación por la que el extranjero en esta situación tiene derecho a interponer recurso ante la autoridad competente contra esas decisiones estatales.

Teniendo en cuenta que lo establecido mediante esta jurisprudencia afecta únicamente a los familiares de ciudadanos comunitarios que ejerzan su derecho de libre circulación y siguiendo a Ferrer Gómez⁸⁰², sería deseable que los familiares extracomunitarios de nacionales españoles, destinatarios del RD 178/2003, puedan beneficiarse también de esta exención. Puesto que la aplicación no puede ser automática, dado que excede el ámbito competencial del Derecho comunitario, será preciso contar con la iniciativa legal o jurisprudencial en nuestro derecho interno. Esta última ya se está dando en los Tribunales Superiores de Justicia, si bien con cierta ambigüedad.

Aplicación extensiva a los familiares extracomunitarios de españoles. Con anterioridad a la Sentencia comunitaria de condena a España pero posterior a la Sentencia *MRAX*, ya se han dado pronunciamientos en España otorgando eficacia directa a las disposiciones de las Directivas ya comentadas. Se trata de la STSJ Canarias núm. 629/2004, de 28 de junio de 2004 (FJ 4º):

“El ejercicio de una potestad administrativa exige en primer lugar la concurrencia de los hechos determinantes que habilitan a la Administración a ejercerla. En el caso que nos ocupa, la Administración sólo podrá decidir sobre si concede o no la exención del visado cuando éste sea exigible a los efectos interesados por el solicitante. Por eso era imprescindible determinar si le era exigible al recurrente el visado para obtener la tarjeta de residencia, pues sólo en ese supuesto la Administración tiene potestad para decidir sobre la exención de este requisito. Esta

⁸⁰¹ También se contempla el supuesto de entrada legal con visado caducado en que se deriven idénticas medidas estatales. *Ibid.*, FJ 80.

⁸⁰² A. Ferrer Gómez, "Derecho de entrada de nacionales de países terceros cónyuges de nacionales de Estados miembros", en *La Ley*, núm. 5666, (D-318 vol. 7) 2002, de 29 de noviembre, pp. 1992-2000.

cuestión debía plantearse en este momento, y no únicamente al examinar la legalidad de la resolución que deniega la tarjeta de residencia, pues como queda dicho, si no es exigible el visado, la Administración no puede dictar un acto, bien para eximir del mismo, bien para denegar la solicitud de exención formulada por el interesado.

Pues bien, si la Administración no tenía potestad para decidir sobre la exención de visado, porque no concurría uno de los hechos determinantes (la obligatoriedad del visado), el acto es nulo. No porque deniegue el visado, sino porque no tenía potestad la Administración para pronunciarse siquiera.”

El TSJ no tiene en cuenta en ningún momento la nacionalidad del recurrente, desconocida para nosotros pues no figura en la Sentencia y, aunque no lo considera determinante, sino “a mayor abundamiento”, el familiar extracomunitario se hallaba en una situación de arraigo, casado desde 1997 con española y habiendo tenido una hija.

El mismo Tribunal, en Sentencia núm. 53/2005, de 28 de febrero, se pronuncia en idéntico sentido, en cuanto a la eficacia directa. Sin embargo, así como en el anterior pronunciamiento el factor de arraigo se tenía mínimamente en cuenta, en este en cambio sólo se indica el matrimonio con español. Se repite, además, la interpretación “incompleta” de la Directiva por la que “los términos incondicionales y precisos en los que se redacta el citado precepto permiten afirmar que no puede exigirse en ningún caso visado a los solicitantes de permiso o de documento de residencia” (FJ 2º). La jurisprudencia comunitaria interpreta, como acabamos de ver, que sí es posible exigir visado, exclusivamente el de estancia y para las nacionalidades previstas en el Reglamento (CE) núm. 539/2001.

III. EXPULSIÓN

Una vez agotados los supuestos de exención de visado del RD 178/2003, sólo queda lamentar la ausencia de una cláusula residual en la lista. De ese modo, podría conservarse el concepto de “razones excepcionales” del régimen derogado. La defensa de una lista abierta no es otra que la de tratar de evitar por ese medio que los familiares nacionales de tercer Estado padezcan las medidas aplicables por razones de orden público, seguridad pública y salud pública del artículo 16 RD 178/2003.

Estas medidas no se aplican a comunitarios⁸⁰³ por haber incumplido los requisitos establecidos en el RD 178/2003.

En contraste con lo anterior, a un familiar extracomunitario se le puede impedir la entrada en España, denegar la expedición o renovación de la tarjeta de residencia, expulsar o devolver del territorio español, también fundándose exclusivamente en su comportamiento personal⁸⁰⁴ (art. 16.2.d) RD), que podrá consistir, en cambio, la mayoría de las ocasiones, en no acreditar los requisitos administrativos (Disposición Final segunda del RD), especialmente la ausencia o caducidad de visado no subsumible a ninguno de los supuestos de exención⁸⁰⁵, para desembocar⁸⁰⁶ en una de las infracciones tipificadas como graves en el régimen general⁸⁰⁷, sancionables con multa⁸⁰⁸ o expulsión⁸⁰⁹, siendo ésta la más aplicada⁸¹⁰.

Precisamente, ese el supuesto que contempla el TJCE en su Sentencia *Carpenter*⁸¹¹, al considerar desproporcionada la orden de expulsión y denegación de

⁸⁰³ Respecto a impedir la entrada en España (art. 16.1.a) u ordenar la expulsión o devolución (art. 16.1.c), no pueden ser adoptadas con fines económicos (art. 16.2.c), caso de averiguarse la no adecuación al artículo 6, siendo sólo posible imponer la solicitud de tarjeta de residencia. En relación con la de ordenar la expulsión por caducidad del documento de identidad o del pasaporte, el artículo 16.3 lo impide expresamente, pudiendo aplicarse la misma solución.

⁸⁰⁴ Para el caso de un comunitario, debe tratarse de una conducta que constituya una amenaza actual al orden público, no bastando cualquier condena penal (Sentencias del TJCE de 27 de octubre de 1997 y 19 de enero de 1999, sobre el precepto de derecho comunitario concordante, el art. 3.2 de la Directiva 64/221/CEE, de 25 de febrero de 1964).

⁸⁰⁵ El art. 16.3 RD 178/2003 impide que la caducidad de los documentos de identidad sea causa de expulsión, pero nada dice respecto a los visados caducados, que podrían incluirse en el supuesto de exención del art. 11.3. 8ª (vid. supra).

⁸⁰⁶ Por remisión del artículo 16.2.a RD 178/2003, las medidas del apartado anterior “habrán de ser adoptadas con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley (sic) 8/2000, de 22 de diciembre, y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia”.

⁸⁰⁷ Art. 53.a) LOE, modificado por LO 14/2003: “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.”

⁸⁰⁸ Art. 55.1 LOE, modificado por LO 14/2003: “Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas en los términos siguientes: (...); b) Las infracciones graves con multa de 301 hasta 6.000 euros.”

⁸⁰⁹ Art. 57.1 LOE: “Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.”

⁸¹⁰ Así lo reconoce la Policía Nacional, siendo la única sanción sobre la que ha debido pronunciarse hasta el momento el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, justificada por ser la única ejecutable (Declaraciones de D. Antonio Ortega Fernández, Jefe de la Sección Operativa de Extranjeros de la Jefatura Superior de Policía de Murcia, y de un Vocal de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia, respectivamente, en el II Curso de Formación en materia de Extranjería, Colegio de Abogados, Murcia, 25 de marzo de 2003).

⁸¹¹ STJCE de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, C-60/00, Rec. p. I-6279, especialmente FJ 38.

residencia de cónyuge extracomunitario por caducidad del visado sin abandonar el territorio, fundamentado, eso sí, "a la luz del derecho fundamental al respeto de la vida familiar": se trata de un matrimonio auténtico y el Tribunal considera que el cónyuge tiene allí una "vida familiar efectiva", ocupándose, en particular, de los hijos del nacional comunitario nacidos en una primera unión. La solicitud de permiso de residencia fue presentada cincuenta y tres días después de la celebración del matrimonio, siendo denegada mediante resolución un año más tarde. Se trata de hechos que bien podrían corresponder a la segunda de las hipótesis planteadas en la Sentencia *MRAX*⁸¹², con lo que el TJCE se ratifica en esta línea interpretativa.

Conviene matizar, respecto a la jurisprudencia comentada hasta el momento, que probablemente sea más importante el recurso al principio de proporcionalidad que al fundamento en el artículo 8 CEDH. Así se desprende del análisis, a partir de *MRAX*, de *Baumbast y Carpenter*⁸¹³, frente a *Givane y Ackrich*. Mientras en *Givane* no se recurre al artículo 8 CEDH, en *Ackrich* sí, aunque exigiendo la residencia legal del familiar extracomunitario, lo cual es difícilmente conciliable con *MRAX*, como acertadamente observa Szyszczak⁸¹⁴.

El Derecho comunitario sobre la materia, bajo la forma de la Directiva mencionada, se muestra prudente y no excluye la posible expulsión ni de familiares extracomunitarios⁸¹⁵ ni de los ciudadanos comunitarios, por lo que debe constatarse que se mantiene un principio de discriminación con respecto a los nacionales del Estado de residencia, pues a pesar de introducirse en la Directiva el acervo jurisprudencial por el que la medida debe basarse exclusivamente en el comportamiento personal del individuo afectado, siendo insuficiente la existencia de condenas penales para justificar por sí solas las medidas y debiendo representar una amenaza actual, real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de

⁸¹² STJCE *MRAX*, *vid. supra*.

⁸¹³ En esta Sentencia, el Tribunal acudió al artículo 8 CEDH mientras el Abogado General se había apoyado en el principio de proporcionalidad. Vid. un comentario crítico en E. Szyszczak, "Regularising Migration in the European Union", en *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, ed. por B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan y E. Szyszczak, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2004, pp. 407-429. y un comentario favorable en H. Toner, "Comments on 'Mary Carpenter v. Secretary of State'", 11 July 2002 (Case C-60/00)", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (1) 2003, pp. 163-172.

⁸¹⁴ E. Szyszczak, "Citizenship and Human Rights", en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 53, (2) 2004, pp. 493-501.

⁸¹⁵ El art. 28.1 de la Directiva exige que se tenga en cuenta, entre otros aspectos, su situación familiar y económica.

la sociedad (art. 27 de la Directiva), con previsión estatal de medidas represivas severas contra el mismo comportamiento cuando los autores sean nacionales. Es en este punto donde se preserva una vulneración del principio de no discriminación y se refleja, como apunta Rodríguez Barrigón, la “imperfecta vinculación del ciudadano con la Unión (que) hace posible la supervivencia de este tipo de medidas especiales”⁸¹⁶. Añade el mismo autor que si esta relación fuera más intensa, el supuesto contemplado encontraría su tratamiento en los sistemas penales nacionales y no tendría efectos discriminatorios. No se le expulsaría. Se le aplicaría una “medida represiva severa”.

⁸¹⁶ J. M. Rodríguez Barrigón, *La ciudadanía de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 424-425.

PARTE CUARTA
INTEGRACIÓN DE LA FAMILIA REAGRUPADA

La familia, una vez reagrupada, goza de un peculiar estatuto de dependencia, en el que destaca la protección frente a la expulsión, que además adquiere perfiles propios en cada uno de sus miembros según el modo en que pretendan desvincularse administrativamente del reagrupante y acceder a la residencia independiente. Para finalizar el estudio, deben tomarse en consideración los principales mecanismos jurídicos directamente relacionados con la integración de la familia extranjera en la sociedad de acogida española, especialmente los relativos a derechos que le procuren la necesaria seguridad material.

CAPÍTULO XI. ESTATUTO DE LA FAMILIA REAGRUPADA

El estatuto de la familia reagrupada, de cada uno de los familiares reagrupados, es básicamente el de extranjero con autorización de residencia dependiente de la del reagrupante. De cualquier modo, es preciso concretar las condiciones a que debe someterse este tipo de autorización, esto es, su vigencia, las posibilidades de renovación y su extinción en las distintas modalidades de residencia obtenida, temporal y permanente, esta última pudiendo parecerse contradictoria en principio.

Sin embargo, también es posible para los familiares el acceso a la residencia independiente, fundamentalmente con el fin de poder ejercer ellos mismos la reagrupación familiar, puesto que con el régimen vigente no es admisible ya la denominada “reagrupación en cadena”. Debemos por tanto distinguir las diferentes vías abiertas reglamentariamente para alcanzar la autonomía del extranjero. La principal es sin duda la residencia independiente de carácter laboral, aunque está permitido en determinadas circunstancias obtener una autorización de trabajo aún con residencia dependiente. Por otro lado, hay una serie de supuestos específicos en los que se otorgará la residencia independiente sin necesidad de vínculo laboral. En todos los casos, un factor en el que se constatan especiales dificultades por parte de los extranjeros es el del acceso a la vivienda, cuestión que se agrava si el potencial reagrupante ha sido a su vez reagrupado previamente.

Finalmente, como elemento básico de la legítima pretensión para garantizar cierta seguridad jurídica a la familia extranjera establecida en España, comprobaremos el nivel de injerencia que puede alcanzar el Estado mediante el estudio de los mecanismos establecidos para la protección frente a la expulsión.

I. RESIDENCIA DEPENDIENTE

1. Pervivencia de la autorización. Vigencia y renovación.

Vigencia. Los familiares reagrupados quedarán autorizados a residir hasta la misma fecha que el reagrupante si la residencia de éste es temporal, mientras que si es permanente, esa fecha será la de validez de la tarjeta de identidad de extranjero del

reagrupante. En el último caso, cuando se renueve la autorización, ya será con carácter permanente (art. 42.7 RLOE).

En este punto, existe una clara limitación reglamentaria a lo legalmente establecido, pues el artículo 18.3 LOE establece una duración “igual al periodo de validez de la autorización de residencia de la persona que solicita la reagrupación”. No debe, por tanto, obligarse a los reagrupados a renovar su autorización, además en un momento indefinido (caducidad de la TIE del reagrupante), cuando por Ley les corresponde una autorización de residencia permanente.

En un sentido más atenuado, le parece a López Barba que se fuerza la letra de la LOE por una norma de rango inferior. Respecto al plazo de la autorización de los reagrupados por residente permanente, dependiente de la caducidad de la tarjeta de este, propone esta autora, como más adecuado, homogeneizar la validez temporal de la primera autorización de residencia por reagrupación, fijándola, por ejemplo, en un periodo de un año (salvo -aclara- que el reagrupante sea titular de una autorización de residencia temporal renovada a la que le quede un plazo de vigencia inferior al año), tal y como se hace en el caso de los familiares ya reagrupados que por primera vez acceden a una autorización de residencia independiente⁸¹⁷.

También la interpretación de la LOE dada por unas Instrucciones de 16 de diciembre de 2003, relativas a la última reforma de la LOE, indican que las autorizaciones de residencia por reagrupación familiar tendrán carácter temporal aunque el reagrupante tuviese la condición de residente permanente y su vigencia tendrá idéntica duración que la que le reste a la autorización de residencia del reagrupante⁸¹⁸.

Renovación. El reagrupante debe solicitar la renovación de su autorización de residencia y de los familiares reagrupados conjuntamente (salvo causa que lo justifique), en modelo oficial y en el plazo de 60 días antes de su expiración, adjuntando los documentos que acrediten la disposición de empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, así como la

⁸¹⁷ E. López Barba, "El ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en el Real Decreto 2393/2004", cit., pp. 167-203.

⁸¹⁸ *Aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma llevada a cabo por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre*, p. 6, disponible en las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno.

cobertura de la asistencia sanitaria. La presentación de la solicitud prorroga la validez de la autorización anterior hasta la resolución de procedimiento (art. 44, apds. 1, 2 y 3 RLOE).

Respecto a la resolución, se entenderá que esta es favorable por silencio administrativo, en el supuesto de que la administración no resuelva expresamente en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud. Previa solicitud del interesado, la autoridad competente para conceder la autorización vendrá obligada a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo (art. 44, apds. 4, 5 y 6 RLOE).

En cuanto a la resolución expresa, la denegación de esta solicitud es motivo de salida obligatoria (art. 28.3.c) LOE) y la notificación de resolución favorable debe indicar las cantidades que corresponde abonar en concepto de tasas por la concesión de la renovación solicitada, así como por la expedición de la nueva Tarjeta de Identidad de Extranjero. Respecto a la remisión al régimen general de salida obligatoria, Álvarez Rodríguez advierte que puede tratarse de 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 origen⁸¹⁹.

Un extremo que el RLOE no trata expresamente en sede de reagrupación es el de la solicitud de renovación dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la autorización, que sí se prevé tanto en el ámbito de la residencia de carácter general (artículo 37.5,II RLOE) como en el de la residencia y trabajo (artículo 54.1 RLOE). Esta situación es constitutiva de una infracción leve del artículo 52.b) LOE, sancionable exclusivamente con multa. Sólo cabría la expulsión si se rebasara el mencionado plazo, pues ya se trataría de una infracción grave del artículo 53.a) LOE. Parece improbable que en un supuesto así, llegara a ejecutarse una orden de expulsión, porque en vía judicial podría ser anulada

por motivos de arraigo familiar, sustentados reglamentariamente, como se ha visto al tratar la reagrupación *de facto*, sólo en el caso de los hijos con el plazo de un año (artículo 94.2 RLOE). De cualquier modo, en el ámbito comunitario, la jurisprudencia se ha pronunciado a favor de evitar la expulsión de un hijo reagrupado de extracomunitarios que por descuido o desidia no solicitó la prórroga de su permiso en Alemania, si bien ya habían pasado más de cinco años⁸²⁰.

2. Extinción

Las circunstancias que pueden llevar a la extinción de las autorizaciones de residencia por reagrupación responden a las dispuestas con carácter general para la residencia temporal y permanente.

Extinción de residencia temporal por resolución tácita. La extinción relativa a la residencia temporal puede extinguirse sin necesidad de pronunciamiento administrativo en varios supuestos, de los cuales pueden afectar a los reagrupados los dos siguientes, por remisión del artículo 75.1.d RLOE a los de prohibición de entrada (artículo 10 RLOE):

(a) Cuando haya recaído sobre ellos una resolución de expulsión, salvo caducidad del procedimiento o prescripción de la infracción o de la sanción. En relación con la caducidad de este concreto procedimiento, si el interesado no ha sido notificado en el plazo previsto y se ha hecho por edicto sin haberse intentado en el domicilio indicado, el acto en que se denegara el reconocimiento de la caducidad será nulo (Sentencia núm. 368/2005 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Málaga, de 18 de julio). En el art. 121 RLOE se establece que “el plazo máximo en que debe dictarse y notificarse la resolución que resuelva el procedimiento será de seis meses desde que se acordó su iniciación, sin perjuicio de lo dispuesto para el procedimiento simplificado en el artículo 135”, en el que el plazo fijado es de dos meses.

(b) 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

⁸¹⁹ 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.

⁸²⁰ STJCE *Sezgin Ergat*, de 16 de marzo de 2000, C-329/97.

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.

Extinción de residencia temporal por resolución expresa. Siguiendo el artículo 75.2 RLOE, los supuestos en que la resolución ha de ser motivada pueden agruparse en las siguientes situaciones:

(a) 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. Puesto que ningún control periódico, en condiciones normales, se encuentra reglamentado, es de suponer esta y las siguientes circunstancias se constatarán en el momento de tramitar la solicitud de renovación de las correspondientes autorizaciones de residencia, tanto del reagrupante como de los reagrupados. Se trata de los mismos requisitos exigidos en la primera solicitud. La ausencia de cualquiera de ellos es motivo de extinción. El plazo de tres meses, puede ser interpretado como plazo de subsanación específico durante el trámite de renovación, por ausencia de los documentos, o como plazo de suspensión para alcanzar la situación de idoneidad.

(b) Cambio de nacionalidad o pérdida de la misma, contemplando la posibilidad de adquirir otra autorización de residencia en atención a las nuevas circunstancias. Los supuestos habituales son los de adquisición de la nacionalidad española por residencia, circunstancia que hace innecesaria cualquier autorización. Por “cambio de nacionalidad” sólo cabe entender la referencia a los supuestos de doble nacionalidad, puesto que cambiar la nacionalidad, de otro modo, sería igual que perderla, pues en la mayoría de los casos debe renunciarse a la anterior. El denominado “cambio” consistirá en que al adquirir la nacionalidad española por residencia en España, esta se convertirá en la nacionalidad prevalente sin tener que renunciar a la otra. Los supuestos en que se da esta situación son los previstos legalmente, en el art. 9.9 Cc en relación con los arts. 23 y 24 Cc, y en los convenios de doble nacionalidad, que son facultativos para el extranjero (podrá acogerse o no al que le corresponda). Vid. RDGRN (2ª) de 5 de noviembre de 2003, sobre el Convenio de Doble Nacionalidad con Guatemala, que exige residencia permanente y no admite, por tanto, permiso de

estudiante. Su art. 3, por reforma del Protocolo de 10 de febrero de 1995⁸²¹, establece que “a los efectos del presente Convenio, se entiende adquirido el domicilio en aquel país en que se haya obtenido la residencia legal, permanente y continuada, de acuerdo a las condiciones y en la forma prevista por la legislación migratoria en vigor en cada uno de los Estados Contratantes”. Esto ha supuesto un cambio respecto al convenio que es considerado en la actualidad por la práctica, según Sánchez Ribas y Franco Pantoja, como el único con un régimen realmente privilegiado de acceso a la nacionalidad⁸²², puesto que en la RDGRN de 10 de febrero de 1993, se concedía la nacionalidad aunque el extranjero se encontrara en situación de estancia, porque el tratado se sobreponía a las normas internas sobre extranjería (FJ 2º). Otros convenios valorados por Calvo Caravaca y Carrascosa González como “verdaderos” en cuanto puede hacerse uso de ambas nacionalidades son: Argentina, Colombia, Honduras, Paraguay y República Dominicana⁸²³. El caso de los nacionales de Marruecos es de doble nacionalidad “tolerada”⁸²⁴ o “patológica”⁸²⁵, puesto que aunque en España se haga renunciar a la nacionalidad marroquí, el ordenamiento del Estado de origen no permite tal renuncia.

(c) Desaparición de las circunstancias que sirvieron de base para la concesión. En cuanto a la reagrupación, estas circunstancias, aparte de las relativas al reagrupante que ya se han comentado, deberán ser, entendemos, las familiares, con lo que es posible que en el trámite de renovación se exijan de nuevo las acreditaciones de los vínculos y de la dependencia, en su caso. Por otra parte, los que ya dispongan de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena independientes cuentan con una previsión expresa que en definitiva es también la que “sirvió de base para su concesión”: la falta de afiliación o alta en la Seguridad Social.

(d) Comprobación de la inexactitud grave en las alegaciones formuladas por el titular para obtener la autorización de residencia. De nuevo, no parece que esta comprobación vaya a efectuarse en un momento distinto del trámite de renovación. Por otra parte, esta disposición sería la única que legitimaría la duplicidad de trámites

⁸²¹ BOE núm. 158, de 1 de julio de 1996.

⁸²² J. Sánchez Ribas y F. Franco Pantoja, *Guía para orientación legal en inmigración*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 173.

⁸²³ A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, dirs., *Derecho internacional privado (vol. II)*, cit., p. 26.

⁸²⁴ J. Sánchez Ribas y F. Franco Pantoja, *Guía para orientación legal en inmigración*, cit. p. 173.

en la actual configuración del procedimiento: puede darse una autorización de residencia por reagrupación en España y a continuación una denegación del correspondiente visado en el Estado de origen, si bien la autorización concedida queda suspendida en cuanto a sus efectos, recuérdese, “hasta la expedición, en su caso, del visado, y hasta la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional” (art. 42.5 RLOE). De este modo, podría considerarse la autorización, en cuanto concedida con efectos suspendidos, como susceptible de extinción, para adecuar el supuesto, pero la autorización, más allá de lo establecido, carece no sólo de eficacia sino también de validez, sin el visado y la entrada. Se trata, por tanto de una concesión *sub conditione*.

(e) Dejar 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. Esta circunstancia sí podría apreciarse en cualquier momento durante la vigencia de la autorización de residencia, por cualquier motivo, como un control rutinario.

(f) Permanencia fuera de España durante más de seis meses en un período de un año. Este supuesto exceptúa, por un lado, a los titulares de una autorización de residencia temporal y trabajo vinculados mediante una relación laboral a organizaciones no gubernamentales, fundaciones o asociaciones, inscritas en el registro general correspondiente y reconocidas oficialmente de utilidad pública como cooperantes, y que realicen para aquéllas proyectos de investigación, cooperación al desarrollo o ayuda humanitaria, llevados a cabo en el extranjero. Por otro lado, tampoco se aplica este plazo a los titulares de una autorización de residencia que permanezcan en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea para la realización de programas temporales de estudios promovidos por la propia Unión. El más conocido es el Programa Sócrates Erasmus para universitarios, una de cuyas modalidades tiene la duración de un año académico completo. Con este motivo, se impone al extranjero que su domicilio en España no sea instrumental. De cualquier modo y a pesar de las cautelas establecidas para el Espacio Schengen, el extranjero puede permanecer de hecho fuera del territorio español y a la vez dentro del territorio comunitario, carente

⁸²⁵ A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, dirs., *Derecho internacional privado (vol. II)*, cit., p. 28.

de fronteras interiores. Como observa Blázquez Rodríguez, el cuyo control a posteriori de los extracomunitarios mediante declaración personal permite tal posibilidad. Esta declaración, según el artículo 22 CAS, podrá realizarse, a elección de cada Estado, bien a la entrada o bien, en un plazo de tres días hábiles a partir de la entrada, dentro del territorio del Estado en el que entren⁸²⁶.

Extinción de residencia permanente. Los supuestos de extinción de residencia permanente (artículo 76 RLOE) que pueden afectar directamente a las autorizaciones por reagrupación son muy limitados. Básicamente, 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. Debe advertirse que en residencia temporal, para el supuesto de prohibición de entrada, no es necesario pronunciamiento administrativo. Se privilegia, por tanto, la residencia permanente con este requisito. También se remite el artículo al supuesto del 57.5 LOE, por el que, como veremos, no puede imponerse la sanción de expulsión al residente permanente salvo que se trate de la infracción muy grave del artículo 54.1.a) LOE o reincidencia en el plazo de un año. El otro motivo es el de permanencia fuera de España durante más de 12 meses consecutivos o más de treinta meses en el cómputo global de los cinco años de residencia.

II. RESIDENCIA INDEPENDIENTE Y REAGRUPADO REAGRUPANTE

Con la exigencia, al reagrupado que quiera reagrupar, de “una autorización de residencia y trabajo obtenidas (*sic*) independientemente de la autorización del reagrupante (art. 17.2 LOE y art. 40 RLOE)”, se elimina el derecho de reagrupación en cadena, del cual no se hace mención ni en la jurisprudencia del TEDH ni en la Directiva estudiada.

Existe, además, un requisito más cualificado, tener condición de residente permanente y acreditar solvencia económica, si se trata de ascendiente sin hijo menor

⁸²⁶ Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, firmado el 19 de junio de 1990. Acuerdo de adhesión de España de 25 de junio de 1991, ratificado por Instrumento de 23 julio 1993, *BOE* núm. 81, de 5 de abril de 1994; corrección de errores en *BOE* núm. 85, de 9 de abril de 1994. *Cfr.* I. Blázquez Rodríguez, "Hacia una política común de inmigración en la Unión Europea", cit., p.130.

o incapacitado a cargo (artículo 17, apd. 3 en relación con apd. 2 LOE). Si se da algún supuesto de ascendiente con hijo menor o incapacitado a cargo, se regirá por la exigencia general de autorización independiente.

1. Acceso al mercado laboral: residencia independiente de carácter laboral

Autorización de trabajo con residencia dependiente. El tenor del Reglamento sobre este extremo invita a deducir que se trata en todo caso de una situación no deseada sobre la que conviene advertir al reagrupado en su carácter limitativo. Partiendo de la condición básica por la que las autorizaciones de residencia independiente se hacen depender, básicamente, de la obtención de autorización para trabajar, el legislador establece un umbral por debajo del cual no es admisible la residencia independiente: tanto el cónyuge no separado como el hijo en edad laboral reagrupados, podrían, una vez autorizados a trabajar, no obtener la autorización independiente si la retribución resultante es inferior al salario mínimo interprofesional (SMI) a tiempo completo en cómputo anual (art. 41.6 RLOE). Alguna Oficina de Extranjería ha entendido, sin embargo, que se trata del supuesto general de autorización de trabajo para cónyuge e hijo reagrupados, que será dependiente y no podrá superar el SMI a tiempo completo en cómputo anual⁸²⁷.

Residencia independiente por motivos laborales y con carácter cualificado. El acceso a la residencia independiente, como hemos visto, dependerá de la obtención de una autorización de trabajo en unas condiciones mínimas de retribución. A ello, debemos añadir la peculiar situación de dos tipos de reagrupados, que se ven sometidos a otra condición, su edad:

Al hijo o menor, además de la obtención de autorización para trabajar, se le exige que alcance la mayoría de edad (art. 41.4 RLOE). Por tanto, en el caso de que sea autorizado a trabajar con la edad mínima laboral de dieciséis años, deberá esperar otros dos años para acceder a la residencia temporal independiente, incluso aunque obtenga un salario por encima del umbral comentado. Por tanto, para salvar este impedimento de acceso a la residencia independiente en España, se podría acudir a la emancipación, que en nuestro ordenamiento equivale a la mayoría de edad y que debe inscribirse en el Registro Civil para producir efectos contra terceros. Puede

⁸²⁷ Vid. Hoja Informativa núm. 72, Autorización de trabajo para reagrupación familiar (Art. 41.6 RD 2393/2004), Subdelegación del Gobierno en Barcelona, Oficina de Extranjeros, 7 de marzo de 2005.

obtenerse por el matrimonio del menor, por concesión de los que ejerzan la patria potestad (otorgada por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro) o por concesión judicial (arts. 314 a 324 Cc). Sería interesante utilizar en este ámbito la distinción entre niño y joven inmigrante que ha propuesto Esteban de la Rosa en el caso de menores no acompañados⁸²⁸, supuesto por otra parte que es, según constata García Vázquez, el más estudiado en relación con los menores al tratar su régimen jurídico⁸²⁹.

Al ascendiente reagrupado a quien, por tener a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, se le requiere contar con autorización de residencia y trabajo, le resultará difícil, primero, ser contratado y después, conciliar la situación laboral con la familiar, que paradójicamente ha sido el motivo que le permite reagrupar antes de ser residente permanente (art. 41.5 RLOE). Sin embargo, no se encuentra sometido a la retribución mínima necesaria del artículo 41.6 RLOE, que sólo afecta a cónyuge e hijo en edad laboral.

Tratamiento más favorable de los supuestos. Con carácter general (también se aplica a los autorizados con residencia dependiente) y como manifestación de un trato más favorable, a los familiares reagrupados que solicitan autorización de trabajo se les exime de los siguientes requisitos⁸³⁰:

(a) Haber transcurrido un año de residencia legal en España para poder pedir la modificación de la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena o propia. Efectivamente, el acceso de un residente reagrupado a la residencia independiente mediante la obtención de autorización para trabajar, incluso la de cónyuge reagrupado ya independiente por motivos no laborales que también desee obtener la autorización para trabajar, constituye una modificación de situación prevista como tal en el art. 96.3 RLOE.

⁸²⁸ G. Esteban de la Rosa, "Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas", en *La Ley*, núm. 5714, (D-32 vol. 1) 2003, de 7 de febrero, pp. 1619-1628.

⁸²⁹ S. García Vázquez, "El régimen jurídico del menor inmigrante", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, pp. 423-450.

⁸³⁰ Los requisitos generales vienen recogidos en el art. 50 RLOE. *Vid. supra* Capítulo IV, apd. III.2.A), "Renovación de residencia y trabajo por cuenta ajena".

(b) Que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero⁸³¹, supuesto general para las modificaciones del artículo 96.1 RLOE, establecido anteriormente en el artículo 40,b) LOE sólo para el cónyuge y el hijo, por lo que el ascendiente ahora también está exento de la situación nacional de empleo. Sin embargo, el artículo 40,b) LOE está redactado pensando en una autorización para cónyuge e hijo que se encuentran todavía fuera de España, pues el vínculo debe darse con “extranjero residente en España con una autorización renovada”.

(c) Carecer de antecedentes penales. Este requisito del artículo 50,f) RLOE queda eliminado no sólo para los familiares sino para todos los que pretendan modificar su situación en el sentido ya comentado (art. 96.1 RLOE), lo cual resulta contradictorio con cualquier otra renovación de residencia, en la que se exige carecer de antecedentes penales y, excepcionalmente, valorar *ad casum* tres posibilidades procesales tasadas⁸³². En un sentido positivo, puede considerarse esta exención como constitutiva de una medida de fomento de la inserción laboral a través de la conversión a las autorizaciones de residencia y trabajo.

⁸³¹ La situación nacional de empleo debe permitir la contratación del trabajador extranjero. Se trata de un requisito general para la concesión de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, establecido en el art. 50 a) RLOE. Dicha situación se determina mediante el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y también permite la contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura cuando el empleador acredite la dificultad de contratación del puesto que pretende cubrirse, mediante la gestión de la oferta de empleo presentada ante el servicio público de empleo concluida con resultado negativo. A este efecto, el servicio público de empleo encargado de la gestión emitirá, en el plazo máximo de 15 días, una certificación en la que se exprese que de la gestión de la oferta se concluye la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles para aceptar la oferta. Desarrollado en Orden TAS/1745/2005, de 3 de junio, por la que se regula la certificación acreditativa del requisito establecido en el artículo 50.a) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE núm. 140, de 13 de junio de 2005). Sobre el mencionado catálogo, este contiene las ocupaciones en las que los Servicios Públicos de Empleo han encontrado dificultad para gestionar las ofertas de empleo que los empleadores les presentan cuando quieren cubrir puestos de trabajo vacantes. El catálogo está desagregado por provincias, islas en el caso de las Comunidades Autónomas Baleares y Canarias y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y tiene carácter trimestral, extendiéndose su vigencia desde el primer hasta el último día laborable del trimestre natural siguiente al de su publicación. La presencia de una ocupación en el catálogo de la zona geográfica de que se trate, implica, para el empleador, la posibilidad de tramitar la autorización para residir y trabajar dirigida a un trabajador extranjero. Sobre el procedimiento de elaboración del catálogo, *vid.* Resolución de 8 de febrero de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establece el procedimiento para la elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura regulado en el artículo 50.a) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2005). Sobre la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, a la que se debe consultar sobre la propuesta trimestral de catálogo, *vid.* Orden TAS/1713/2005, de 3 de junio, por la que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración (BOE núm. 138, de 10 de junio de 2005). Para obtener datos actualizados del catálogo, *vid.* <<http://www.inem.es>>.

⁸³² *Vid. supra* Capítulo IV, apd. III.2.A).

Otro supuesto peculiar que introduce el RLOE en su artículo 96.5 es el del acceso a la residencia independiente por parte de familiar de comunitario que ha cesado en tal condición: “podrán obtener, si cumplen los requisitos establecidos al efecto, a excepción del visado, una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena o cuenta propia, del tiempo que corresponda, en función de la duración de la autorización anterior de la que fuera titular”. De los requisitos establecidos al efecto, si bien no declara expresamente, suponemos que también estos extranjeros se encuentran exentos de los mencionados con carácter general más arriba. De cualquier modo, cuando se trate de un hijo de español nacionalizado o comunitario residente legal en España durante un año de residencia, no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo (art. 40,*b*) LOE).

2. Acceso a la residencia independiente sin vínculo laboral

En los casos siguientes no se exige la autorización para trabajar, pues se consideran lo suficientemente cualificados como para conceder la residencia independiente, sin perjuicio de que los correspondientes beneficiarios pretendan trabajar y soliciten la autorización conforme a lo arriba prescrito:

(a) El cónyuge no separado y el hijo o menor llegado a la mayoría de edad que hayan residido en España durante cinco años (arts. 41.1 y 4 RLOE y 15.1 de la Directiva). En el mismo sentido, el plazo de cinco años también es el establecido con carácter general en Francia⁸³³.

(b) El cónyuge, por ruptura de vínculo y acreditación de al menos dos años de convivencia en España (artículo 16.3 LOE y art. 41.2.*a*) RLOE). El régimen francés es idéntico en caso de ruptura de la vida en común: si es anterior a la expedición del permiso al cónyuge, puede ser denegado y si se da en el transcurso de los dos años posteriores a la expedición, el permiso del cónyuge puede ser objeto de retirada o denegación de renovación, salvo que la ruptura se deba a violencia doméstica, motivo por el cual puede concederse la renovación⁸³⁴. Turpin considera que estas condiciones son adecuadas, por cuanto la libertad de matrimonio no implica la de divorcio o de separación y ningún principio o regla de valor constitucional garantiza

⁸³³ Artículos 14 y 29 de la ordenanza núm. 45-2658 de 2 de noviembre de 1945, sobre reagrupación familiar, reformados por *Loi núm. 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité* (JO 27 novembre 2003).

