

LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR: COMPLEJIDAD Y DESIGUALDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL

IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ
Universidad de Córdoba

RESUMEN

La legislación estatal y los distintos instrumentos internacionales coinciden en reconocer a la reunificación familiar como un derecho básico de toda persona, si bien éste no se garantiza de la misma manera para todos. En el sistema actual perviven pluralidad de regímenes atendiendo fundamentalmente a la nacionalidad del reagrupante, -ciudadano de la Unión y del Espacio Económico Europeo o de un tercer país-, que determinará el cuerpo legal aplicable, las formalidades exigidas y los familiares reagrupables. A la luz del análisis esbozado se observa que esta pluralidad de regímenes en cuanto a la reagrupación familiar conlleva una complejidad innecesaria y unas desigualdades injustificables.

ABSTRACT

The right to family reunification is recognised as basic right of person in existing national legislation and international instruments, however the measures aimed at ensuring it aren't the same to every person. In the present system coexist a number of rules depending on nationality of the person applying for reunification, -european citizens and from the European Economic Area or third-country nationals-, this fact lays it down that applicable law, requirements for the exercise of the right to family reunification and the definition of family reunification in order to authorise family reunification. According to our analysis, this diversity of rules produces unnecessary complexity and unjustifiable inequality.

PALABRAS CLAVES: *reagrupación familiar, familia, extranjería.*

KEY WORDS: *family reunion, family, alien status.*

1. INTRODUCCIÓN

Una política legislativa óptima en cuanto a la inmigración debe ir más allá de una correcta gestión del flujo migratorio, debiendo tener entre sus objetivos básicos una integración real y efectiva del extranjero residente¹. Para ello es imprescindible conceder una serie de garantías y derechos elementales parejos a la de los nacionales del Estado de acogida. Entre tales prerrogativas aflora como un derecho básico de toda persona, su opción a una vida en familia que se concreta en un “derecho a la reunificación familiar”.

Ha de insistirse que se está ante una prerrogativa básica de toda persona que, sin

¹ La Comisión Europea ha señalado recientemente “El derecho a la reagrupación familiar es, de por sí, un instrumento imprescindible de la integración”, en su Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo, COM (2003) n° 336 final, de 3 de junio de 2003, p. 5.

embargo, no se encuentra garantizada de igual modo a toda persona. Nuestro ordenamiento jurídico conoce una pluralidad de regímenes en cuanto a la “reagrupación familiar” sobre la base principalmente de la nacionalidad del reagrupante. De este modo, según cuál sea la nacionalidad, española, de un Estado miembro de la Unión Europea o de un tercer Estado estaremos ante un régimen jurídico distinto. Dato que conllevará una diversidad no sólo en cuanto al cuerpo legal aplicable sino en relación a cuestiones cruciales tales como los familiares reagrupables, las condiciones y formalidades requeridas. Cuando nos referimos al derecho a la reunificación familiar en España, hemos de distinguir necesariamente, por una parte, el de los ciudadanos de la Unión y por extensión de los países pertenecientes al Espacio Económico Europeo (EEE)² y Suiza³, beneficiarios de un régimen privilegiado que se ampara directamente en la normativa de origen comunitario y, por otra, la de los nacionales de terceros países o extracomunitarios reglamentada por normativa interna, en concreto por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social con las modificaciones habidas por la LO 8/2000, de 22 de diciembre (LOEXIS)⁴. En definitiva, el derecho a la reunificación familiar dibujado por el ordenamiento jurídico español se conforma de una pluralidad de regímenes que desemboca no sólo en una complejidad innecesaria sino también en unas desigualdades injustificadas cuando se trata de ejercer un derecho básico de toda persona.

2. LA NORMATIVA REGULADORA DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

2.1. LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

Pluralidad de instrumentos nacidos por el consenso entre los Estados coinciden en reconocer a la familia como un elemento natural y fundamental de la sociedad. *Ad exemplum*, en el marco de las Naciones Unidas la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 1948⁵ o los *Pactos Internacionales sobre los Derechos Civiles y Políticos y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, de 19 de diciembre de 1966⁶ proclaman el derecho de toda persona a fundar una familia a la que ha de garantizarse la más amplia protección y asistencia.

En el seno del Consejo de Europa, el *Convenio de Roma para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950, incluye varios preceptos preocupados de salvaguardar este derecho a la vida familiar. Así el art. 8 establece una protección directa de la familia y el art. 12 reconoce la libertad para casarse y fundar una familia. Junto al amplio elenco de derechos fundamentales enunciados por esta Convención consideramos que ésta posee una especial relevancia atendiendo a dos razones. En primer

² El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992, entre los doce Estados miembros de la CE, por una parte, y los Estados de la Asociación Europea de Libre Cambio, Noruega, Islandia y Liechtenstein, por otra (DOCE L n° 1, de 3 de enero de 1994).

³ Este régimen parejo a los ciudadanos comunitarios lo gozan los suizos gracias al Acuerdo, de 21 de junio de 1999, entre la CE y la Confederación Suiza, sobre libre circulación de personas, que ha entrado en vigor el 1 de junio de 2002 (DOCE L n° 114, de 30 de abril de 2002).

⁴ *Vid.* respectivamente BOE de 12 de enero de 2000 y BOE de 23 de diciembre de 2000.

⁵ En concreto, el art. 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta Declaración fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por su Resolución 217 A (III).

lugar, este Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales goza de un mecanismo jurisdiccional con el fin de garantizar la salvaguardia de los mismos, me refiero al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sito en Estrasburgo. En segundo lugar, este Convenio tiene un ámbito de aplicación personal amplio, en la medida en que los derechos que establece son reconocidos, según su artículo primero, a todo particular que se halle bajo la jurisdicción de un Estado parte incluso cuando sean ciudadanos de Estados no miembros en el Consejo. Ha de advertirse que, si bien es cierto que el art. 8 establece una protección directa de la familia no reconoce estrictamente un derecho a la reagrupación familiar. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en base a este precepto ha reconocido el derecho a la reagrupación familiar y, por consiguiente, la obligación para los Estados parte en el Convenio de permitir la entrada de los familiares directos de los particulares dependientes de su jurisdicción.