⁸³⁴ *Ibid.*

el mantenimiento o renovación de un permiso de residencia si dejan de darse las condiciones que lo motivaron.⁸³⁵ Por otra parte, el error del artículo 41.2.a) RLOE por el que se considera roto el vínculo “por separación de derecho o divorcio”, permite considerar ampliado el ámbito personal del supuesto a los cónyuges separados de derecho.

(c) El cónyuge víctima de violencia doméstica con orden de protección dictada a su favor (artículo 19.1 LOE). En el Reglamento se dice “violencia de género” y “orden judicial de protección” (art. 41.2.b) RLOE). El Código Penal recoge este supuesto en dos artículos, 153.1 y 173.2: el primero, relativo a la violencia física en el ámbito familiar⁸³⁶, es particularmente favorable para la mujer, a pesar de incluir también la “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”. El segundo, en sede de tratos degradantes, se refiere al que habitualmente ejerza violencia física o psíquica⁸³⁷.

(d) El cónyuge, por causa de muerte del reagrupante (art. 41.2.c) RLOE).

En relación con los supuestos anteriores de cónyuge que obtiene residencia independiente, los demás familiares reagrupados, si los hay, para la renovación de su autorización, dependerán del familiar (reagrupante o cónyuge independizado) con el que convivan (art. 41.3 RLOE).

Debería tenerse en cuenta que la Directiva 2003/86/CE permite en su artículo 15, apartado segundo, que los hijos alcancen este derecho sin necesidad de añadir los cinco años de residencia o la autorización de trabajo al requisito de la mayoría de edad. Por otra parte, Álvarez Rodríguez llama la atención sobre la fórmula abierta establecida en el apartado tercero del mismo artículo 15, que compele a los Estados miembros a establecer disposiciones que garanticen la concesión de un permiso de residencia autónomo si concurren circunstancias especialmente difíciles⁸³⁸. Entendemos, sin embargo, que posiblemente se halle satisfecha esta obligación mediante los casos expuestos tanto de separación, si bien de modo erróneo, como de violencia doméstica.

⁸³⁵ D. Turpin, "Les nouvelles lois sur l'immigration et l'asile dans le contexte de l'Europe et la mondialisation", cit., p. 338.

⁸³⁶ *Vid. supra* Capítulo VIII, apd. III.

⁸³⁷ *Ibid.*

⁸³⁸ 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. 50-51.

De cualquier modo, dada la exigencia legal de obtener autorización de residencia y trabajo independiente por parte del reagrupado para poder reagrupar, todas las vías de acceso a la residencia independiente sin la de trabajo arriba enumeradas impiden la posibilidad de reagrupar. Por tanto, el familiar reagrupado que acceda a la residencia independiente y desee, a su vez, reagrupar, deberá obtener la correspondiente autorización de trabajo. Para tal fin, puede considerarse satisfecho el derecho de acceso al trabajo expresamente reconocido a los familiares en el artículo 14.1.b) de la Directiva 2003/86/CE mediante el ya comentado trato más favorable conferido a los mismos en el régimen de la LOE y el RLOE. Sin embargo, Álvarez Rodríguez, basándose en la poca nitidez del derecho en la legislación española, cree posible detectar una eventual contradicción con el Derecho comunitario⁸³⁹.

Por otra parte, si bien no es necesario, como hemos visto, que haya transcurrido un año de residencia legal reagrupado en España para poder pedir la modificación de la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena o propia (art. 96.1 y 3 RLOE), sí que deberá pasar un año desde la modificación hasta la renovación de la autorización de residencia, plazo general que no puede omitirse para poder solicitar reagrupación, por cuanto se exige no sólo haber residido un año sino también estar autorizado para residir otro año más como mínimo. Esto sólo puede conseguirse con una renovación, pues durante la vigencia de la autorización de residencia y trabajo se cumpliría el año pero no se podría garantizar más que unos meses en el futuro. Sobre este extremo, comenta López Barba el caso del ascendiente reagrupado que acceda a la residencia permanente como único que no precisa autorización de residencia y trabajo, pero también reconoce las dificultades prácticas del supuesto, como la de que el ascendiente fue reagrupado precisamente por depender económicamente del reagrupante⁸⁴⁰. Por tanto, tiene que haber incrementado su patrimonio en España y no precisamente por una actividad laboral.

La única alternativa a ese itinerario reglamentario sería la de permanecer un año en situación de residencia por reagrupación o reagrupado independiente no

⁸³⁹ *Ibid.*, pp. 51-52.

⁸⁴⁰ E. López Barba, "El ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en el Real Decreto 2393/2004", cit., pp. 202-203.

laboral (teniendo en cuenta que su renovación, dependiente de la del reagrupante, deba producirse pasado más de un año) y solicitar la modificación a residencia y trabajo seguida de la solicitud de reagrupación. Aquí la modificación operaría como renovación por un año y se ganan los meses de residencia reagrupado transcurridos hasta obtener la autorización de trabajo, que no computarían del otro modo. Esta circunstancia sirve, pues, a quien ya dispone de medios y no tiene facilidad de acceso a un empleo, algo que al cabo del año deberá hacer de todos modos.

3. Acceso a la residencia independiente de familiar reagrupado por residente permanente

La vigencia de la autorización de residencia del reagrupado por residente permanente puede oscilar entre cinco años (menos la duración del procedimiento desde la presentación de la solicitud hasta la autorización) y un día, que podría ser en algún caso lo que quede de validez a la tarjeta de identidad del reagrupante en el momento de la autorización, que todavía no sería eficaz, pues faltaría tramitar el visado. De cualquier modo, la vigencia de la tarjeta se prorroga hasta la expedición de la nueva. Aunque de modo confuso, parece que a esos términos quiere referirse el artículo 74.2 RLOE, sobre renovación de la tarjeta de residente permanente, cuando utiliza estos otros: “la validez de la *autorización* anterior hasta la *resolución* del procedimiento”.

Una situación que el Reglamento no prevé y que puede resultar perjudicial para el familiar reagrupado es la de modificar su autorización de “residencia permanente por reagrupación”, por tanto dependiente del reagrupante, a otra de residencia independiente sin perder en el proceso los derechos adquiridos, esto es, las notas que caracterizan la residencia permanente en España: residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles (artículo 32.1 LOE).

Para justificar tal afirmación, debemos recordar que el Reglamento concibe la “autorización de residencia temporal por reagrupación” como única posible, utilizando tales términos para enunciar la segunda sección del capítulo I, sobre residencia temporal, del título IV, sobre residencia, además del artículo 42 en sus apartados primero, sobre solicitud, y quinto, sobre concesión. Se trata de insistir en lo ya apuntado más arriba en sede de vigencia de la autorización, pues según el artículo

18.3 LOE, “la duración será igual al período de validez de la autorización” del reagrupante, no de la tarjeta del reagrupante, como indica el artículo 42.7 RLOE, aunque también sea ese el sentido que le quiere dar el Ministerio⁸⁴¹. Debe quedar claro que no podemos confundir autorización de residencia permanente, de vigencia indefinida (art. 71 RLOE), con tarjeta de identidad de extranjero de residente permanente, con una caducidad de cinco años, al final de los cuales se solicita otra. Ya hay antecedentes jurisprudenciales en que el Tribunal Supremo ha tenido que anular preceptos del Reglamento anterior por ilegalidad de los mismos⁸⁴² y este supuesto de vigencia también excede lo previsto por la ley en perjuicio de la familia reagrupada. No desistimos de comprobar, desde la perspectiva de la legalidad, las dificultades con que se encuentra el residente “permanente dependiente” para ser “independiente”, pues el proceso reglamentario, insistimos, está concebido exclusivamente para la temporalidad.

Las posibilidades reglamentarias que se nos ofrecen dejan poco lugar a dudas, pues del tenor del artículo 40.2 RLOE se desprende que la mera tenencia de residencia permanente no otorga al ascendiente reagrupado el ejercicio de la reagrupación. Debe haber obtenido “la condición de residente permanente de manera independiente respecto del reagrupante”.

También parece claro que este régimen trate de ser coherente con la eliminación de las reagrupaciones en cadena y que el reagrupante con residencia permanente no podrá, por tanto, constituir una excepción aun cuando suponga menoscabo de derechos en los reagrupados que deseen obtener residencia independiente.

De este modo, cuando cónyuge, hijo llegado a mayor de edad y menor representado en la misma circunstancia (también debemos considerar incluido aquí el menor que al llegar a la mayoría de edad haya estado tutelado por entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva - artículo 72.3.e) RLOE-) se hayan beneficiado durante cinco años de residencia permanente vinculada a la del reagrupante, podrán acceder a la residencia independiente, pero además y directamente por virtud del artículo 72.1 RLOE, con carácter permanente.

⁸⁴¹ *Vid. supra* Instrucciones de 16 de diciembre de 2003, cit.

A pesar del tiempo que transcurre en el itinerario anterior, no debemos olvidar que se dispone de permanencia y trabajo en igualdad con los españoles, frente a la dependencia. Otro tipo de modificación parece incompatible con la condición de residente permanente: para trabajar, no necesita ningún tipo de autorización, que es precisamente lo exigido para obtener la residencia temporal independiente. Puesto que no precisa autorización, sólo cabe pensar, una vez que el familiar ya se encuentra trabajando, en la eventual renuncia a la condición de permanencia para acceder a la temporalidad independiente.

En relación con los supuestos de acceso a la residencia temporal independiente por motivos no laborales, aunque se explicita “podrá obtener”, parece muy probable que el acceso sea forzoso y que el familiar de que se trate no pueda optar, sino que perderá la condición de residente permanente. Se trata, como hemos visto, del cónyuge y los demás reagrupados que de él dependan, por ruptura del vínculo, violencia de género o muerte del reagrupante. Estas circunstancias son adecuadas como base de uno de los motivos de extinción de la autorización de residencia temporal del artículo 75.2 RLOE, mediante resolución motivada, esto es, la desaparición de las circunstancias que sirvieron de base para su concesión, en la letra *c*). Sin embargo, los mismos supuestos no encuentran cabida en los motivos de extinción de la autorización de residencia permanente (artículo 76 RLOE). La Directiva comunitaria tampoco aporta ninguna regla favorable, sino más bien todo lo contrario, al mantenimiento de la residencia permanente de estos familiares que forzosamente, dadas las circunstancias, especialmente la causa de muerte, sería independiente. En efecto, como más arriba hemos podido comprobar, las reglas mínimas de la Directiva otorgan a los familiares un permiso inicial de un año renovable, el acceso al trabajo tras un año y la residencia independiente tras cinco años (arts. 13.2, 14.1, 14.2 y 15.1 de la Directiva).

4. Acceso a la vivienda por parte del reagrupado-reagrupante

Una vez que el reagrupado ya dispone de un empleo que comporte recursos suficientes y consecuentemente, una autorización de residencia independiente, el siguiente requisito específico es el de disponer de vivienda adecuada. Puesto que se trata de extranjeros residentes, tienen derecho, conforme al artículo 13 LOE, a

⁸⁴² STS, Sala Tercera, de 20 de marzo de 2003, *BOE* núm. 117, de 16 de mayo de 2003, cit.

acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles⁸⁴³.

La competencia en materia de vivienda, por virtud del artículo 148.1.3ª CE, recae sobre las Comunidades Autónomas, que regulan los programas de ayudas, mientras que la gestión corresponde a las Corporaciones Locales. Sin embargo, con base en el artículo 149.1.13ª CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de “Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”, el Gobierno español aprobó el Plan Estatal de Vivienda⁸⁴⁴ 2005-2008, del que conviene destacar lo siguiente en relación con el reagrupante y la familia reagrupada:

- Pueden ser beneficiarios los extranjeros residentes, puesto que el objeto del Real Decreto es regular el Plan Estatal, “para favorecer el acceso de los ciudadanos a una vivienda asequible que constituya su residencia habitual y permanente, cuando no puedan satisfacer, mediante un esfuerzo razonable, sus necesidades de una vivienda adecuada, accesible, de calidad y sostenible, en una ciudad habitable que permita el ejercicio de sus derechos de ciudadanía”.
- El RD regula el acceso de los ciudadanos a viviendas en arrendamiento, estableciendo las condiciones que deben reunir los inquilinos, la cuantía y la duración de las subvenciones. Se da un trato preferencial a determinados colectivos como los jóvenes menores de 35 años, las víctimas de la violencia de género y del terrorismo, las familias numerosas, las familias monoparentales y las personas con discapacidad.

⁸⁴³ El derecho de acceso a la vivienda y los alquileres viene reconocido en el Convenio europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador migrante, en su artículo 13.1. y con carácter más general en los artículos 25 DUDH y 11 PIDESC. Con lo dispuesto en el art. 13 LOE, desaparece la posible discriminación que se daría en este derecho respecto de los extranjeros, puesto que el artículo 47 CE establece: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.” *Vid.* M. A. Sánchez Jiménez, "Derechos del ámbito social y económico", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 239-254, especialmente pp. 250-253.

⁸⁴⁴ Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda. *BOE* núm. 166, de 13 de julio de 2005.

- También se ocupa de establecer las condiciones requeridas para poder acceder a viviendas en propiedad de nueva construcción y a viviendas usadas, concretando en cada caso las clases de viviendas protegidas y precios máximos de venta, condiciones de los préstamos convenidos, y las ayudas estatales a la entrada.

En cuanto al título que le habilite, es muy frecuente que se trate del arrendamiento. Poniendo en relación las peculiares circunstancias de acceso a la residencia independiente con este tipo de contrato, podemos elaborar una serie de premisas, a partir de lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos⁸⁴⁵.

El cónyuge se beneficia de un trato específico por parte de la LAU, que además hace extensivo a la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia (art. 12.4):

(a) Si el reagrupante desiste sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con él, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge, si el arrendador le requiere que se manifieste en tal sentido y así lo hace en el plazo de quince días desde el requerimiento (art. 12 LAU).

(b) Si el reagrupante abandona la vivienda sin más, el arrendamiento podrá continuar en beneficio del cónyuge que conviviera con aquél siempre que en el plazo de un mes de dicho abandono, el arrendador reciba notificación escrita del cónyuge manifestando su voluntad de ser arrendatario (art. 12 LAU).

(c) En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida judicialmente⁸⁴⁶. Deberá comunicarlo al arrendador en el plazo de dos meses, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda (art. 15 LAU).

⁸⁴⁵ Vid. Capítulo VII, apd. I.3.B).

⁸⁴⁶ Se remite a los arts. 90 y 96 Cc.

(d) Si fallece el reagrupante arrendador, debiendo notificarlo⁸⁴⁷ en el plazo de tres meses desde la muerte, podrán subrogarse en el contrato (art. 16.1 LAU) no sólo el cónyuge (y los asimilados por la propia LAU, ya mencionados) del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él, sino también: los descendientes del arrendatario que en el momento de su fallecimiento estuvieran sujetos a su patria potestad o tutela, o hubiesen convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes; los ascendientes del arrendatario que hubieran convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes a su fallecimiento; los hermanos del arrendatario en quienes concurra la circunstancia prevista en la letra anterior; las personas distintas de las mencionadas en las letras anteriores que sufran una minusvalía igual o superior al 65 por 100, siempre que tengan una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral con el arrendatario y hayan convivido con éste durante los dos años anteriores al fallecimiento.

III. PROTECCIÓN FRENTE A LA EXPULSIÓN

1. Protección legal

Los únicos supuestos de prohibición legal a la imposición de sanción consistente en expulsar del territorio español se encuentran en el artículo 57, apartados 5 y 6 LOE⁸⁴⁸. En el primer apartado, se detallan los posibles supuestos de exención con carácter individual y justificables de algún modo como demostrativos de especiales vínculos con España, mientras que los del apartado 6 podrían calificarse como de protección de la familia y la salud, aunque Dorado Nogueras y Rodríguez Candela los han denominado “excepciones de residencia segura”⁸⁴⁹. Por otro lado, no mencionamos la protección frente al internamiento de los extranjeros en

⁸⁴⁷ Notificación por escrito del hecho del fallecimiento, con certificado registral de defunción, y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse. (Art. 16.3 LAU).

⁸⁴⁸ F. M. Dorado Nogueras y J. L. Rodríguez Candela, "Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador", en *Comentario sistemático a la ley de extranjería*, coord. por M. Moya Escudero, Comares, Granada, 2001, pp. 833-908. Para un análisis de las normas internacionales relativas a la expulsión, que no afectan a los aspectos familiares ya estudiados, *vid.* A. Pacurar, "Smuggling, detention and expulsion of irregular migrants a study on international legal norms, standards and practices", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (2) 2003, pp. 259-283.

⁸⁴⁹ F. M. Dorado Nogueras y J. L. Rodríguez Candela, "Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador", *cit.*, p. 875. Esta calificación ha tenido eco en otros estudios. M. A. Martínez Cuevas, "La expulsión del extranjero residente y de sus familiares reagrupados en España", en *Rev.Fac.Derecho Univ.Gr.*, núm. 5, 2002, pp. 141-173.

estas condiciones, más improbables en supuestos de familias reagrupadas, que raramente se producen. La generalidad de los casos consiste en la detención cautelar, por un período máximo de setenta y dos horas, prevista por el artículo 61.1.d LOE, pero normalmente no se llega al internamiento preventivo, por un período máximo de cuarenta días, en un centro de internamiento, previsto en el mismo artículo y siguientes de la LOE, puesto que debe ser autorizado judicialmente mediante auto motivado, previa audiencia del interesado y atendidas las circunstancias concurrentes y “en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes” (art. 62.1 LOE)⁸⁵⁰.

A) Especiales vínculos con España

Para poder aplicarse la exención del primer apartado es preciso que los extranjeros, por un lado, hayan cometido alguna de las infracciones sancionables con expulsión, esto es, tipificadas como muy graves⁸⁵¹, salvo la del artículo 54.1.a LOE,

⁸⁵⁰ *Vid. in extenso*, sobre diferentes regímenes de este tipo de detención administrativa, D. Wilsher, "The Administrative Detention of Non-Nationals Pursuant to Immigration Control: International and Constitutional Law Perspectives", en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 53, (4) 2004, pp. 897-934.

⁸⁵¹ 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 (la comisión de esta infracción no exime de la expulsión).
- 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, 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.

o graves de las previstas en los apartados *a)*, *b)*, *c)*, *d)* y *f)* del artículo 53 LOE⁸⁵², y no suponga una reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza (grave o muy grave)⁸⁵³ o, por otro lado, 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. Respecto a los datos estadísticos relativos a este motivo de expulsión, Valenzuela Ratia constata que en 2001 las detenciones de extranjeros en España fueron, en términos relativos, muy superiores a las practicadas a españoles, a la vez que el volumen de extranjeros internados en centros penitenciarios. Por contraste, pero con menor apoyo estadístico, este autor opina que también fue mucho mayor la tasa de victimización en la población extranjera que en la autóctona⁸⁵⁴.

Siguiendo los supuestos de condena, López Muñoz recuerda que la STC 242/1994 indicó que la expulsión no es una pena y recoge la práctica cotidiana en los procesos penales, constatando que se rigen por las normas procesales generales a falta de trámite específico. Así, el Juez de Instrucción, recibido escrito de Subdelegación o Delegación de Gobierno solicitando autorización para expulsar al extranjero, remite 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 años⁸⁵⁵, que no se trate de determinados delitos

⁸⁵² El contenido de las letras mencionadas es el siguiente:

- 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.
- f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

⁸⁵³ La infracción más frecuente es la de encontrarse irregularmente en España (art. 53.a LOE) y, como se ve, puede solaparse, en el transcurso de un año, con otra infracción de carácter leve o muy grave.

⁸⁵⁴ D. Valenzuela Ratia, "La delincuencia de los extranjeros", en *Actualidad Penal*, núm. 20, (mayo) 2003, pp. 527-540.

⁸⁵⁵ A efectos del cómputo, Del Moral García entiende que se refiere a penalidad en concreto, pena efectivamente impuesta. Así, cuando concurren varias penas y todas son inferiores a seis años, aunque su suma supere ese límite, la interpretación pro reo debe primar. A. Del Moral García, "El extranjero

(tráfico ilegal de mano de obra, contra los derechos de los 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 Expulsión⁸⁵⁶. Con mayor profundidad, opina Muñoz Cuesta que, a pesar de la imperatividad del artículo 89.1.1º CP modificado por la LO 11/2003, la sustitución de la pena por expulsión debe ser solicitada por la acusación y el acusado debe conocer tal posibilidad para alegar lo que estime oportuno. Añade además, secundando al Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de julio de 2004, que "parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las circunstancias personales del penado, su arraigo y situación familiar y en función de ellas decretar o no la expulsión"⁸⁵⁷. También Palomar Olmedo, respecto a la misma Sentencia, aboga por una interpretación del artículo 89.1 CP teleológica y de conjunto que exige la participación y la presencia del condenado y de las circunstancias que el mismo pueda alegar en orden a la sustitución o no de la pena impuesta⁸⁵⁸. De cualquier modo, conviene concluir, a este respecto, con lo observado por Peris Riera, que debe atenderse al hecho de que situaciones personales tan distintas como la del extranjero que vive en España con su familia de modo relativamente estable y socialmente integrado, y la del que está totalmente desarraigado, sólo podrán ser valoradas por el Ministerio Fiscal, a efectos de instar o no la expulsión, o por los Jueces o Tribunales en el obligado trámite de audiencia. De no ser así difícilmente podrá tener el extranjero un régimen ordinario de libertad condicional"⁸⁵⁹.

ante el orden penal", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (jurisprudencia y formularios)*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 705-726.

⁸⁵⁶ M. J. López Muñoz, "La incidencia de la jurisdicción en el procedimiento de expulsión de extranjeros que hayan cometido delitos en España", en *Actualidad Penal*, núm. 22, 2003, pp. 565-580.

⁸⁵⁷ 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", cit., pp. 15-18.

⁸⁵⁸ A. Palomar Olmeda, "Los derechos de los extranjeros: Un filón para la jurisprudencia", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 637, 2004, pp. 1-9.

⁸⁵⁹ J. M. Peris Riera, "El Derecho Penal y la condición de extranjero: auténtica contradicción entre principios de tutela y tratamiento político criminal agudizada con la denominada Ley de Extranjería", en *Revista Xurídica Xeral*, núm. 3, 2002, pp. 53-60.

Además de que las conductas y las condenas descritas conviertan al extranjero en expulsable, una resolución administrativa en tal sentido, basada únicamente en el artículo 57 LOE, que es el que hace posible la sustitución de la sanción de multa por la de expulsión, carecería de la suficiente motivación y sería nula. Se trata de una cuestión pacífica en la doctrina que, como aprecia Tolosa Tribiño, está siendo paulatinamente acogida por los tribunales⁸⁶⁰. Debe, por tanto, fundamentarse el proceso lógico que ha conducido a imponer la sanción proporcionalmente más gravosa, “con lo que la motivación no actúa sino como elemento de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario”⁸⁶¹.

Los extranjeros que cumplan las condiciones prescritas deberán encontrarse además en alguna de las siguientes situaciones:

(a) Nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años. Si bien el extranjero no ha ostentado la nacionalidad ni la adquiere por *ius soli*, el legislador otorga así al lugar de nacimiento cierto reconocimiento de vínculo.

(b) Residentes permanentes. Este caso puede afectar directamente a la familia reagrupada y por tratarse de un reagrupante en tal situación, la condición más frecuente será la de condenado a pena privativa de libertad superior a un año, puesto que ya no puede encontrarse irregularmente en territorio español.

(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. Ya hemos visto que se trata, en este último supuesto, del único asidero reglamentario para los extranjeros en situación irregular que tratan de acceder a la regularidad siguiendo el itinerario de inserción social exigido para alcanzar la autorización por arraigo del

⁸⁶⁰ C. Tolosa Tribiño, "Problemas actuales en la jurisprudencia en materia de regulación de la situación de los extranjeros en España", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, (marzo) 2004, pp. 141-162.

⁸⁶¹ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de San Sebastián, de 4 de julio de 2005, procedimiento abreviado núm. 7/05, FJ 4º.

artículo 45.2.b) RLOE. Los demás responden a las prestaciones propias de la Seguridad Social, descritas más abajo en el ámbito de los derechos sociales.

La conclusión es clara: los supuestos que quedan exentos de expulsión conforme a esta disposición, no dejan por ello de ser sancionados, correspondiendo la multa que se establezca graduada y determinada su cuantía siguiendo los criterios del artículo 55 LOE⁸⁶². Sin embargo, en el caso de los beneficiarios de prestaciones económicas, no va a suceder de ese modo, puesto que la sanción pecuniaria no podrá hacerse efectiva: no puede embargarse una prestación de las características apuntadas⁸⁶³. Por tanto, el extranjero no es expulsado ni multado ni puede obtener autorización de residencia en tanto no cumpla los requisitos del arraigo “social”, principalmente el plazo de tres años, en el que conservará su situación de irregularidad administrativa.

B) Protección de la familia y la salud de la madre

Los supuestos del apartado 6 tienen en común que no se les impone condición alguna a las conductas que constituyan causa de expulsión y son dos: familiares (cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo) del extranjero sometido a alguna de las situaciones señaladas anteriormente que hayan residido legalmente en España durante más de dos años y las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

Ya hemos comentado brevemente el caso de las mujeres embarazadas en sede de arraigo, considerando ahora que, además de la salud, se está protegiendo una situación potencialmente familiar y, por tanto, merecedora del trato privilegiado que se le otorga. En relación con el grupo de familiares beneficiarios de la exención de expulsión, varias cuestiones se plantean:

(a) El alcance del ámbito personal no se corresponde con el de los familiares reagrupados puesto que deberían considerarse incluidos los menores e incapaces representados legalmente y cualquier familiar reagrupado, puesto que parece que

⁸⁶² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 519/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 30 mayo, ya comentada en el apartado dedicado al arraigo.

⁸⁶³ J. L. Gómara Hernández, E. Azparren Jover, E. De la Iglesia Palacios y D. Agorreta Ruiz, *Prontuario de Extranjería*, cit., p. 502.

todos los enumerados deben estar a cargo y eso sólo se exige en la reagrupación a los hijos de uno solo de los cónyuges y a los ascendientes.

(b) Si deben haber residido legalmente en España durante más de dos años y su reagrupante debe encontrarse en alguno de los supuestos anteriores, puesto que la infracción es individual, sólo queda la opción de que también estos familiares hayan sido condenados a más de un año de prisión o cometido cualquier infracción susceptible de expulsión. No se extiende 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 pelagra la permanencia en España.

(c) Sólo tiene sentido la cautela del apartado 6 si se interpreta “las situaciones señaladas anteriormente” como referido a los supuestos considerados aisladamente, a modo de estatutos privilegiados del extranjero pero sin llevar aparejada la condición de infractor. De este modo, si un residente reagrupado que ha residido más de dos años en España, familiar de reagrupante con residencia permanente (o con residencia temporal y beneficiario de prestación económica), participa en una actividad gravemente contraria al orden público, sólo podrá ser sancionado con una multa.

2. Protección jurisdiccional

La protección que puede darse en la materia por parte de juzgados y tribunales se presenta mayoritariamente en procedimientos sancionadores en que la expulsión se suspende, se anula o se sustituye por multa cuando existe arraigo familiar demostrado, por tanto, siempre en torno a situaciones de irregularidad o comisión de delitos.

Los supuestos de irregularidad ya han sido comentados al abordar la autorización por arraigo, junto con los casos, ya inviables, de exención de visado. Por tanto, en cuanto a los pronunciamientos, sólo queda comentar alguno de expulsión por delitos.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 23 octubre 1998, RJ 1998\9458, considera probada la ausencia de convivencia que supone, en ese momento, el fin de una autorización de residencia dependiente del recurrente, además de una conducta contraria al orden

público, merecedora de la denegación de permiso, diferente del procedimiento de expulsión incoado al mismo recurrente, que pertenece a otro expediente y sobre el que no debe pronunciarse. De este modo, se refiere a la tenencia por parte del recurrente de varios negocios declarando que este pudo y debió invocar otra razón distinta de la reagrupación familiar para obtener el permiso que solicitaba (FJ 2º). Por otra parte, el Alto Tribunal declara probado, conforme a informes policiales, que la conducta del recurrente ha perturbado el ejercicio de los derechos del ciudadano reconocidos por las leyes y ha alterado la seguridad pública, la paz pública y la convivencia social (FJ 3º).

Si en el anterior supuesto se tienen en cuenta los numerosos antecedentes policiales, en otras Sentencias se refleja la difícil aplicación de expulsión cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza. De este modo en la Sentencia núm. 51/2004 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de enero (recurso núm. 142/01), anula una resolución sancionadora que no tuvo en cuenta una declaración judicial de inocencia posterior en el procedimiento penal que había fundamentado la expulsión. Según declara el Tribunal, al no aplicar el necesario efecto retroactivo, la resolución sancionadora infringió la garantía de tipicidad infractora establecida en el artículo 25.1 de la Constitución: si se ha declarado judicialmente la inexistencia de indicios racionales de criminalidad en la actuación del recurrente a las correspondientes diligencias penales, la misma actuación ya no puede constituir prueba de cargo sobre la comisión de la infracción de participación en la realización de actividades ilegales imputadas.

CAPÍTULO XII. MECANISMOS JURÍDICOS PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD MATERIAL DE LA FAMILIA REAGRUPADA

Después de haber analizado el estatuto de la familia reagrupada, conviene detenerse en el análisis de ciertos derechos que, como hemos mencionado al incoar esta Parte Quinta, son determinantes en cuanto al grado de integración que puedan alcanzar los extranjeros en el Estado de acogida, cuestión elevada al reconocimiento institucional por Coussey, Presidenta del Grupo de Especialistas en Integración y Relaciones Comunitarias del Consejo de Europa⁸⁶⁴. Desde una perspectiva familiar y en el territorio español, estos derechos, además de los inherentes al estatuto del reagrupado, analizados en el capítulo anterior, son los de libre circulación, educación, acceso a la nacionalidad y los derechos sociales, separados en las categorías de asistencia sanitaria, prestaciones contributivas y no contributivas de la Seguridad Social, así como prestaciones básicas de los servicios sociales. Finalizaremos recogiendo algunas propuestas relativas a las medidas que deberían aplicarse en todo el Estado español por parte de las diferentes Administraciones Públicas, concretamente las que guarden una relación más clara con la familia reagrupada. Por ello, tanto derechos como propuestas de medidas merecen ser calificados con carácter amplio como mecanismos jurídicos para garantizar la seguridad material de la familia reagrupada.

I. DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN

Ley. El artículo 5 LOE permite, en el territorio español, la libre circulación y la elección de residencia a los extranjeros "que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley". Este tenor parece referirse sólo a los extranjeros que residan legalmente en España, excluyendo implícitamente la posibilidad de considerar a todos los extranjeros que se hallen en el país independientemente de su situación administrativa. Apoya esta presunción la toma en consideración del tenor más directo que tenía el artículo 6 de la derogada LO 7/85,

⁸⁶⁴ M. Coussey, *Marco para las políticas de integración*, Conferencia sobre Diversidad y Cohesión. Consejo de Europa, Namur, 7-9 septiembre de 2000.

que reconocía este derecho a “los extranjeros que se hallen legalmente en territorio español”. De este modo, podrían incluirse también aquellos extranjeros que se han acogido a los sucesivos procesos extraordinarios de regularización habidos hasta la entrada en vigor del actual Reglamento. Si no fuera así, constituirían un *tertium genus*, por tratarse de un colectivo que no se halla “en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley”.

De cualquier modo, la familia reagrupada es beneficiaria de este derecho, que internacionalmente se recoge en el artículo 13 DUDH y el artículo 12.1 PIDCP. En el ámbito comunitario, el artículo 19 CAS también lo reconoce mientras dure la autorización de estancia. La titularidad del derecho queda confirmada por la interpretación que el Tribunal Constitucional hace del artículo 19 CE, para el caso de los extranjeros extracomunitarios, en su Sentencia 72/2005, de 4 de abril de 2005. Aunque su pronuncia concretamente sobre el carácter no fundamental del derecho a entrar en España para los extranjeros, el Tribunal Constitucional aborda primero la extensión de la titularidad a los extranjeros en su FJ 5º: “El art. 19 CE reconoce a “los españoles” cuatro derechos fundamentales distintos: el derecho a elegir libremente su residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar en España y el derecho a salir libremente del territorio nacional. A pesar de que el tenor literal del mencionado precepto constitucional alude de forma expresa únicamente a los ciudadanos españoles como titulares de dichos derechos fundamentales, la jurisprudencia de este Tribunal ha declarado que de dicha regulación no puede extraerse la conclusión de que los extranjeros no puedan ser titulares de derechos fundamentales garantizados en la mencionada norma constitucional: “la dicción literal del art. 19 CE es insuficiente porque ese precepto no es el único que debe ser considerado; junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el art. 13 CE” [SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 2; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4, y 169/2001, de 16 de julio, FJ 4 a)], cuyo apartado 1 dispone que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

Quedan establecidas además una serie de medidas limitativas a este derecho, distribuidas en los dos párrafos del artículo 5:

(a) Las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes. El Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos reconoce este derecho, en su artículo 12.1, a “toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado”. Como se ve, aunque no distingue entre nacionales o extranjeros, sí impone el requisito de la legalidad, además de establecer, en el tercer párrafo, una serie de condiciones para legitimar las limitaciones, pudiendo ser consideradas como las “clásicas” en que viene a inspirarse el legislador español. Son las siguientes: que la medida se halle prevista en la ley; que sea necesaria para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas; que sea necesaria para proteger los derechos y libertades de terceros; que sea compatible con los demás derechos reconocidos en el Pacto.

(b) Las acordadas por la autoridad judicial. Debe tratarse de alguno de los siguientes supuestos: con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en los que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme.

(c) Las específicas que se acuerden en la declaración de estado de excepción o sitio en los términos previstos en la Constitución⁸⁶⁵.

(d) Las adoptadas por resolución del Ministro del Interior conforme a las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. Deben cumplir las siguientes condiciones: excepcionales por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso; su duración no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas; podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.

Reglamento. Ya hemos visto en sede de extinción de autorizaciones cómo uno de los motivos era el de la ausencia del territorio español a partir de un tiempo determinado. De este modo, lo establecido en los artículos 75.2.f y 76 RLOE permite averiguar el plazo máximo permitido a los extranjeros para permanecer fuera de España:

(a) Si la autorización es de residencia temporal, disponen de hasta seis meses en un año, salvo trabajadores cooperantes de ONGs declaradas de utilidad pública y estudiantes beneficiarios de programas de la Unión Europea dentro del territorio de la propia Unión.

(b) Aquellos autorizados a residir permanentemente, pueden ausentarse hasta doce meses consecutivos o más de treinta meses en el cómputo global de los cinco años de residencia.

Libre circulación intracomunitaria. También hemos constatado que la fiscalización de movimientos internacionales dentro del territorio comunitario se hace depender del propio extranjero nacional de país tercero que ejerza su derecho a viajar por la Unión, puesto que el artículo 22 CAS le impone la obligación de realizar una declaración personal, , bien a la entrada o bien, en un plazo de tres días hábiles a partir de la entrada, dentro del territorio de la Parte contratante en la que entren, a elección de cada Estado parte en el Espacio Schengen. La posibilidad de control en la propia frontera ha sido muy criticada, pues a juicio de Blázquez Rodríguez funciona “en la práctica como un control de los que precisamente se intenta suprimir”⁸⁶⁶.

Esta obligación de control por parte de los Estados relativa a la declaración de presencia se convierte en disposición facultativa con el nuevo régimen previsto por la Propuesta de Directiva sobre las condiciones en las que los nacionales de terceros países pueden viajar libremente en el territorio de los Estados miembros. Tal posibilidad se recoge en el artículo 14 de la Propuesta que además, elimina el control en la entrada y amplía el plazo a siete días⁸⁶⁷. Con base en este régimen y para los familiares residentes en España, el límite para viajar libremente por la Unión es de

⁸⁶⁵ Los estados de excepción o de sitio están previstos en el artículo 55 de la Constitución y desarrollados por la LO 4/81, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio (BOE de 5 de junio de 1981).

⁸⁶⁶ I. Blázquez Rodríguez, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, cit., p. 149.

⁸⁶⁷ Propuesta de directiva del Consejo relativa a las condiciones en las que los nacionales de terceros países pueden viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a tres meses por la que se introduce una autorización específica de viaje y por la que se fijan las condiciones de entrada para desplazamientos de una duración no superior a seis meses. COM (2001) 388 final, DOCE núm. 270, de 25 de septiembre de 2001. Su art. 14.1 establece que los Estados “podrán imponer a las personas beneficiarias de la presente Directiva, la obligación de declarar su presencia ante una autoridad que se encuentre dentro de su territorio dentro de un plazo de siete días hábiles”.

tres meses, puesto que el umbral de seis implica una autorización específica, muy similar al visado de corta duración⁸⁶⁸.

*Residentes permanentes: eficacia directa de la Directiva*⁸⁶⁹ a partir del 23 de enero de 2006. Si bien podríamos remitirnos en bloque al epígrafe dedicado a los residentes de larga duración en el ámbito del Derecho de extranjería comunitario, conviene advertir que de no producirse la necesaria transposición, el plazo máximo permitido para la ausencia de los residentes permanentes se verá sustituido, en cuanto a la ausencia por residencia en otro Estado miembro, por lo establecido en la Directiva, que sólo establece el mínimo de más de tres meses para poder referirse a la residencia “en el territorio de otros Estados miembros diferentes del que les haya concedido el estatuto de residencia de larga duración” (art. 14.1 de la Directiva 2003/109/CE). Únicamente el artículo 21.2 de la Directiva permite al segundo Estado miembro una limitación de doce meses de carácter laboral para los trabajadores por cuenta ajena o propia⁸⁷⁰. Por otra parte, para poder residir en un segundo Estado, sólo se deberá obtener previamente el estatuto de residente de larga duración, cuyas condiciones ya cumple cualquier residente permanente en territorio español. Desde ese momento, puede solicitar el oportuno permiso y también los miembros de su familia, que tendrán uno de idéntica duración al del residente de larga duración. Sin embargo, los derechos de los familiares en el segundo Estado serán los mismos que se especifican en la Directiva sobre reagrupación familiar⁸⁷¹.

II. DERECHO A LA EDUCACIÓN

Los textos internacionales reconocen este derecho a toda persona y establecen el deber de que la enseñanza primaria sea obligatoria y gratuita, la secundaria sea generalizada y el acceso a la superior sea igualitario y según los méritos. En relación

⁸⁶⁸ I. Blázquez Rodríguez, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, cit., p. 157.

⁸⁶⁹ Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, DOCE L 16 de 23 de enero de 2004.

⁸⁷⁰ Art. 21.2 de la Directiva 2003/109/CE: “Los Estados miembros podrán establecer que las personas mencionadas en la letra a) del apartado 2 del artículo 14 tengan acceso limitado a las actividades laborales distintas de aquellas por las que se les ha concedido su permiso de residencia, con arreglo a las disposiciones de la legislación nacional y durante un período que no podrá ser superior a 12 meses”.

⁸⁷¹ Art. 21.3 de la Directiva, que remite al art. 14 de la Directiva sobre reagrupación. *Vid. supra* Capítulo III, apd. I.5.B), b), también para los requisitos adicionales en la solicitud de permisos y las condiciones de igualdad de trato del reagrupante-residente de larga duración.

con los apartados 2, 3 y 4 del artículo 9 LOE, en que el derecho se reserva a los extranjeros residentes o se delega en la discrecionalidad administrativa, los textos internacionales reconocen el derecho a la educación a “toda persona”: artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos de 1966, artículo 2 del Protocolo Adicional de 20 de marzo de 1952 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950⁸⁷² y artículo 28 CNUDN. El artículo 27 CE, entre otros aspectos, también reconoce el derecho a “todos” y dispone la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica. El artículo 9 LOE en sus cuatro primeros apartados, desarrolla el reconocimiento del derecho en sus vertientes obligatoria y voluntaria, así como la relativa a su integración social.

Acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. El primer apartado recoge el dictado del artículo 27.e CE y entiende por tal enseñanza el derecho y deber a la educación que tienen todos los extranjeros menores de dieciocho años en las mismas condiciones que los españoles, que comprende además la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas. El artículo 10.3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor reconoce expresamente que “los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación”. Comprende la educación primaria y la educación secundaria obligatoria, que se recibe de los seis a los dieciséis años de edad, pudiendo llegar a los dieciocho⁸⁷³.

Enseñanza no obligatoria. Sólo se reconoce a los extranjeros residentes pero en las mismas condiciones que los españoles (artículo 9.3 LOE). Incluye los siguientes niveles de educación y enseñanza (artículo 7 LOCE), la obtención de las correspondientes titulaciones y el acceso al sistema público de becas y ayudas (artículo 4 LOCE): educación preescolar, que tendrá carácter educativo-asistencial; educación infantil, nivel de enseñanza considerado voluntario, para el que sólo se impone a las Administraciones públicas la garantía de plazas suficientes (artículo 9.2 LOE), con carácter general y gratuito, que abarca de tres a los seis años de edad (artículo 11 LOCE); enseñanzas escolares no obligatorias, esto es, Bachillerato,

⁸⁷² BOE de 12 de enero de 1991.

⁸⁷³ Artículo 9 LOCE (Ley Orgánica 10/2002, de 23 diciembre de Calidad de la Educación, BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2002).

Formación profesional, tanto de grado medio como de grado superior, y enseñanzas escolares de régimen especial (enseñanzas artísticas, de idiomas y deportivas); enseñanza universitaria.

En relación con los hijos reagrupados, todos tienen acceso a estos niveles de enseñanza no obligatorios, que se concretan en la LOCE, en igualdad de condiciones con los españoles. Sólo surge la duda en relación con los menores no residentes, suscitada por el tenor de la DA 14ª RLOE⁸⁷⁴. Ante la crítica que se hace del acceso del menor a la enseñanza no obligatoria que alcanza posteriormente la mayoría de edad como vía de regularización de ilegales, Murillas Escudero defiende esta circunstancia como facilitadora de la integración del inmigrante, amén de ostentar necesariamente un tiempo de permanencia en España. Opina también que el apartado cuarto del artículo 9 LOE no facilita la posibilidad de adaptación e integración de todos los menores inmigrantes por limitarse a los residentes legales⁸⁷⁵.

Enseñanza para la mejor integración social. El artículo 9.4 LOE establece la posibilidad de que puedan recibirla los extranjeros residentes que lo necesiten, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural, debiendo velar por ello los poderes públicos. Podemos entender que la disposición tenga cierta base constitucional en el artículo 27, letra d: “Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

El desarrollo específico de esta enseñanza lo encontramos en el artículo 42 LOCE, el único de la sección dedicada a los alumnos extranjeros dentro del capítulo relativo a la “atención a los alumnos con necesidades educativas específicas”. Concretamente establece que “para los alumnos que desconozcan la lengua y cultura españolas, o que presenten graves carencias en conocimientos básicos, las Administraciones educativas desarrollarán programas específicos de aprendizaje con la finalidad de facilitar su integración en el nivel correspondiente”. El desarrollo de

⁸⁷⁴ Disposición adicional decimocuarta RLOE, sobre acceso de los menores a la enseñanza no obligatoria: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, las Administraciones educativas, en el ejercicio de sus competencias en materia de educación, podrán facilitar el acceso de los extranjeros menores de edad que se hallen empadronados en un municipio a los niveles de enseñanza posobligatoria no universitarios y a la obtención de la titulación académica correspondiente en igualdad de condiciones que los españoles de su edad”.

⁸⁷⁵ J. M. Murillas Escudero, "Menores inmigrantes: aspectos jurídicos", en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 19, 2002, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.

estos programas puede tener lugar en aulas específicas del centro y debe ser simultáneo a la escolarización de los alumnos en los grupos ordinarios, conforme al nivel y evolución de su aprendizaje. También la LOGSE establece con carácter más general el establecimiento de acciones de educación compensatoria para las desigualdades, que en el caso de los menores reagrupados, tienen su causa en el origen geográfico⁸⁷⁶. Por otra parte, se establece la posibilidad de que los alumnos mayores de quince años que presenten graves problemas de adaptación a la Educación Secundaria Obligatoria puedan incorporarse a los programas de iniciación profesional establecidos en la misma LOCE.

Con carácter comparativo, todo lo previsto en España respecto a un eventual refuerzo educativo para la mejor integración, contrasta con los exámenes de integración sobre el idioma y la sociedad neerlandeses que impone Holanda no sólo una vez en su territorio, sino también en los Estados de origen a través de las Embajadas, mecanismo, este último, destinado en la práctica casi exclusivamente a los familiares reagrupables, como destaca Musso Van der Velde⁸⁷⁷.

III. ACCESO A LA NACIONALIDAD

La obtención de la nacionalidad ha sido defendida como un importante instrumento en el itinerario de integración jurídica del extranjero, pudiendo incluso hablarse de última etapa del itinerario, pues el extranjero deja de serlo para convertirse en ciudadano español. En este sentido, Lara Aguado llega a considerar que la nacionalidad constituye un derecho fundamental, apoyándose en el reconocimiento del mismo que se da en el artículo 15 DUDH, en el artículo 24.3.º PIDCP, en el artículo 7 CNUDN y en el artículo 11 CE⁸⁷⁸. Sin embargo, el grupo de extranjeros que, desde esta perspectiva, podría considerarse verdaderamente

⁸⁷⁶ Artículos 63 a 67. Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, *BOE* núm. 238, de 4 de octubre de 1990.

⁸⁷⁷ S. Musso Van der Velde, "Immigrant integration policy: the case of the Netherlands", en *II Encuentro de jóvenes investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo, Barcelona, 17 - 18 de diciembre*, 2004 (publicación de ponencias y comunicaciones del congreso en prensa), disponible en <http://www.pcb.ub.es/idp/esp/recerca/immigra/jovenes/encuentro.htm>.

⁸⁷⁸ A. Lara Aguado, "Nacionalidad e integración social", en *La Ley*, núm. 5694, (D-9 vol. 1) 2003, pp. 1444-1460. Para conocer las causas de la reforma legislativa en materia de nacionalidad, *vid.* A. Álvarez Rodríguez, "Principios inspiradores y objetivos de la nueva reforma del Derecho español de la nacionalidad: las principales novedades de la Ley 36/2002, de 8 de octubre", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, (noviembre) 2002, pp. 47-86.

integrado, es el de aquellos que no han tenido que verse compelidos a renunciar a su nacionalidad de origen, sino que la conservan al adquirir la española. Se trata, como acertadamente apunta Rodríguez-Drincourt Álvarez, de los beneficiarios de la doble nacionalidad. El autor considera lo que denomina la binacionalidad como una interesante vía de integración de los inmigrantes, concluyendo que “Estados como Suecia y Holanda, que tienen las políticas más progresistas en materia de extranjería, tienen también la proporción más alta de naturalizaciones en relación al número de residentes extranjeros”. También defiende la nacionalidad como concepto de Derecho Público estatal cuya "privatización es, sobre todo, consecuencia de su efecto en el ámbito civil nacional e internacional y sólo en este sentido es un problema de Derecho Internacional Privado"⁸⁷⁹. Antes de conocer los supuestos de auténtica integración por la nacionalidad, será conveniente ver los modos típicos de acceso a la misma por parte de los extranjeros en España, teniendo en cuenta la familia reagrupada.

1. Nacidos en España de padres extranjeros

En España, el acceso a la nacionalidad viene regulado legalmente, por previsión constitucional del artículo 11 CE, en el Código Civil, artículos 17 a 26. En el primer artículo, se recogen dos posibilidades para ser “españoles de origen”: la primera atiende a los denominados “inmigrantes de tercera generación” que, conforme a la letra *b* del artículo 17, serán españoles “los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España”⁸⁸⁰. Sería el supuesto más alejado de la familia reagrupada: el reagrupante tiene un hijo en España (o bien es hijo reagrupado con cónyuge extranjero nacido en España), el cual tendrá prole a la que se le podrá aplicar esta regla.

La otra posibilidad, la de los “inmigrantes de segunda generación”, es la de la letra *c*): “los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad”. El legislador sigue aquí el criterio del *ius soli* para evitar la apatridia del recién nacido. Se trata del supuesto de hijos nacidos en territorio español en el

⁸⁷⁹ J. Rodríguez-Drincourt Álvarez, "La nacionalidad como vía de integración de los inmigrantes extranjeros", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 103, (enero-marzo) 1999, pp. 171-186.

⁸⁸⁰ Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España.

seno de la familia reagrupada. Las alternativas posibles, siguiendo a Carrascosa González⁸⁸¹ y a Sánchez Jiménez⁸⁸², son:

(a) Los padres son apátridas: presunta nigeriana no reconocida por la Embajada (le deniegan expedición de pasaporte - RDGRN 2ª de 18 de enero de 2003), palestinos, cuando España no reconocía el Estado (RDGRN 3ª de 15 de abril de 2002), saharauis (RDGRN 1ª de 12 de marzo de 2001). También se han dado casos en que se combinan esta posibilidad y la siguiente: el padre es apátrida –palestino- y la ley nacional de la madre –jordana- no le atribuye nacionalidad en esta situación, aunque con carácter general rige la nacionalidad *iure sanguinis*, incluso en este caso, de padre con nacionalidad desconocida, si el hijo hubiera nacido en Jordania (RDGRN 2ª de 22 de marzo de 2004).

(b) Los padres deben probar mediante certificado del Consulado que la ley nacional de los mismos no atribuye al hijo una nacionalidad en el momento del nacimiento⁸⁸³, aunque permita adquirirla con posterioridad (RDGRN de 25 de septiembre de 2004). Gracias a los pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sabemos que, conforme a las leyes extranjeras comprobadas en cada momento, son españoles de origen los hijos nacidos en España de padres nacionales de los siguientes Estados: Argentina, RDGRN 2ª de 13 de febrero de 2004; Bolivia, RDGRN 1ª de 13 de febrero de 2004; Cabo Verde, RDGRN 1ª de 4 de marzo de 2003; Chile, RDGRN 2ª de 11 de abril de 2002; Colombia, RDGRN 2ª de 9 de febrero de 2005 (en 2001 fueron 1.443 los nacidos de padre y madre colombianos, sólo superados en nacionalidad extranjera coincidente de los progenitores por Ecuador y Marruecos⁸⁸⁴); Cuba, RDGRN 2ª de 26 de marzo de 2003; Paraguay, RDGRN 2ª de 1 de noviembre de 2003; Perú, RDGRN 3ª de 19 de marzo de 2004; Uruguay, RDGRN de 15 de diciembre de 1992. También son españoles, pero con peculiaridades, los relacionados con estos otros Estados: Ecuador, si los padres no se

⁸⁸¹ J. Carrascosa González, "Parte Primera. Derecho español de la nacionalidad", en *Sistema español de derecho de nacionalidad y extranjería*, J. Carrascosa González y M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2002, pp. 15-90, especialmente pp. 44-48.

⁸⁸² M. A. Sánchez Jiménez, "El *status* jurídico del hijo de extranjeros nacido en España. Nacionalidad y normativa de extranjería", en *Anales de Derecho de la Facultad de Murcia*, núm. 22, 2004, pp. 223-237.

⁸⁸³ Este requisito temporal responde a lo dispuesto por el artículo 7 de la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño (*BOE* núm. 313 de 31 de diciembre de 1990), que reconoce al niño el derecho a la nacionalidad desde que nace.

⁸⁸⁴ Observatorio Permanente de la Inmigración, *Anuario Estadístico de Extranjería 2003*, cit., pp. 544-545.

hallan transitoriamente en España, para lo cual su estancia fuera de Ecuador no puede calificarse de transitoria, en caso de hallarse empadronados (RDGRN 4ª de 23 de abril de 2004), destacable además por el elevado número de supuestos en España, con 4.370 nacidos en 2.001 de padre y madre ecuatorianos⁸⁸⁵; Santo Tomé, RDGRN 1ª de 4 de marzo de 2003, “a no ser que medie declaración expresa del interesado o de sus representantes legales”; Marruecos, sólo en determinados casos excepcionales, como el de no reconocimiento de la paternidad del hijo por parte del padre según su ley nacional (RDGRN 5ª de 10 de septiembre de 2002) o el de matrimonio civil en España (RDGRN 8ª de 16 de septiembre de 2002), igual que el hijo no matrimonial (RDGRN 1ª de 13 de diciembre de 2002), ambos sin efectos en la ley nacional, que sólo reconoce la nacionalidad marroquí al hijo de matrimonio islámico. Sin embargo, el criterio general es el de *ius sanguinis* (RDGRN de 1 de junio de 2001), incluso cuando el padre sea desconocido (RDGRN 3ª de 26 de enero de 2005), siendo relativamente importante el número de nacidos en España de madre marroquí y padre desconocido⁸⁸⁶.

Estas soluciones relacionadas con la ley personal, especialmente en el caso de no reconocimiento de la paternidad, según Carrascosa González y Sánchez Jiménez pueden fomentar los fraudes, instrumentalizando la forma de crear la familia para conseguir la nacionalidad española del hijo.

2. Consolidación, opción y carta de naturaleza

Consolidación de la nacionalidad. Conforme al artículo 18 Cc, “la posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó”. Esta posibilidad viene siendo esgrimida por los extranjeros procedentes del Sahara (RDGRN 1ª de 3 de febrero de 2005).

Opción. Siguiendo el tenor del artículo 20 Cc, son destacables, por su aplicabilidad a la familia reagrupada, algunos de los supuestos en que los extranjeros

⁸⁸⁵ Observatorio Permanente de la Inmigración, *Anuario Estadístico de Extranjería 2003*, cit., p. 545.

⁸⁸⁶ En el año 2001 fueron 120, sólo superados por los de madres nacionales de Ecuador (339) y Colombia (253). Sin embargo, el número de nacidos en España de padre y madre nacionales de Marruecos (6.001), supera a todos los demás grupos. Observatorio Permanente de la Inmigración, *Anuario Estadístico de Extranjería 2003*, cit., pp. 544-546.

tienen derecho a optar por la nacionalidad española: los hijos reagrupados pueden optar cuando el progenitor adquiere la nacionalidad, pues están o han estado sujetos a su patria potestad (artículo 20.1.a Cc), RDGRN 4ª de 9 de febrero de 2004; el hijo cuya filiación, incluida la adopción, se determina siendo mayor de dieciocho años, puede optar en el plazo de dos años desde aquella determinación (artículos 20.1.c Cc en relación con 17.2 Cc y 19.2 Cc).

Carta de naturaleza. Se trata de un supuesto de carácter extraordinario, no originario y discrecional, otorgado mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales (artículo 21.1 Cc).

3. Residencia

Supuestos generales. El modo más habitual de adquisición de la nacionalidad por parte de los extranjeros es el de la residencia (artículos 21.2 y 22 Cc), que debe ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición, en la que, además, debe justificar buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española. Los plazos de residencia varían según los casos: el plazo general es de diez años; si ostenta la condición de refugiado, cinco años; los nacionales de países iberoamericanos (un puertorriqueño también, RDGRN 2ª de 16 de febrero de 2004), Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal y sefardíes sólo deben esperar dos años. A este respecto, en España la nacionalidad está concediendo mayoritariamente a los extranjeros procedentes de Marruecos, con 6.827 del total de 26.556 concesiones de 2003, seguido por los países iberoamericanos, entre los que destacan Perú (2.932), República Dominicana (2.639), Ecuador (1.951), Colombia (1.802), Cuba (1.601) y Argentina (1.015)⁸⁸⁷.

Lara Aguado lamenta que con la reforma de la Ley 36/2002, no se haya incluido en el grupo de extranjeros especialmente vinculados con España a los moriscos y los saharauis, además de los nacionales de la UE, recogiendo respecto a estos últimos la crítica que ya avanzara Fernández Rozas en 1987, sobre que los ciudadanos comunitarios que deseen adquirir la nacionalidad española, deben someterse al plazo general de diez años de residencia⁸⁸⁸. Sin embargo, sí es clara la preocupación del legislador por los derechos de los emigrantes y sus hijos, respecto

⁸⁸⁷ Observatorio Permanente de la Inmigración, *Anuario Estadístico de Extranjería 2003*, cit., p.527.

tanto a la adquisición como a la pérdida y posterior recuperación de la nacionalidad, que no tratamos aquí⁸⁸⁹.

Finalmente, basta el tiempo de residencia de un año para: el nacido en territorio español; el que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar; el que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud; el que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho⁸⁹⁰; el viudo o viuda de española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho; el nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles.

En relación con supuesto de un año casado con español o española y ausencia de separación legal o de hecho, se puede dar la curiosa situación de un conviviente de hecho, con carácter forzoso por hallarse a la espera del divorcio, que solicita permiso de residencia con exención de visado y durante el proceso en que se sustancian el recurso administrativo contra su denegación, el contencioso-administrativo y el de apelación, contrae matrimonio con español y accede directamente a la nacionalidad. Así sucedió en el caso resuelto por la STS de 10 de noviembre de 1992⁸⁹¹, en que la residencia se presume legal durante el periodo durante el cual se recurre la denegación.

⁸⁸⁸ A. Lara Aguado, "Nacionalidad e integración social", cit., pp. 1444-1460. La obra de Fernández Rozas que cita la autora es *Derecho español de la nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 196.

⁸⁸⁹ R. Peñasco Velasco, "La nacionalidad de los hijos y nietos de emigrantes, según la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 581, 2003, pp. 5-8.

⁸⁹⁰ Sobre el régimen anterior a la reforma de 1981, *vid.* R. M. Riquelme Cortado, *Matrimonio y nacionalidad en Derecho español*, Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, 1981.

⁸⁹¹ STS de 10 de noviembre de 1992 (RJ 8929): "El debido enjuiciamiento de la cuestión controvertida, la conformidad o disconformidad al Ordenamiento jurídico de las Resoluciones de la Delegada del Gobierno en Madrid, que denegaron el permiso de residencia solicitado por doña Sara Valeria B. A., súbdita chilena en el momento en que solicitó el permiso de residencia -27-10-1987-, en la actualidad de nacionalidad española, al haber contraído el 27-2-1991 matrimonio con un español, don Juan Antonio C. G., por no acreditar medios de vida suficientes para el período de residencia solicitado, hace que se deba tener presente, que doña Sara Valeria B. A. había alegado que convivía con un súbdito español, don Juan Antonio C. G., de profesión médico traumatólogo, convivencia cuya situación de hecho se encontraba pendiente de legalizar tan pronto éste obtuviera el divorcio que tenía planteado; constando en acta notarial extendida en Madrid el 17-12-1985 la manifestación hecha por don Juan Antonio C. G., mayor de edad, separado, Médico y vecino de Madrid, calle de Jerónimo Llorente 44, que doña Sara Valeria B. A. de nacionalidad chilena, reside en el domicilio del compareciente, que se responsabiliza de cuantos gastos origine la estancia en España de doña Sara Valeria B. A., tanto de manutención como los de alojamiento, así como en caso de salida de España de

Acceso a la nacionalidad por parte de cónyuges de reagrupante polígamo.

En relación con el plazo reducido de residencia de un año para obtener la nacionalidad concedido al cónyuge con un año de matrimonio al tiempo de la solicitud, conviene tener en cuenta que, en el caso de los polígamos, será trascendente cuál de los cónyuges había reagrupado el ahora español. Como hemos visto en el apartado de los familiares reagrupables, el régimen general de reagrupación familiar permite que el matrimonio poligámico, contrario a nuestro orden público internacional, despliegue ciertos efectos, mediante la flexibilización que ha llevado a hablar de orden público atenuado.

Según el artículo 17.1.a) LOE y el artículo 39.a) RLOE en idénticos términos, es posible reagrupar a cualquiera de los cónyuges, siendo el límite uno y la prueba, que no resida ya con otro en España, conforme al artículo 42.2.f) RLOE y que, caso del “nuevo cónyuge y sus familiares”, acredite la situación de los anteriores en cuanto a vivienda, pensión y alimentos.

Pues bien, si reagrupa al primer cónyuge, el reagrupante, una vez que su naturalización ha sido inscrita en el Registro Civil, debe instar la del matrimonio. El plazo legal de un año empezará a contar desde la efectiva inscripción del matrimonio. El problema surge al reagrupar al segundo cónyuge, porque en el momento de la inscripción del matrimonio, sólo el primero sería admisible, mientras que el segundo se considera nulo y no puede acceder al Registro Civil. A partir de ese momento, el mayor perjuicio ya no reside en la pérdida del plazo privilegiado de un año para obtener la nacionalidad, puesto que será normalmente el mismo que fue para el reagrupante, sino en la peculiar calificación jurídica que se hace de esta situación familiar en España: el reagrupante, a efectos administrativos, constará casado con el segundo cónyuge hasta que adquiera la nacionalidad española y deba inscribir su matrimonio, momento en el cual constará como casado, y separado de hecho, con el primer cónyuge y conviviente en concubinato con el segundo.

los gastos del viaje, manifestando el señor C. G., ante el mismo Notario que extendió la anterior acta, y como continuación de lo manifestado en la misma, en acta 8-9/1987, que convive con doña Sara Valeria B. A. desde el 30-8-1985, encontrándose separado de doña Patricia J. G., estando en trámite su divorcio, siendo su intención casarse en fecha futura con doña Sara Valeria B. A.; figurando empadronados doña Sara Valeria B. A. y don Juan Antonio C. G. en el año 1986 en Madrid, calle Jerónimo Llorente 44, figurando en el referido domicilio, según datos obrantes en el Padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Madrid, doña Beatriz C. B. como «alta por nacimiento», constando su certificación del Registro Civil de Madrid haber nacido el 25-5-1989, siendo su padre Juan Antonio C. G. y su madre Sara Valeria B. A.”

El efecto en el que más puede notarse esta peculiar situación es el de la pensión de viudedad y, en su caso, de orfandad. Sólo a través del Convenio hispanomarroquí de la Seguridad Social⁸⁹² puede dividirse la pensión entre los cónyuges supervivientes en el caso de que se admita, para que puedan aplicarse sus disposiciones, la pervivencia de la nacionalidad marroquí renunciada pero tolerada. Difícilmente se podrá recurrir aquí al juego de la doble nacionalidad, dado que la residencia habitual del causante en territorio español hace que opere la nacionalidad española.

Debemos concluir que, con carácter general, el reagrupante, al naturalizarse, debe renunciar a los efectos reconocidos a su situación de poligamia mientras es extranjero. Si el reagrupante desea conservar su situación de poligamia, reagrupando al segundo cónyuge, no le conviene obtener la nacionalidad española. En cambio, si tiene interés por naturalizarse, habiendo reagrupado al segundo cónyuge, porque la reagrupación del primero es la más sencilla y ni siquiera exige fijar la situación de los “posteriores” cónyuges, será preciso que antes de obtener la nacionalidad española, obtenga la disolución del primer matrimonio. De este modo, sólo con la sentencia probatoria del divorcio, por tanto, de la libertad de estado, sin necesidad de exequatur, podrá inscribir directamente el segundo matrimonio.

4. Renuncia y doble nacionalidad

Los interesados, además de solicitar la inscripción en el Registro Civil, deben prestar dos declaraciones: jurar o prometer fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes, así como renunciar a su anterior nacionalidad. De la exención respecto a este último requisito hemos hecho depender la auténtica integración del extranjero.

En efecto, conforme al artículo 23.b) Cc, no deben renunciar y por tanto conservan su nacionalidad, los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y Portugal, que, junto a los beneficiarios de Convenios entre España y sus respectivos Estados de origen gozan de doble nacionalidad. De cualquier modo, conforme al artículo 9.9 Cc, respecto de estas situaciones “se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será

⁸⁹² *Vid. infra* apd. IV.

preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida”.

Esos tratados internacionales son los denominados Convenios de doble nacionalidad firmados entre España y, precisamente, algunos países iberoamericanos. Destacable para nuestro estudio es simplemente su carácter facultativo, pues en cuanto al acceso a la nacionalidad, remiten a lo previsto en cada Estado parte (incluso el Convenio con Guatemala, que aparentemente prevé un régimen privilegiado) y respecto a la nacionalidad prevalente, todos emplean fundamentalmente el mismo criterio que el artículo 9.9 Cc para el domicilio en un Estado parte, como constatan Calvo Caravaca y Carrascosa González⁸⁹³. En efecto, respecto al Convenio con Guatemala⁸⁹⁴, este establecía que por el solo hecho de establecer domicilio en España o en Guatemala, los guatemaltecos y los españoles de origen podrían adquirir la nacionalidad guatemalteca y española, respectivamente, sin perder su nacionalidad de origen. Sin embargo, con el Protocolo de modificación del art. 3 del Convenio, de 10 de febrero de 1995⁸⁹⁵, quedaba claro que “a los efectos del presente Convenio, se entiende adquirido el domicilio en aquel país en que se haya obtenido la residencia legal, permanente y continuada, de acuerdo a las condiciones y en la forma prevista por la legislación migratoria en vigor en cada uno de los Estados Contratantes”. Por todo ello, para un guatemalteco actualmente es mejor acogerse al acceso legal que al convencional. RDGRN (2ª) de 5 de noviembre de 2003.

Hay otros extranjeros cuya ley personal de la nacionalidad no admite la renuncia, por lo que tendrán lo que ha venido a denominarse doble nacionalidad “patológica” o “tolerada”, como es el caso de los marroquíes. Puesto que se trata de otra nacionalidad no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales, la solución impuesta por el artículo 9.9 Cc, segundo párrafo, es la de hacer prevalecer la nacionalidad española⁸⁹⁶.

⁸⁹³ A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, dirs., *Derecho internacional privado (vol. II)*, cit., p. 26.

⁸⁹⁴ Convenio de Nacionalidad entre España y Guatemala, de 28 julio 1961, ratificado por Instrumento de 25 enero 1962, *BOE* núm. 60, de 10 de marzo de 1962.

⁸⁹⁵ *BOE* núm. 158, de 1 de julio de 1996.

⁸⁹⁶ También se encuentran en este supuesto, que no afecta a nuestro objeto de estudio, los hijos nacidos de español y de nacional de otro Estado en que se otorgue también la nacionalidad *iure sanguinis*. Ostentarán doble nacionalidad española y del correspondiente Estado.

IV. DERECHOS SOCIALES

La familia reagrupada en España dispone de una serie de derechos sociales que, si bien la LOE los reconoce individualmente en tres de sus artículos, deben considerarse incluidos en el estatuto jurídico de tal familia como configuradores de su derecho a la protección social⁸⁹⁷:

- El derecho a la asistencia sanitaria, reconocido en el artículo 12.1 LOE a todos los extranjeros empadronados, que merece un tratamiento independiente, tanto por su consideración aislada en la LOE como por tratarse de una prestación común a los Subsistemas contributivo y no contributivo.
- El acceso al Sistema de la Seguridad Social. Se recoge en el artículo 10.1 LOE junto al derecho al trabajo, por lo que, en relación con los siguientes derechos, parece aconsejable considerar que se trata del acceso al Subsistema contributivo, vinculado al ejercicio de una actividad remunerada por cuenta propia o ajena.
- El acceso a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social. Este derecho se reconoce en el primer apartado del artículo 14, sobre derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales, siendo lo más probable que se refiera a las prestaciones propias del Subsistema no contributivo.
- El derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto generales y básicos como específicos. El apartado segundo del artículo 14 recoge este derecho de tal modo que deberá tratarse del resto de prestaciones, esto es, de las prestaciones no contempladas por el Sistema de la Seguridad Social.

Como hemos podido observar, los derechos sociales reconocidos se materializan en prestaciones cuyo catálogo puede encontrarse en la “Guía Laboral y de Asuntos Sociales 2005”⁸⁹⁸ con una estructura similar a la descrita en la clasificación anterior. El reconocimiento de estos derechos de protección social constituye un posible punto de partida para las propuestas más destacables de las

⁸⁹⁷ Se trata de una reivindicación, ya antigua, manifestada por la doctrina internacional.

⁸⁹⁸ “Guía Laboral y de Asuntos Sociales 2005”, Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, disponible en <<http://www.mtas.es/Guia2005/portada.htm>>.

Conclusiones del Congreso MHI⁸⁹⁹. De entre los diez puntos que constituyen estas conclusiones, destaca lo referido en dos de ellos. En el apartado "5. Repensando conceptos", se afirma que "estamos entrando en un siglo que parece reconocer los derechos humanos de los individuos sobre los estados (sic). Junto con la irrelevancia de la distancia en las comunicaciones modernas, todo esto sugiere que se hacen necesarios nuevos conceptos para comprender las exigencias de las economías modernas y de las sociedades, liberalizar los movimientos de las personas a través de las fronteras nacionales y flexibilizar el acceso a la protección social en los diversos países. Estamos convencidos de que esto permitirá a la migración volver a jugar el importante papel que ha jugado en el pasado para dinamizar las sociedades y las economías y promover una más rápida convergencia de los estándares de vida entre las regiones". En el apartado "9. Políticas negociadas", se concluye que "las políticas serán poco eficaces si ignoran la lógica del mercado de trabajo y los límites de la regulación".

1. Asistencia sanitaria

La asistencia sanitaria, sin condicionantes, viene reconocida en el artículo 43.1 CE como protección de la salud, encomendando a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Tal mandato constitucional de optimización es fiel reflejo del mismo carácter genérico con que se trata en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo 25, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, artículo 12, la Carta Social Europea, artículo 11, el Convenio 97 OIT, artículo 5 y el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante (1977), artículo 19.

El artículo 12.1 LOE establece que "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". La familia reagrupada, aunque se encuentre en situación administrativa regular, deberá empadronarse para tener derecho a asistencia sanitaria, si bien el mismo artículo, en los siguientes apartados, exime de este mínimo trámite a los menores, las mujeres embarazadas y todo a cualquier extranjero para la asistencia de urgencia. La

⁸⁹⁹ *Nuevas ideas para gestionar las migraciones*, Conclusiones del Congreso Mundial Movimientos

previsión de que esa atención inicialmente dispensada de urgencia haya de continuar hasta la situación de alta médica supone, según De Val Tena, un importante plus respecto a la asistencia sanitaria ante riesgos para la vida humana, puesto que se sobrepasa el derecho a la asistencia sanitaria de urgencia y se incluye el seguimiento médico posterior, comprendidas las prestaciones recuperadoras, hasta obtener el alta médica, lo cual no supone que sean exclusivamente los servicios médicos de urgencia los que deban seguir la evolución del paciente extranjero, sino que simplemente pretende dejar constancia inequívoca de que la protección de la salud en situaciones de riesgo vital integra la atención de urgencia hospitalaria o ambulatoria y la exigida durante el ulterior proceso de recuperación."⁹⁰⁰. Por otra parte, independientemente de la aplicación que se dé en cada ámbito autonómico, la inscripción en el Padrón permitirá la expedición de la tarjeta sanitaria, como señala Kahale Carrillo al analizar la incidencia de la última reforma legislativa en esta materia⁹⁰¹.

La prestación de asistencia sanitaria se incluye dentro de la acción protectora del ámbito de la Seguridad Social en el artículo 38.1.a) LGSS, “en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo”, por lo que se concede tanto con carácter contributivo como no contributivo. En cuanto prestación contributiva, el titular es el reagrupante y los beneficiarios sus familiares reagrupados, cubriendo las siguientes contingencias: enfermedad común y accidente no laboral; enfermedad profesional y accidente de trabajo; maternidad; riesgo durante el embarazo.

Sin embargo, puesto que las CCAA, por habilitación constitucional del artículo 149.1.16ª CE, tienen competencias en materia de sanidad, el Estado sólo regula las bases y la coordinación general, estableciendo los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud mediante la Ley General de Sanidad⁹⁰².

Humanos e Inmigración, Barcelona, 2-5 de septiembre de 2004.

⁹⁰⁰ A. L. De Val Tena, "Derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria pública. Comentario al art. 12 de la LDE", en *Boletín Aranzadi Laboral*, (junio) 2001, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.

⁹⁰¹ Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual, *BOE* núm. 37, de 12 de febrero de 2004. D. Kahale Carrillo, "El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España, tras la nueva Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre", en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 6, 2004, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.

⁹⁰² Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, *BOE* núm. 102, de 29 de abril de 1986.

En definitiva, la asistencia sanitaria, conforme a la STC 98/2004, puede ser tanto la “dispensada por el sistema de Seguridad Social a favor de los beneficiarios que se encuentran dentro de su campo de aplicación”, como la “proporcionada por el Sistema Nacional de Salud con carácter universalista a todos los ciudadanos” (FJ 5º)⁹⁰³. Con base en esta misma Sentencia, Cavas Martínez y Fernández Collados afirman que la asistencia sanitaria ha pasado del sistema de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud⁹⁰⁴.

2. Seguridad Social: prestaciones contributivas

El extranjero reagrupante, para poder reunir a su familia, debió acreditar su acceso al Sistema de Seguridad Social, al que tiene derecho conforme el artículo 10.1 LOE y del que se beneficiará su familia reagrupada y en algunos casos, también otros familiares. Este Sistema ya se prevé en el artículo 41 CE, que impone a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. Añade que la asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

Conviene destacar que en el ámbito internacional, se da el reconocimiento del derecho de “toda persona” a la Seguridad Social en los artículos 22 DUDH y 9 PIDESC, mientras que la Carta Social Europea es más restrictiva y atribuye el derecho a “todos los trabajadores y a las personas a su cargo” en el artículo 12, añadiendo en el siguiente la asistencia social y médica para toda persona que carezca de recursos suficientes. En la misma línea se hallan el Convenio europeo relativo al Estatuto Jurídico del trabajador migrante de 1977 en su artículo 18 y siguientes y los Convenios 48 OIT⁹⁰⁵, en su artículo 18, y 97 OIT⁹⁰⁶, en su artículo 6, referido ya explícitamente a extranjeros que se encuentren legalmente en España. Hay además una equiparación absoluta entre nacionales y extranjeros cuando la contingencia producida tiene origen profesional, sólo referido a los nacionales de los Estados parte, en los riesgos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Es

⁹⁰³ STC 98/2004, de 25 de mayo, *BOE* núm. 140, de 10 de junio de 2004.