De manera expresa reconocen el derecho a la reagrupación familiar en si mismo varios instrumentos jurídicos. Así, la *Carta Social Europea*, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, recoge el compromiso de las Partes Contratantes en facilitar en lo posible el reagrupamiento familiar de los trabajadores establecidos dentro de sus territorios⁷. En términos parejos se expresa el *Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante*, firmado en Estrasburgo, el 24 de noviembre de 1977, la *Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares*, de 18 de diciembre de 1990⁸ o el *Convenio n° 143 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Trabajadores Migrantes*, de 24 de junio de 1975⁹.

La vida en familia se torna, si cabe aún más crucial, para los menores a fin de que éstos no se encuentren separados de sus padres. En concreto reconocen el derecho del niño a una vida en familia y, por tanto sujeto activo del mencionado derecho a la reunificación familiar, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989¹⁰, o el *Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos*¹¹. La Convención en el apartado primero del art. 9 instituye la obligación para los Estados de velar para que el niño no sea separado de sus padres, estableciendo para este fin, en su art. 10, que “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Parte de manera positiva, humanitaria y expeditiva”.

⁶ El primero de esos Pactos de Derechos Civiles y Políticos se refiere a la protección de la familia en su art. 17 y, el segundo, sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus arts. 10 y 11. Estos Pactos no entraron en vigor hasta 1976, no siendo España parte hasta el año 1977 (BOE de 30 de abril de 1977).

⁷ Art. 19 6. El art. 14 precisa que los trabajadores migrantes nacionales de una de las partes contratantes y sus familias tienen derecho a la protección a la asistencia en el territorio de cualquier parte contratante. Por su parte, el art. 16 mantiene que la familia es núcleo fundamental de la sociedad y que, por tanto, tiene derecho a una protección adecuada desde el punto de vista social, jurídica y económica a fin de asegurar su pleno desarrollo.

La Carta Social Europea se aprobó por el Consejo de Europa celebrado en Turín el 18 de octubre de 1961, siendo ratificada por España el 29 de abril de 1980 (BOE de 26 de junio de 1980).

2.2. LA NORMATIVA COMUNITARIA

Desde los albores de la Comunidad Europea ésta se ha encargado de posibilitar la libre movilidad de todos los factores de producción entre ellos, el factor humano en su doble vertiente de asalariado e independiente. Esta libre movilidad reconocida exclusivamente a favor de los nacionales de los Estados miembros se acompañó necesariamente de un derecho de todo trabajador a hacerse acompañar de sus familiares próximos. De este modo y como consecuencia directa del establecimiento del Mercado Común, el derecho a la reunificación familiar conoció una pronta armonización bajo pautas de flexibilidad y liberalización. Cuando se trata de los nacionales de terceros países la situación es bien distinta. En primer lugar, la normativa no se encuentra armonizada no siendo su procedencia comunitaria sino estatal¹². Hasta época muy reciente, exactamente el Tratado de Ámsterdam, la Comunidad Europea no ha tenido competencias en cuanto a la situación jurídica de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en el territorio comunitario sino que han sido las distintas leyes de extranjería estatales las que han definido su estatuto. Y, en segundo lugar, a diferencia de la normativa comunitaria esbozada bajo términos amplios y beneficiaria de una interpretación generosa por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), el régimen de los ciudadanos extracomunitarios se caracteriza por la rigidez y dureza del sistema instaurado.

Desde los primeros pasos hacia el establecimiento del Mercado Común y de sus libertades económicas, el Derecho comunitario europeo ha reconocido importantes prerrogativas en materia de desplazamiento y estancia para los miembros de la familia de los nacionales de los Estados miembros. Y ello es así, porque la libre circulación de trabajadores implica la eliminación de los obstáculos que se oponen a su movilidad, y en particular “al derecho del trabajador a hacer venir a su familia y a la integración de ésta en el país de acogida”. Por consiguiente, los Reglamentos y Directivas, que facilitan la movilidad de aquellos nacionales comunitarios que desean trabajar, estudiar o simplemente residir en otro Estado miembro, reconocen paralelamente a sus familiares en tanto que

⁸ La vigésima ratificación de este Convenio internacional realizada por Guatemala permitirá el 1 de julio de 2003 su entrada en vigor. Sobre este Convenio y su aplicación, *vid.* ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. (2003): “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 de Derecho Migratorio y Extranjería*, marzo 2003, 9-51.

⁹ Hasta la fecha presente, sólo tres Estados miembros de la Unión Europea han ratificado dicho Convenio, Italia, Portugal y Suecia. Asimismo, el Convenio n° 97 sobre los Trabajadores Migrantes o la Recomendación n° 151 fija una serie de medidas que deberían adoptarse por los países de empleo y de origen para facilitar y agilizar la reagrupación de las familias de los trabajadores.

¹⁰ Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 siendo ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1990 (BOE de 1 de diciembre de 1990).

¹¹ En particular el art. 24 de este Pacto establece que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

¹² No obstante, existe una Propuesta de Directiva que parece retrasarse continuamente en el tiempo sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países. La última versión de esta Propuesta fue presentada por la Comisión el 2 de mayo de 2002 (COM (2002) 225 final).

“beneficiarios del Derecho comunitario”, incluso aunque éstos no tengan la nacionalidad de un Estado miembro.

Con carácter previo, resulta oportuno indicar que el ámbito de familiares protegidos por esta legislación comunitaria, al igual que sus derechos y la extensión de éstos no siempre es el mismo¹³. El ámbito de familiares que podrá trasladarse junto a él diferirá según los requerimientos del título bajo el cual el nacional comunitario esté disfrutando de dicha movilidad territorial.