⁹⁰⁴ F. Cavas Martínez y M. B. Fernández Collados, “El trabajo de los extranjeros en España”, cit., pp. 439-562.

⁹⁰⁵ Convenio 48 OIT, de 1935, ratificado por España el 2 de junio de 1936. *BOE* de 4 de junio de 1936.

⁹⁰⁶ Convenio 97 OIT, de 1949, ratificado por España en 1967.

el caso del Convenio 19 OIT, de 1925⁹⁰⁷ y el artículo 20 del Convenio europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador migrante de 1977.

A) Tipos de prestaciones

En cuanto al tipo de prestaciones, el artículo 7 LGSS⁹⁰⁸, apartado primero, incluye a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, con al condición, básicamente, de ser trabajadores o estudiantes. Sin embargo, a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, apartado tercero, subsistema en el que están comprendidos todos los españoles residentes en territorio nacional, sólo se equiparan los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español. Con respecto a los nacionales de otros países, el ya mencionado artículo 14 LOE ha derogado tácitamente el artículo 7.5 LGSS, por el que se debía atender a lo dispuesto en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida. Las prestaciones previstas en el Subsistema contributivo de la Seguridad Social son las siguientes:

*Prestación por desempleo de nivel contributivo*⁹⁰⁹. Esta protección del trabajador desempleado se recoge en el Título III, a partir del artículo 203 LGSS y para acceder a la misma se requiere principalmente la cotización previa del trabajador a la Seguridad Social por esta contingencia, además de: estar afiliado y en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social en un régimen que contemple la contingencia por desempleo; encontrarse en situación legal de desempleo; acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada, y suscribir un Compromiso de Actividad; tener cubierto un período mínimo de cotización de doce meses dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar.

⁹⁰⁷ Convenio 19 OIT, de 1925, ratificado por España en 1928.

⁹⁰⁸ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio. Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, *BOE* núm. 154, de 29 de junio de 1994. El capítulo IX de su título II ha sido desarrollado reglamentariamente por el RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, *BOE* núm. 279, de 22 de noviembre de 2005. *Vid.* B. García Romero, "La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social", en *Aranzadi Social*, núm. 14, 2000, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.

⁹⁰⁹ La prestación y el subsidio por desempleo de los trabajadores por cuenta ajena eventuales del Régimen Especial Agrario tiene un régimen especial. *Vid.* Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de

*Prestaciones farmacéuticas*⁹¹⁰. La dispensación de los medicamentos será gratuita cuando se administren en instituciones sanitarias de la Seguridad Social, para pensionistas y para los perceptores de prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Cuando se trate de medicamentos de uso frecuente en enfermedades concretas y de carácter crónico, marcadas con un distintivo y recogidas en un listado, el beneficiario pagará el 10 por 100 del precio, sin que la aportación total supere los 2,64 euros. En el resto de casos, con salvedades, la participación del beneficiario será del 40 por 100 del precio de venta al público.

Incapacidad temporal. Se trata de la situación en la que se encuentran los trabajadores impedidos temporalmente para trabajar debido a enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras reciban asistencia sanitaria de la Seguridad Social. También tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos (artículo 128 LGSS).

Maternidad. Consiste en períodos de descanso que disfruta el trabajador con motivo de maternidad, adopción y acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente. Es una causa de suspensión del contrato de trabajo en la que subsiste la obligación de cotizar.

Riesgo durante el embarazo. El período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que debiendo la mujer trabajadora embarazada cambiar de puesto de trabajo, al influir éste negativamente en su salud o la del feto, por otro compatible con su estado, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

Incapacidad permanente. Puede ser de cuatro tipos: incapacidad permanente parcial para la profesión habitual; incapacidad permanente total para la profesión habitual; incapacidad permanente absoluta para todo trabajo; gran invalidez (artículo 137 LGSS).

medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, *BOE* núm. 298, de 13 de diciembre de 2002.

⁹¹⁰ Real Decreto 1035/1999, de 18 de junio, de Sistema de precios de referencia en la financiación con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad, *BOE* núm. 154, de 29 de junio de 1999.

Lesiones permanentes no invalidantes. Son las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que, sin llegar a constituir una incapacidad permanente, suponen una disminución o alteración de la integridad física del trabajador y estén recogidas en el baremo establecido al efecto (artículos 150 a 152 LGSS).

Jubilación. Podrán ser beneficiarios de la pensión de jubilación los trabajadores que cesen total o parcialmente en su actividad laboral y reúnan determinados requisitos (artículos 160 a 166 LGSS).

Protección por muerte y supervivencia. Recoge las prestaciones establecidas con motivo del fallecimiento del trabajador, independientemente de las causas que lo motiven. Las prestaciones a que se puede acceder son (artículo 171 LGSS): auxilio por defunción; pensión de viudedad; pensión de orfandad; pensión en favor de familiares; subsidio en favor de familiares; indemnizaciones especiales en casos de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional. Destacamos tres de las mismas, diferenciadas por los respectivos beneficiarios:

(a) *Viudedad:* son beneficiarios el cónyuge superviviente; los separados, divorciados y aquellos con matrimonio declarado nulo por sentencia judicial (no debe haber sido considerado contrayente de mala fe), para los que la cuantía será proporcional al tiempo de convivencia. En el caso de que hubiera cónyuge supérstite, y otros ex cónyuges beneficiarios, la cuantía de la pensión que corresponde al cónyuge sobreviviente será la íntegra, restándose de dicha cuantía la porción correspondiente al resto (artículo 174 LGSS).

(b) *Pensión de orfandad.* Pueden beneficiarse, en primer lugar, los hijos del causante menores de dieciocho años o mayores incapacitados (que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez) a la fecha del fallecimiento de aquél, cualquiera que sea su filiación. También se admiten los hijos del causante mayores de dieciocho años o menores de veintidós años o de veinticuatro si no sobreviviera ninguno de los padres, en la fecha del fallecimiento de aquél cuando no efectúen trabajos lucrativos por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolos los ingresos que obtengan, en cómputo anual, resulten inferiores al 75 por 100 de la cuantía del

Salario Mínimo que se fije en cada momento, también en cómputo anual (artículo 175 LGSS).

Conviene destacar las condiciones adicionales que se imponen para el caso de hijos sólo del cónyuge sobreviviente, admitidos en la reagrupación: que el matrimonio se hubiera celebrado dos años antes del fallecimiento del causante, hubieran convivido a sus expensas y además no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil.

(c) Pensión en favor de otros familiares. Esta pensión permite que los familiares reagrupados distintos de cónyuge e hijos puedan acceder a la prestación. Son los siguientes (art. 176 LGSS): nietos/as y hermanos/as, huérfanos de madre y padre; madre y abuelas viudas, solteras, casadas cuyo marido sea mayor de sesenta años o esté incapacitado para el trabajo, separadas judicialmente o divorciadas; padre y abuelos con sesenta años cumplidos o incapacitados para todo trabajo; hijos/as y hermanos/as de pensionistas de jubilación o incapacidad permanente, ambas en su modalidad contributiva, o de aquellos trabajadores que al fallecer reúnan los requisitos para el reconocimiento del derecho a pensión de jubilación, mayores de cuarenta y cinco años, que estén solteros, viudos, separados judicialmente o divorciados, que además de los requisitos generales acrediten dedicación prolongada al cuidado del causante.

Prestación familiar contributiva no económica. Consiste en que, a los trabajadores que disfruten del período de excedencia para atender al cuidado de un hijo, o de un menor acogido o para el cuidado de otros familiares, se le considera como período de cotización efectiva el primer año con reserva del puesto de trabajo del período de la excedencia a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y maternidad.

B) Supuestos de poligamia en la pensión de viudedad

Ya hemos visto en el capítulo dedicado al cónyuge reagrupable cómo podemos hablar de un orden público internacional atenuado que permite al matrimonio poligámico desplegar algunos efectos en España. En concreto, las

pensiones de viudedad constituyen un claro ejemplo, como demuestran los estudios de López Mosteiro, Martín Jiménez, y Molina Hermosilla⁹¹¹.

Un primer grupo de supuestos lo constituirían aquellos en que sea de aplicación el Convenio Hispano-Marroquí⁹¹², que en su artículo 23 establece que “la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”. Estas situaciones se dan ya con frecuencia en España, puesto que los nacionales de Marruecos representan el colectivo de extracomunitarios más numeroso en número de defunciones en España, 564 en el año 2001, produciéndose además la mayoría en edad laboral⁹¹³. Los tribunales han tenido oportunidad de interpretar el precepto en los supuestos previstos por el artículo 174 LGSS. Así, en la STSJ de Málaga núm. 159/2003 (Sala de lo Social), de 30 de enero, se aplica la distribución en partes iguales entre las que definitivamente acreditan ser las beneficiarias de la pensión, “con independencia del tiempo de convivencia al no contemplarlo la citada norma convencional”. Esta decisión supuso un perjuicio para la primera esposa, casada con el causante desde 1962, mientras que la segunda lo estaba sólo desde 1991.

Sin embargo, en el caso de que el tiempo de convivencia con una de las esposas haya finalizado antes de la defunción, independientemente de que la disolución no se corresponda con el divorcio en nuestro ordenamiento, deberá aplicarse el modo de distribución del artículo 174.2 LGSS, porque el inciso “conforme a la legislación marroquí” únicamente apela a la situación de poligamia del causante para determinar las beneficiarias: “el art. 23 del Convenio sólo puede referirse -y, en consecuencia, solamente sustituye a la legislación española por la marroquí-, al supuesto contemplado por el párrafo primero del art. 174 de la LGSS, regulador de los derechos del «cónyuge superviviente», que, lógicamente, habrá de

⁹¹¹ R. López Mosteiro, "La poligamia y algunas prestaciones de Seguridad Social", en *Boletín Aranzadi Laboral*, (noviembre) 2001, disponible en <<http://www.westlaw.es>>; R. Martín Jiménez, "Reparto de la pensión de viudedad en supuestos de poligamia", en *Aranzadi Social*, núm. 19, 2002, disponible en <<http://www.westlaw.es>>; O. Molina Hermosilla, "Poligamia de trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supérstites", en *Aranzadi Social*, núm. 8, 2001, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.

⁹¹² Convenio General de Seguridad Social entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 8 de noviembre de 1979 ratificado por Instrumento de 5 julio 1982, *BOE* núm. 245, de 13 de octubre de 1982. Modificado por Protocolo Adicional de 27 de enero de 1998, *BOE* núm. 282, de 24 de noviembre 2001.

⁹¹³ Observatorio Permanente de la Inmigración, *Anuario Estadístico de Extranjería 2003*, cit., p. 575.

entenderse referido a quienes, en número superior a la unidad -y siempre mujeres-, como antes se dijo, hubieren permanecido simultáneamente casadas con el causante. Por el contrario, la remisión a la legislación marroquí, no puede afectar de forma absoluta al modo de distribución que contempla el núm. 2 del art. 174 de la LGSS para los supuestos de separación o divorcio de quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en función exclusivamente del tiempo que alcanzó su convivencia matrimonial con el causante”. El Tribunal, “con el fin de evitar la total desprotección del cónyuge divorciado”, interpreta que el artículo 23 del Convenio, “en este caso, obliga a repartir la pensión entre quienes resultaban ser beneficiarias conforme a la legislación marroquí mientras estaban casadas (las dos esposas) pero, debido al «divorcio» de una de ellas, atendiendo sólo a su período de convivencia matrimonial, que, como coincidió también con el de la otra, debe significar el 50% para cada una”.

En otros casos de poligamia, las sentencias son contradictorias. Por un lado, en la STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 2 de abril de 2002, el causante, senegalés, se encontraba dado de alta en el RETA (Régimen Especial de Trabajadores Autónomos), dentro del sistema de la Seguridad Social a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, trabajando como vendedor ambulante. Puesto que se trataba de un matrimonio poligámico celebrado en el extranjero entre extranjeros, aplicó el orden público internacional atenuado (“admite matizaciones o flexibilizaciones”) para reconocer la única pensión de viudedad a las dos beneficiarias (y en la Sentencia de instancia, las de orfandad a los respectivos hijos, sin que el conjunto de prestaciones pueda superar la base reguladora del causante), si bien, omitiendo la conveniente distribución proporcional al tiempo de convivencia debido a que el criterio de distribución a partes iguales por parte de la sentencia del Juzgado no había sido impugnado: “No habiendo previsión al efecto, pues en el caso los dos vínculos conyugales estaban vigentes al tiempo de causarse la pensión de que se trata, sería factible la aplicación analógica -art. 4.1 del Código Civil- de las previsiones del art. 174.2 LGSS y jurisprudencia al efecto (SSTS de 10 de noviembre de 1999, [RJ 1999\9501], 26 de enero de 1999 [RJ 2000\ 7646] y 17 de julio de 2000 [RJ 2000\ 9643] ...), para cuando ha mediado una separación judicial o un divorcio del causante respecto del primer cónyuge, entendiendo que la cuantía de la pensión debe ser proporcional al tiempo de convivencia con el causante” (FJ 4º).

Una interpretación contraria, aún haciendo mención expresa de conocer el criterio mantenido por la resolución comentada, se encuentra en la STSJ Cataluña núm. 5255/2003 (Sala de lo Social), de 30 de julio. El causante era gambiano y había contraído dos matrimonios islámicos en Gambia, ambos debidamente inscritos en sus respectivos momentos en el Registro correspondiente de dicha República. Se trataba, de nuevo, de dos matrimonios celebrados en el extranjero entre extranjeros, de los que nacieron tres hijos respectivamente. En esta ocasión, sin embargo, el Tribunal declara la nulidad del segundo matrimonio y el reconocimiento de la totalidad de la pensión de viudedad al primer cónyuge. Para ello, esgrime, con resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, “la excepción de orden público internacional...que no puede admitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer”, así como el contenido del Acuerdo de Cooperación de 20 de febrero de 1992 entre el Gobierno Español y la Comisión Islámica de España.

Conviene tener en cuenta el voto particular formulado en esta misma Sentencia, en el cual la Magistrada entiende que “sin perjuicio de la incompetencia del Orden jurisdiccional social por razón de la materia, la sentencia es incongruente al pronunciarse sobre la nulidad del segundo matrimonio” y acoge la solución de la anterior STSJ Galicia, añadiendo que:

“Ciertamente, los vínculos matrimoniales del causante con las actoras fueron legítimamente contraídos de conformidad con la legislación de su país, según las normas personales de los contrayentes y del lugar de su celebración. Por ello, interpretando los arts. 49 y 50 del Código Civil, dichos matrimonios, pueden ser reconocidos a los efectos del derecho español si han sido contraídos conforme al ordenamiento donde ocurrió su celebración, como sucede en el supuesto enjuiciado; vía por la que cabe reconocer los matrimonios celebrados por extranjeros y en un Estado extranjero que sean válidos según la ley personal de los contrayentes extranjeros; sin que ello esté en contradicción con el Acuerdo citado de fecha 20-2-1992”.

Concluye el voto particular con dos opciones: la primera, acoger el criterio de la STSJ Galicia y determinar la cuantía de la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el causante, que considera criticable porque con la aplicación

analógica, “hace que obviando aquellas circunstancias de choque, las beneficiarias reciban un trato más favorable respecto a situaciones diversas internas a las que aún les es negado el derecho a la pensión de viudedad (v. gr., a las convivientes de hecho) sin acudir a la aplicación analógica”.

La segunda opción planteada subsidiariamente es la de que “si se pretende evitar aquel trato más favorable antes referido, la solución ha de pasar por la interpretación rígida de la norma, si bien con la consecuencia de que la pensión de la recurrente en modo alguno puede superar el porcentaje que le hubiera correspondido de aplicarle la repetida analogía”, negando el derecho a pensión a la segunda cónyuge supérstite.

Nos inclinamos por la primera opción, acogiendo así el criterio del Tribunal Constitucional, que resume en su STC 186/2004, de 2 de noviembre (FJ 3º): “en relación con la concreta pensión de viudedad discutida, este Tribunal ha afirmado que se trata de una pensión única repartida entre los distintos cónyuges supérstites (STC 125/2003, de 19 de junio) y que entre los requisitos que la generan se ha exigido el vínculo matrimonial, considerando no discriminatoria la regulación que permite denegar la pensión de viudedad al supérstite de una pareja de hecho (STC 27/1986, de 19 de febrero; STC Pleno 184/1990, de 15 de noviembre, reiterada por las SSTC 29/1991, 30/1991, 35/1991, 38/1991, todas de 14 de febrero, 77/1991, de 11 de abril, y 66/1994, de 28 de febrero, o los AATC 232/1996, de 22 de julio, y el reciente de Pleno 188/2003, de 3 de junio). Hemos mantenido, igualmente, que el matrimonio es una institución garantizada por la Constitución, que el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1) y que su régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2); así como que el vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3º)”.

Teniendo clara la legítima diferencia con la convivencia de hecho, queda por constatar que también debe admitirse un prorrateo conforme al tiempo de convivencia, pues en el FJ 4º de la misma Sentencia 186/2004, se declara que ese es el criterio constitucional: “Sobre esta base, hemos de concluir que efectivamente cuenta con una justificación objetiva y razonable la opción de no excluir de la titularidad de la pensión de viudedad a quienes anteriormente tuvieron la condición

de cónyuges y que como tales convivieron con el causante durante un cierto lapso tiempo: como señalábamos en la STC 125/2003, de 19 de junio, FJ 6, "la pensión de viudedad queda concebida como única pensión repartida entre todos los cónyuges supervivientes". Sin que, por otro lado, ofrezca dudas la proporcionalidad de la solución, pues ésta enlaza directamente con el tiempo de convivencia con el causante y justamente el criterio de reparto opera en proporción a dicho tiempo".

En definitiva, el reconocimiento de estos efectos concretos a la poligamia que se da en España, debería homogeneizarse directamente desde el ámbito comunitario, para no sólo evitar resoluciones nacionales contradictorias, como las analizadas, sino también distintas respuestas en cada Estado miembro. Este planteamiento, a juicio de Martínez Abascal, "no implicaría que necesariamente hubiera de compartirse, desde un prisma axiológico, la práctica civil y cultural de la poligamia en el ámbito comunitario. Únicamente supondría la toma en consideración de esa práctica en cuanto que la misma se acomoda a la legislación de un tercer Estado y, en ese marco normativo de referencia, se orienta hacia una solución que, sin identificarse con dicha práctica, no resulte perjudicial para los beneficiarios de las correspondientes prestaciones y coadyuve a la integración sociolaboral y a un desarrollo normalizado de la ciudadanía social del inmigrante y su familia"⁹¹⁴.

3. Seguridad Social: prestaciones de nivel no contributivo

Aunque a los extranjeros residentes se les reconoce sin discusión el acceso a estas prestaciones, la doctrina laboral, destacando Barrios Baudor, Charro Baena, Usúa Palacios, Fornieles Pérez, considera que el mismo requisito de la residencia legal "se puede erigir como factor de discriminación legal indirecta. El cumplimiento de la residencia legal será la hipótesis normal sólo para los nacionales, mientras que para los extranjeros implica la concurrencia de requisitos adicionales y restrictivos (arts. 29 y ss. LOE), que, en este caso, sí han sido desarrollados reglamentariamente y en línea claramente restrictiva"⁹¹⁵.

⁹¹⁴ V. A. Martínez Abascal, *Ciudadanía social y políticas inmigratorias de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2005.

⁹¹⁵ G. L. Barrios Baudor y P. Charro Baena, "El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas", en *RJ*, núm. 5, 2003, pp. 9-24.; F. Usúa Palacios y H. Fornieles Pérez, "Extranjeros en el sistema de Seguridad Social (Algunas dudas sobre la inclusión de ciudadanos extranjeros en el sistema español de Seguridad Social)", en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, (vol. V) 1999, pp. 245-270.

Prestaciones por desempleo de nivel asistencial. Podrán ser beneficiarios del subsidio por desempleo los parados que, figurando inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de un mes, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, y careciendo de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del Salario Mínimo Interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, se encuentren en alguna de las situaciones que se describen, aunque nos centramos en las referidas a trabajador extranjero. Consta de una prestación económica y el abono a la Seguridad Social de la cotización correspondiente a las prestaciones de asistencia sanitaria, protección a la familia y, en su caso, jubilación. Las situaciones en que debe encontrarse el extranjero son (artículo 215 LGSS): trabajadores que han agotado la prestación contributiva por desempleo y tienen responsabilidades familiares, o no teniéndolas, sean mayores de cuarenta y cinco años; trabajadores que, al producirse la situación legal de desempleo, no han cubierto el período mínimo de cotización para acceder a una prestación contributiva; liberados de prisión; trabajadores que sean declarados plenamente capaces o con incapacidad parcial como consecuencia de expediente de revisión por mejoría de una situación de gran invalidez, incapacidad permanente absoluta o total para la profesión habitual; subsidio especial para trabajadores mayores de cuarenta y cinco años que hayan agotado prestación por desempleo de veinticuatro meses; subsidio por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años.

Respecto al primer grupo, el de trabajadores que han agotado la prestación contributiva por desempleo y tienen responsabilidades familiares, el artículo 215.2 LGSS define responsabilidades familiares como “tener a cargo al cónyuge, hijos menores de 26 años o mayores incapacitados, o menores acogidos”, con el cálculo relativo al umbral de renta ya comentado. Se exige, pues, un vínculo familiar determinado, distinto del correspondiente a la reagrupación, y dependencia económica, sin necesidad de convivencia, lo cual puede ser beneficioso para el caso de los familiares todavía pendientes de reagrupación. A este propósito, es de interés la STS (Sala de lo Social) de 11 de abril de 2000 (RJ 3435) (FJ 2º):

“El artículo 18 del Real Decreto 625/1985, cuya infracción se denuncia, señalaba que era necesaria la convivencia de la familia con el

trabajador beneficiario, requisito que se estimaba cumplido cuando exista obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial. Con posterioridad a la promulgación del anterior Real Decreto, el 26 de julio de 1985 España ratificó el Convenio número 157 de 21 de junio de 1982 de la Organización Internacional del Trabajo, que establecía un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social. En su artículo 1, al definir los términos utilizados en el mismo, se establece en el apartado g) que «cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se traten estén principalmente a cargo del interesado». Consecuentemente el artículo 215.1 a) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social dejó de aludir a la necesidad de esa convivencia. La redacción del reglamento evidenciaba, por otra parte, que se precisaba la convivencia, por presumirse que, de no darse, no existía la obligación de alimentos, en tanto que no se acreditase la existencia de convenio o resolución judicial que impusiese tal obligación. Tal sistema de presunciones ya era difícilmente aplicable a los supuestos de trabajadores migrantes en los que, la falta de convivencia familiar, no es más que otra consecuencia de la situación económica adversa que debe afrontar con la emigración que precisamente suele tener como causa una mejor atención a la familia.

En el caso que hoy se enjuicia se declara probado que el demandante es el que provee al sustento y necesidades de su familia por lo que cumple el requisito del art. 215 de la Ley General de la Seguridad Social de tener familiares a su cargo, aunque las circunstancias de la emigración le obliguen a estar físicamente separados. Siendo ello así deberá percibir la prestación asistencial que solicitó, en la medida que seguirá necesitando proveer de alimentos a su esposa e hijo menor aun cuando sigan viviendo en el Reino de Marruecos.”⁹¹⁶

⁹¹⁶ Vid. también STS (Sala de lo Social) de 3 de mayo de 2000 (RJ 6619). Sentencias comentadas en M. B. Fernández Collados, "Los trabajadores extracomunitarios ante el sistema español de protección por desempleo", en *Aranzadi Social*, núm. 10, (vol. V) 2003, pp. 1077-1086.

*Programa de renta activa de inserción*⁹¹⁷. El Programa contempla políticas activas de empleo gestionadas por los servicios públicos de empleo con la finalidad de incrementar las oportunidades de retorno al mercado de trabajo y, en su caso, una ayuda económica gestionada por el Servicio Público de Empleo Estatal, denominada renta activa de inserción, vinculada a la realización de las acciones en materia de políticas activas de empleo que no conlleven retribuciones salariales⁹¹⁸. Como consecuencia de la Nueva Reforma Laboral de 2006, pasa a considerarse como derecho subjetivo, por el cual se cotizará a la Seguridad Social⁹¹⁹.

La ayuda está dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral. Se fundamenta en el apartado 2 del citado artículo 206 LGSS, cuando establece que esa acción protectora comprenderá acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión o inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados.

Jubilación. Se trata de una prestación periódica que se concede a los residentes legales mayores de sesenta y cinco años que se encuentren en estado de necesidad, carezcan de recursos económicos propios suficientes para su subsistencia, aun cuando no hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente para alcanzar prestaciones de nivel contributivo por la realización de actividades profesionales. El extranjero debe haber residido diez años entre la edad de dieciséis años y la del devengo de la pensión, de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud (artículos 167 a 170 LGSS).

Invalidez. Para ser beneficiario de esta prestación no contributiva, hay que: tener más de dieciocho años y menos de sesenta y cinco años de edad; haber residido legalmente en territorio español durante cinco años, de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión;

⁹¹⁷ Real Decreto 205/2005, de 25 de febrero, que regula para el año 2005 el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, *BOE* núm. 49, de 26 de febrero de 2005. Prorrogado para el año 2006 mediante Real Decreto aprobado por Consejo de Ministros de 31 de marzo de 2006. Sobre su evolución, *vid.* F. Cavas Martínez, "Protección por desempleo e inserción laboral : balance provisional de los programas de renta activa de inserción 2000/2003", en *Aranzadi Social*, núm. 11, 2003, pp. 9-20.

⁹¹⁸ Esta ayuda supone el pago mensual a cada beneficiario del 80 por 100 del Indicador Público de Renta de Efectos Públicos (IPREM), mensual y vigente durante once meses, que en 2006 asciende a 383,2 euros. RD de prórroga del Programa de Renta Activa, *cit.*

estar afectado por una minusvalía o enfermedad crónica, en un grado igual o superior al 65 por 100 (artículo 144 LGSS).

Prestaciones familiares no contributivas. Son tres: Asignación económica por hijo o menor acogido a cargo (artículos 180 y ss LGSS); Prestación por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivos hijos; Prestación por parto o adopción múltiples. En el supuesto de hijo a cargo, la residencia efectiva del familiar con el reagrupante es un requisito ineludible, por lo que, a diferencia de la prestación por desempleo, el familiar todavía no reagrupado no puede ser tenido en cuenta.

4. Servicios sociales: prestaciones básicas

A través del art. 148.1.20 CE, se atribuye la competencia exclusiva en esta materia a las Comunidades Autónomas. En el marco de esta atribución competencial y con base en los Estatutos de Autonomía, se fueron promulgando las respectivas Leyes Autonómicas de Servicios Sociales que contemplan sus principios, actuaciones y prestaciones, promoviendo una red de equipamientos y servicios, que han supuesto el desarrollo e implantación de los Servicios Sociales en todo el territorio del Estado. Son precisamente las CCAA las que han visto con preocupación la carga que puede suponer para la Seguridad Social la regularización de extranjeros⁹²⁰ que, sin embargo, como apuntan Montagud y Torres es precisamente el remedio para evitar que los beneficiarios de prestaciones no estén cotizando⁹²¹.

Descendiendo al ámbito de la Administración Local, observamos que el municipio, según prescribe el artículo 25.2.k de la Ley 7/85, reguladora de las Bases de Régimen Local, ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las CCAA., en materia de prestación de los Servicios Sociales y de promoción y reinserción social. También, por virtud del artículo 26.1.c, los municipios con población superior a 20.000 habitantes quedan obligados a otorgar la prestación de Servicios Sociales.

⁹¹⁹ Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo (Nueva Reforma Laboral), firmado el día 9 de mayo de 2006 por Sindicatos, Patronal y Gobierno Central.

⁹²⁰ "El Gobierno madrileño dice que la regularización tendrá un efecto letal en los servicios sociales", noticia en *El País* de 27 de agosto de 2004.

⁹²¹; X. Montagud y F. Torres, "Inmigración y Servicios Sociales. Entre el estereotipo y la realidad", cit.

Prestaciones básicas vs. especializadas. La dificultad de concretar qué debemos entender por servicios y prestaciones sociales, tanto generales y básicos como específicos, en relación con los servicios y prestaciones sociales básicas, nos lleva primero a simplificar la oposición entre prestaciones básicas y especializadas, pudiendo después dirigir la atención a las primeras, que disponen de un marco estatal. La materialización de tales prestaciones, según constata Andrés Juste⁹²², dependerá de cada administración, regional y local, por lo que no descenderemos a ese ámbito. Por tal motivo, Fernández Orrico ha llegado a proponer la elaboración de un catálogo de coordinación de prestaciones y servicios a nivel nacional y autonómico, en donde se delimite con claridad la Administración competente para atender las diversas situaciones de necesidad, en aquellos supuestos en que se produzcan dificultades de deslinde entre unas y otras instituciones, incluyendo la adopción de diversos criterios generales relativos a su relación con otras prestaciones⁹²³. La puesta en práctica de esta propuesta -concluye- facilitaría que las ayudas sociales dirigidas a los inmigrantes se proporcionaran con mayor rapidez y calidad, y en definitiva con más eficacia. A modo de ejemplo, el autor se refiere a las rentas mínimas de inserción y opina que deben ser consideradas prestaciones específicas (si fueran básicas, bastaría con el empadronamiento), implicando, por tanto, residencia legal. Fundamenta este postulado en dos motivos: exige un arraigo mínimo que excluye la tendencia al cambio de residencia de ciertos colectivos marginales e impide el desarrollo de flujos migratorios ficticios, alimentados por la creación del ingreso mínimo de inserción.

Si delimitamos las prestaciones básicas, huelga decir que también haremos lo propio, por exclusión, con las especializadas. En cada ley autonómica de servicios sociales, se recoge de un modo u otro la figura de los servicios sociales especializados o específicos, normalmente por sectores de población, entre los que se encuentra el de Inmigración. Las actuaciones son generalmente posteriores a las de atención primaria y, en el caso de los inmigrantes, consistirán en procurar su

⁹²² Vid. P. Andrés Juste, "Inmigración y derechos sociales. Una introducción al marco legal de los servicios sociales para los inmigrantes", cit., pp. 267-295.

⁹²³ F. J. Fernández Orrico, "La protección social de los extranjeros en España", en *Aranzadi Social*, núm. 21, (vol. V) 2001, pp. 1279-1297.

integración social y laboral⁹²⁴. Pues bien, se encuentran recogidas en el Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales de Corporaciones Locales, uno de los Programas de Servicios Sociales previstos en el ámbito de las Actuaciones de acción social en el área de servicios sociales del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Se trata de un programa que se desarrolla desde la cooperación entre las tres Administraciones públicas, articulada mediante la suscripción de Convenios entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las Comunidades Autónomas.

El Plan Concertado tiene como objetivo fundamental el de garantizar unas prestaciones mínimas comunes referidas a las necesidades sociales de la población, en tres niveles: lucha contra la exclusión social, prevención de la marginación y mejora de la calidad de vida. Los equipamientos a través de los cuales se hacen efectivas las prestaciones constituyen la red básica del sistema público de servicios sociales de atención primaria y están definidos en los Convenios suscritos, siendo los principales: Centros de Servicios Sociales, albergues y centros de acogida. La titularidad y gestión de los mismos, según establece el Plan, ha de ser de las Corporaciones locales y, finalmente, las prestaciones básicas que se recogen en este marco de cofinanciación son las siguientes: información y orientación; apoyo a la unidad convivencial y ayuda a domicilio; alojamiento alternativo; actuaciones específicas de prevención e inserción social; actuaciones destinadas al fomento de la solidaridad: cooperación social.

Posibles conflictos intraestatales de leyes: prestaciones básicas previstas por las leyes autonómicas. Del análisis comparativo de las leyes autonómicas, pueden extraerse varias observaciones:

- falta de uniformidad en la utilización de términos: Olmo Fernández-Delgado observa que estas prestaciones pueden clasificarse en seis grupos distintos según la terminología utilizada⁹²⁵;

⁹²⁴ Vid. Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia, *BOE* núm. 35, de 10 de febrero de 2004. Nos remitimos al Plan Estratégico de integración de inmigrantes, estatal, y a los respectivos Planes autonómicos de integración de inmigrantes.

⁹²⁵ Vid. *in extenso* L. Olmo Fernández-Delgado, "El Derecho a los servicios sociales de los trabajadores extranjeros. Estudio de los apartados 2 y 3 del art. 14 de la Ley Orgánica 4/200, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", en *Aranzadi Social*, núm. 11, 2005, pp. 71-82.

- ausencia de acogida en algunas CCAA de dos tipos de prestaciones básicas: unidad convivencial, que no figura en Baleares, Cataluña, Galicia y País Vasco y prevención e inserción social, que no aparece en Baleares, Canarias, Cantabria y Castilla-La Mancha.
- la financiación insuficiente (el Plan Concertado) se esgrime como causa de un desarrollo desigual del sistema según los territorios, que a su vez ha propiciado inseguridad jurídica y agravios comparativos entre las CCAA. Esta desigualdad se hace más patente al abordar el fenómeno de la inmigración que se distribuye en el Estado de manera desigual y que aparece con características especialmente conflictivas (irregularidad, temporalidad, elevada intensidad, etc.) según los territorios⁹²⁶. No debemos olvidar, sin embargo, que una financiación insuficiente puede haber ido acompañada por una gestión eficaz y viceversa.
- sería deseable una concreción reglamentaria estatal de los términos recogidos en el artículo 14 LOE, apartados segundo y tercero, seguida de una aplicación autonómica de dichos términos.

El SIUSS. Una de las actuaciones más destacadas en el ámbito del compromiso de colaboración técnica es el de La participación en el desarrollo de instrumentos de recogida de información, como el Sistema de Información de Usuarios de Servicios Sociales (SIUSS), que está permitiendo a las tres Administraciones, conocer y evaluar mejor los servicios sociales que se prestan a los ciudadanos. Este sistema, aplicado al ámbito de nuestro estudio, presenta una serie de posibilidades muy ventajosas, tanto para los extranjeros como para las diferentes administraciones:

(a) Reagrupación familiar *de iure*: Aplicación del SIUSS para la emisión del informe de vivienda adecuada por parte del correspondiente ayuntamiento. El seguimiento de la vivienda del reagrupante mediante este instrumento facilita la labor del ayuntamiento en cuanto al asesoramiento necesario para que tal informe llegue a ser favorable. Además, se evita la segregación de recursos destinados a un colectivo específico, pues se trata de usuarios de servicios sociales con residencia legal y

⁹²⁶ L. Cachón Rodríguez y M. Carballo de la Riva, *Síntesis del Seminario sobre Inmigración y Servicios Sociales dentro de las "Jornadas de reflexión sobre el Plan Estratégico de Integración de los Inmigrantes"*, San Lorenzo de El Escorial, 7-8 junio 2005, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Universidad Complutense de Madrid, julio de 2005, p. 9.

nacionalidad extracomunitaria, condición insuficiente por sí misma para justificar el desarrollo de un procedimiento concreto. Será suficiente con la emisión de un informe que contenga las variables exigidas por el RLOE a partir de los datos recogidos en la aplicación informática del SIUSS.

(b) Reagrupación familiar *de facto*: Otro informe que podría todavía realizarse a partir de los datos de usuarios obrantes en el SIUSS es el de inserción social⁹²⁷, también competencia de las Corporaciones Locales y necesario para poder solicitar la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo del artículo 45.2.b RLOE. Aunque la Dirección General de Inmigración ya haya aprobado un modelo para este informe mediante Instrucciones transmitidas a las Delegaciones del Gobierno, el contenido de tal modelo y las reglas de las Instrucciones siguen siendo compatibles con la elaboración del informe extraído del SIUSS, teniendo en cuenta que además no se considera vinculante. Es obvio que no debe serlo en cuanto al sentido de la ulterior resolución adoptada por la correspondiente Oficina de Extranjería, pero sí debiera considerarse vinculante en cuanto a su contenido, puesto que acredita la inserción social (o su ausencia, si es desfavorable) de un usuario. Por tanto, también se trata en este supuesto de optimizar recursos y no provocar duplicidades innecesarias, puesto que, de cualquier modo, el itinerario de inserción social que siga el extranjero irregular durante los tres años reglamentariamente establecidos va a quedar registrado en el SIUSS.