El *Reglamento 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad*¹⁴ reconoce en el art. 10 a instalarse con el trabajador, al cónyuge, a sus descendientes menores de 21 años, así como a sus familiares a su cargo que sean ascendientes o descendientes mayores de 21 años, independientemente de la nacionalidad que ostenten. Añadiendo el apartado segundo que los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier otro familiar si se encuentra a su cargo, o viviese, en el país de origen, con el trabajador.

El tenor del art. 1 de la *Directiva 73/148, relativa a la movilidad de los nacionales comunitarios en materia de establecimiento y libre prestación de servicios*¹⁵ si bien es muy similar al del art. 10 del Reglamento 1612/68, incorpora ciertas diferencias que implican divergencias en cuanto al alcance de su ámbito de aplicación personal. En efecto, la presente Directiva dispone que se beneficiarán del derecho a la reunificación familiar “su cónyuge y los hijos menores de 21 años de dichos nacionales” y, por otra, “los descendientes de dichos nacionales y de su cónyuge que estén a su cargo”. Como consecuencia, tanto los nietos así como los hijos exclusivamente del cónyuge, menores todos de 21 años, se incluyen *per se* en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 1612/68, pero quedan excluidos en el de la Directiva 73/148 en el caso de no encontrarse a cargo del trabajador¹⁶.

Mediante las *Directivas 90/364 y 90/365*, de 28 de junio de 1990, y la *Directiva 93/96*, de 29 de octubre de 1993, se ha extendido a todos los nacionales comunitarios, aunque no ejerzan actividad económica alguna, la posibilidad de trasladarse y residir en otro Estado miembro¹⁷. En calidad de beneficiarios indirectos, tales Directivas reconocen igualmente el derecho de establecerse en el nuevo país de residencia a los familiares de las categorías titulares. No obstante, su alcance personal resulta más restrictivo que el instituido en las anteriores disposiciones. En efecto, el art. 1.2 de las Directivas 90/364 y 90/365 consagra como beneficiarios, además del cónyuge y los ascendientes, sólo a aquellos descendientes que estén a cargo del titular del derecho de residencia, con independencia de que su edad sea inferior a 21 años. De carácter más restringido resulta aún el tenor de la Directiva 93/96, concerniente al derecho de residencia de los estudiantes, ya que su art. 1 reconoce exclusivamente como beneficiarios del Derecho comunitario a su cónyuge y a los hijos a su cargo, negando, por tanto, cualquier derecho a la reagrupación familiar

¹³ En la actualidad la Propuesta de 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 miembros intenta acabar con esta pluralidad de regímenes existente a nivel comunitario (DOCE C n° 270, de 25 de septiembre de 2001, p. 150).

¹⁴ Reglamento del Consejo de 15 de octubre de 1968, DOCE L n° 257, de 19 de octubre de 1968.

¹⁵ Directiva de 21 de mayo de 1973, DOCE L n° 172, de 28 de junio de 1973.

de los ascendientes. De este modo, los estudiantes se convierten en aquella categoría de ciudadanos comunitarios que se desplaza cuyo derecho a hacerse acompañar por su familia tiene un carácter más restrictivo.

2.3. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE EXTRANJERÍA

La LO 8/2000, de reforma de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social fija en su capítulo II la reglamentación relativa a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países. Desde un inicio, la LO 4/2000 destinó los artículos 16 y 17 al reconocimiento del derecho a la vida familiar del extranjero, siendo modificada por la LO 8/2000 al establecer en esta cuestión dos nuevos preceptos, los artículos 18 y 19. Tras la aprobación del Reglamento de ejecución por el R.D. 864/2001, de 20 de julio, multitud de preceptos complementan el régimen fijado por la ley de extranjería¹⁸.

El artículo 16 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”. Como consecuencia de este reconocimiento, el apartado segundo reconoce expresamente que “los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17”. La actual ley de extranjería, a diferencia de la anterior LO 7/1985, alude por primera vez y de forma expresa el derecho del inmigrante a reagruparse con sus familiares en nuestro país¹⁹. Se trata de un reconocimiento unilateral y exclusivo para los extranjeros residentes eliminándose la doble titularidad, tanto a reagrupados como reagrupantes, de este derecho que parecía desprenderse de la primera versión de la actual ley de extranjería.

El art. 17 se encarga de enumerar los familiares sobre los cuales puede versar la reagrupación. Se trata del cónyuge, los hijos del residente y del cónyuge, menores de dieciocho años o incapacitados, los menores de edad o incapaces cuando el residente tenga su representación legal y, por último, los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge, siempre que estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Por su parte, el art. 18 fija el procedimiento para ejercer esta prerrogativa a la

¹⁶ Es preciso poner de relieve una peculiaridad sustancial en cuanto a la vigencia del derecho de residencia de los familiares de aquellos nacionales comunitarios que son prestadores o destinatarios de servicios. En efecto el carácter temporal de su actividad económica acota necesariamente la duración del derecho de estancia tanto del propio trabajador como de sus familiares. En este sentido, el art. 4.3 de la Directiva 73/148 estipula que “cuando un miembro de la familia no tenga la nacionalidad de un Estado miembro, se le expedirá un documento de residencia que tenga la misma validez que el expedido al nacional de quien dependa”, cuyo derecho de estancia tendrá una duración igual al de la prestación del servicio.

¹⁷ Directiva 90/364, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, *DOCE* L n° 180, de 13 de julio de 1990; Directiva 90/365, 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 n° 180, de 13 de julio de 1990; Directiva 93/96, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, *DOCE* L n° 317, de 18 de diciembre de 1993.

reagrupación familiar. En particular, los extranjeros deberán solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de sus familiares, aportando asimismo la prueba de que disponen de un alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficiente para atender a las necesidades de la familia. Para finalizar, el art. 19 establece los efectos de la reagrupación familiar según se denomina “en circunstancias especiales”. En definitiva, este precepto tiene su origen en una enmienda presentada en el Congreso con el fin de concretar el modo en que el cónyuge y los hijos reagrupados pueden obtener una autorización de residencia independiente del reagrupante.

Con respecto a los ciudadanos de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Espacio Económico Europeo, su régimen jurídico se desarrolla en España a través del R.D. 178/2003, de 14 de febrero²⁰, que viene a derogar al R.D. 766/1002, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia de nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, así como el R.D. 737/1995, de 5 de mayo, que modificaba, y el R.D. 1710/1997, de 14 de noviembre.

Una vez realizada esta panorámica sobre la normativa reguladora con el objeto de ejercer la reunificación familiar en España, nos detendremos, a continuación, en las mayores dificultades que afloran a la hora de concretar los familiares reagrupables así como el cumplimiento de los requisitos y formalidades administrativas exigidas.

3. FAMILIARES REAGRUPABLES

3.1. EL CÓNYUGE

Los diversos textos legales relativos a la reunificación familiar enumeran entre los familiares reagrupables al cónyuge. En concreto, nuestra Ley de extranjería condiciona la reagrupación del cónyuge al cumplimiento de una serie de requisitos: no encontrarse separado de hecho o de derecho, que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley, en el caso de matrimonios polígamos la imposibilidad de reagrupar a más de un cónyuge y, por último, en el supuesto de segundas nupcias será preceptivo acreditar a efectos de la separación la realización de un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en lo relativo a la vivienda común, la pensión del cónyuge y los alimentos a los menores.

Multitud de cuestiones se plantean en torno al cónyuge reagrupable. En primer lugar, la legislación española y la comunitaria se refieren a una unión marital no amparándose,

¹⁸ BOE de 21 de julio de 2001.

¹⁹ En efecto, la anterior LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, tan sólo se refería a la reagrupación familiar de forma incidental al hilo de las distintas situaciones en las que los extranjeros podían encontrarse en nuestro país. El art. 13.3 tras reconocer que “el permiso de residencia se podrá conceder a los menores de dieciocho años y a los incapacitados”, especificaba que “También podrá incluirse a unos y a otros en el permiso correspondiente a la persona bajo cuya guarda se encuentren, si ésta así lo solicita”. El Reglamento de desarrollo de esta Ley 7/1985 y una Orden Ministerial de 8 de enero de 1999 confirmarían la existencia de este derecho y pasarían a fijar sus requisitos.

por consiguiente, la posibilidad de reagrupar a la pareja de hecho. Sin duda, la normativa parece no conocer la realidad social existente donde el modelo tradicional de familia ha evolucionado amparando asimismo otros tipos de uniones. Conscientes de este cambio acaecido, multitud de instancias jurisdiccionales han equiparado la situación de la pareja de hecho a la del cónyuge. El TJCE desde su sentencia de 17 de abril de 1986, en el asunto *Reed*²¹, estimó, sobre la base del principio de no discriminación, que debe equipararse la situación del cónyuge a la de la pareja de hecho siempre que la legislación del Estado de acogida realice dicha equiparación para sus nacionales²². En este sentido, se ha expresado asimismo el TEDH en su sentencia de 13 de junio de 1979 al considerar que a la luz de las concepciones que prevalecen en nuestros días en las sociedades democráticas, caracterizadas por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, el término “vida familiar” del art. 8 del Convenio engloba las relaciones que resulten de una unión no matrimonial. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha insistido que la noción de cónyuge ha de incluir asimismo las uniones de hecho y que la familia constitucionalmente protegida no es sólo aquella tradicional cuyo origen es el matrimonio²³.

Si bien es cierto que generalmente los textos utilizan el término “cónyuge” no faltan aquellos que aluden expresamente a las uniones no matrimoniales. La *Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora de la condición de refugiado* admite la reagrupación de la persona “con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia” (art. 10.1). Por su parte, la futura normativa comunitaria también tiende en sus actuales propuestas a asimilar la situación del cónyuge y de la pareja de hecho. *Ad exemplum*, la *Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar*, presentada el 2 de mayo de 2002²⁴, o la *Propuesta de 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 miembros*²⁵.

La primera exigencia que la LOEXIS fija para el cónyuge a reagrupar es que éste no se encuentre separado de hecho o de derecho. Por su parte, la normativa comunitaria se limita a exigir al nacional comunitario o de país perteneciente al Espacio Económico Europeo a no estar separado legalmente²⁶. Lógicamente, en igual término se expresa el art. 2. A) del R.D. 178/2003 que desarrolla la entrada y permanencia en España de estos beneficiarios de la reglamentación comunitaria. La exigencia de la convivencia de hecho no sólo presenta dificultades en cuanto a su prueba²⁷ sino que, además, dicha separación fáctica se arbitra como la única posibilidad para los cónyuges durante el período que transcurre desde que el reagrupante viene a España hasta que reagrupa a su familia²⁸.

La segunda exigencia para la admisión de la reagrupación del cónyuge es que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. Con dicho requerimiento se quiere poner

²⁰ BOE de 22 de febrero de 2003. Sobre el contenido y consecuencias de este Real Decreto, *vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P. (2003): “Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea”, en *La Ley*, 5771, 30 de abril de 2003, 1-13.

²¹ Asunto 59/85, *Estado neerlandés c. Ann Florence Reed*, Rec. 1986, 1300 ss.

freno a una práctica que se ha generalizado en nuestros días, los llamados matrimonios de conveniencia. Éstos son matrimonios fraudulentos en el sentido de que su finalidad principal es eludir las normas relativas a la entrada y a la residencia fijada por las leyes de extranjería. La mayor parte de estas uniones se celebran entre españoles con nacionales de terceros países fuera de España, si bien no son tampoco extraños los celebrados en territorio español entre ciudadanos españoles o de Estados miembros con extranjeros ilegales. Dada la existencia en todos los países de la Europa comunitaria de políticas restrictivas en materia de extranjería este tipo de uniones en fraude de ley se ha generalizado en nuestro tiempo, hecho que ha llevado al Consejo de la Unión a dictar una *Resolución, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos*²⁹.