V. MEDIDAS PARA LA INTEGRACIÓN

Competencia normativa en materia de integración. El reconocimiento de las competencias autonómicas en materia de integración social de inmigrantes además de las estatales, ya es unánime⁹²⁸ y quedó sentado jurisdiccionalmente en relación con el desarrollo de dichas competencias, en concreto, las relativas a la creación de

⁹²⁷ Esta competencia, ya comentada al tratar sobre los familiares en situación irregular, es una clara muestra de la importancia de la Administración Local en la integración de los extranjeros, labor ya reconocida en el ámbito de la Unión Europea. Y. Schibel, "Integration and the Role of Local Authorities", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (1) 2003, pp. 99-106.

⁹²⁸ También, en el desarrollo de esas competencias, doctrinalmente se ha llegado a advertir que las Comunidades Autónomas deben aplicar los tratados internacionales aunque haya leyes internas estatales que los contravengan, pues de lo contrario provocarían responsabilidad internacional del Estado. A. G. Chueca Sancho, "Aplicación de los Tratados Internacionales por las Comunidades

los Foros autonómicos para la inmigración en diferentes Comunidades Autónomas. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco debió pronunciarse sobre la legalidad del Decreto de creación del correspondiente Foro en su Sentencia núm. 711/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única), de 30 de septiembre, en la que considera que el objetivo que se asigna al Foro de contribuir a desarrollar una política activa integral de inmigración basada en la integración social de las y los ciudadanos inmigrantes tiene encaje cabal en el ámbito competencial atribuido a la Comunidad Autónoma Vasca, especialmente en materia de asistencia social, aunque también en otras como educación, sanidad, vivienda, ejecución de la legislación laboral. La Sentencia reconoce por un lado que una política integral de inmigración, comprende esencialmente el ejercicio de las competencias y potestades que sólo al Estado vienen reservadas por el art. 149.1.2ª CE en los términos desarrollados por la LOE, pero por otro lado declara que además, esa misma política comprende aspectos que tienen directa relación con el ámbito competencial de las CCAA, de necesaria contribución en orden al logro de su integración, citando como fundamento los arts. 67.3, 68.1 y 70.1 de la LOE (FJ 5º).”

Inmigrantes legalmente establecidos. Siguiendo con el ámbito específico de los Foros para la integración, conviene destacar una diferencia muy clara entre el de ámbito estatal y los autonómicos. Mientras el Real Decreto que regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del primero declara expresamente la finalidad de servir a la participación y la integración de los inmigrantes legalmente establecidos⁹²⁹, los autonómicos, en cambio y con carácter general, se dirigen a toda la población inmigrante, estableciendo en concreto la finalidad, *v. gr.*, en el caso del Foro de la Región de Murcia, de establecer un cauce de consulta, participación y debate de los agentes sociales e institucionales implicados en la inmigración⁹³⁰. Parece claro, pues, que las Comunidades Autónomas asumen una competencia exclusiva en materia de integración de

Autónomas y Ley de extranjería”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, (junio) 2002, pp. 321-345, p. 339.

⁹²⁹ Artículo 1 del RD 3/2006, de 16 de enero, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Foro para la integración social de los inmigrantes. *BOE* núm. 14, de 17 de enero de 2006.

⁹³⁰ Artículo 1 del Decreto 72/1998, de 20 noviembre, por el que se crea el Consejo Asesor “Foro Regional para la Inmigración de la Comunidad Autónoma de Murcia”. *BORM* núm. 277, de 30 de noviembre de 1998.

inmigrantes en situación irregular, entre los que cabe incluir a los familiares reagrupados *de facto* en tanto no obtengan la autorización de residencia por arraigo.

Con el fin de aglutinar y coordinar las acciones que en materia de integración se están desarrollando en todo el territorio español⁹³¹, se ha elaborado el Plan Estratégico sobre Integración de los Inmigrantes. Este Plan de carácter estatal y trianual (2005-2008) ha contado con una fase de consulta previa a su elaboración en que los agentes implicados han puesto en común una serie de estrategias y propuestas. La labor de consulta se desarrolló a partir del diagnóstico que presentaba cada uno de los ejes en que se agruparían las medidas⁹³². Los aspectos más destacados en relación con la reagrupación familiar son los siguientes⁹³³.

Acogida. En el eje de acogida, pueden destacarse dos aspectos de interés para el ámbito de la reagrupación familiar:

(a) Como estrategia⁹³⁴, la “necesidad de cooperación entre las Administraciones”, constatando que el artículo 149.1 CE, en su apartado 2, establece que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de inmigración y extranjería, pero en la práctica esta exclusividad se centra en el control de los flujos migratorios, los requisitos de entrada, los visados, las autorizaciones de entrada, la determinación de los diferentes tipos de situaciones administrativas, las autorizaciones y permisos de trabajo, la determinación del contingente.

⁹³¹ Reconocido en diferentes foros como uno de los mejores Planes autonómicos, el de la Región de Murcia puede consultarse en la web institucional <<http://www.carm/inmigración>>. *Vid. in extenso* M. A. Madrid Izquierdo, *Políticas preventivas/políticas participativas: alcance del Plan para la integración social de los inmigrantes de la Región de Murcia 2002-2004*, Actes del IV Congrés sobre la immigració a Espanya: Ciutadania i Participació, Girona, del 10 al 13 de noviembre de 2004. También, para un análisis de ámbito comunitario europeo, *vid. in extenso* H. Entzinger y R. Biezeveld, *Benchmarking in Immigrant Integration*, European Research Centre on Migration and Ethnic Relations (ERCOMER), Faculty of Social Sciences, Erasmus University, Rotterdam, agosto de 2003.

⁹³² Jornadas de reflexión para la elaboración del Plan Estratégico de Integración de Inmigrantes, Dirección General de Integración de los Inmigrantes, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Estructuradas en los siguientes seminarios: Educación (31 mayo-1 junio), Servicios sociales y Vivienda (7-8 junio), Acogida y Empleo (9-10 junio), Igualdad de trato y Perspectiva de género (14-15 junio), Participación y Sensibilización (21-22 junio).

⁹³³ Estas propuestas se complementan con las que ha presentado la Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión al Consejo, el Parlamento Europeo, el Comité Europeo Económico y Social y el Comité de las Regiones, “A Common Agenda for Integration. Framework for the Integration of Third-Country Nationals in the European Union”, COM (2005) 389 final, Brussels, 1 september 2005.

⁹³⁴ L. Cachón Rodríguez y J. Zapata de la Vega, *Síntesis del Seminario sobre Inmigración y Acogida dentro de las "Jornadas de reflexión sobre el Plan Estratégico de Integración de los Inmigrantes"*, San Lorenzo de El Escorial, 9-10 junio 2005, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Universidad Complutense de Madrid, julio de 2005, p. 22.

Teniendo en cuenta además que la LOE crea el Consejo Superior de Política de Inmigración como órgano de coordinación en materia de integración de los inmigrantes, y que las Comunidades Autónomas cuentan con competencias en el ámbito de la integración de los inmigrantes, en algunos casos en exclusiva, la Administración General del Estado “no puede quedar ajena de la definición de una red estatal de acogida básica, ocupacional y tutelada; ejerciendo su necesaria labor en la planificación, la financiación y la armonización de las actuaciones en materia de acogida; haciéndolo desde la necesaria concertación y coordinación con las CCAA, las CCLL y las Organizaciones Sociales”.

(b) En el apartado de programas⁹³⁵, dos de los que se proponen afectan a la familia reagrupada y en situación administrativa regular⁹³⁶:

Programa de Acogida Familiar en el marco de los procesos de reunificación familiar. Este Programa debería centrarse principalmente en facilitar el acceso a un primer nivel de conocimiento de la lengua, de la cultura, del modelo sanitario, educativo y familiar en el territorio de acogida. Para ello, se propone la medida de un plan concertado entre los servicios sociales de las CCLL y las ONGs que cuentan con servicios de inserción sociolaboral en el mismo ámbito territorial, favoreciendo la formación de mediadores de familia con una formación sobre culturas de origen.

Programa de Acogida de Núcleos Familiares en medio rural. Se trata de un programa ya desarrollado en España y que parte del diseño de un perfil de familia con los requisitos a cumplir por las familias que permitirían valorar el grado de adaptación de la misma al programa. Se suceden varias fases: “captación de familias interesadas; selección de los municipios potencialmente receptores de las unidades familiares; establecimiento de un mecanismo de vinculación entre las ofertas y las demandas; firma de convenios con los ayuntamientos receptores y comunicación permanente con los mismos; sensibilización de la población de los municipios de acogida; establecimiento de mecanismos de acogida, seguimiento y apoyo a las familias”.

⁹³⁵ L. Cachón Rodríguez y J. Zapata de la Vega, *Síntesis del Seminario sobre Inmigración y Acogida dentro de las "Jornadas de reflexión sobre el Plan Estratégico de Integración de los Inmigrantes", San Lorenzo de El Escorial, 9-10 junio 2005*, cit., p. 27.

⁹³⁶ No es el momento de abordar las situaciones de familias en estado de necesidad, destinatarias de programas en acogida básica.

Educación. Conviene reseñar algunos de los programas propuestos⁹³⁷:

(a) Erradicación de la ghetización escolar: regular con claridad y de manera unívoca el procedimiento por el cual las familias podrán manifestar su interés legítimo en elegir un centro educativo concreto, y la actuación que se seguirá, siempre atendiendo al interés superior de todo el alumnado y a la erradicación de situaciones proclives a la exclusión.

(b) Gratuidad y obligatoriedad de la educación de 0 a 16 años: La educación infantil y la educación obligatoria en los centros sostenidos con fondos públicos, deben ser gratuitas en su totalidad, incluyendo los libros y otros materiales o actividades necesarias. Para ello, deben habilitarse programas específicos que permitan alcanzar estos objetivos a corto plazo.

(c) Otros programas: Incremento del éxito escolar; Mantenimiento de la lengua y cultura de origen familiar; Acogida del alumnado de incorporación tardía a nuestro sistema educativo; Educación cívica intercultural para la cohesión escolar y social; Aprendizaje de español y de otras lenguas oficiales en España; Formación y acompañamiento educativo para familiares del alumnado inmigrado o en riesgo de exclusión; Extensión y optimización de la participación de los hijos e hijas de familias inmigradas en actividades educativas de tiempo libre.

Empleo. Entre las Estrategias⁹³⁸, destaca, entre las destinadas a la mejora de los mecanismos de acceso al mercado de trabajo, la de establecer una oferta suficiente de plazas en escuelas-cuna, con horarios flexibles, que faciliten poder conciliar la vida laboral de la mujer con la familiar.

⁹³⁷ L. Cachón Rodríguez y J. S. Ortiz Martínez, *Síntesis del Seminario sobre Inmigración y Educación dentro de las "Jornadas de reflexión sobre el Plan Estratégico de Integración de los Inmigrantes"*, San Lorenzo de El Escorial, 31 mayo - 1 junio 2005, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Universidad Complutense de Madrid, julio de 2005, p. 22. También *vid.* las propuestas de M. E. Guillén Sádaba, F. De Lucas y Murillo de la Cueva, A. Arias Astray y G. Sanz Casas, *Trayectorias positivas de inserción laboral de las personas de procedencia extracomunitaria en España.*, Nexos, Madrid-Barcelona-Murcia, 2005, entre las que destacan las relativas a la Formación Profesional y a la Formación Continua.

⁹³⁸ L. Cachón Rodríguez y J. Zapata de la Vega, *Síntesis del Seminario sobre Inmigración y Empleo dentro de las "Jornadas de reflexión sobre el Plan Estratégico de Integración de los Inmigrantes"*, San Lorenzo de El Escorial, 9-10 junio 2005, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Universidad Complutense de Madrid, julio de 2005, p.19.

Perspectiva de género. Se propone, entre otros, un programa destinado a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar de las mujeres migrantes, garantizando un adecuado desarrollo y aplicación de la Ley⁹³⁹.

Servicios Sociales. Especialmente interesante es la propuesta de proyectos encaminados a atender a las segundas generaciones mediante el diseño de herramientas que permitan la superación de conflictos de identidad, familiares y de integración social que sufren como consecuencia del choque entre la cultura paterna con la de sus lugares de nacimiento y crianza; la prevención de problemas de segregación fomentando la integración entre jóvenes autóctonos y de origen extranjero.

Conviene también enumerar los programas dirigidos a familias: proyectos de mediación social en situaciones de crisis familiares; proyectos orientados a las familias en su función educativa, transmisión de valores y agentes de socialización de sus miembros; proyectos de intervención social con o sin alojamiento para familias con menores en situación de dificultad social; proyectos facilitadores de la conciliación de la vida familiar y laboral; proyectos de acompañamiento a familias con menores en situaciones especiales.

Vivienda. En el diagnóstico de la situación, destaca la tendencia a compartir la vivienda como una de las pautas diferenciales en el comportamiento residencial de los inmigrantes: “Esta tendencia presenta variaciones que dependen del origen de los extranjeros. Esto produce, tal como se refleja en el Censo, la existencia de gran proporción de hogares plurifamiliares y hogares hacinados con situaciones personales dramáticas y frecuentes conflictos domésticos por falta de intimidad, con situaciones insostenibles desde el punto de vista de los derechos más básicos hasta llegar a la situación de las “camas calientes”. Los datos del Censo reflejan una ocupación mucho mayor de las viviendas de los inmigrantes, que de media son más pequeñas que la vivienda de la media de los españoles. Este proceso tiene características muy distintas según las condiciones culturales de los inmigrantes. Hay mayor tendencia de hacinamiento entre los inmigrantes latinoamericanos cuando se

⁹³⁹ L. Cachón Rodríguez y M. Carballo de la Riva, *Síntesis del Seminario sobre Inmigración y Perspectiva de Género dentro de las "Jornadas de reflexión sobre el Plan Estratégico de Integración de los Inmigrantes"*, San Lorenzo de El Escorial, 14-15 junio 2005, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Universidad Complutense de Madrid, julio de 2005, p. 17.

trata de familias, aunque cuando no se trata de familias también se da entre los norteafricanos. Esto nos lleva al problema de las condiciones en las que se vive: se ha resucitado el subarriendo de los pisos en situaciones que no facilitan la convivencia”⁹⁴⁰.

Como propuesta para el Plan directamente relacionada con la disponibilidad de una vivienda adecuada por parte del reagrupante, es interesante la de facilitar el acceso en propiedad a las VPO aprovechando las modificaciones que se establecen mediante el Plan de Vivienda 2005-2008 (se fija la calificación indefinidamente y se accede a la VPO a través de una lista de demanda). Al tener que establecer y unificar las listas de demanda, es fundamental que estas sean mixtas y que los baremos de adjudicación contemplen la situación socio-familiar⁹⁴¹.

⁹⁴⁰ L. Cachón Rodríguez y L. Olivari, *Síntesis del Seminario sobre Inmigración y Vivienda dentro de las "Jornadas de reflexión sobre el Plan Estratégico de Integración de los Inmigrantes"*, San Lorenzo de El Escorial, 7-8 junio 2005, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Universidad Complutense de Madrid, julio de 2005, p. 10.

⁹⁴¹ L. Cachón Rodríguez y L. Olivari, *Síntesis del Seminario sobre Inmigración y Vivienda dentro de las "Jornadas de reflexión sobre el Plan Estratégico de Integración de los Inmigrantes"*, San Lorenzo de El Escorial, 7-8 junio 2005, cit., p. 18.

CONCLUSIONES

I. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR: SU INTERPRETACIÓN COMO DERECHO DERIVADO DEL PRINCIPIO RECTOR DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

PRIMERA. *El fundamento constitucional de la reagrupación familiar.* La LOE y el Reglamento que la desarrolla constituyen el régimen general aplicable en España a los supuestos de extranjería. En su Capítulo II sobre "Reagrupación familiar", la mencionada Ley regula el derecho de los extranjeros residentes en España a solicitar la entrada y residencia de algunos miembros de su familia. La interpretación de este régimen que distingue entre el derecho fundamental a la intimidad familiar y el principio rector de la protección de la familia, enunciado en la LOE como derecho a la vida familiar, del que la reagrupación familiar sería un mero derecho instrumental, parte de su contenido, es la más adecuada para admitir la diferencia de trato que se da en la aplicación del derecho a la vida familiar entre españoles y extranjeros y entre los propios extranjeros según sus nacionalidades o por circunstancias humanitarias.

Según la doctrina constitucional, para que se diera la vulneración del mandato constitucional de protección de la familia sería preciso que el legislador estableciera un régimen jurídico que dispensara un peor trato a los sujetos integrados en unidades familiares por comparación a los sujetos no integrados en tales unidades; en tal supuesto, los términos de comparación deberían estar constituidos por los sujetos que forman parte de una familia y los que no se integran en familia alguna.

El principio rector consistente en la protección de la familia tiene, en cuanto mandato de optimización, un carácter cualificado y su alcance en nuestro ordenamiento, concretamente en su vertiente de reagrupación familiar, se materializa tanto en el derecho a una acción positiva fáctica, en que el extranjero puede solicitar la entrada de un determinado familiar, como en el derecho a una acción positiva normativa, según el cual se puede exigir al Estado bien la adecuación normativa de la reagrupación a la interpretación de acuerdo con los Tratados Internacionales o bien la aplicación del Derecho comunitario correspondiente.

SEGUNDA. *La protección de la reagrupación familiar en los Tratados Internacionales.* La interpretación del contenido del derecho de reagrupación según

la definición internacional que se otorgue al mismo se debe tanto a un criterio constitucional relativo (artículo 10.2 CE e interpretación del TC) como a un criterio legal absoluto (artículo 3.1 LOE). En los tratados internacionales de ámbito universal, se establece la doble dimensión de protección de la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad, y prohibición de injerencias en la misma. Destaca, por su directa relación con el objeto de estudio, el Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias. Este presenta la peculiaridad de que su ámbito personal tiene mayor alcance que el de la reagrupación reconocida en el mismo, puesto que para poder reagrupar a los hijos, estos no sólo deben estar a cargo del reagrupante, sino que además deben ser solteros y menores de edad. Además los otros familiares a cargo sólo se admitirán por razones humanitarias.

La Directiva 2003/86/CE, debido a su obligada transposición en España, impone la necesaria interpretación del derecho de reagrupación de conformidad con los principios reconocidos por el artículo 8 del Convenio de Roma y por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En la interpretación dada por el TEDH, la vida familiar, a efectos de reagrupación, se define de modo impreciso y amplio, siendo determinantes las notas de “preexistencia” de la vida familiar - anterior a la entrada del reagrupante- y “efectividad” -cohabitación, admitiendo distintas formas de contacto, y dependencia material o económica-. El derecho de reagrupación familiar, como obligación de hacer para el Estado, constituye una de las dos vertientes que conforman el respeto a la vida familiar. La otra vertiente, como obligación de no hacer, impone al Estado una injerencia “mínima”, llamado a no separar, en la medida de lo posible, una familia ya unida o reunida. En la vertiente que nos ocupa, el Estado debe facilitar la reagrupación y sólo está impelido a no prolongar innecesariamente una separación imputable al titular del derecho, según lo establecido en su propia legislación. EL TEDH sólo actuará en caso de incumplimiento de la propia ley por parte del Estado. Si, en cambio, la propia legislación no impone la reclamada reagrupación de un determinado familiar y, por tanto, ha sido acatada, sólo se ponderarán los inconvenientes de residir en otro país.

TERCERA. *La reagrupación familiar en el Derecho comunitario: incoación y paradigma del desarrollo normativo en la política comunitaria de extranjería.* El Derecho comunitario de extranjería puede definirse como el régimen común de

residencia y de derechos para los nacionales no comunitarios o, con ánimo de aproximar estatutos radicalmente separados, la libre circulación de personas indirectamente vinculada al mercado interior. La política comunitaria de extranjería, tras la ardua conquista competencial, está siendo positivizada en lo imprescindible: existe una falta de correspondencia entre la voluntad política manifestada por los Consejos Europeos y el desarrollo normativo por parte del Consejo de la Unión.

A la vista de su tortuoso proceso de gestación, la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar constituye a la vez la incoación y el paradigma del desarrollo normativo que se está dando a la política comunitaria de extranjería en clave de mínimo común denominador. La propia Directiva basa su fundamentación, como se ha adelantado, en la interpretación del artículo 8 CEDH, por lo que podría afirmarse que ésta regula las condiciones de ejercicio de un derecho instrumental de otro fundamental, la reagrupación familiar como prerequisite para la vida familiar. Sin embargo, su carácter instrumental lo vincula más bien a los mandatos de optimización como obligación de hacer legitimada por el TEDH mediante remisión a la legislación estatal. De este modo, la Directiva posibilita situaciones de falta de respeto del derecho a la vida familiar mediante numerosas restricciones estatales facultativas, siendo especialmente graves las que erosionan el ya de por sí reducido ámbito personal de la familia nuclear: un reagrupante residente “cuasipermanente” puede reunir consigo a su único cónyuge y a sus hijos menores no casados, aunque con plazo prolongable *sine die*, expuestos a controles de integración e integridad previos y periódicos.

II. CONSIDERACIÓN DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR COMO DERECHO EN NUESTRO RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA

PRIMERA. *Delimitación.* El objeto del régimen general de extranjería presenta una dimensión doble: por un lado, el “estatuto del extranjero”, que abarca las disposiciones relativas a derechos y libertades; por otro lado, el régimen jurídico de los extranjeros, que regula tanto la entrada, permanencia y salida del territorio del Estado como las infracciones y sanciones. En ambas dimensiones subyace además lo dispuesto sobre la coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración. La reagrupación se enmarca en esos “derechos de los extranjeros” y en la misma intervienen necesariamente los demás aspectos del régimen general, esto es, el

régimen jurídico de los diferentes sujetos implicados, las infracciones en que pueden incurrir y sus correspondientes sanciones, así como la competencia administrativa en cada fase del itinerario de integración de la familia extranjera.

El ámbito de aplicación personal del régimen general de extranjería contempla la exclusión tanto de los nacionales comunitarios y asimilados, impuesta por la pertenencia de España a la Unión Europea, como de los beneficiarios del derecho de la diplomacia. Mediante una clasificación legal implícita, desde la negación de nacionalidad hasta las situaciones del extranjero, que aproxime el estatuto jurídico al socioeconómico, puede identificarse a los nacionales de terceros países con residencia temporal como inmigrantes en situación legal.

SEGUNDA. *La evolución en el tratamiento de la reagrupación familiar, de prerrogativa administrativa a derecho de configuración legal.* La evolución del tratamiento de la reagrupación familiar en el régimen general de extranjería refleja un progresivo cambio de concepción de la misma, desde simple prerrogativa de la Administración a derecho legalmente reconocido. En efecto, la que puede calificarse como primera Ley de Extranjería, de 1985, mantiene silencio sobre la materia y sólo reglamentariamente en el año siguiente se trata como tipo de visado. En ese momento además, la adaptación que se practica, tras la entrada de España en las Comunidades Europeas, no es determinante para la reducción del ámbito subjetivo en la reagrupación familiar, puesto que las condiciones impuestas a los beneficiarios devienen sustancialmente restringidas sólo a partir de la entrada en vigor del segundo Reglamento, ya en 1996. Se trata pues, de una evolución normativa que desvela una considerable falta de motivación en una medida que acabará excluyendo desde 1996, principalmente, a los hijos mayores de edad dependientes y a los nietos y bisnietos. En 1994, se utiliza la vía de las Instrucciones, que pasan a regular específicamente los visados para reagrupación familiar y a partir de su aplicación gozan de éxito y pervivencia entre los agentes de las autoridades competentes más allá de sus dos años de vigencia, justificable fundamentalmente por su condición primigenia. Posteriormente queda fijada la exención de visado, aunque todavía con una concepción alejada del derecho subjetivo que, en su aplicación, será frecuentemente trasladada al ámbito jurisdiccional para la apreciación de las razones justificativas. En el siguiente paso, dado por el segundo Reglamento de Extranjería, aprobado por RD 155/1996, conviene destacar una cuestión hoy desaparecida pero que se podría

recuperar: se permite en supuestos de reagrupación familiar, la existencia de antecedentes penales de poca entidad.

Con la aprobación de la LO 4/2000, punto de inflexión entre dos concepciones, la reagrupación pasa de ser considerada como una modalidad de visado de residencia a enmarcarse entre los derechos reconocidos a los extranjeros por la propia ley. La inmediata modificación, por LO 8/2000, de 22 diciembre, restringe el ámbito del derecho, destacando la reducción de la titularidad del derecho al reagrupante. Sin embargo, esta reforma, a salvo de planteamientos dogmáticos, sólo significa que el familiar reagrupable únicamente deja de poder incoar el procedimiento. No supone pues un límite del derecho, puesto que ya antes de la reforma el reagrupable no podía ejercer el derecho en solitario, era imprescindible la actuación del reagrupante. El Reglamento aprobado por RD 864/2001 no implica avances sustanciales respecto al régimen anterior y hay que esperar a la última reforma legal que afecta a la reagrupación. La LO 14/2003 puede calificarse como una reforma “al revés”, puesto que convalida legalmente lo que había sido un exceso reglamentario. A efectos de reagrupación, las medidas más importantes son la eliminación de la reagrupación en cadena, con el consiguiente establecimiento de condiciones de acceso a la residencia independiente, y del régimen de exención de visado, quedando reducido a los supuestos de autorización por circunstancias excepcionales.

III. LOS SUJETOS DEL DERECHO EN NUESTRO RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA

PRIMERA. *El reagrupante, como titular, y los familiares reagrupables, como beneficiarios.* El titular del derecho a la reagrupación debe cumplir la condición básica de ostentar una autorización de residencia legal renovada por un año. Puesto que no se especifica, esta autorización puede ser bien de residencia temporal, bien del mismo tipo pero por circunstancias excepcionales, o bien de residencia y trabajo, tanto por cuenta ajena como propia. Los otros sujetos implicados pueden calificarse como beneficiarios y son los familiares reagrupables, de los cuales el cónyuge es el que exige mayor detenimiento, debido a la naturaleza del vínculo jurídico que los une, los requisitos exigidos por la propia LOE y sus elementos de interculturalidad. El resto de familiares, también con las respectivas condiciones, son los hijos, los

menores o incapaces cuyo representante sea el reagrupante y los ascendientes. En este ámbito, el Derecho internacional privado, en su sector dedicado al Derecho de Familia, cumple un doble papel de “canal de comunicación entre culturas” y “límite de la tolerancia”. Sin embargo, su actuación sólo se dará directamente cuando así lo impongan las propias normas de extranjería, tanto en la LOE como en el RLOE, puesto que se trata, en la mayoría de casos, de situaciones familiares ya constituidas y con efectos desplegados en el extranjero. Las cuestiones relativas a la ley aplicable quedarán por tanto relegadas a casos muy determinados en los conflictos provocados en España, bien como consecuencia del necesario cumplimiento de requisitos en la reagrupación o bien por nuevas situaciones que se produzcan en las relaciones familiares de los extranjeros ya reagrupados y residentes.

SEGUNDA. *Consideración específica del cónyuge como principal beneficiario.* El cónyuge es considerado en la práctica como el principal beneficiario de la reagrupación familiar. También puede considerarse así por su especial protección dogmática, puesto que este familiar personifica el *ius connubii*, derecho constitucional de configuración legal.

1. *Noción autónoma de cónyuge a efectos de autorización de residencia por reagrupación y diferente tratamiento de la exención de visado.* La LOE establece una concepción autónoma de “cónyuge” circunscrita a los efectos de la reagrupación familiar, más amplia que la de nuestro Código civil, que ya incluye el cónyuge del mismo sexo o del mismo sexo biológico pero distinto sexo psicológico. Permite por tanto la entrada a un cónyuge de reagrupante polígamo a la vez que impide la del conviviente *more uxorio*. En cuanto a este último supuesto, la jurisprudencia impide que determinadas parejas ya reunidas en España puedan ser separadas, pero todavía no se ha pronunciado a favor de una reagrupación de pareja de hecho entre extranjeros extracomunitarios denegada administrativamente, pues el conviviente, en todos los casos, ya se encuentra en España y lo que ha solicitado es exención de visado, no una autorización de residencia por reagrupación encontrándose en el Estado de origen. Aunque el diferente trato que la LOE dispensa a los extranjeros del régimen general de reagrupación es constitucional —la doctrina del TC sólo autoriza la inclusión del supuesto en cuanto vínculo familiar pero no condena su ausencia—, podría admitirse la incorporación del conviviente como un beneficiario más de la reagrupación a través de una reforma legal.

2. *Control de los matrimonios no inscribibles en el Registro Civil.* El control de legalidad respecto a las condiciones expresamente exigidas al cónyuge en el régimen reglamentario de reagrupación es doble: lo deberán realizar tanto la Oficina de Extranjería al comprobar la acreditación documental de los vínculos, la edad y la dependencia, como la Oficina Consular, que también debe realizar estas comprobaciones y está habilitada para hacerlo mediante entrevista personal. Sin embargo, sólo afecta a los matrimonios celebrados en el extranjero entre extranjeros, que no deben acceder al Registro Civil. Precisamente este grupo es el principal “acreedor” de la reagrupación familiar en el régimen general y sería el único si, tanto el derecho interno como el comunitario, se adaptaran a lo previsto por la interpretación del artículo 8 CEDH, que exige la preexistencia de la vida familiar a la entrada del reagrupante en el Estado de acogida. El resto de matrimonios deben ser inscritos en el Registro Civil y por tanto controlados por el mismo con un carácter más cualificado, pues no se ciñe a los efectos de entrada en el territorio. Se trata de los celebrados en el extranjero cuando al menos uno de los cónyuges sea español y los celebrados en el extranjero entre extranjeros cuando uno adquiriera la nacionalidad española.

3. *Ausencia de separación.* La LOE exige al reagrupante la ausencia de separación entendida como convivencia o vida conyugal efectiva, requisito que excede las previsiones de nuestro ordenamiento. Permite, sin embargo, que el residente polígamo reagrupe a cualquiera de los cónyuges. La posibilidad de admitir en España, aunque sea sólo a efectos de reagrupación, la constancia documental de dos matrimonios en que un cónyuge, el reagrupante, aparece duplicado, sólo sería posible si se interpretara que la “separación de sus anteriores matrimonios” puede aplicarse a un cónyuge residente en España no sólo en caso de disolución del vínculo, sino también de separación de derecho. Actualmente en España la separación de derecho únicamente existe como puerta abierta a la reconciliación o, cuanto menos, como expresión de la voluntad de los cónyuges por la cual desean formalizar el mantenimiento del vínculo cesando efectivamente la convivencia. No conviene, pues, autorizar la entrada de un segundo cónyuge ante la pervivencia totalmente libre y voluntaria de un primer enlace, precisamente porque el orden público ya fue atenuado al admitir la primera reagrupación y esta segunda, más que

atenuar los efectos del orden público, los desvirtuaría, al vaciar de contenido la separación de derecho.

La protección de cónyuges no reagrupados o anteriores se basa en un tenor legal confuso, la separación “de sus anteriores matrimonios”, y debe diferenciarse según el lugar donde haya tenido lugar la disolución del vínculo anterior, bien en el Estado de origen o en España. En el primer supuesto, sólo cabe admitir la separación de derecho del primer cónyuge, que debe permanecer además en el Estado de origen, a salvo de la interpretación por la que se contemple la reagrupación del primero y la separación de los siguientes, que a su vez deben también permanecer en el Estado de origen. Conviene interpretar el inciso en un sentido amplio para entender “separación” como disolución, salvo en los supuestos de poligamia, en que la separación puede ser de cualquiera de los matrimonios coetáneos y no sucesivos. El “procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares” debe ser también considerado como un concepto autónomo con efectos en la reagrupación familiar, admitiendo “cualquier procedimiento que disuelva el matrimonio”.

Atendiendo al tratamiento dado tanto por los tribunales como por la DGRN, es aconsejable que las autoridades administrativas competentes para autorizar la residencia por reagrupación familiar admitan un acta de repudio, aunque sea aparentemente revocable, tanto del cónyuge no reagrupado que permanece en el Estado de origen, como del cónyuge residente en España pero también repudiado en el Estado de origen. En este último caso, además es recomendable, para evitar que la situación de poligamia se reproduzca en España, que la autoridad compruebe el cumplimiento del plazo por el que todo repudio deviene irrevocable. Conviene, por tanto, tratar el repudio como lo que representa a partir de ese momento, esto es, como disolución del vínculo. Tampoco se podrá hablar de cónyuge no reagrupado sino de antiguo cónyuge, porque propiamente no puede calificarse a todos como cónyuge anterior, dada la simultaneidad de los vínculos. En cuanto a la situación fijada en el procedimiento jurídico, la exigencia de pronunciamiento sobre la vivienda común, pensión al cónyuge y alimentos para los menores dependientes puede considerarse excesivamente estricta.

Si la disolución de la familia “anterior” residente en España tiene lugar también en este país, el primer punto de conexión aplicable lleva a la ley nacional común de los cónyuges, que permite mantener la diferencia a las familias que tienen intención de regresar al Estado de origen, evitando así resoluciones claudicantes. Sin embargo, la regulación del resto de conexiones, en que se combina el carácter contencioso o no de la demanda y el orden público, debiendo aplicarse en algunos casos la ley española, no llega a permitir a la pareja que elija la ley que desea que se les aplique.

4. Ausencia de simulación. Puesto que la LOE se limita a exigir la ausencia de simulación, las autoridades correspondientes, Oficina de extranjería y Oficina consular, no deben apreciar otra circunstancia que no sea precisamente la de haber contraído matrimonio con el único fin, por parte del cónyuge, de residir en España y, por parte del reagrupante, de obtener algún beneficio, frecuentemente económico. La prueba con que cuentan respectivamente son los documentos presentados y la entrevista personal y el único indicio legal de que disponen, de origen comunitario, lo representa el hecho de que el matrimonio se haya celebrado con posterioridad a la entrada del reagrupante en el Estado miembro. Si bien en sede administrativa, las autoridades se ciñen a las apreciaciones de fraude de ley en el consentimiento por indicios extraídos de la doctrina de la DGRN, en sede judicial, en cambio, es más frecuente recurrir a un tratamiento más autónomo, circunscrito a las concretas disposiciones en materia de reagrupación, lo que lleva en realidad a comprobar con más precisión, o cuanto menos a motivarlo más que los Cónsules, el cumplimiento de los demás requisitos exigidos para poder reagrupar al cónyuge.

La justificación del legislador comunitario al fijar una edad mínima de los cónyuges frente al silencio de la LOE provoca una paradoja: para garantizar un mayor grado de integración debe permitirse la reagrupación a la mayor brevedad y para evitar los matrimonios forzados entre niños, la edad prevista, 21 años, es muy posterior a los permitidos en España, 14 años con dispensa judicial.

5. Control de matrimonios inscribibles en el Registro Civil. El análisis de las circunstancias que rodean los supuestos de celebración de matrimonio entre extranjeros celebrados en España susceptibles de reagrupación, el difícil traslado temporal del futuro cónyuge a España, el control por parte del Registro Civil, la

posterior separación por causa administrativa (no laboral) de la necesaria vuelta del cónyuge a origen, lleva a la conclusión de que, además de infrecuentes, no son propiamente constitutivos del vínculo conyugal previsto por el régimen general de reagrupación familiar en la LOE.

En los casos de matrimonios de necesaria inscripción en el Registro porque el reagrupante accede a la nacionalidad española, posteriores por tanto a la reagrupación, sólo la excepción de orden público debe ser tenida en cuenta para impedir la inscripción, pues la ley aplicable a la capacidad y al consentimiento en tales matrimonios es la ley nacional de los contrayentes en el momento de la celebración. En cuanto a la disolución, debe tenerse en cuenta que la sentencia probatoria del divorcio anterior sólo determina la capacidad matrimonial y como acaecida en el extranjero y no afectando a españoles, no es susceptible de inscripción en el Registro español. Respecto a la celebración en fraude de ley, el Registro Civil emplea erróneamente el expediente previo para los matrimonios pendientes de celebración, pues en la audiencia reservada y por separado de los contrayentes, que debe ocuparse de la capacidad matrimonial, en la que se incluye la capacidad natural para prestar consentimiento, no debe apreciarse la prestación misma del consentimiento, que se manifiesta en el momento de la celebración, en la forma escogida legalmente admisible y es tan esencial como la capacidad.

TERCERA. *Reagrupación de los hijos.*

1. Filiación natural. El control de la filiación natural se limita a la comprobación de la legalización del documento extranjero y a una entrevista en el trámite de visado. Los conflictos que se sustancian habitualmente en relación con la determinación de la filiación no trascienden al ámbito de la reagrupación por cuanto la configuración actual del derecho implica que el titular del mismo sea el reagrupante y que los hijos sean meros beneficiarios. Por tanto, aunque un presunto hijo obtuviera jurisdiccionalmente el reconocimiento de su condición, no por ello el extranjero residente en España estaría obligado a solicitar la reagrupación de aquel.