En tercer lugar, la normativa española y la comunitaria coincide en negar la posibilidad de reagrupar a más de un cónyuge, con independencia de que el estatuto personal de los contrayentes admitiese las uniones poligámicas. Mediante la excepción de orden público internacional se impide en España el reconocimiento de las uniones poligámicas en tanto que se consideran atentadas contra “la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio”. De este modo, aunque este tipo de uniones fuese conforme a la ley personal de los cónyuges sería imposible la inscripción del segundo matrimonio pues a la luz de nuestro ordenamiento se carece de capacidad para la celebración del mismo por existencia de ligamen previo. Con respecto a la reunificación del cónyuge en supuesto de uniones poligámicas la LOEXIS se limita a especificar que en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge. Con ello, parece ampararse el conocido como “efecto atenuado” del orden público ya que la ley de extranjería lejos de una negativa absoluta a reconocer cualquier efecto a las uniones poligámicas que conllevaría la inexistencia de la segunda unión sólo se preocupa en limitar la reagrupación a un solo cónyuge³⁰. En

²² Estados miembros de la Unión Europea como Dinamarca, Suecia, Holanda y Reino Unido reconocen la posibilidad de reagrupar a las parejas de hechos, incluidas las uniones homosexuales. Esta posibilidad también fue reconocida por una sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, de 1 de marzo de 2000, al reconocer a un ciudadano peruano, pareja de hecho de un nacional español, a obtener la exención de visado y la tarjeta de familiar de residente comunitario (*Actualidad Jurídica Aranzadi*, 433, de 6 de abril de 2000).

²³ *Vid.* Sentencia de 11 de diciembre de 1992, BOE de 19 de enero. Sobre esta base varias sentencias no han dudado en reconocer un derecho a la reunificación a las uniones de hecho o *more uxorio*, *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre de 1998 (*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia*, 1998, 10372) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 4 de julio de 1996 (*Revista General del Derecho*, 1997, 10533).

²⁴ Su art. 5.3 especifica que “los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia de conformidad con la presente Directiva, siempre que respeten las condiciones definidas en el Capítulo IV, del compañero no casado nacional de un país tercero que mantenga con el reagrupante una relación duradera debidamente probada, o del nacional de un país tercero que constituya con el reagrupante una pareja de hecho registrada (...)”.

²⁵ En concreto, el art. 2 de la citada Propuesta reconoce como miembro de la familia al “cónyuge” y a “la pareja de hecho sin que exista matrimonio, si la legislación del Estado miembro de acogida asimila la situación de las parejas no casadas a la de los matrimonios y respetando las condiciones previstas por dicha legislación”.

términos semejantes se expresa la reciente Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar al considerar que “en caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la entrada ni la residencia de otro cónyuge ni de los hijos de este último, sin perjuicio de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989”³¹.

Y, por último, la LOEXIS exige al extranjero residente, que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias, para reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares que acredite 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 del cónyuge y los alimentos para los menores dependientes. La exigencia de esta condición pensada, sin duda, para evitar las consecuencias negativas para la parte más débil, la mujer y los menores, de ciertas prácticas admitidas en otros países fundamentalmente de tradición musulmana tales como el repudio (*talak*), ha suscitado multitud de polémica. Estas van desde la falta de reconocimiento de otros sistemas jurídicos distintos al nuestro hasta el diferente rasero aplicado según la procedencia del reagrupante, dado que no es un requisito que se exija a los ciudadanos de la Unión³².

3.2. LOS DESCENDIENTES

La LOEXIS incluye entre los familiares reagrupables del nacional de tercer país residente en España a los hijos, con los de su cónyuge, junto con los hijos adoptados. En el caso de otros descendientes, la reglamentación aplicable a los extranjeros no comunitarios difiere ampliamente en sentido restrictivo que la reconocida a favor de los ciudadanos de los Estados miembros o del Espacio Económico Europeo en el ejercicio de la libre movilidad comunitaria³³. ¿En qué se concreta dicha restricción?

En primer término, la LOEXIS reconoce en su art. 17.1 b) la posibilidad de reagrupar a los “hijos”, mientras que la normativa comunitaria se refiere generalmente a los “descendientes” noción que podría incluir incluso a los nietos o bisnietos. En segundo lugar, según fija la ley de

²⁶ El TJCE en el asunto 267/83, *Aissatou Diatta c. Land Berlin* (Rec. 1985, 1739 ss.) puntualizó que el requisito de vínculo conyugal no exige forzosamente la convivencia bajo el mismo techo con carácter permanente. De este modo, hasta que el vínculo marital no haya sido disuelto por autoridad judicial competente, el cónyuge de un nacional de un Estado miembro podría beneficiarse de las disposiciones del Derecho comunitario relativas a la reagrupación familiar y al subsiguiente derecho de residencia.

²⁷ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. Y GRIEDER MACHADO, H. (2000): “La reagrupación familiar de los extranjeros en España”, en RODRÍGUEZ BENOT A. y HORNERO MÉNDEZ, C. (coords.): *El nuevo derecho de extranjería*, Granada, Comares, 118.

²⁸ MOYA ESCUDERO, M. (2000): “El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de extranjería”, en *La Ley*, 4982, 1 de febrero de 2000, 1696.

²⁹ DOCE C n° 382, de 16 de diciembre de 1997.

extranjería para que el hijo de un nacional de tercer país pueda ser reagrupado no deberá ser mayor de 18 años, salvo que sea incapaz, y en cualquier caso no podrá estar casado. Cuando se trata del nacional comunitario, éste podrá reagrupar a sus descendientes siempre que sean menores de 21 años y, cumplida esta edad, si se encuentran a su cargo. Además, atendiendo a la jurisprudencia esbozada por el TJCE en el asunto *Lebon* la noción “a su cargo” ha de entenderse de un modo extensivo resultando de una situación de hecho y no de una obligación de alimentos. Con ello, el trabajador debe asegurar el sostenimiento efectivo del solicitante, no siendo relevante ni la razón de esta ayuda, ni si tal interesado está en condiciones o no de cubrir sus necesidades mediante el ejercicio de una actividad económica. Y, en tercer lugar, ha de destacarse que la normativa comunitaria no repara en la condición de casado o no del descendiente, requisito imprescindible para reagrupar a los hijos de los residentes extracomunitarios. En efecto, generalmente el matrimonio conlleva la aparición de una nueva unidad familiar independiente afectiva y económicamente pero ello no siempre es así, más en ciertos países con un bajo nivel de desarrollo donde la familia se entiende de modo más amplio que en la cultura occidental.

A diferencia de la anterior Orden Ministerial de 8 de enero de 1999, la actual Ley de extranjería ha incluido entre los familiares reagrupables a los hijos del cónyuge, asemejándose así a la normativa aplicable a los ciudadanos europeos. No obstante, cuando los hijos sean de un solo cónyuge se le exigirá que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. La razón última de esta exigencia es la de proteger al menor y evitar, en concreto, supuestos de secuestros internacionales³⁴.

Por último, la LOEXIS prevé que en el supuesto de hijos adoptados “deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España”. De este modo, deberemos de distinguir según el país donde se constituyó la adopción forma parte o no del *Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional*. Este Convenio establece en su art. 23.1 que “una adopción certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida

³⁰ En este sentido, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO M. y GRIEDER MACHADO, H., *cit.*, 125. Estos autores basan la admisión de una posible atenuación del orden público en cuanto al reconocimiento de ciertos efectos del matrimonio poligámico en varias resoluciones de la DGRN, *inter alia*, de 14 de septiembre de 1994, de 3 de diciembre de 1996, de 20 de febrero de 1997, de 31 de marzo de 1998 y de 18 de mayo de 1998.

³¹ *Cit.* art. 4.4. Sobre el sentido y alcance de esta disposición, *vid.* CANEDO ARRILAGA, M. P. (2001): “La Propuesta de Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el Derecho internacional privado”, en CALVO CARAVACA A. L. e IRIARTE ÁNGEL, J. L. (coords): *Mundialización y Familia*, Madrid, Colex, 134-141; LÁZARO GONZÁLEZ, I. (2002): “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia en la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, en *Migraciones*, 12, diciembre 2002, 43-80.

³² LÓPEZ BARBA, E. y GARCÍA SAN JOSÉ, D., *cit.*, 59; MOYA ESCUDERO, M., *cit.*, 1697.

de pleno derecho en los demás Estados contratantes (...)”³³. En caso de no estar ante una adopción constituida por país firmante del Convenio de la Haya habrá de atenderse al artículo 9.5º del Código Civil, en concreto a sus párrafos cuarto y quinto, donde se fijan las condiciones del reconocimiento en España de las adopciones extranjeras. Ante esta exigencia a efectos de reagrupación de estar ante una adopción que reúna los elementos necesarios para producir efecto en España, la crítica más generalizada es el riesgo de no reconocer modelos jurídicos diferentes a los nuestros al exigir a situaciones jurídicas nacidas en otro tiempo, lugar y cultura nuestros parámetro con el consiguiente peligro de que al obstaculizar esa reagrupación se perjudique a la parte más débil, el menor³⁵.

3.3. MENORES E INCAPACES BAJO LA GUARDA LEGAL DEL REAGRUPANTE

El art. 17 de la LOEXIS cataloga asimismo como familiar reagrupable a los menores de 18 años e incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal. Dado el carácter restrictivo que resultaba en algunos casos de la noción de “descendientes” articulada por la ley, los residentes legales podrían reagrupar en base a este precepto a categorías tales como los nietos, siempre que el abuelo fuese el tutor, o el caso de adopciones u otras instituciones análogos que no surten todos los efectos para ser considerada como tal en el ordenamiento jurídico español. No obstante, autores como M. MOYA ESCUDERO consideran que debería haberse ampliado el supuesto tipificado englobando asimismo los casos de guarda del menor ya que no siempre coinciden³⁶.

3.4. LOS ASCENDIENTES

Otra categoría de familiares reagrupables la constituye “los ascendientes”. La letra d) del art. 17.1 de la LOEXIS reconoce la posibilidad de reagrupar a los ascendientes del extranjero residente o de su cónyuge, siempre que estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Al utilizar la noción de ascendiente, ésta resulta más amplia que la de progenitor pudiendo incluir junto a los padres también a los abuelos del reagrupante. Cuando se trata de los nacionales comunitarios éstos podrán reagrupar a sus ascendientes y a los de su cónyuge con la única exigencia que estén a su cargo. Con ello, la reagrupación familiar de los ascendiente no debe pasar el filtro de la Administración que es la llamada a valorar si existen razones que justifiquen dicha venida.

Cuando se trata de reagrupar a los ascendientes existe un colectivo de personas que encuentra ampliamente limitado el ejercicio de este derecho, me refiero a los estudiantes. Según especifica el art. 55 del Reglamento de desarrollo de la Ley de extranjería cuando el

³³ *Vid.* en este mismo sentido, art. 2. B) del citado R.D. 178/2003, de 14 de febrero.