Los hijos deben ser menores de dieciocho años o estar incapacitados de conformidad con la ley española o su ley personal y no encontrarse casados. Los hijos de reagrupante polígamo y cónyuge no reagrupable, aunque este obtenga una autorización de residencia, sólo podrán acceder legalmente a la residencia por

reagrupación un año más tarde que su progenitor no reagrupado. El criterio estático de minoría de edad no tiene en cuenta la ley personal del menor, como sí la tiene el de la declaración de incapacidad. Sería deseable adoptar el umbral de edad aplicado en el régimen comunitario que eleva el mínimo a veintiún años e incluso desaparece si el hijo está a cargo. En los casos de incapacitación constituida conforme a ley extranjera, mediante una interpretación amplia, puede admitirse una prueba distinta a la declaración judicial y permitir la entrada en España con la atenuación del orden público, de tal modo que la institución de protección correspondiente sólo desplegará los efectos permitidos y las lagunas se integrarán mediante la ley de residencia habitual, esto es, la española.

2. *Filiación adoptiva.* Como en el caso de los cónyuges, la LOE establece un control de legalidad administrativo mínimo para los casos de filiaciones adoptivas constituidas en el extranjero y cuyos efectos se han desplegado también en el extranjero, que además de no acceder al Registro Civil, tampoco requiere *exequatur*. El Convenio de la Haya de 1993 trasciende a efectos de reagrupación únicamente si la adopción en el Estado de origen fue certificada conforme al mismo porque tal certificación debe ser reconocida en España, satisfaciendo así el requerimiento de la LOE. Por otra parte, nuestro ordenamiento permite el reconocimiento de las adopciones simples o semiplenas si se renuncia al derecho de revocación de la adopción atribuido por la ley extranjera. Sin embargo, la *kafala* sólo es asimilable al acogimiento, por lo que, caso de pretender la vinculación por filiación, deberá constituirse la adopción ante juez español.

3. *Hijos de uno solo de los cónyuges.* En el supuesto de hijos de uno solo de los cónyuges, el progenitor correspondiente debe cumplir dos requisitos: el primero es, alternativamente, ejercer en solitario la patria potestad o tener otorgada la custodia; y el segundo, que los hijos estén efectivamente a su cargo. En cuanto a la patria potestad, al exigirse únicamente “ejercicio”, se está permitiendo la posible titularidad conjunta de la misma. Por otro lado, en relación con la custodia, puede reagruparse en caso de otorgamiento de ésta a un progenitor y régimen de visitas con imposición de las pensiones alimenticia y compensatoria al otro progenitor, comprensivo todo ello del ejercicio compartido de la patria potestad. La cuestión, por tanto, se reduce a comprobar si sería admisible la custodia compartida, en la que no se establece derecho de visita precisamente por la fijación de una convivencia

alterna. Este supuesto, previsto potestativamente en el Derecho comunitario, no se prevé legalmente ni tiene acogida jurisprudencial porque daría cobertura jurídica a una situación inestable en la que podría producirse la retención o el traslado ilícitos del menor.

4. *Nasciturus*. En el supuesto de reagrupación de un *nasciturus*, el momento del nacimiento determinará que, si es anterior a la entrada de la madre reagrupada, bien deba iniciarse el trámite de solicitud en España tras la concesión de visado a la madre, o bien las autoridades responsables del control fronterizo decidan impedir la salida del Estado de origen o la entrada a España.

CUARTA. *Reagrupación de otros familiares*.

1. *Representados*. La representación legal de los menores de dieciocho años o incapaces debe ser la vía apropiada para supuestos de menores dependientes de familiares que no encajan en los supuestos anteriores, aunque su ley personal los asimile a los hijos, como pueden ser las adopciones simples o semiplenas cuando no se haya renunciado al derecho de revocación y la *kafala*, aunque el mejor acomodo de esta es el de constituir la adopción *ex novo* en España, evitando así el posible fraude en la reagrupación y el posterior desamparo del menor. Por otra parte, se trata de “incapaces” y no de “incapacitados”, resultando clarificadora la definición comunitaria: hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.

2. *Ascendientes*. Estos pueden ser reagrupados si se da una dependencia económica efectiva respecto de los reagrupantes. Sin embargo, esta misma dependencia también se exige administrativamente en relación con los hijos sólo del reagrupante. Esta posibilidad trata de adaptarse a la literalidad de lo estrictamente establecido en la LOE. No obstante, sería deseable entender incluidos también a los hijos sólo del cónyuge en los dos casos posibles (cónyuge reagrupado un año antes que lo tiene efectivamente a su cargo y cónyuge e hijo a cargo de este, reagrupados simultáneamente) con el fin de proteger los intereses del hijo menor frente a un traslado que pueda suponerle perjuicios.

3. *Otros familiares.* Los casos de otros familiares que se aducen como incluidos por la jurisprudencia, se refieren, no a solicitudes en que el familiar se encuentra en el Estado de origen a la espera de ser reagrupado, sino a supuestos en que el pretendido familiar ya se encuentra conviviendo en España con el pretendido reagrupante, cuestión a su vez escindible en varias situaciones, de las que tan sólo una constituye reagrupación familiar impropia o *de facto*.

Las particularidades de los familiares de estudiante o investigador se basan en la asimilación con el mismo, en cuanto que son beneficiarios de una autorización de estancia idéntica, sin necesidad de espera en el Estado de origen para ello, aunque no disponen del mismo derecho a la autorización para trabajar y su ámbito personal es más reducido que en el régimen general: el cónyuge e hijos menores de dieciocho años o sometidos a la patriapotestad o tutela del estudiante.

IV. PROCEDIMIENTO

PRIMERA. *Necesidad de una reforma legal.* Sería deseable que una reforma legal del procedimiento administrativo introdujera la posibilidad de solicitar una autorización de residencia y trabajo para la unidad familiar. Mediante un único expediente, con oferta de trabajo para cada uno de los miembros de la familia en edad laboral y cumpliendo los requisitos del artículo 50 RLOE, las autoridades podrían emitir una resolución conjunta en la que los motivos de la denegación imputables a los interesados se refieran a la existencia de antecedentes penales, no meramente policiales. Tampoco debería ser motivo de denegación el hecho de encontrarse en España en el momento de presentar la solicitud, si es en situación legal de estancia. La estimación de los recursos económicos suficientes para mantener al miembro o miembros de la familia que, incluidos en la solicitud conjunta, no van a trabajar, debería hacerse teniendo en cuenta el carácter de indefinidos de los contratos que se presenten, así como la viabilidad de los proyectos en el caso de trabajadores autónomos.

En la autorización de residencia por reagrupación familiar, una reforma legal orientada a la reducción de los plazos previstos favorecería la protección de la familia inmigrante a la vez que reduciría el número de reagrupaciones *de facto*: el extranjero autorizado a residir un año podría solicitar la autorización de residencia por reagrupación desde el momento en que su contrato de trabajo deviene indefinido,

pudiendo establecerse un plazo mínimo de tres meses, aplicable también a los trabajadores por cuenta propia.

SEGUNDA. *Ausencia de publicidad y uniformidad en los criterios administrativos relativos a la documentación.* Los documentos básicos propios de la reagrupación son los acreditativos de la identidad, el vínculo, la dependencia legal y económica en su caso, el tiempo de residencia y la imposibilidad de poligamia. Como documentación específica, el reagrupante debe presentar, tanto la que acredite el empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, como un informe o acta notarial de disponibilidad de vivienda adecuada, con expresión del título que habilite para la ocupación de la vivienda y de las condiciones de habitabilidad y equipamiento de la misma. El informe tiene carácter potestativo, puesto que pasado un plazo sin haber podido obtenerlo, se puede recurrir al acta notarial. Esta circunstancia lleva a determinadas Corporaciones Locales a no emitir dicho informe, bien por falta de medios o bien por falta de voluntad. Debe lamentarse que en la apreciación de estos requisitos, rige en España el criterio del órgano competente en cada provincia, a su vez orientado mediante instrucciones de la Administración central carentes por tanto de la publicidad necesaria para alcanzar tanto a los interesados como a las Corporaciones Locales y demás agentes implicados.

TERCERA. *Integración de lagunas en materia de resolución, trámite de visado y recurso.* La resolución de la solicitud debe ser expresa y posterior a la de renovación de residencia del reagrupante, que puede concederse por silencio positivo transcurridos tres meses. Este plazo es incompatible, por falta de previsión reglamentaria con el de un mes y medio para notificar tanto la denegación como la concesión. Esta última está condicionada a la obtención de visado y entrada efectiva del reagrupado, salvo en los casos de ausencia de visado, que podemos denominar reagrupación *de facto*.

La obtención del visado de residencia por reagrupación debería alcanzar, en cuanto a su trámite, un carácter de concesión automática, y su denegación debe revestir un sentido de excepcionalidad que lleve a motivar de modo cualificado la misma, asumiendo además la carga de la prueba. De este modo, la Oficina Consular reduce la fiscalización de los documentos al control de aquellos no exigidos en la

fase previa de autorización en España. También el requerimiento de estos documentos en el trámite de visado debería emplearse de modo extraordinario y facilitando la conveniente motivación al interesado, *v.gr.*, la constancia de antecedentes policiales o de solicitudes denegadas con anterioridad por fraude. La exigencia de comparecencia personal en la eventual entrevista personal durante el trámite de visado desvirtúa la eficacia de la representación, puesto que de otro modo podría limitarse la comparecencia al momento de recogida del visado una vez concedido, tras volver de una estancia legal en compañía del reagrupante. En el caso de un visado denegado por motivo distinto a la incomparecencia, el familiar no debería volver al Estado de origen dada la arbitrariedad de estar autorizado por la misma Administración que se lo deniega, si bien dependiente de distintos Ministerios.

Las resoluciones relativas a la reagrupación familiar son recurribles tanto por la vía administrativa como por la jurisdiccional. Esta materia no se encuentra expresamente prevista en el RLOE para los recursos administrativos de alzada, por lo que conviene asimilarla a la autorización de trabajo y así incluir las resoluciones sobre renovación y modificación. Los recursos jurisdiccionales correspondientes son los contencioso-administrativos, pudiendo acudir tanto al procedimiento “ordinario” abreviado como al de protección de los derechos fundamentales de la persona. Todos los recursos enumerados prevén la posibilidad de que el órgano competente suspenda la ejecución de las resoluciones.

V. REGULARIZACIÓN ORDINARIA DE FAMILIARES EN ESPAÑA COMO CONSECUENCIA DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR *DE FACTO*

PRIMERA. *Diversidad de supuestos.* Los familiares pueden encontrarse en España en situación regular o irregular. Si se da la primera, debería permitirse la modificación de su autorización de estancia a residencia por reagrupación sin necesidad de imponer la vuelta al Estado de origen. Esta medida excepcional podría articularse mediante unas Instrucciones del Consejo de Ministros con base en la Disposición adicional primera, apartado cuarto, del RLOE. Si, en cambio, los familiares se hallan en situación irregular, podrían considerarse como beneficiarios de la que hemos denominado reagrupación familiar *de facto*. Estos familiares ostentan la condición de arraigados, víctimas de violencia doméstica o hijos de residente legal.

SEGUNDA. *Los supuestos de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo.* Estos casos, si bien en la práctica administrativa difícilmente excederán las concreciones establecidas para cada miembro de la familia en el régimen de reagrupación, deberían atender a otros vínculos familiares, puesto que se debe proteger la familia que ya está reunida en España evitando la separación que una denegación puede provocar. De este modo, pueden distinguirse tres modalidades: arraigo familiar laboral, arraigo familiar no laboral y arraigo social de familia extensa. En el régimen vigente de la situación de irregularidad, caben tres posibilidades para impedir la interrupción del proceso para la obtención de un estatuto susceptible de arraigo: la efectiva aplicación de la sanción pecuniaria con carácter principal a la expulsión, ser beneficiario de una prestación económica asistencial, que varía según la Comunidad Autónoma implicada, o encontrarse en estado de gravidez cuando suponga un riesgo para la madre o para el *nasciturus*.

La jurisprudencia por la cual se apreciaba arraigo familiar, tanto para eximir de visado como para impedir las expulsiones, no sólo no ha sido tenida en cuenta sino que ha entrado en clara contradicción con el concepto de arraigo regulado en el RLOE. Sólo cabe admitir hermenéuticamente que el artículo 31.3 LOE otorgue cierto margen de apreciación a la jurisdicción contencioso-administrativa y que por tanto los artículos 45 a 47 RLOE no agotan su desarrollo.

TERCERA. *Violencia doméstica.* Las autorizaciones de residencia a las víctimas de violencia doméstica adolecen de una carencia: la aplicación de la LO 1/2004, que excluye de su ámbito los supuestos en que la relación es homosexual y aquellos en que la víctima es hombre y el agresor mujer, junto con el artículo 153.1 CP, único supuesto permitido por la remisión del régimen de extranjería, desemboca en un reduccionismo sexista que impide la protección de víctimas extranjeras masculinas. En estas situaciones se pretende proteger la paz y estabilidad de las relaciones familiares, aun sin convivencia.

CUARTA. *Hijos de residente legal.* El régimen de autorización de residencia para hijos de residente legal que ya se encuentren en España excede lo previsto legalmente en cuanto a la exigencia de escolarización previa y cualificada. Este último requisito, igual que el de acreditar un año de relación laboral o un itinerario de inserción social en los supuestos de arraigo, establece además el reconocimiento

implícito del estatuto de extranjero en situación de estancia irregular, por cuanto se impone la existencia de relaciones jurídicas con la Administración Pública, principalmente de ámbito local y regional. Las cuestiones procedimentales relativas a la vigencia y la renovación de este tipo de autorización de residencia podían haberse remitido en bloque al régimen general de reagrupación. El requisito de dos años de permanencia al menor o incapacitado que aparece con esta nueva disposición reglamentaria, supone un claro endurecimiento de las condiciones, puesto que con anterioridad a su entrada en vigor cabía la exención de visado sin plazo previo, reconocida también en la jurisprudencia.

QUINTA. *Otros supuestos.* La Disposición Adicional primera del RLOE en su cuarto apartado, último inciso, ofrece un cauce adecuado para los supuestos de autorización de residencia que no han sido recogidos reglamentariamente, en concreto los que la jurisprudencia relativa al arraigo familiar, esto es, a todos los supuestos que, caso a caso, los tribunales han ido considerando como tales y susceptibles tanto de exención de visado por circunstancias excepcionales como de anulación de la expulsión. Se trata, en definitiva, de solicitar al Secretario de Estado lo que se solicitaría al Delegado del Gobierno, a través de la Oficina de Extranjería, si estuviera recogido en el artículo 45 RLOE.

VI. EL RÉGIMEN COMUNITARIO, HORIZONTE PARA EL RÉGIMEN GENERAL DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR

PRIMERA. *Necesidad de una adecuada aplicación del régimen comunitario en España.* Los ciudadanos de la Unión Europea y sus asimilados están exentos del régimen general de extranjería por remisión legal al Derecho comunitario. De este modo, en España será de aplicación el Derecho de la Unión Europea en materia de Ciudadanía y libre circulación de personas, siguiendo la interpretación del TJCE, complementado por el Derecho interno que lo transponga o reitere sin contravenirlo y ofreciendo potestativamente un trato más favorable: el RD 178/2003. Muy en tercer lugar y esta vez de modo subsidiario, puede acudir al régimen general de la LOE y el RLOE.

1. Corrección interna de la discriminación inversa por no ejercer la libre circulación. Aunque la ciudadanía de la UE se considera el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, lo cierto es que el Derecho comunitario de

libre circulación no puede aplicarse a la situación de personas que no hayan ejercido nunca dicha libertad. En cambio, el derecho interno español permite que se acojan al régimen comunitario los familiares extracomunitarios de españoles aunque estos no hagan uso de su libertad de circulación. Debido a esta posibilidad, son más frecuentes aquí los denominados matrimonios de conveniencia, que responden a la voluntad de instrumentalizar el matrimonio con el fin de entrar en España o regularizar su situación en el país.

2. *Requisitos administrativos.* El Derecho interno elimina, en principio, las formalidades administrativas y ya no contiene los límites que, en virtud del Derecho comunitario, se pueden exigir a los nacionales de un Estado miembro que quieran disfrutar del derecho de residencia en su territorio. Sin embargo, en la práctica se impone, más allá del requisito comunitario de no ser gravoso al Estado de acogida, la solicitud de tarjeta para poder desarrollar relaciones jurídicas en España.

Los familiares de nacionales a los que se aplica el RD 178/2003, a su vez nacionales de terceros Estados, son los auténticos destinatarios del mismo, por cuanto la totalidad de formalidades que se establecen vienen impuestas, en última instancia, a esta categoría de "inmigrantes privilegiados". Las disposiciones más claras en este sentido son las relativas a la posible exención de visado y es precisamente en este apartado en el que nuestro régimen incumple las previsiones comunitarias, tanto normativas como jurisprudenciales: el visado que se deba exigir sólo puede ser de estancia y no de residencia como hasta el momento viene sucediendo, además de que debe facilitarse su expedición hasta tal punto que la ausencia del mismo no debe impedir la entrada del familiar si se demuestra la identidad y el vínculo.

3. *Pervivencia de la expulsión.* El Derecho comunitario no excluye la posible expulsión ni de los ciudadanos comunitarios ni de sus familiares extracomunitarios, si bien mantenida de modo muy cualificado, por lo que se constata la vulneración del principio de no discriminación con respecto a los nacionales del Estado de residencia. Convendría que el supuesto encontrara su tratamiento en los sistemas penales nacionales, en lugar de exigir que la medida se base exclusivamente en el comportamiento personal del individuo afectado, más allá de la existencia de condenas penales, que debe representar una amenaza actual, real y suficientemente

grave por el que quede afectado un interés fundamental de la sociedad, con previsión estatal de medidas represivas severas contra el mismo comportamiento cuando los autores sean nacionales.

4. *Elementos pendientes de transposición.* El Derecho comunitario derivado relativo a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y sus familias que todavía debe ser transpuesto en nuestro ordenamiento, pues el RD 178/2003 sólo lo incorporó parcialmente, recoge, en un único instrumento legislativo, el acervo jurisprudencial en la materia. Se prevé por tanto la obtención de resoluciones del TJCE reconociendo efecto directo a las disposiciones de la Directiva que no hayan sido transpuestas adecuadamente, puesto que, en definitiva, son sus propias decisiones jurisprudenciales elevadas a rango normativo.

Además de algunas cuestiones todavía imprecisas en el derecho interno — como son el acceso a la residencia independiente de los familiares, la previsión expresa de la residencia permanente tras cinco años y la tarjeta de residencia sólo para familiares extracomunitarios—, la incorporación del Derecho comunitario debe llevar a la ampliación del concepto de "miembro de la familia", incluyendo a la pareja registrada y, de modo atenuado, pues los Estados “facilitarán” su entrada y residencia, a toda pareja estable y a cualquier otro familiar a cargo, pues supondrá un mayor ámbito de aplicación personal del régimen comunitario, acogiendo a buena parte de quienes son todavía considerados inmigrantes económicos sin vinculación familiar clara. La ampliación relativa a las parejas registradas, posible en España, puede provocar conflictos debido al carácter plurilegislativo de nuestro ordenamiento en esta materia y a la diversa regulación dada por cada Comunidad Autónoma.

SEGUNDA. *Eventual asimilación del régimen general al régimen comunitario.* Como consecuencia del análisis comparado del régimen general y del régimen comunitario en materia de reagrupación familiar, entendemos que es muy conveniente la asimilación del primero al segundo en el mayor grado posible, principalmente en la ausencia de plazo previo de residencia exigido al reagrupante, propuesta ya fundamentada en una conclusión anterior. Tomando también como referencia el régimen comunitario, los límites al ejercicio del derecho de residencia reconocido a los familiares extracomunitarios y su atenuación jurisprudencial deberían servir de

modelo a las condiciones administrativas impuestas a los familiares extracomunitarios de reagrupantes a su vez nacionales de terceros Estados y residentes en España.

La dificultad de esta asimilación sectorial, para alcanzar el establecimiento de un estatuto general más justo en materia de reagrupación familiar, reside en los diferentes fundamentos de cada régimen en el ámbito comunitario de la Unión Europea, libertad de circulación de ciudadanos frente a política de inmigración legal. Podría justificarse una medida en tal sentido por motivos de integración social del propio extranjero reagrupante, teniendo en cuenta que la Unión Europea reconoce expresamente que la reagrupación familiar, además de ser necesaria para la vida en familia, “contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro” (Cuarto considerando de la Directiva 2003/86/CE, sobre reagrupación).

VII. EL PECULIAR ESTATUTO DE LA FAMILIA REAGRUPADA COMO BASE DE SU INTEGRACIÓN

PRIMERA. *Estatuto de dependencia del reagrupado respecto del reagrupante.* El estatuto jurídico de los familiares reagrupados está vinculado al del reagrupante, tanto en relación con su vigencia como en su renovación o extinción. Se trata, por tanto, de un derecho de residencia dependiente. La remisión que nuestro derecho interno establece en los casos de denegación de renovaciones podría ser constitutiva de incumplimiento del Derecho comunitario. Este impone que la denegación se deba a 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.

SEGUNDA. *Residencia independiente del reagrupado.* El legislador ha previsto una serie de supuestos en que los familiares reagrupados puedan acceder a la residencia independiente. El modo de acceso general es el vinculado a una autorización laboral, mientras que el resto de los casos se debe, bien al transcurso de un plazo, bien a la muerte del reagrupante, bien a la crisis familiar. Sin embargo, en el caso de los hijos debe tenerse en cuenta que el Derecho comunitario permite que alcancen este

derecho sin necesidad de añadir los cinco años de residencia o la autorización de trabajo al requisito de la mayoría de edad. Ahora bien, en el último supuesto –crisis familiar–, aunque el RLOE además de la violencia doméstica sólo se refiere a la ruptura de vínculo —y dado que por error asigna expresamente esta consecuencia tanto al divorcio como a la separación de derecho— debería considerarse incluida la separación judicial como otra vía de acceso a la residencia independiente, ampliándose así su ámbito personal. Respecto al familiar de reagrupante residente permanente, paradójicamente su favorable dependencia permanente deviene temporal al acceder a la residencia independiente. También debe tenerse en cuenta el acceso a la vivienda, segundo factor más importante de los necesarios para poder reagrupar, una vez que el familiar reagrupado y residente independiente ya dispone de recursos económicos para ello. La opción más extendida en la práctica es la del arrendamiento cuya regulación, puesta en relación con los modos de acceso a la residencia independiente, confiere un trato especial al cónyuge.

TERCERA. *Protección frente a la expulsión.* La protección que ofrece la LOE frente a la expulsión puede aplicarse a la familia reagrupada fundamentalmente en los supuestos de reagrupante residente permanente condenado a pena privativa de libertad superior a un año y de reagrupante beneficiario de determinadas prestaciones. Si se trata de un familiar en situación irregular pendiente de autorización por arraigo, sólo es posible aplicar el supuesto de percepción de una prestación económica asistencial, que además no se puede sustituir por multa como los casos anteriores, dado que no puede embargarse una prestación de estas características. También podrán evitar la expulsión los familiares del reagrupante mencionado anteriormente sin necesidad, como parece más adecuado, de que éste deba ser a su vez infractor. En materia de expulsión, debe además contemplarse lo ya propuesto en relación con la denegación de renovaciones y las directrices de Derecho comunitario.

VIII. LA INTEGRACIÓN DE LA FAMILIA REAGRUPADA MEDIANTE LA GARANTÍA DE SU SEGURIDAD MATERIAL

PRIMERA. *Estatuto de la familia reagrupada.* Además del peculiar estatuto de la familia reagrupada, cobran especial importancia los principales mecanismos jurídicos directamente relacionados con la integración de la familia extranjera en la sociedad

de acogida española, especialmente los relativos a derechos que le procuren la necesaria seguridad material: la libertad de circulación, el derecho a la educación, el acceso a la nacionalidad, los derechos sociales —asistencia sanitaria y prestaciones tanto de la Seguridad Social como de los Servicios Sociales— y las medidas administrativas para la integración.

1. Libre circulación. La libertad de circulación de que disponen los familiares reagrupados puede considerarse suficientemente reconocida en el RLOE puesto que los plazos establecidos son amplios, si bien deben estimarse modulados por el derecho comunitario cuando ejerzan el derecho dentro del territorio de la Unión. Así, el reagrupante con residencia permanente podrá ser residente en otro Estado miembro sin perder su condición anterior.

2. Educación. El derecho a la educación reconocido en España a todos los miembros de la familia reagrupada, tanto en sus vertientes obligatoria y voluntaria, como en la relativa a su mejor integración, contrasta en cuanto a la concepción de la integración en este ámbito, con las medidas propias de otros Estados europeos, previstas también por la Directiva 2003/86/CE, que consisten en exámenes sobre el idioma y la sociedad de acogida.

3. Nacionalidad. El acceso a la nacionalidad española ha sido defendido como última etapa del itinerario de integración jurídica del extranjero, aunque propiamente se encuentran auténticamente integrados aquellos extranjeros que han podido conservar su nacionalidad de origen. La familia reagrupada, a salvo de los hijos nacidos en España que para evitar la apatridia reciben esta nacionalidad, puede alcanzarla por diversas vías, aunque la más frecuente es la residencia. Dentro de esta modalidad, debe tratarse con especial cautela el supuesto del segundo cónyuge de reagrupante polígamo que accede a la nacionalidad. Más allá de la pérdida del plazo privilegiado de un año para acceder también a la nacionalidad, la peculiar situación que constará en España, reagrupante casado y separado de hecho con el primer cónyuge a la vez que conviviente en concubinato con el segundo, lleva a recomendar la opción por una de las dos alternativas posibles: bien renunciar al estatuto de polígamo antes de adquirir la nacionalidad, habiendo reagrupado al primer cónyuge (más sencillo porque no debe fijar la situación de los posteriores cónyuges), o al segundo, disolviendo el primer vínculo (esto permite la inscripción del segundo en el

Registro Civil sin necesidad de *exequatur*); o bien renunciar a la adquisición de la nacionalidad por preferir conservar su situación de poligamia.

4. *Prestaciones de la Seguridad Social: pensión de viudedad.* Entre las prestaciones de la Seguridad Social, reconocidas a los extranjeros en la LOE junto con otros derechos sociales (asistencia sanitaria y prestaciones básicas de los servicios sociales), destaca la pensión de viudedad por su trascendencia en el ámbito de la familia reagrupada. Esta prestación ha sido otorgada ya tanto administrativa como judicialmente en las situaciones de poligamia, frente a la convivencia *more uxorio*. De este modo, se reconoce a estos matrimonios como tales a los efectos de conceder la pensión, que es única y deberá repartirse entre todos los cónyuges supervivientes.

SEGUNDA. *Mecanismos para la integración.* La Administración Autonómica sirve actualmente de canal de enlace entre el Estado y las Corporaciones Locales, mediante la distribución de los fondos destinados a la integración de los inmigrantes. El desarrollo legislativo en la materia se circunscribe principalmente al ámbito de los Servicios Sociales. Las Comunidades Autónomas tienen por tanto competencias en materia de integración social compatibles con las propias del Estado. Estas competencias se articulan mediante una serie de ejes cuyas medidas de concreción alcanzan directamente a la familia reagrupada. Esos ejes corresponden a las áreas de acogida, educación, empleo, perspectiva de género, servicios sociales y vivienda. También, mediante la dotación de determinadas prestaciones, esta Administración puede evitar la separación que una expulsión de alguno de sus miembros provocaría en la familia reagrupada. La diferente regulación de las prestaciones autonómicas puede provocar conflictos intraestatales de leyes y *forum shopping* de los extranjeros en situación irregular.

Por otra parte, la Administración Local tiene encomendadas una serie de funciones directamente relacionadas con la integración de los extranjeros en su ámbito territorial, además de otras competencias, como el control del Padrón municipal, que ha cobrado especial trascendencia debido al protagonismo que le ha imputado el legislador. Esas funciones directas son las de desarrollar programas de integración que deberán dirigirse necesariamente a toda la población inmigrante, incluidos los extranjeros que se encuentren en situación administrativa irregular. De

esta competencia se deriva la emisión de dos tipos de informes: el de vivienda adecuada para la reagrupación familiar y el de inserción social para el arraigo. Si bien el primero ya se exigía antes de la vigencia del RLOE, ahora ostenta un carácter principal y no alternativo frente al acta notarial prevista con el mismo fin. El segundo tipo de informe, desde su reciente previsión reglamentaria junto con la recomendación municipal de exención de exigencia de contrato para el supuesto de arraigo “social”, se ha erigido en documento fundamental para la práctica totalidad de los extranjeros que residen en España en situación administrativa irregular, especialmente aquellos que son familiares de un extranjero con autorización de residencia en vigor y han sido reagrupados *de facto*. Este informe, sin embargo y a pesar del esfuerzo que supone para la administración emisora, carece de valor vinculante en el procedimiento de autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo. Una medida que facilitaría la realización de este trámite en cuanto a su normalización y a la comunicación entre las dos Administraciones implicadas, sería la de incluir en el Sistema de Información de Usuarios de Servicios Sociales (SIUSS) los dos informes comentados, el primero para la reagrupación *de iure* y el segundo para la reagrupación *de facto*.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS DE CARÁCTER GENERAL Y MONOGRAFÍAS

- AAVV: *Permeabilité des ordres juridiques. Rapports présentés à l'occasion du colloque-anniversaire de l'Institut Suisse de Droit Comparé*, Schulthess Polygraphischer, Zurich, 1992.
- AAVV: *Rencontre internationale pour le droit de vivre en famille des immigrés en Europe*, Paris, Bruxelles, 4,5 et 6 novembre de 1993.
- AAVV: *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions -ou le principe de proximité / Exception clauses in conflicts of jurisdictions - or the principle of proximity*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1994.
- AAVV: *Derecho de la inmigración y derecho de la integración: una visión múltiple: Unión Europea, Canadá, España, Quebec y Cataluña (Girona, 18 y 19 de enero de 2002)*, Universitat de Girona y Generalitat de Catalunya (Institut d'Estudis Autònoms), Girona, 2002.
- AAVV: *Extranjería e inmigración: actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- ADAM MUÑOZ, M. D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del derecho internacional privado*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba e Instituto Andaluz de la Mujer, Córdoba, 2003.
- ADAM MUÑOZ, M. D. y GARCÍA CANO, S., dirs.: *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Colex, Madrid, 2004.
- ADROHER BIOSCA, S.: *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, Bosch - Universidad Pontificia Comillas, Barcelona, 1993.
- AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *Normativa comentada sobre derecho de extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- AGUELO NAVARRO, P. y AGUELO NAVARRO, M.: *Manual del inmigrante: estudios, trabajo y negocios*, Océano, Barcelona, 2003.
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: *Lecciones de derecho procesal civil internacional*, Universidad, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 2002.
- AGUILAR GRIEDER, H.: *Acumulación de procesos en los litigios internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- AJA, E., coord.: *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- AJA, E. y DÍEZ, L.: *La regulación de la inmigración en Europa*, Fundación "La Caixa", Barcelona, 2005.
- ALARCÓN MOHEDANO, I., MARAÑÓN MAROTO, T. y DE MARTÍN SANZ, L.-V.: *Derecho de extranjería: práctica administrativa y jurisdiccional*, Dykinson, Madrid, 2002.

- ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, 1ª edic., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001.
- ALONSO BURÓN, J. C.: *Manual de los permisos de trabajo de los extranjeros en España*, Laborum, Murcia, 2003.
- ALONSO OLEA, M.: *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Civitas, Madrid, 2001.
- ALONSO PÉREZ, F.: *Derechos de los extranjeros en España*, BOE, Madrid, 2004.
- Id.*: *Régimen jurídico del extranjero en España: comentarios, jurisprudencia, legislación, formularios*, 4ª edic., Dykinson, Madrid, 2004.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *La transposición de Directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, CIDOB, Barcelona, 2006.
- AÑÓN, M. J., ed.: *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Publicacions Universitat de València - Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- APRAIZ MORENO, F.: *Derecho de extranjería: comentario al Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España*, Bosch, Barcelona, 1998.
- ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales internacionales*, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 2004.
- ARGEREY VILAR, P.: *El fenómeno de la inmigración en Europa, perspectivas jurídicas y económicas*, Dykinson, Madrid, 2005.
- ARRIAGA IRABURU, I.: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, Pamplona, 2003.
- ARROYO MONTERO, R.: *El matrimonio consular*, La Ley, Madrid, 1991.
- ASENSI SABATER, J., dir.: *Comentarios a la ley de extranjería: reformada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre*, Edijus, Zaragoza, 2000.
- Id.*: *Políticas de la sospecha. Migraciones internacionales y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- BADER, V. M.: *Citizenship and exclusion*, Palgrave, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, 1997.
- BALLESTER PASTOR, M. A.: *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- BENEYTO CALABUIG, D.: *Los trabajadores extranjeros: análisis y comentario del nuevo Reglamento de Extranjería de 30 de diciembre de 2004*, CISS, Valencia, 2005.
- BERGER, N.: *La politique européenne d'asile et d'immigration, enjeux et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2000.
- BIGLINO CAMPOS, P., coord.: *Ciudadanía y extranjería: derecho nacional y comparado*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- BIGOT, A.: *L'autorité parentale dans la famille désunie en Droit international privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003.
- BIRSL, U. y SOLÉ, C., coords.: *Migración e interculturalidad en Gran Bretaña, España y Alemania*, Anthropos, Rubí (Barcelona), 2004.

- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.: *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, 2ª edic., Universidad de Córdoba - Junta de Andalucía, Córdoba - Sevilla, 2003.
- BOELE-WOELKI, K., ed.: *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Intersentia, Antwerp - Oxford - New York, 2003.
- BOGUSZ, B., CHOLEWINSKI, R., CYGAN, A. y SZYSZCZAK, E., eds.: *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2004.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. y MERNISSI, S., eds.: *El Islam jurídico y Europa: derecho, religión y política*, Icaria, Barcelona, 1998.
- BOURDELOIS, B.: *Mariage polygamique et droit positif français*, GLN Joly Editions, Paris, 1993.
- BUCHER, A.: *Le couple en droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn - L.G.D.J., Bâle - Genève - Munich - Paris, 2004.
- CABALLERO GEA, J. A.: *Asilo, extranjería, inmigración, homologación de títulos extranjeros, nacionalidad*, Dykinson, Madrid, 2005.
- CADET, F.: *L'ordre public en droit international de la famille: étude comparée France/Espagne*, L'Harmattan, Paris, 2005.
- CALVO CARAVACA, A. L. e IRIARTE ÁNGEL, J. L., coords.: *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., dirs.: *Derecho internacional privado (vol. II)*, 5ª edic., Comares, Granada, 2004.
- CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CASTELLANOS RUIZ, E.: *Derecho de Familia Internacional*, 3ª edic., Colex, Madrid, 2005.
- CAMPO CABAL, J. M., coord.: *Comentarios a la ley de extranjería: (Ley orgánica 4/2000 reformada por la Ley orgánica 8/2000)*, Civitas, Madrid, 2001.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2000.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A.: *Sistema español de derecho de nacionalidad y extranjería*, DM, Murcia, 2002.
- Id.*: *Legislación sobre nacionalidad y extranjería: comentada y con jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2002.
- CARRILLO CARRILLO, B. L.: *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo 1993*, Comares, Granada, 2003.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., coord.: *La ley de extranjería a la luz de la obligaciones de España en derechos humanos*, Universidad Internacional de Andalucía - Akal, Madrid, 2002.
- CHARRO BAENA, P.: *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Aranzadi, Elcano, 2000.
- CIANCIARDO, J.: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Navarra, 2000.
- COLOMER VIADEL, A., coord.: *Emigrantes y estabilidad en el Mediterráneo: la polémica Ley de Extranjería*, Nomos, Valencia, 2001.
- DE BRUYCKER, P., dir.: *The emergence of a european immigration policy / L'emergence d'une politique européenne d'immigration*, Bruylant, Bruxelles, 2003.

- DE LEÓN VILLALBA, F. J.: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- DE LUCAS, J.: *El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994.
- DE LUCAS, J., PEÑA, S. y SOLANES, A.: *Trabajadores migrantes*, Germania, Alzira, 2001.
- DÍAZ OLTRA, T.: *Formularios de extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- DONAIRE VILLA, F. J.: *La Constitución y el acervo de Schengen*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- DURÁN AYAGO, A.: *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, Colex, Madrid, 2004.
- ESPINAR VICENTE, J. M. y PÉREZ MARTÍN, E.: *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Civitas, Madrid, 1994.
- ESPINAR VICENTE, J. M.: *Comentarios a la nueva ley de extranjería*, 2001.
- ESPLUGUES MOTA, C. y DE LORENZO SEGRELLES, M.: *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España: (análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- ESPLUGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G. y DE LORENZO SEGRELLES, M.: *Nacionalidad y extranjería*, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G.: *El acogimiento internacional de menores*, Comares, Granada, 2000.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C.: *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002.
- ESTRADA CARRILLO, V.: *Comentarios a la ley orgánica y reglamento de extranjería*, 2ª edic., Trivium, Madrid, 1993.
- FÁBREGA RUIZ, C. F.: *Protección jurídica del menor inmigrante*, Colex, Madrid, 2001.
- FAUVARQUE-COSSON, B.: *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, Paris, 1996.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, 2ª edic., Civitas, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: *Derecho comunitario de la inmigración*, Atelier, Barcelona, 2006.
- FERNÁNDEZ SOLA, N. y CALVO GARCÍA, M., coord.: *Inmigración y derechos (Segundas Jornadas Internacionales sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales)*, Mira, Zaragoza, 2001.
- FOBLETS, M. C. y CARLIER, J. Y.: *Le Code Marocain de la Famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2005.
- GARAU SOBRINO, F. F.: *Lecciones de derecho procesal civil internacional*, Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 2003.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *El derecho penal y la discriminación: especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- GARCÍA CATALÁN, J. M.: *Infracciones, sanciones y procedimiento en la Ley y el Reglamento de Extranjería*, Atelier, Barcelona, 2002.
- GARCÍA ESPAÑA, E.: *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GARCÍA GARCÍA, C.: *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Universidad de Murcia, 2003.
- GARCÍA ROMERO, B., LOSA CARMONA, A. y ESTEBAN YAGO, M.: *El Ingreso Mínimo de Inserción en la Región de Murcia*, Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, Murcia, 2005.
- GOIG MARTÍN, J. M.: *Derechos y libertades de los inmigrantes en España: una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, Universitas Internacional, Madrid, 2004.
- GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., AZPARREN JOVER, E., DE LA IGLESIA PALACIOS, E. y AGORRETA RUIZ, D.: *Prontuario de Extranjería*, DAPP, Pamplona, 2005.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Dykinson, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: *Lecciones de Derecho internacional privado. Derecho de la nacionalidad. Derecho de Extranjería*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1979.
- Id.*: *Curso de Derecho internacional privado*, Oviedo, 1983.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ESPINAR VICENTE, J. M., GARAU JUANEDA, L., CALVO CARAVACA, A. L., RECONDO PORRUA, R. y VIRGÓS SORIANO, M.: *Derecho internacional privado. Parte especial*, Oviedo, 1984.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y RECONDO PORRUA, R.: *Derecho internacional privado. Parte especial. Derecho de la nacionalidad, Derecho de extranjería y Derecho procesal civil internacional*, Oviedo, 1984.
- GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES IMMIGRÉS - GISTI: *Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, La Découverte, Paris, 2005.
- GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, J. V.: *Registro civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004.
- HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- HERVÁS ORTIZ, J. J., dir.: *Libertad de circulación de trabajadores: aspectos laborales y de seguridad social comunitarios: presente y futuro*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.
- IBARRA ROBLES, J. L., LÓPEZ DE LA RIVA CARRASCO, F. y GARRIDO BENGOCHEA, L.: *Ciudadanía y derechos fundamentales: extranjería*, Consejo General del Poder Judicial - Fundación Wellington, Madrid, 2004.
- ILLAMOLA DAUSÀ, M.: *El estatuto jurídico de los trabajadores nacionales de terceros Estados: especial referencia al Acuerdo de Asociación con Turquía*, tesis doctoral, Facultat de Dret, Universitat de Girona, 2001.

- ILLÁN FERNÁNDEZ, J. M.: *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 3ª edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- JAULT-SESEKE, F.: *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, LGDJ, Paris, 1996.
- KASSIR, W. J.: *Reflexions sur le renvoi en droit international privé comparé: contribution au dialogue des cultures juridiques nationales l' aube du XXIème siècle*, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- KESSLER, G.: *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2004.
- KYMLICKA, W.: *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996.
- LINDE PANIAGUA, E. y MORENO DÍAZ, J. A., dirs.: *Inmigración, extranjería y asilo*, Colex, Madrid, 2005.
- LOTTI, P.: *L'ordine pubblico internazionale: la globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2005.
- LÓPEZ-MUÑÍZ GOÑI, M.: *La nueva Ley de extranjería: guía práctica y jurisprudencia: Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000 y su Reglamento*, 3ª edic., Colex, Madrid, 2005.
- LÓPEZ SALA, A. M.: *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Anthropos, Rubí (Barcelona), 2005.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.
- MANSOUR, S., dir.: *L'Adoption des enfants étrangers: actes du Séminaire Nathalie-Masse, 25-27 mai 1992*, Centre International de l'Enfance, Paris, 1993.
- MARTÍN ARRIBAS, J. J., dir.: *Código de los extranjeros*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: *Ciudadanía social y políticas inmigratorias de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2005.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. y GIRÓ MIRANDA, J., coords.: *Inmigración y ciudadanía: perspectivas sociojurídicas*, Universidad de La Rioja, Logroño, 2003.
- MASSÓ GARROTE, M. F.: *Los derechos políticos de los extranjeros en el mercado nacional: los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Colex, Madrid, 1997.
- Id.*: *El nuevo régimen de Extranjería: comentarios, procedimientos, formularios, y modelos de la LO 4/2000, de extranjería, tras la reforma de la LO 8/2000*, La Ley, Madrid, 2001.
- Id.*: *El nuevo reglamento de extranjería: procedimientos, formularios, modelos y comentario al RD 864/2001*, La Ley, Madrid, 2002.
- Id.*, dir.: *Código de extranjería*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2003.
- MERCIER, P.: *Conflits de civilisations et droit international privé Polygamie*, Droz, Genève, 1972.

- MIRALLES SANGRO, P. P.: *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España: especial consideración del Convenio de La Haya de 1980*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989.
- MOLINA NAVARRETE, C. y MONEREO PÉREZ, J. L., coords.: *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería e integración social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, Comares, Granada, 2001.
- MOLINA NAVARRETE, C., ESTEBAN DE LA ROSA, G. y ARCE JIMÉNEZ, E.: *La inmigración extranjera. Comentario sistemático al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005.
- MOREIRO GONZÁLEZ, C. J., coord.: *Tratado de Niza. Análisis, comentarios y texto*, Colex, Madrid, 2002.
- MOTILLA, A. y LORENZO, P.: *Derecho de Familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Colex, Madrid, 2002.
- MOYA ESCUDERO, M., TRINIDAD GARCÍA, M. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España: una lectura a través de nuestra jurisprudencia (1980/1992)*, Comares, Granada, 1993.
- MOYA ESCUDERO, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Comares, Granada, 1998.
- Id.*: *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, Comares, Granada, 1999.
- Id.*, coord.: *Comentario sistemático a la ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001.
- MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA, R.: *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2003.
- NASCIMBENE, B., dir.: *La libera circolazione dei lavoratori: trent'anni di applicazione delle norme comunitaire*, Giuffrè, Milano, 1998.
- NAYER, A.: *Introduction aux statuts de l'étranger*, Story Scientia, Bruxelles, 1991.
- NUYTS, A.: *L'exception de forum non conveniens (étude de droit international privé comparé)*, Bruylant Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, Bruxelles - Paris, 2003.
- NYS, M.: *L'immigration familiale à l'épreuve du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN: *Anuario Estadístico de Extranjería 2003*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.
- OLIVÁN LÓPEZ, F.: *Constitución y extranjería: la dialéctica de la integración*, Dykinson, Madrid, 2004.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- ORTEGA MARTÍN, E.: *Manual práctico de derecho de extranjería*, 3ª edic., Europea del Derecho, Madrid, 2005.
- PALOMAR OLMEDA, A.: *Régimen jurídico de los extranjeros: aspectos jurídico-administrativos sobre la Ley y el Reglamento de Extranjería*, Aranzadi, Elcano, 2001.
- Id.*, coord.: *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

- PATTEE, J., dir.: *Migration Information Source: Selected Readings on Migration, Refugees and Integration (June 2002 - August 2003)*, Migration Policy Institute, 2003, disponible en <<http://www.migrationpolicy.org>>.
- PECES MORATE, J. E., dir.: *Inmigración y derecho*, Consejo General del Poder Judicial, D.L., Madrid, 2003.
- PÉREZ-MADRID, F.: *Inmigración y libertad religiosa: un estudio desde la ley de extranjería*, Civitas, Madrid, 2004.
- PÉREZ DÍAZ, V., ÁLVAREZ-MIRANDA, B. y CHULIÁ, E.: *La inmigración musulmana en Europa*, Fundación "La Caixa", Barcelona, 2004.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª edic., Tecnos, Madrid, 1991.
- PÉREZ VERA, E., ABARCA JUNCO, P., GUZMÁN ZAPATER, M. y MIRALLES SANGRO, P.-P.: *Derecho internacional privado*, 7ª edic., UNED, Madrid, 1996.
- PICONE, P., dir.: *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, CEDAM, Padova, 2004.
- POLO SÁNCHEZ, M. C.: *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994.
- PRESNO LINERA, M. A., coord.: *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- PURCALLA BONILLA, M. A., CARRERAS ROIG, LI., MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.: *Immigració i polítiques d'integració: estudi jurídic i estadístic del fenomen de la immigració a les comarques de Lleida i Tarragona*, Edicions de la Universitat de Lleida - Institut d'Estudis Autònoms, Lleida - Barcelona, 2003.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2000.
- REMIRO BROTONS, A. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., eds.: *Movimientos migratorios y derecho*, Universidad Autónoma de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004.
- RICCI, C.: *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi nel diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 2004.
- RIQUELME CORTADO, R. M.: *Matrimonio y nacionalidad en Derecho español*, Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, 1981.
- RODRÍGUEZ-DRINCOURT ALVAREZ, J. y AGUIAR DE LUQUE, L.: *Los derechos políticos de los extranjeros*, Civitas, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J. M.: *La ciudadanía de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO MÉNDEZ, C., coord.: *El nuevo derecho de extranjería: estudios acerca de la ley orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Comares, Granada, 2001.
- RODRÍGUEZ BENOT, A., dir.: *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, CGPJ, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ PALOP, M. E. y TORNOS, A., eds.: *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000.

- RUDE-ANTOINE, E.: *Des vies et des familles. Les immigrés, la loi et la coutume*, Odile Jacob, Paris, 1997.
- RUIZ OLABUÉNAGA, J. I.: *Inmigrantes*, Acento, Madrid, 2000.
- SAGARRA I TRIAS, E.: *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Publicacions Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E.: *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Atelier, Barcelona, 2002.
- SALINAS MOLINA, F., dir.: *Derecho internacional privado, trabajadores extranjeros, aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- SALZANO, A.: *La sottrazione internazionale di minori accordi internazionali a tutela dell'affidamento e del diritto di visita*, Giuffré, Milano, 1995.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., dir., ALONSO BURÓN, J. C., coord.: *Aspectos puntuales del nuevo reglamento de extranjería*, Laborum, Murcia, 2005.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., dir.: *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, DM, Murcia, 2005.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. y MOYA ESCUDERO, M., dirs.: *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, Dykinson, Madrid, 2003.
- SÁNCHEZ RIBAS, J. y FRANCO PANTOJA, F.: *Guía para orientación legal en inmigración*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- SANTOLAYA MACHETTI, P. y HUERTAS GONZÁLEZ, R.: *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería: elaborados conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, 2ª edic.*, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- SANTOLAYA MACHETTI, P.: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch - Institut de Dret Públic, Valencia, 2004.
- SANZ CABALLERO, S.: *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- SAURA ESTAPÀ, J.: *Nacionalidad y nuevas fronteras en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España). Incorpora el RD 864/2001, de 20 de julio, que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- TRINIDAD GARCÍA, M. L., ROBLES ALMÉCIJA, J. M. y FUENTES MAÑAS, J. B.: *Guía jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de la Unión*, 5ª edic., Comares, Granada, 2002.
- TRINIDAD GARCÍA, M. L. y MARTÍN MARTÍN, J.: *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- VIDAL FUEYO, M. d. C. y FERNÁNDEZ MIRANDA, A.: *Constitución y extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 2002.
- YÁÑEZ VELASCO, R.: *Refugio y asilo político: conceptos y problemas jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2002.

ZAPATA-BARRERO, R.: *Multiculturalidad e inmigración*, Síntesis, Madrid, 2004.

ARTÍCULOS EN REVISTAS Y COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS

ABARCA JUNCO, A. P. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: "Artículo 17. Familiares reagrupables", en *Comentarios a la Ley de Extranjería*, C. Esplugues Mota, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 447-492.

ADAM MUÑOZ, M. D.: "Inmigración y violencia doméstica", en *Actualidad Penal*, núm. 34, 2002, pp. 865-900.

Id.: "La importancia de la normativa de extranjería en el acceso de las mujeres migrantes extranjeras al mercado laboral español", en *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, A. Fernández Le Gal y S. García Cano, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005, pp. 105-152.

ADINOLFI, A.: "Free movement and access to work of citizens of the new member states: The transitional measures", en *Common Market Law Review*, núm. 42, (2) 2005, pp. 469-498.

ADROHER BIOSCA, S.: "El derecho a contraer matrimonio en la emigración", en *Migraciones*, núm. 0, 1996, pp. 107-131.

ADROHER BIOSCA, S. y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A.: "La adopción internacional: una nueva migración", en *Migraciones*, núm. 8, 2000, pp. 251-284.

AGUADO I CUDOLÀ, V.: "El control administrativo de la inmigración laboral a través de la contratación en origen: el contingente de autorizaciones de trabajo para extranjeros no comunitarios", en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2002, pp. 1001-1022.

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", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, (marzo) 2004, pp. 123-139.

AGUELO NAVARRO, P. y RODRÍGUEZ CANDELA, J. L.: "Algunos aspectos críticos del texto de Reforma de la LOEx", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 4, (noviembre) 2003, pp. 85-113.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y GRIEDER MACHADO, H.: "La reagrupación familiar de los extranjeros en España", en *El nuevo Derecho de extranjería*, coord. por A. Rodríguez Benot y C. Hornero Méndez, Comares, Granada, 2001, pp. 97-143.

AJA, E. y CABELLOS, M. A.: "La reagrupación familiar", en *La nueva regulación de la inmigración en España*, coord. por E. Aja, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 136-145.

AJA, E.: "Aspectos jurídicos de la integración social de los inmigrantes", en *II Encuentro de jóvenes investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo, Barcelona, 17 - 18 de diciembre, 2004*, disponible en <<http://www.pcb.ub.es/idp/esp/recerca/immigra/jovenes/encuentro.htm>>.

ALCARAZ RIAÑO, A. B.: "El valor de la mediación familiar en los procesos de separación y divorcio", en *I Congreso Nacional de Alumnos de Derecho civil*, Universidad de Murcia, 2005.

ALONSO PÉREZ, F.: "Entrada y permanencia en España de ciudadanos de países miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y de nacionalidad suiza: innovaciones introducidas por el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero", en *La Ley*, núm. 5826, (D-169 vol. 4) 2003, de 17 de julio, pp. 1538-1547.

- Id.*: "Las medidas de "devolución" y "retorno" en la legislación de extranjería: innovaciones introducidas por la STS de 20 de marzo de 2003", en *La Ley*, núm. 5873, (D-230 vol. 5) 2003, de 17 de octubre, pp. 1631-1638.
- Id.*: "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, 2004, de 28 de abril, pp. 1-3.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: "La ley española de extranjería: problemas que plantea en materia de discriminación por razón de nacionalidad", en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1999, pp. 247-303.
- Id.*: "Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990", en *Migraciones*, núm. 5, 1999, pp. 121-160.
- Id.*: "La nueva ley española de extranjería ¿ruptura e incumplimiento de Tampere? ¿Innovación o seguimiento del modelo italiano?", en *Migraciones*, núm. 7, 2000, pp. 89-135.
- Id.*: "Algunas irregularidades detectadas en el Real-Decreto 864/2001", en *Entre Culturas*, núm. 41, (julio-septiembre) 2001, pp. 7-11.
- Id.*: "Principios inspiradores y objetivos de la nueva reforma del Derecho español de la nacionalidad: las principales novedades de la Ley 36/2002, de 8 de octubre", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, (noviembre) 2002, pp. 47-86.
- Id.*: "La entrada en vigor de la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 2, (marzo) 2003, pp. 9-51.
- Id.*: "Análisis crítico del RD 178/2003: algunas de sus deficiencias y su necesaria reforma", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 3, (julio) 2003, pp. 29-59.
- Id.*: "Nacionales de terceros países familiares de un ciudadano comunitario en el territorio de su propio Estado: ¿régimen de extranjería general o aplicación de la normativa comunitaria relativa a la libre circulación? A propósito de la STJCE de 23 de septiembre de 2003", en *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dir. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Colex, Madrid, 2004, pp. 23-41.
- Id.*: "Régimen aplicable a los nacionales de la Unión Europea, asimilados y sus familiares", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 105-198.
- Id.*: "Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales: de la flexibilidad de la jurisprudencial del TJCE y del TS a la rigidez de la normativa vigente y futura", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 9, (julio) 2005, pp. 9-43.
- Id.*: "Los ecuatorianos en el ordenamiento español: el régimen jurídico de los progenitores de hijos españoles", en *Migraciones*, núm. 18, (en prensa) 2006.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y AGUELO NAVARRO, P.: "Historia cronológica de la desaparición del apartado 2º del art. 1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 22 de diciembre", en *Revista electrónica de extranjería del Real e Ilustre Colegio los Abogados de Aragón*, 2001, disponible en <<http://www.reicaz.es/extranjeria/revista/001/07>>.
- ANDRÉS JUSTE, P.: "Inmigración y derechos sociales. Una introducción al marco legal de los servicios sociales para los inmigrantes", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 7, (noviembre) 2004, pp. 267-295.

- APAP, J., P.D.BRUYCKER y SCHMITTER, C.: "Regularisation of Illegal Aliens in the European Union. Summary Report of a Comparative Study", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 2, (3) 2000, pp. 263-308.
- APAP, J.: "Shaping Europe's migration policy new regimes for the employment of third country nationals: A comparison of strategies in Germany, Sweden, the Netherlands and the UK", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (3) 2002, pp. 309-328.
- 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", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 6, (julio) 2004, pp. 31-54.
- ARANA GARCÍA, E.: "La huída de Procedimiento Administrativo Común y sus garantías en la Ley Orgánica 14/2003 de Extranjería", en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 122, (abril-junio) 2004, pp. 175-198.
- ARCE JIMÉNEZ, E.: "Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular: familiares reagrupables que se encuentran en España sin haber seguido el procedimiento de reagrupación familiar", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 8, (marzo) 2005, pp. 261-270.
- ARCOS VARGAS, M.: "Nacionales, ciudadanos y extranjeros circulan en territorio comunitario", en *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en Derechos Humanos*, coord. por J. A. Carrillo Salcedo, Akal, Madrid, 2002, pp. 209-228.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L.: "El matrimonio es heterosexual", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 658, 2005, de 24 de febrero, pp. 7-11.
- ARENAS GARCÍA, R.: "La incompatibilidad del derecho español con el comunitario en materia de reagrupación de familiares de comunitarios (comentario a la STJCE de 14 de abril de 2005)", en *La Ley*, núm. 6350, 2005, de 31 de octubre, disponible en <<http://www.laley.es>>.
- ARIAS SENSO, M.: "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 <<http://www.laley.es>>.
- ARRANZ GARCÍA, O. C.: "El Real Decreto 239/2000, de regularización de inmigrantes ¿ilegal o inconstitucional?", en *Boletín Aranzadi Administrativo*, núm. 17, 2000, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X.: "Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar", en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, dir. por I. Lasagabaster Herrarte, Civitas, Madrid, 2004, pp. 254-327.
- BACIGALUPO SAGESSE, M.: "Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas (el espacio de libertad, seguridad y justicia)", en *Políticas Comunitarias*, coord. por E. Linde Paniagua, Colex, Madrid, 2001, pp. 183-220.
- BARRIOS BAUDOR, G. L. y CHARRO BAENA, P.: "El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas", en *RJ*, núm. 5, 2003, pp. 9-24.
- BELGRANO LEDESMA, M.: "Ley integral contra la violencia de género (II). Vinculación con el Derecho de extranjería", en *IURIS*, núm. 95, (junio) 2005, pp. 41-47.
- BERISTAIN PIÑA, A.: "Inmigración y xenofobia ante instituciones culturales y religiosas", en *La Ley*, núm. 5660, (D-246 vol. 6) 2002, de 21 de noviembre, pp. 1804-1815.
- BERNHARDT, R.: "Evolutive Treaty Interpretation, especially of the European Convention on Human Rights", en *GYIL*, núm. 42, 1999, pp. 11-25.

- BLANQUER CRIADO, D.: "Familia y matrimonio en la Ley de Extranjería (Comentario de la STSJ del País Vasco de 30-9-1997)", en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 99, 1998, pp. 443-464.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.: "Hacia una política común de inmigración en la Unión Europea", en *Revista del Poder Judicial*, núm. 66, 2002, pp. 107-142.
- Id.*: "El derecho del inmigrante a una vida en familia: una perspectiva desde el Derecho comunitario europeo", en *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, A. Fernández Le Gal y S. García Cano, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005, pp. 179-201.
- BOELAERT-SUOMINEN, S.: "Non-eu nationals and Council Directive 2003/109/EC on the status of third-country nationals who are long-term residents: Five paces forward and possibly three paces back", en *Common Market Law Review*, núm. 42, (4) 2005, pp. 1011-1052.
- BOELES, P.: "Directive on family reunification: Are the dilemmas resolved?", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 3, (1) 2001, pp. 61-71.
- BOELES, P.: "Case reports of the European Court of Human Rights", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (4) 2003, pp. 501-511.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: "Práctica española del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores", en *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, AAVV, Patronato Universitario, Toledo, 1991, pp. 81-93.
- Id.*: "El papel de la Autoridad Central: los Convenios de La Haya y España", en *REDI*, núm. XLV, (1) 1993, pp. 63-81.
- Id.*: "Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel", en *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, núm. 249, (V) 1994, pp. 145-368.
- Id.*: "El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado (Discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña y contestación de E. Roca i Trias)", en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1994, pp. 915-990.
- Id.*: "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: tercera reunión de la Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores (17 a 21 de marzo de 1997)", en *REDI*, núm. XLIX, (1) 1997, pp. 348-350.
- Id.*: "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe", en *El Islam jurídico y Europa: derecho, religión y política*, ed. por A. Borrás Rodríguez, S. Mernissi y R. Babadji, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 181-189.
- Id.*: "Los estatutos de los extranjeros en España", en *Extranjería e inmigración en España y la Unión Europea*, ed. por C. Escobar Hernández, Colección Escuela Diplomática, núm. 3, Madrid, 1998, pp. 13-27.
- Id.*: "Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam", en *REDI*, núm. LI, (2) 1999, pp. 383-426.
- Id.*: "La protección del menor inmigrante y la cooperación en materia de custodia y derechos de visita y devolución de menores en las relaciones con Marruecos", en *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla, 6-9 de abril de 1999)*, ed. por I. García Rodríguez, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 1999, pp. 237-261.

- Id.*: "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: reunión de la Comisión especial sobre la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional (La Haya, 28 de noviembre a 1 de diciembre de 2000)", en *REDI*, núm. LII, (2) 2000, pp. 653-659.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. y GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre el cobro de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención con respecto a la familia", en *REDI*, núm. LV, (1) 2003, pp. 582-585.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. y GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: "La reunión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (Viena, 19-21 de septiembre de 2003)", en *REDI*, núm. LV, (2) 2003, pp. 1119-1122.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. y PARRA RODRÍGUEZ, M. C.: "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los menores y otras formas de manutención de la familia", en *REDI*, núm. LVI, (1) 2004, pp. 572-578.
- Id.*: "La tercera reunión de la Comisión especial sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia", en *REDI*, núm. LVII, (1) 2005, pp. 520-525.
- BOUTEILLET-PAQUET, D.: "Passing the buck: A critical analysis of the readmission policy implemented by the European Union and its member states", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (3) 2003, pp. 359-377.
- BRINKMANN, G.: "Family reunification of third-country nationals: Access of family members to social protection benefits", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (3) 2002, pp. 291-308.
- BUCHER, A.: "La famille en droit international privé", en *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, núm. 283, 2000, pp. 13-186.
- CALDUCH GARGALLO, M.: "La asistencia jurídica gratuita al extranjero", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 4, (noviembre) 2003, pp. 65-82.
- CALVO BABÍO, F.: "Sustracción internacional de menores", en *IURIS*, núm. 95, (junio) 2005, pp. 38-40.
- Id.*: "La justicia gratuita en litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea", en *IURIS*, núm. 98, (octubre) 2005, pp. 62-68.
- CALVO CARAVACA, A. L.: "Adopción internacional", en *Derecho de Familia Internacional*, A. L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González y E. Castellanos Ruiz, 3ª edic., Colex, Madrid, 2005, pp. 153-189.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado", en *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dir. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Colex, Madrid, 2004, pp. 119-158.
- Id.*: "Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: Notas a la resolución-circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2007, (febrero) 2006, pp. 5-51.
- CAMPUZANO DÍAZ, B.: "Los menores extranjeros", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 421-438.

- CANEDO ARRILLAGA, M. P.: "La Propuesta de la Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el Derecho Internacional Privado", en *Mundialización y familia*, coord. por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, Colex, Madrid, 2001, pp. 121-142.
- Id.*: "Reflexiones sobre la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea", en *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Colex, Madrid, 2003, pp. 193-211.
- CARDENAL CARRO, M.: "Extranjero "ilegal" y ámbito de cobertura de la Seguridad Social (STSJ Andalucía-Sevilla 15 enero 1998)", en *Aranzadi Social*, (vol. I) 1998, pp. 2503-2505.
- CARLIER, J. Y.: "Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad", en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, ed. por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, Colex, Madrid, 2000, pp. 27-39.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Parte Primera. Derecho español de la nacionalidad", en *Sistema español de derecho de nacionalidad y extranjería*, J. Carrascosa González y M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2002, pp. 15-90.
- CARRILLO CARRILLO, B. L.: "Adopción internacional", en *Derecho Internacional Privado, vol. II*, dir. por A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, 6ª edic., Comares, Granada, 2005, pp. 125-170.
- CARRILLO POZO, L. F.: "Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la Ley extranjera. A propósito de la STC 33/2002, de 11 febrero", en *Aranzadi Social*, núm. 7-8, (vol. V) 2003, pp. 949-980.
- CARRIÓ SAMPEDRO, A.: "La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor extranjero. Consideración crítica de la Instrucción 3/2003", en *La Ley*, núm. 6003, 2004, de 23 de abril, pp. 1-6.
- CARUSO, B.: "Las políticas de inmigración en Italia y Europa: ¿más Estado y menos Mercado?", en *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, coord. por J. López López, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2001, pp. 223-258.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: "La pensión de viudedad: estado de la cuestión y propuestas para su reforma", en *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, pp. 207-226.
- Id.*: "Protección por desempleo e inserción laboral: balance provisional de los programas de renta activa de inserción 2000/2003", en *Aranzadi Social*, núm. 11, 2003, pp. 9-20.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.: "El trabajo de los extranjeros en España", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, Diego Marín, Murcia, 2005, pp. 439-562.
- CAVIEDES, A.: "The open method of co-ordination in immigration policy: a tool for prying open Fortress Europe?", en *Journal of European Public Policy*, núm. 11, (2) 2004, pp. 289-310.
- CEBRIÁN ABELLÁN, A.: "Cambio migratorio en la Comunidad de Murcia y nuevo reparto territorial: de la corriente africana a la iberoamericana", en *Papeles de Geografía*, núm. 37, 2003, pp. 41-53.
- CHARRO BAENA, P.: "Trabajadores extranjeros "ilegales" y accidente de trabajo y enfermedad profesional: cobertura en el sistema de Seguridad Social (Comentario a la STSJ Murcia de 4 octubre 1999)", en *Aranzadi Social*, (vol. III) 1999, pp. 2948-2953.

- Id.*: "Los tratados de asociación con la Unión Europea y otras cuestiones desde el punto de vista de la extranjería", en *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 4, 2000, pp. 169-172.
- CHOLEWINSKI, R.: "The protection of the right of economic migrants to family reunion in Europe", en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 43, (july) 1994, pp. 568-598.
- Id.*: "Family reunification and conditions placed on family members: Dismantling a fundamental human right", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (3) 2002, pp. 271-290.
- CHUECA SANCHO, A. G.: "Aplicación de los Tratados Internacionales por las Comunidades Autónomas y Ley de extranjería", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, (junio) 2002, pp. 321-345.
- Id.*: "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, (noviembre) 2002, pp. 233-256.
- CLEVELAND, S. H.: "Legal status and rights of undocumented workers", en *American Journal of International Law*, núm. 99, (2) 2005, pp. 460-465.
- COLLADO GARCÍA, L.: "El extranjero y el derecho al trabajo. Ponencia presentada en la 1ª Conferencia Internacional sobre Derecho de Extranjería", en *Aranzadi Social*, (vol. I) 1995, pp. 2211-2233.
- COLOMER VIADEL, A.: "Evolución de las normas sobre inmigración en Europa. Entre la integración solidaria y la desconfianza temerosa.", en *La inmigración en España*, coord. por A. Eiras Roel y D. González Lopo, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 253-265.
- COORDINADORA EUROPEA POR EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A VIVIR EN FAMILIA: *Propuesta (al PE) de Recurso para la anulación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003, relativa al derecho a la reagrupación familiar, por el Parlamento Europeo ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en virtud del artículo 230 del TCE*, octubre de 2003, disponible en <<http://www.coordeurop.org>>.
- CRÉPEAU, F. y CARLIER, J. Y.: "Integration regionale et Politique migratoire: Le "Modèle" européen entre cooperation et communitarisation", en *J.D.I.*, núm. 4, 1999, pp. 953-998.
- DE LUCAS MARTÍN, J.: "La difícil igualdad (A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional)", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 3, (julio) 2003, pp. 209-220.
- DE VAL TENA, A. L.: "Derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria pública. Comentario al art. 12 de la LDE", en *Boletín Aranzadi Laboral*, (junio) 2001, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La simulación del matrimonio civil en la Jurisprudencia de Instancia y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado", en *Aranzadi Civil*, núm. 5, (mayo) 2002, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.
- DEL MORAL GARCÍA, A.: "El extranjero ante el orden penal", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (jurisprudencia y formularios)*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 705-726.
- DEL VALLE GÁLVEZ, J. A.: "La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (I y II)", en *Derecho comunitario material*, coord. por M. López Escudero y J. Martín y Pérez de Nanclares, McGraw Hill, Madrid, 2000, pp. 56-57.

- DÉPREZ, J.: "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes islamiques en matière de statut personnel", en *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, núm. 211, (IV) 1988, pp. 19-338.
- DESDENTADO BONETE, A.: "El accidente de trabajo del extranjero «sin papeles»", en *La Ley*, núm. 5974, 2004, de 12 de marzo, pp. 1-2.
- DI PASCALE, A.: "The new regulations on immigration and the status of foreigners in Italy", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (1) 2002, pp. 71-77.
- DIAGO DIAGO, M. P.: "La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos", en *Mundialización y familia*, ed. por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, Colex, Madrid, 2001, pp. 143-182.
- Id.*: "La nueva *Mudawana* marroquí y el Derecho internacional privado", en *REDI*, núm. LVI, (2) 2004, pp. 1078-1083.
- Id.*: "La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad", en *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dir. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Colex, Madrid, 2004, pp. 271-294.
- Id.*: "Las adopciones ficticias o por conveniencia", en *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, M. D. Adam Muñoz y S. García Cano, Colex, Madrid, 2004, pp. 229-247.
- DOMÍNGUEZ LUIS, C. y NIETO MENOR, M.: "La suspensión de la ejecución de las resoluciones de denegación de entrada y retorno de extranjeros", en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 118, (abril-junio) 2003, pp. 267-290.
- DORADO NOGUERAS, F. M. y RODRÍGUEZ CANDELA, J. L.: "Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador", en *Comentario sistemático a la ley de extranjería*, coord. por M. Moya Escudero, Comares, Granada, 2001, pp. 833-908.
- DURÁN RUIZ, F. J.: "El contingente de trabajadores extranjeros para 2003. Régimen general vs. contingente. El debate en torno a la posible coexistencia de ambos procedimientos (I-II)", en *Actualidad Administrativa*, núm. 32-33, (septiembre) 2003, pp. 779-811.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: "Extranjería y ciudadanía de la Unión Europea", en *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea*, ed. por C. Escobar Hernández, Colección Escuela Diplomática, núm. 3, Madrid, 1998, pp. 103-126.
- ESPINAR VICENTE, J. M.: "El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", en *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, AAVV, Patronato Universitario, Toledo, 1991, pp. 3-6.
- ESPLUGUES MOTA, C.: "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", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2000, pp. 83-115.
- Id.*: "Inmigración y Derecho de Extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)", en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, A. Rodríguez Benot, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 91-142.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "Reagrupación familiar", en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, dir. por J. L. Monereo Pérez y C. Molina Navarrete, Comares, Granada, 2001, pp. 280-313.
- Id.*: "Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas", en *La Ley*, núm. 5714, (D-32 vol. 1) 2003, de 7 de febrero, pp. 1619-1628.

- ESTEVE GONZÁLEZ, L.: "Reagrupación familiar", en *Comentarios a la Ley de Extranjería*, dir. por J. Asensi Sabater, Edijus - Fundación Alternativas, Zaragoza, 2001, pp. 149-181.
- EZQUERRA UBERO, J. J.: "El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable", en *Migraciones*, núm. 1, 1997, pp. 177-215.
- FACH GÓMEZ, K.: "Propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión Europea", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 2, (marzo) 2003, pp. 53-64.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.: "Dos cuestiones a tratar: la revisión de la valoración de la prueba por el Tribunal "ad quem" y el despido de extranjeros sin permiso de trabajo. Sentencia comentada: STSJ de Cataluña 12 mayo 2002 (AS 2002\1974)", en *Aranzadi Social*, núm. 12, (vol. III) 2002, pp. 3111-3114.
- Id.*: "Novedades introducidas por la LO 14/2003 de reforma de la LO 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 8/2000", en *Aranzadi Social*, núm. 22, (vol. V) 2003, pp. 1589-1600.
- Id.*: "Los trabajadores extracomunitarios ante el sistema español de protección por desempleo", en *Aranzadi Social*, núm. 10, (vol. V) 2003, pp. 1077-1086.
- Id.*: "La prórroga de la autorización para trabajar de los extranjeros extracomunitarios una vez caducada dentro de los tres meses previstos para solicitar su renovación y los efectos del contrato de trabajo cuando se carece de dicha autorización. Comentario a la STSJ Castilla-La Mancha, de 15 de febrero de 2004.", en *Aranzadi Social*, núm. 11, 2004, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: "La protección social de los extranjeros en España", en *Aranzadi Social*, núm. 21, (vol. V) 2001, pp. 1279-1297.
- FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F.: "El Plan GRECO: las deficiencias de la asimilación cultural", en *Rev.Fac.Derecho Univ.Gr.*, núm. 5, 2002, pp. 175-193.
- FERRER GÓMEZ, A.: "Derecho de entrada de nacionales de países terceros cónyuges de nacionales de Estados miembros", en *La Ley*, núm. 5666, (D-318 vol. 7) 2002, de 29 de noviembre, pp. 1992-2000.
- FIORINI, A.: "New Belgium Law on same sex marriage and the PIL implications", en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 52, (October) 2003, pp. 1039-1049.
- FOURNALÈS, R.: "La protection des situations personnelles et de la vie privéé en droit des étrangers. Prolégomènes à l'arrêt GISTI du Conseil d'Etat du 30 juin 2000", en *J.D.I.*, núm. 2, (Avril-Mai-Juin) 2001, pp. 447-486.
- FULCHIRON, H.: "Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé", en *J.D.I.*, núm. 4, 2000, pp. 889-913.
- GARCÍA AMADO, J. A.: "¿Porqué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 3, (julio) 2003, pp. 9-28.
- GARCÍA CANO, S.: "Posición y "protección" del menor inmigrante en la actual legislación de extranjería", en *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, A. Fernández Le Gal y S. García Cano, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005, pp. 153-177.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: "La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e ius connubi (especial referencia a la poligamia)", en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, dir. por A. Rodríguez Benot, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 143-220.

- Id.*: "The Right to Family Reunification in the Spanish Law System", en *Spanish Yearbook of International Law*, núm. VII, (1999-2000) 2003, pp. 1-37.
- GARCÍA ROMERO, B.: "La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social", en *Aranzadi Social*, núm. 14, 2000.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S.: "Derechos y libertades de los extranjeros en España: el derecho a la reagrupación familiar", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, 2003, pp. 439-466.
- Id.*: "El régimen jurídico del menor inmigrante", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, pp. 423-450.
- GASPAR BLANCH, R. A.: "Violencia doméstica y la mujer inmigrante", en *Aranzadi Penal*, núm. 1, 2003, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.
- GÓMEZ ESPÍN, J. M.: "Inmigración y escolarización en la Región de Murcia", en *Papeles de Geografía*, núm. 37, 2003, pp. 105-134.
- GÓMEZ FAYRÉN, J.: "Pluralidad sociodemográfica y cultural de la inmigración extranjera en España", en *Papeles de Geografía*, núm. 37, 2003, pp. 135-153.
- GÓMEZ MUÑOZ, J. M. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. T.: "La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea", en *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, coord. por J. Cruz Villalón y T. Pérez del Río, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 31-56.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "La entrada en vigor para España del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional", en *REDI*, núm. XLVII, (2) 1995, pp. 485-488.
- Id.*: "La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional", en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 1996, pp. 313-345.
- Id.*: "La protección de adultos en Derecho internacional privado", en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, ed. por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, Colex, Madrid, 2000, pp. 85-102.
- Id.*: "Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común", en *AEDIPr*, núm. IV, 2004, pp. 117-186.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: "El reagrupament familiar", en *III SIMPOSI OBSEI "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. D. y BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: reunión de la Comisión de asuntos generales y política de la Conferencia (22 a 24 de abril de 2002)", en *REDI*, núm. LIV, (1) 2002, pp. 515-520.
- Id.*: "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: reunión de la Comisión de asuntos generales y política de la Conferencia (6 a 8 de abril de 2004)", en *REDI*, núm. LVI, (1) 2004, pp. 560-565.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E.: "Asilo e inmigración en la Unión Europea", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 13, (sep.-dic.) 2002, pp. 833-856.
- GORTAZAR, C.: "Spain: Two immigration acts at the end of the millennium", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (1) 2002, pp. 1-21.