³⁴ En el caso de los nacionales comunitarios los distintos instrumentos jurídicos que garantizan la movilidad comunitaria no exigen expresamente este requisito para los desplazamientos intracomunitarios de menores por parte de un solo progenitor. Ante esta cuestión nos encontramos con una diversidad de prácticas administrativas según el Estado miembro de acogida que se trate. Así pues, en determinados Estados, las autoridades competentes exigen que el trabajador pueda demostrar que le ha sido asignada la guarda legal del menor. Por el contrario, en otros países miembros no existe exigencia documental alguna, dado que los trabajadores comunitarios podrían residir con sus hijos, por ejemplo en Reino Unido, sin permiso de residencia.

reagrupante es estudiante o investigador el término “familiar” a efectos de reagrupación se entenderá referido “al cónyuge e hijos menores de dieciocho años o incapacitados, pudiendo extenderse, excepcionalmente, a otros familiares si concurren circunstancias de carácter humanitario que lo justifiquen”. De carácter asimismo restringido resulta el tenor de la Directiva 93/96, concerniente al derecho de residencia de los estudiantes, ya que su art. 1 reconoce exclusivamente como beneficiarios del Derecho comunitario a su cónyuge y a los hijos a su cargo, negando, por tanto, cualquier derecho a la reagrupación familiar de los ascendientes. De este modo, los estudiantes se convierten en aquella categoría de ciudadanos comunitarios que se desplaza cuyo derecho a hacerse acompañar por su familia tiene un carácter más restrictivo³⁷. Para los nacionales comunitarios la situación sólo se mejora en el supuesto de que el propio ascendiente fuese ciudadano de un Estado miembro en cuyo caso sería beneficiario a título principal de la libre movilidad intracomunitaria³⁸.

3.5. OTROS FAMILIARES

En la primera versión de la Ley de extranjería, antes de la reforma operada por la Ley 8/2000, el art. 17.1 incluía una letra e) donde englobaba entre los familiares reagrupables a “cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias”. La modificación operada de corte claramente restrictivo ha sido muy criticada dado que se cierra cualquier posibilidad para reagrupar a familiares no encuadrables en las categorías anteriores. En particular, parecen quedar afectados directamente los parientes en línea colateral, -como los hermanos, los tíos o los sobrinos- al igual que aquellos familiares que, no estando excluidos por el grado de parentesco, sin embargo no reunían las condiciones prescritas, me refiero a los hijos mayores de dieciocho años o casados.

Cuando se trata de reagrupar a familiares distintos al cónyuge, los descendientes o los ascendientes, tampoco la normativa comunitaria resulta especialmente generosa para los ciudadanos comunitarios. El art. 10.2 del Reglamento 1612/68 se limita a establecer que “los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie de lo dispuesto en el apartado 1, si se encontrase a cargo o viviese en el país de origen del trabajador mencionado”³⁹. Dada la falta de obligatoriedad jurídica en este sentido, la Comisión propuso al Consejo, en el año 1988, una modificación de este precepto, tendente a ampliar el derecho a la reagrupación familiar incluso a los colaterales del residente y de su cónyuge que estén a su cargo. No obstante, esta iniciativa no parece ser la tendencia actual plasmada en la reciente Propuesta de Directiva relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir

³⁵ En este sentido, MOYA ESCUDERO, M. *cit.*, 1698 y LÓPEZ BARBA E. y GARCÍA SAN JOSÉ, D., *cit.*, 61.

³⁶ *Cit.*, p. 1699. Por otra parte, ALVÁREZ RODRÍGUEZ, A. (2000): “Régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros: comentario al Título II de la LO 4/2000, de 11 de enero”, en REAL E ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA (coord.): *Ley de extranjería*, Zaragoza, 121, defiende la inclusión del supuesto de los menores e incapaces cuyo representante legal fuese un español, debido a que actualmente los extranjeros incapacitados bajo patria potestad o tutela de un español no se convierten automáticamente en españoles.

libremente en el territorio de los Estados miembros. En efecto, el art. 2 de esta Propuesta limita la noción de “miembros de la familia” al cónyuge, a los descendientes y a los ascendientes, limitándose su art. 3.2, al igual que hace la reglamentación actual, a esbozar un compromiso genérico por parte de los Estados miembros de facilitar la reagrupación de otros familiares que estén a cargo o vivan, en el país de procedencia, bajo el techo del ciudadano de la Unión.

4. REQUISITOS Y FORMALIDADES ADMINISTRATIVAS

Para que el extranjero pueda beneficiarse del derecho a la reunificación familiar no basta que efectivamente estemos ante un familiar de los reagrupables sino que además habrán de cumplirse una serie de exigencia y observarse otras tantas formalidades administrativas. En concreto, el art. 18 de la LOEXIS, bajo el título “procedimiento para la reagrupación familiar” articula éste en tres fases: primeramente, la solicitud del informe previo por parte del reagrupante; en segundo lugar, los familiares en el país de origen deberán tramitar la obtención de su visado; y, por último, una vez la familia reunida en España el reagrupado deberá solicitar el pertinente permiso de residencia. Para poder iniciar este procedimiento el reagrupante deberá demostrar el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) ser residente legal en España; b) disponer de un alojamiento adecuado; c) acreditar la tenencia de un empleo o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia. Como analizaremos a lo largo de las próximas líneas el procedimiento fijado para los nacionales de terceros países a fin de que sus familiares obtengan el consabido “permiso de residencia” contrasta ampliamente con la flexibilidad y rapidez que informan el proceso fijado para obtener la “tarjeta de estancia de familiar de nacional comunitario”.

4.1. RESIDENCIA LEGAL DEL REAGRUPANTE

El art. 18 en su apartado segundo concreta que “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”. La exigencia de residencia legal previa a efectos de poner en marcha el proceso de la reunificación familiar si bien es una constante legal, no por ello ha dejado de levantar críticas e incluso sospechas sobre su legalidad. En efecto, no faltan autores que denuncian que tal distinción a la hora de ejercer el derecho a la reagrupación familiar según se esté en situación regular o irregular resulta incompatible con las obligaciones internacionales asumidas por España como parte en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950⁴⁰. Se basa esta incompatibilidad atendiendo a la interpretación y

³⁷ En los mismos términos se expresa el art. 2 c) del R.D. 178/2003, de 14 de febrero.