- GROENENDIJK, K.: "Legal concepts of integration in EU migration law", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 6, (2) 2004, pp. 111-126.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C.: "El derecho de reunificación familiar del extranjero en España (desde la perspectiva de un internacionalista)", en *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 19, (septiembre) 2003, pp. 103-122.
- HUYSMANS, J.: "The European Union and the Securitization of Migration", en *Journal of Common Market Studies*, núm. 38, (5) 2000, pp. 751-777.
- IGLESIAS BUHIGUES, J. L.: "Política comunitaria de inmigración y lucha contra la inmigración ilegal", en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, núm. 36, (monográfico) 2002, pp. 117-125.
- IRIARTE ÁNGEL, J. L.: "Adopción internacional. Últimas tendencias en el ordenamiento español", en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, ed. por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, Colex, Madrid, 2000, pp. 103-128.
- Id.*: "Las medidas de protección de menores procedentes de países musulmanes en territorio español", en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, dir. por A. Rodríguez Benot, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 363-410.
- JASTRAM, K.: "Family unity: the new geography of family life", en *Migration Information Source: Selected Readings on Migration, Refugees and Integration (June 2002 - August 2003)*, dir. por J. Pattee, Migration Policy Institute, 2003, pp. 31-34, disponible en <<http://www.migrationpolicy.org>>.
- JAYME, E.: "Identité culturelle et Intégration: le droit international privé postmoderne", en *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, núm. 251, 1995, pp. 33-267.
- JIMÉNEZ BLANCO, P.: "Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea", en *La Ley*, núm. 5771, 2003, de 30 de abril, pp. 1-13.
- JIMÉNEZ DE PARGA, M.: "Justicia constitucional e inmigración", en *Persona y Derecho*, núm. 49, 2003, pp. 15-31.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C.: "La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 13, (sep.-dic.) 2002, pp. 857-894.
- KAHALE CARRILLO, D.: "El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España, tras la nueva Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre", en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 6, 2004, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.
- KOSTAKOPOULOU, T.: "The 'protective union': Change and continuity in migration law and policy in post-Amsterdam Europe", en *Journal of Common Market Studies*, núm. 38, (3) 2000, pp. 497-518.
- KRAUS, M. y SCHWAGER, R.: "EU Enlargement and Immigration", en *Journal of Common Market Studies*, núm. 42, (1) 2004, pp. 165-181.
- KUNOY, B.: "A union of national citizens: The origins of the Court's lack of avant-gardisme in the Chen case", en *Common Market Law Review*, núm. 43, (feb) 2006, pp. 179-190.
- LABAYLE, H.: "L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale", en *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, dir. por H. Fulchiron, LGDJ, Paris, 1999, pp. 103-107.

- LARA AGUADO, A.: "Nacionalidad e integración social", en *La Ley*, núm. 5694, (D-9 vol. 1) 2003, pp. 1444-1460.
- Id.*: "Litigios transfronterizos y justicia gratuita (A propósito de la Directiva 2003/8/CE del Consejo de 27 de enero de 2003)", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, (enero-abril) 2004, pp. 83-115.
- Id.*: "Derecho a la asistencia jurídica gratuita", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 297-328.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I.: "La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar", en *Migraciones*, núm. 12, 2002, pp. 43-79.
- LINDE PANIAGUA, E.: "La libre circulación de los trabajadores *versus* libre circulación de las personas. La ciudadanía europea", en *REDUE*, núm. 5, (2ºsem.) 2003, pp. 15-36.
- Id.*: "La Ciudadanía en la Unión Europea. La inmigración en el interior de la Unión", en *Inmigración, Extranjería y Asilo*, dir. por E. Linde Paniagua y J. A. Moreno Díaz, Colex, Madrid, 2005, pp. 109-134.
- LONBAY, J.: "The free movement of persons", en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 53, (April) 2004, pp. 479-487.
- LÓPEZ BARBA, E.: "Extranjería. Reagrupación familiar", en *Extranjeros en España - Régimen jurídico*, coord. por C. Sánchez-Rodas Navarro, Laborum, Murcia, 2001, pp. 155-187.
- Id.*: "El cónyuge en la nueva perspectiva jurídica del derecho a la reagrupación", en *III Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, coord. por J. C. Andreo Tudela, Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 2003, pp. 61-75.
- Id.*: "Reglamento de Extranjería y nulidad de alguno de sus preceptos", en *Temas Laborales*, núm. 69, 2003, pp. 195-208.
- Id.*: "El ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en el Real Decreto 2393/2004", en *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, coord. por J. C. Alonso Burón, dir. por C. Sánchez Rodas, Laborum, Murcia, 2005, pp. 167-203.
- LÓPEZ BARBA, E. y GARCÍA SAN JOSÉ, D.: "El derecho de reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico", en *Revista del Poder Judicial*, núm. 64, 2001, pp. 43-82.
- LÓPEZ MOSTEIRO, R.: "La poligamia y algunas prestaciones de Seguridad Social", en *Boletín Aranzadi Laboral*, (noviembre) 2001, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.
- LÓPEZ MUÑOZ, M. J.: "La incidencia de la jurisdicción en el procedimiento de expulsión de extranjeros que hayan cometido delitos en España", en *Actualidad Penal*, núm. 22, 2003, pp. 565-580.
- LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, J.: "Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil", en *Registro Civil: Incidencia del fenómeno de la inmigración*, dir. por J. V. Gutiérrez Sánchez, vol. IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 83-132.
- LOUSADA AROCHENA, J. F. y CABEZA PEREIRO, J.: "Los Derechos de los trabajadores extranjeros irregulares", en *Aranzadi Social*, núm. 7-8, 2004, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.

- LUJÁN ALCARAZ, J.: "El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero", en *Aranzadi Social*, (vol. V) 1999, pp. 309-322.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: "La reforma de la Ley de Extranjería", en *Aranzadi Social*, (vol. V) 2000, pp. 339-359.
- MARÍN LÓPEZ, A.: "El ámbito de aplicación personal de la Ley", en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, coord. por M. Moya Escudero, Comares, Granada, 2001, pp. 3-32.
- MARTÍN, D.: "Comments on Angonese (Case C-281/98 of 6 June 2000), Graf (Case C-190/98 of 27 January 2000), Deloge and Lehtonen (Cases C-51/96 and 176/96 of 11 and 13 April 2000), Nazli (Case C-340/97 of 10 February 2000) and Kaba (Case C-356/98 of 11 April 2000)", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 2, (3) 2000, pp. 431-444.
- Id.*: "Comments on Mazzoleni (ex parte Guillaume) (case C-165/98 of 15 March 2001), Leclere (case C-43/99 of 31 May 2001) and Grzelzyk (case C-184/99 of 20 September 2001)", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (1) 2002, pp. 127-144.
- Id.*: "Comments on Oteiza Olazabal (case C-100/01 of 26 November 2002) and Kaba 2 (case C-466/00 of 6 March 2003)", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (3) 2003, pp. 411-417.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R.: "Reparto de la pensión de viudedad en supuestos de poligamia", en *Aranzadi Social*, núm. 19, 2002, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: "La inmigración en la Unión Europea: la difícil configuración de una política de inmigración", en *REDUE*, núm. 5, (2º sem.) 2003, pp. 83-90.
- Id.*: "El proyecto de Constitución Europea: Reflexiones sobre los trabajos de la Convención", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 15, 2003, pp. 527-572.
- MARTÍNEZ CUEVAS, M. A.: "La expulsión del extranjero residente y de sus familiares reagrupados en España", en *Rev.Fac.Derecho Univ.Gr.*, núm. 5, 2002, pp. 141-173.
- MARTÍNEZ PÉREZ, A.: "Posibilidad de solicitar indemnización derivada de denegación indebida de permiso de trabajo y residencia solicitado por extranjero no comunitario. Comentario a la Sentencia del TS de 7 de julio de 2003.", en *Aranzadi Social*, núm. 12, 2003, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.
- MARTÍNEZ, A. y EQUIPO DDIM: "La reagrupación familiar", en *Diez años de la Ley de Extranjería: Balance y perspectivas*, dir. por A. Borrás Rodríguez, Fundación Paulino Torras Domènech, Barcelona, 1995, pp. 196-208.
- MAYER, F. C.: "La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne", en *RTD eur*, núm. 39, (2) 2003, pp. 175-196.
- MCGLYNN, C.: "Challenging the European Harmonisation of Family Law: Perspectives on «the family»", en *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, ed. por K. Boele-Woelki, Intersentia, Antwerp - Oxford - New York, 2003, pp. 219-238.
- MEZGHANI, A.: "Le juge français et les institutions du droit musulman", en *J.D.I.*, núm. 3, (Juillet-Août-Septembre) 2003, pp. 721-765.
- MIRALLES SANGRO, P. P.: "Presente y futuro de la Ciudadanía de la Unión Europea", en *REDUE*, núm. 1, (2º sem.) 2001, pp. 153-158.
- MOLINA HERMOSILLA, O.: "Poligamia de trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supervivientes", en *Aranzadi Social*, núm. 8, 2001, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.

- MOLINER NAVARRO, R. M.: "Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España", en *Actualidad Civil*, núm. 14, 2001, pp. 487-519.
- MONTAGUD, X. y TORRES, F.: "Inmigración y Servicios Sociales. Entre el estereotipo y la realidad", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 2002, disponible en <<http://www.uv.es/CEFD>>.
- MORENO BLESAS, L.: "Reagrupación familiar", en *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, coord. por J. M. Campo Cabal, Civitas, Madrid, 2001, pp. 139-154.
- MOTILLA, A.: "Eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero conforme a la ley islámica", en *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, coord. por A. Motilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, pp. 143-188.
- MOYA ESCUDERO, M.: "Algunos aspectos de la inadmisión en territorio español de los extranjeros procedentes de terceros países", en *Alternativas a una política de inmigración*, AAVV, Centro Universitario Ramón Carande, Vicálvaro, 1994, pp. 93-94.
- Id.*: "El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de extranjería", en *La Ley*, núm. 4982, (D-25 vol.1) 2000, de 1 de febrero, pp. 1691-1703.
- Id.*: "Derecho a la reagrupación familiar", en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, M. Moya Escudero, Comares, Granada, 2001, pp. 673-707.
- Id.*: "El derecho del extranjero a conocer su origen biológico", en *Rev.Fac.Derecho Univ.Gr.*, núm. 4, 2001, pp. 439-453.
- Id.*: "El secuestro internacional de menores", en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, dir. por A. Rodríguez Benot, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 411-460.
- Id.*: "Artículo 1. Delimitación del ámbito", en *Comentarios a la Ley de Extranjería*, coord. por C. Esplugues Mota, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 53-85.
- MOYA ESCUDERO, M. y RUBIO CASTRO, A. M.: "Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 37, 2003, pp. 105-154.
- MRABET, E. A.: "Readmission agreements. The case of Morocco", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (3) 2003, pp. 379-385.
- MUÑOZ CUESTA, J.: "La contratación de extranjeros sin permiso de trabajo no motiva la comisión de delito: es necesario además que se perjudiquen, supriman o restrinjan sus derechos reconocidos legalmente. Comentario a la STS, Sala 2ª de 11 de diciembre de 2002", en *RJ*, núm. 10, 2003, pp. 13-15.
- Id.*: "¿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", en *RJ*, núm. 19, 2004, pp. 15-18.
- MURILLAS ESCUDERO, J. M.: "Menores inmigrantes: aspectos jurídicos", en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 19, 2002, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.
- MURPHY, J.: "Rationality and Cultural Pluralism in the non-recognition of foreign marriages", en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 49, 2000, pp. 643-659.
- MUSSO VAN DER VELDE, S.: "Immigrant integration policy: the case of the Netherlands", en *II Encuentro de jóvenes investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo, Barcelona, 17 - 18 de diciembre, 2004*, disponible en <<http://www.pcb.ub.es/idp/esp/recerca/immigra/jovenes>>.

- NASCIMBENE, B.: "The Regularisation of Clandestine Immigrants in Italy", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 2, (3) 2000, pp. 337-359.
- NODAR MONTES, M. L. M.: "El derecho de asilo: el asilo territorial", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 290, 1997, pp. 1-5.
- OLESTI RAYO, A.: "Unión Europea", en *La regulación de la inmigración en Europa*, E. Aja y L. Díez, Fundación "La Caixa", Barcelona, 2005, pp. 277-313.
- OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: "El Derecho a los servicios sociales de los trabajadores extranjeros. Estudio de los apartados 2 y 3 del art. 14 de la Ley Orgánica 4/200, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", en *Aranzadi Social*, núm. 11, 2005, pp. 71-82.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: "Control judicial: la expulsión", en *La Ley*, núm. 6403, 2006, de 19 de enero, disponible en <<http://www.laley.es>>.
- ORELLANA CANO, A. M.: "Régimen jurídico de los permisos de trabajo de extranjeros", en *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2003, pp. 1-26.
- ORIHUELA CALATAYUD, E.: "El derecho a solicitar asilo: un derecho en fase terminal por las violaciones del derecho internacional", en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, 2003, pp. 57-113.
- Id.*: "Asilo y refugiados: ¿solidaridad o seguridad?", en *Anales de Derecho de la Facultad de Murcia*, núm. 22, 2003, pp. 189-222.
- Id.*: "Régimen especial de los refugiados", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 729-764.
- PACURAR, A.: "Smuggling, detention and expulsion of irregular migrants a study on international legal norms, standards and practices", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (2) 2003, pp. 259-283.
- PAJARES ALONSO, M.: "Las Políticas de Inmigración en la Unión Europea", en *Inmigración, Extranjería y Asilo*, dir. por E. Linde Paniagua y J. A. Moreno Díaz, Colex, Madrid, 2005, pp. 65-83.
- PALOMAR OLMEDA, A.: "Los derechos de los extranjeros: Un filón para la jurisprudencia", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 637, 2004, pp. 1-9.
- PECES MORATE, J. E.: "la tutela judicial de los inmigrantes", en *Inmigración, Extranjería y Asilo*, dir. por E. Linde Paniagua y J. A. Moreno Díaz, Colex, Madrid, 2005, pp. 203-260.
- PEERS, S.: "The EC-Switzerland Agreement on Free Movement of Persons: Overview and Analysis", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 2, (2) 2000, pp. 127-142.
- Id.*: "Immigration, asylum and the European Union charter of fundamental rights", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 3, (2) 2001, pp. 141-169.
- Id.*: "Key legislative developments on migration in the European Union", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 6, (1) 2004, pp. 67-91.
- PEÑASCO VELASCO, R.: "La nacionalidad de los hijos y nietos de emigrantes, según la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 581, 2003, pp. 5-8.
- PÉREZ CAPITÁN, L.: "El régimen sancionador laboral en materia de extranjería", en *Aranzadi Social*, (vol. III) 1993, pp. 2267-2300.

- PÉREZ MILLA, J.: "De un *status* laboral mínimo para situaciones de migración irregular", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, (marzo) 2004, pp. 9-38.
- PÉREZ TÓRTOLA, A.: "La reagrupación familiar desde la perspectiva de la jurisdicción contencioso-administrativa", en *Regularización de trabajadores y reagrupación familiar de inmigrantes extranjeros en España*, Fundación Paulino Torras Domènech, Barcelona, 1994, pp. 62-68.
- PÉREZ VERA, E.: "Citoyenneté de l'Union européenne, nationalité et condition des étrangers", en *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, núm. 261, 1996, pp. 243-426.
- PÉREZ VERA, E. y BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: "Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: la protección internacional de adultos", en *REDI*, núm. LI, (2) 1999, pp. 804-807.
- PERIS RIERA, J. M.: "El Derecho Penal y la condición de extranjero: auténtica contradicción entre principios de tutela y tratamiento político criminal agudizada con la denominada Ley de Extranjería", en *Revista Xurídica Xeral*, núm. 3, 2002, pp. 53-60.
- PESCATORE, P.: "La interpretación del Derecho comunitario por el juez nacional", en *Revista de Instituciones europeas*, 1996, pp. 7-31.
- PESENTI, X.: "Les couples mixtes et étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme", en *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, dir. por H. Fulchiron, LGDJ, Paris, 1999, pp. 139-199.
- PHUONG, C.: "Enlarging "Fortress Europe": EU accession, asylum, and immigration in candidate countries", en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 52, (july) 2003, pp. 641-664.
- POELEMANS, M. y DE SÈZE, S.: "The Regularisation of Clandestine Immigrants in France", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 2, (3) 2000, pp. 309-336.
- PRAKASH, A. S.: "Attitudes to Polygamy in English Law", en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 52, (2) 2003, pp. 369-400.
- PULIDO QUECEDO, M.: "La asistencia jurídica gratuita de los extranjeros no residentes "legalmente" en España", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 581, 2003, pp. 10-11.
- Id.*: "Extranjeros y justicia gratuita", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 8, 2003, pp. 9-11.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: "I. Derecho de Extranjería. Nota a la STSJ Cataluña de 4 de julio de 1996.", en *REDI*, núm. XLIX, (2) 1997, pp. 221-227.
- Id.*: "La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawwana, 2000) en Europe", en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 3, 2004, pp. 877-900.
- REIF, L. C.: "Building Democratic Institutions: The Role of National Human Rights Institutions in Good Governance and Human Rights Protection", en *Harvard Human Rights Journal*, núm. 13, (spring) 2000, pp. 1-70.
- RELAÑO PASTOR, E.: "¿Sancionar al inmigrante o proteger las fronteras?: Un análisis crítico de la Ley de extranjería 14/2003, de 20 de noviembre, y la Política de inmigración común de la Unión Europea", en *La Ley*, núm. 6017, 2004, de 13 de mayo, pp. 1-8.
- RIVERA SÁNCHEZ, J. R.: "La acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular", en *Boletín Aranzadi Laboral*, núm. 1, (enero) 2002, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.

- ROCA TRÍAS, E.: "El derecho a contraer matrimonio y la regulación de las parejas de hecho", en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, AAVV, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 150-162.
- RODRÍGUEZ BENOT, A.: "La eficacia en España de las adopciones simples constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero (una relectura del art. 9.5º CC a la luz del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993)", en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, ed. por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, Colex, Madrid, 2000, pp. 181-202.
- 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")", en *RGD*, núm. 667, 2000, pp. 4419-4448.
- Id.*: "Tráfico externo, Derecho de Familia y multiculturalidad en el ordenamiento español", en *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, dir. por A. Rodríguez Benot, CGPJ, Madrid, 2002, pp. 15-88.
- Id.*: "Principios inspiradores y caracteres generales de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", en *La ley de extranjería a la luz de las obligaciones de España en Derechos Humanos*, coord. por J. A. Carrillo Salcedo, Akal, Sevilla, 2002, pp. 15-26.
- Id.*: "El control de la inmigración en la frontera sur de la Unión Europea: la experiencia española", en *Nuevas estrategias para una política de inmigración solidaria*, M. J. Jiménez Lara y R. Franco Rojas, Mergablum, Sevilla, 2003, pp. 109-146.
- Id.*: "Sucesión *mortis causa* y modelos de familia en el tráfico jurídico externo", en *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dir. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Colex, Madrid, 2004, pp. 675-704.
- Id.*: "La situación de estancia de los extranjeros en España", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 377-387.
- RODRÍGUEZ BENOT, A. e YBARRA BORES, A.: "Una Aproximación a la Nueva Ley de Extranjería", en *La Toga*, núm. 117, 2000, pp. 16-18.
- Id.*: "Las claves de la reforma de extranjería", en *La Toga*, núm. 125, (marzo) 2001, pp. 31-33.
- Id.*: "La situación de residencia de los extranjeros en España", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 389-419.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E.: "Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003 en España", en *AEDIPr*, núm. IV, 2004, pp. 261-285.
- RODRÍGUEZ, J. P.: "La ciudadanía europea como presupuesto de la Carta de derechos fundamentales", en *Persona y Derecho*, núm. 45, 2001, pp. 45-79.
- RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J.: "La nacionalidad como vía de integración de los inmigrantes extranjeros", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 103, (enero-marzo) 1999, pp. 171-186.
- ROJAS CASTRO, M.: "Competencias del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre los derechos sociales de los trabajadores migrantes", en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 6, 2002, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.
- ROJO TORRECILLA, E.: "Trabajo y Emigración: ¿viejas respuestas frente a nuevas realidades?", en *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de*

trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona, coord. por J. López López, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2001, pp. 259-300.

Id.: "Inmigración y derechos humanos: retos y perspectivas", en *Jueces para la Democracia*, núm. 44, (julio) 2002, pp. 54-66.

ROJO TORRECILLA, E. y CAMÓS VICTORIA, I.: "La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 8, (marzo) 2005, pp. 83-106.

RYAN, B.: "Introduction: Current issues in nationality law in Europe", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 6, (3) 2004, pp. 171-172.

SAGARRA I TRÍAS, E.: "Un nuevo "status" de extranjero en España. (El inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, (noviembre) 2002, pp. 89-97.

SAMERS, M.: "An emerging geopolitics of 'illegal' immigration in the European Union", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 6, (1) 2004, pp. 27-45.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A.: "De la entrada y salida del territorio español", en *Extranjeros en España. Régimen Jurídico*, coord. por C. Sánchez-Rodas Navarro, Laborum, Murcia, 2001, pp. 189-249.

Id.: "Comentario a la Ley de Extranjería", en *Legislación sobre nacionalidad y extranjería, comentada y con Jurisprudencia*, J. Carrascosa González y M. A. Sánchez Jiménez, Colex, Madrid, 2002, pp. 105-308.

Id.: "Parte Segunda: El Derecho de extranjería", en *Sistema español de Derecho de nacionalidad y extranjería*, J. Carrascosa González y M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2002, pp. 91-206.

Id.: "Nuevos pasos en la solución del secuestro internacional de menores", en *Jóvenes Juristas, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 1, 2003, pp. 5-6.

Id.: "El *status* jurídico del hijo de extranjeros nacido en España. Nacionalidad y normativa de extranjería", en *Anales de Derecho de la Facultad de Murcia*, núm. 22, 2004, pp. 223-237.

Id.: "El marco jurídico de la inmigración e interculturalidad en España. La protección de niños, menores y adultos en España y la Región de Murcia", en *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 21, 2005, pp. 23-52.

Id.: "La articulación del Derecho de Extranjería", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 95-104.

Id.: "Derechos políticos. Participación pública", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 227-238.

Id.: "Derechos del ámbito social y económico", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 239-254.

Id.: "Garantías jurídicas", en *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, coord. por M. A. Sánchez Jiménez, DM, Murcia, 2005, pp. 269-296.

SÁNCHEZ LORENZO, S. A.: "Postmodernismo y Derecho internacional privado", en *REDI*, núm. 2, (XLVI) 1994, pp. 576-580.

Id.: "El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia", en *Rev.Fac.Derecho Univ.Gr.*, núm. 4, 2001, pp. 207-230.

Id.: "Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia", en *Anuario Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional*, núm. 17, 2005, pp. 87-130.

SANTOLAYA MACHETTI, P.: "España", en *La regulación de la inmigración en España*, E. Aja y L. Díez, Fundación "la Caixa", Barcelona, 2005, pp. 242-276.

SANZ CABALLERO, S.: "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las uniones de hecho", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2, 2003, pp. 2481-2498.

Id.: "Interferencias entre el Derecho comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, (enero-abril) 2004, pp. 117-158.

SCHIBEL, Y.: "Integration and the Role of Local Authorities", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (1) 2003, pp. 99-106.

SCHIEFFER, M.: "Community readmission agreements with third countries - Objectives, substance and current state of negotiations", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (3) 2003, pp. 343-357.

SEMPERE NAVARRO, A. V.: "Trabajo irregular de los extranjeros y validez del contrato de trabajo. Comentario a la STSJ de Cataluña de 14 mayo 2002", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 545, 2002, pp. 9-11.

Id.: "Accidente laboral de extranjero sin permiso", en *RJ*, núm. 13, 2003, pp. 9-15.

SINN, H. W. y OCHEL, W.: "Social Union, Convergence and Migration", en *Journal of Common Market Studies*, núm. 41, (5) 2003, pp. 869-896.

SKORDAS, A.: "The new immigration law in Greece: Modernization on the wrong track", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (1) 2002, pp. 23-48.

SOLANES CORELLA, A.: "Las limitaciones indirectas de los derechos de los extranjeros: el caso del Padrón", en *II Encuentro de jóvenes investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo, Barcelona, 17 - 18 de diciembre, 2004*, (publicación de las ponencias en prensa) disponible en <<http://www.pcb.ub.es/idp/esp/recerca/immigra/jovenes>>.

SZYSZCZAK, E.: "Citizenship and Human Rights", en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 53, (2) 2004, pp. 493-501.

Id.: "Regularising Migration in the European Union", en *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, ed. por B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan y E. Szyszczak, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2004, pp. 407-429.

TAJADURA TEJADA, J.: "Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 7, (noviembre) 2004, pp. 9-52.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: "Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva Ley de Extranjería. A propósito de la STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2002", en *Actualidad Laboral*, núm. 10, (marzo) 2003, pp. 157-169.

- TASENDE CALVO, J. J.: "Aspectos civiles de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 664, 2005, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.
- TOLOSA TRIBIÑO, C.: "El principio de igualdad ante la ley y los extranjeros en España", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 430, 2000, pp. 1-4.
- Id.*: "La entrada ilegal en España: su tratamiento jurídico tras el Reglamento de la Ley de Extranjería", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 512, (diciembre) 2001, pp. 1-4.
- Id.*: "Problemas actuales en la jurisprudencia en materia de regulación de la situación de los extranjeros en España", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, (marzo) 2004, pp. 141-162.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J. A.: "Retención de hijos menores de edad por parte del progenitor extranjero o español que no tiene la guarda y custodia", en *Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión internacional*, AAVV, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 31-57.
- Id.*: "Realidad y legalidad en la Normalización de extranjeros en España: ante la Disposición Transitoria Tercera del nuevo Reglamento de Extranjería", en *Anuario Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional*, núm. 17, 2005, pp. 267-285.
- TONER, H.: "Comments on "Mary Carpenter v. Secretary of State", 11 July 2002 (Case C-60/00)", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (1) 2003, pp. 163-172.
- TRINIDAD GARCÍA, M. L.: "Los inmigrantes irregulares en la Ley 4/2000 y en su reforma: una regularización que no cesa", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, (noviembre) 2002, pp. 99-112.
- Id.*: "La reforma del artículo 107 del Código Civil", en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 4, (noviembre) 2003, pp. 141-159.
- Id.*: "El trabajo por cuenta propia de los extranjeros en España", en *Migraciones*, núm. 13, 2003, pp. 61-106.
- TURPIN, D.: "L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne. Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe", en *RTD eur*, núm. 39, ((4) oct.-déc.) 2003, pp. 615-636.
- Id.*: "Les nouvelles lois sur l'immigration et l'asile dans le contexte de l'Europe et la mondialisation", en *Rev.crit.DIP*, núm. 93, ((2) avril-juin) 2004, pp. 311-393.
- URBANO CASTRILLO, E.: "La cuestión de la convivencia, en la violencia doméstica. A propósito de la STS 2ª 417/2004, de 29 de marzo de 2004", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 630, 2004, disponible en <<http://www.westlaw.es>>.
- URBANO DE SOUSA, C.: "The new Portuguese Immigration Act", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (1) 2002, pp. 49-69.
- USÚA PALACIOS, F. y FORNIELES PÉREZ, H.: "Extranjeros en el sistema de Seguridad Social (Algunas dudas sobre la inclusión de ciudadanos extranjeros en el sistema español de Seguridad Social)", en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, (vol. V) 1999, pp. 245-270.
- VALENZUELA RATIA, D.: "La delincuencia de los extranjeros", en *Actualidad Penal*, núm. 20, (mayo) 2003, pp. 527-540.
- VALLANÇON, F.: "Altérité et droits des minorités", en *Minorités, culture et droits fondamentaux*, ed. por H. Pallard y S. Tzitzis, L'Harmattan, Paris, 2001, pp. 89-109.

VAN DER MEI, A. P.: "Residence and the evolving notion of European Union citizenship", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 5, (3) 2003, pp. 419-433.

Id.: "Comments on Akrich (Case C-109/01 of 23 September 2003) and Collins (Case C-138/02 of 23 March 2004)", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 6, (3) 2004, pp. 277-284.

VAN WALSUM, S.: "Comment on the Sen case. How wide is the margin of appreciation regarding the admission of children for purposes of family reunification?", en *European Journal of Migration and Law*, núm. 4, (4) 2002, pp. 511-520.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, 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 *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, dir. por A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, Colex, Madrid, 2004, pp. 819-843.

VICENTE BLANCO, D. J.: "Una regulación integral de la inmigración para Europa", en *REDUE*, núm. 5, (2º sem.) 2003, pp. 91-113.

VILLÁN DURÁN, C.: "La protección internacional de los derechos humanos: el sistema universal y su vigencia en España", en *Humana Iura*, núm. 10, 2000, pp. 61-110.

VISCHER, F.: "General Course on Private International Law", en *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, núm. 232, (I) 1992, pp. 9-256.

WEYEMBERG, A.: "La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures: vers un rééquilibrage du couple liberté-sécurité?", en *Revue Belge de Droit International*, núm. 2, 2000, pp. 612-639.

Id.: "Les nouvelles formes de vie commune et leur impact sur le regroupement familial", en *Revue du droit des étrangers*, núm. 107, 2000, pp. 6-16.

WILMOTTE, M.: "Du droit européen vers le droit belge", en *Protection de l'étranger dans une Europe bouleversée*, dir. por A. Nayer, La Chartre, Bruxelles, 1996, pp. 95-106.

WILSHER, D.: "The Administrative Detention of Non-Nationals Pursuant to Immigration Control: International and Constitutional Law Perspectives", en *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 53, (4) 2004, pp. 897-934.

ZABALO ESCUDERO, E.: "Efectos del matrimonio y sociedad multicultural", en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, ed. por A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel, Colex, Madrid, 2000, pp. 9-27.

ZACCARIA, G.: "Tolerancia y política de reconocimiento", en *Persona y Derecho*, núm. 49, 2003, pp. 107-124.

OTRAS FUENTES

Nuevas ideas para gestionar las migraciones, Conclusiones del Congreso Mundial Movimientos Humanos e Inmigración, Barcelona, 2-5 septiembre de 2004.

ALÍAS, M. D.: "Quiero tener una vida normal", reportaje en *El País* de 26 de agosto de 2004.

ALONSO, E., VIVES, N. y ZAMPONI, C., coord.: *Informe anual 2000 sobre el racismo en el Estado Español*, Icaria - SOS Racismo, Barcelona, 2000.

- ANNAN, K.: "Why Europe needs an immigration strategy", discurso del Secretario General de la ONU al Parlamento Europeo en *United Nations News* de 29 de enero de 2004, disponible en <http://www.un.org/News/oss/sg/stories/sg-29jan2004.htm>.
- APARICIO, R. y TORNOS, A.: *Las redes sociales de los inmigrantes extranjeros en España: un estudio sobre el terreno*, MTAS, D.L., Madrid, 2005.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L. y CARBALLO DE LA RIVA, M.: *Síntesis del Seminario sobre Inmigración y Perspectiva de Género dentro de las "Jornadas de reflexión sobre el Plan Estratégico de Integración de los Inmigrantes"*, San Lorenzo de El Escorial, 14-15 junio 2005, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Universidad Complutense de Madrid, julio de 2005.
- Id.*: *Síntesis del Seminario sobre Inmigración y Servicios Sociales dentro de las "Jornadas de reflexión sobre el Plan Estratégico de Integración de los Inmigrantes"*, San Lorenzo de El Escorial, 7-8 junio 2005, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Universidad Complutense de Madrid, julio de 2005.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L. y ZAPATA DE LA VEGA, J.: *Síntesis del Seminario sobre Inmigración y Acogida dentro de las "Jornadas de reflexión sobre el Plan Estratégico de Integración de los Inmigrantes"*, San Lorenzo de El Escorial, 9-10 junio 2005, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Universidad Complutense de Madrid, julio de 2005.
- Id.*: *Síntesis del Seminario sobre Inmigración y Empleo dentro de las "Jornadas de reflexión sobre el Plan Estratégico de Integración de los Inmigrantes"*, San Lorenzo de El Escorial, 9-10 junio 2005, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Universidad Complutense de Madrid, julio de 2005.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L. y OLIVARI, L.: *Síntesis del Seminario sobre Inmigración y Vivienda dentro de las "Jornadas de reflexión sobre el Plan Estratégico de Integración de los Inmigrantes"*, San Lorenzo de El Escorial, 7-8 junio 2005, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Universidad Complutense de Madrid, julio de 2005.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L. y ORTIZ MARTÍNEZ, J. S.: *Síntesis del Seminario sobre Inmigración y Educación dentro de las "Jornadas de reflexión sobre el Plan Estratégico de Integración de los Inmigrantes"*, San Lorenzo de El Escorial, 31 mayo - 1 junio 2005, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Universidad Complutense de Madrid, julio de 2005.
- CECA, CAJA MURCIA, CAJA DE AHORROS EL MONTE DE SEVILLA y SADAI: *Las remesas de emigrantes entre España y Latinoamérica. Resumen Ejecutivo*, Madrid, noviembre de 2002.
- COUSSEY, M.: *Marco para las políticas de integración*, Conferencia sobre Diversidad y Cohesión. Consejo de Europa, Namur, 7-9 septiembre de 2000.
- ENTZINGER, H. y BIEZEVELD, R.: *Benchmarking in Immigrant Integration*, European Research Centre on Migration and Ethnic Relations (ERCOMER), Faculty of Social Sciences, Erasmus University, Rotterdam, agosto de 2003.
- GARCÍA-NIETO GÓMEZ-GUILLAMÓN, A.: *Familias inmigrantes fragmentadas: el caso de la Región de Murcia*, Actes del IV Congrés sobre la immigració a Espanya: Ciutadania i Participació, Girona, del 10 al 13 de noviembre de 2004.
- GIMÉNEZ ROMERO, C.: *Qué es la inmigración: ¿problema u oportunidad?, ¿cómo lograr la integración de los inmigrantes?, ¿multiculturalismo o interculturalidad?*, RBA, Barcelona, 2003.
- GRUPO DE OPINIÓN PÚBLICA DE LA REGIÓN DE MURCIA: *Barómetro Región de Murcia*, Universidad de Murcia, diciembre de 2002.

LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA

- GUILLÉN SÁDABA, M. E., DE LUCAS Y MURILLO DE LA CUEVA, F., ARIAS ASTRAY, A. y SANZ CASAS, G.: *Trayectorias positivas de inserción laboral de las personas de procedencia extracomunitaria en España.*, Nexos, Madrid-Barcelona-Murcia, 2005.
- LÓPEZ GARCÍA, B. y BERRIANE, M., dirs.: *Atlas de la inmigración marroquí en España*, UAM Ediciones, Madrid, 2004.
- LÓPEZ GARCÍA, B., dir.: *Desarrollo y pervivencia de las redes de origen en la inmigración marroquí en España: hacia la actualización del "Atlas de la inmigración magrebí en España"*, MTAS, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2004.
- MADRID IZQUIERDO, M. A.: *Políticas preventivas/políticas participativas: alcance del Plan para la integración social de los inmigrantes de la Región de Murcia 2002-2004*, Actes del IV Congrés sobre la immigració a Espanya: Ciutadania i Participació, Girona, del 10 al 13 de noviembre de 2004.
- MORCILLO, C.: "Los emigrantes suramericanos envían 706 millones al año a sus países", reportaje en *ABC* de 29 de enero de 2003, p. 14.
- OBSERVATORIO EUROPEO DEL RACISMO Y LA XENOFOBIA: *El racismo y la xenofobia en los Estados miembros de la UE. Resumen del Informe anual*, 2005.
- RUBIO LARA, P. A.: *La violencia de género*, I Congreso de Derechos Humanos y Criminología, Murcia, del 15 al 17 de marzo de 2006.