³⁸ Conscientes de estas dificultades para que los ascendientes se instalen con el estudiante, la Propuesta de 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 miembros propone una definición amplia y armonizada del concepto “miembro de familia” de todos los ciudadanos comunitarios. Con ello situaciones como éstas están llamadas a desaparecer cuando entre en vigor esta Propuesta de Directiva presentada por la Comisión (DOCE C n° 270, de 25 de septiembre de 2001).

aplicación del art. 14 del Convenio, que protege a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado parte frente a cualquier trato diferenciado, sin una justificación objetiva y razonable, en el disfrute de los derechos reconocidos en el Convenio entre los que se encuentran el respeto de la vida familiar y la reagrupación familiar.

Como consecuencia de esa exigencia de estancia legal previa del reagrupante de al menos un año en territorio español, se veda cualquier posibilidad de que el extranjero venga desde un inicio, bajo un solo permiso de estancia, acompañado de sus familiares. Por el contrario, la situación es bien diversa cuando se trata de ciudadanos de los Estados miembros o de Estados del Espacio Económico Europeo. En efecto, en la normativa comunitaria más que un derecho a la reunificación familiar que, a fin de cuentas, supone volver a unir aquello que ha separado la distancia, reconoce para el ciudadano europeo la posibilidad de “hacerse acompañar por su familia”, entendiendo éste desde un inicio, a posterior o en definitiva en el momento en que el beneficiario de la libre movilidad estime más oportuno.

4.2. VIVIENDA Y MEDIOS DE SUBSISTENCIA

El art. 18.1 exige a los residentes legales al tiempo de solicitar el informe que abre el procedimiento a la reagrupación familiar la prueba del cumplimiento de dos exigencias: disponer de un alojamiento adecuado así como de los medios de subsistencia suficientes para atender a las necesidades propias y de su familia una vez reagrupada. A través del Reglamento se han fijado los modos de prueba adecuados a fin de justificar el cumplimiento de tales requerimientos. En primer lugar, la disponibilidad de una vivienda suficiente se podrá acreditar, bien por un informe expedido por la Corporación Local o en su defecto por acta notarial mixta de presencia y manifestaciones. Según concreta el art. 44.4 d) del Reglamento mediante este informe o acta notarial deberá demostrarse que se dispone de una vivienda de características y amplitud consideradas normales para los ciudadanos españoles en la zona de residencia del reagrupante, teniendo en cuenta el número de miembros. En particular deberá hacer referencia a los siguientes extremos: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones o dependencias en que se distribuye la vivienda, uso al que se destina cada una de ellas, número de personas que la habitan y condiciones de equipamiento de la misma, especialmente la disponibilidad de agua corriente, electricidad, sistema de obtención de agua caliente y red de desagües.

Por otra parte, el extranjero residente deberá acreditar documentalmente que está trabajando y/o que dispone de los recursos económicos suficientes para atender a su familia, incluyendo la asistencia sanitaria, en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social. Según fija el Reglamento en la letra c) del art. 44.4, a estos efectos el reagrupante deberá aportar algunos de los siguientes documentos: a) los tres últimos

³⁹ En este mismo sentido, el art. 1.2 de la Directiva 73/148, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, a los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimientos y prestación de servicios.

recibos de salario o fotocopia de boletines de cotización en el supuesto de trabajadores por cuenta ajena; b) justificación de ingresos de la persona en situación de inactividad (ej. Pensiones, subsidios o rentas); c) declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondiente al año anterior en el supuesto de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia; d) justificante de Afiliación y Alta en la Seguridad Social o Seguro de Asistencia sanitaria y beneficiarios.

Cuando se trata de los nacionales comunitarios debemos de distinguir según estemos ante personas activas económicamente, en su vertiente de asalariados o independientes, o de los llamados inactivos que se benefician igualmente, desde el año 90, de una libre circulación y residencia en otros Estados miembros. En efecto, según las Directivas 68/360 y 73/148 sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia respectivamente de los trabajadores asalariados e independientes y sus familias, sólo se exigirá la prueba de que efectivamente ejerce una actividad económica bien por cuenta propia o por cuenta ajena. De este modo, no se añade el plus de contar necesariamente con medios de subsistencia suficientes para el mantenimiento del trabajador y su familia. La cuestión es diferente cuando el nacional comunitario y asimismo por extensión el ciudadano de un país perteneciente al Espacio Económico Europeo, no ejerce actividad económica alguna en España sino que es titular de la libre movilidad intracomunitaria en el marco de las Directivas 90/364 o 90/365, de 28 de junio de 1990, o de la Directiva 93/96, de 29 de octubre de 1993. De modo que según sienta el art. 1 de las distintas Directivas todo nacional comunitario ya sea jubilado, estudiante o simplemente desea residir en un Estado miembro distinto al suyo podrá beneficiarse de una libre residencia por Europa siempre que “disponga para sí mismo 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”, así como de “recursos suficientes a fin de que no se convierta, durante su residencia, en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida”.

Con respecto a la exigencia de alojamiento para los trabajadores comunitarios, el párrafo tercero del art. 10 del Reglamento 1612/68 establece asimismo como condición para el ejercicio de su derecho a la reagrupación familiar que el trabajador migrante “disponga de un alojamiento considerado como normal para los trabajadores nacionales de la región donde se encuentra empleado”. Al respecto de tal condicionamiento, el TJCE ha precisado que el mismo ha de entenderse de manera flexible por los Estados miembros y que en ningún caso debe convertirse en una restricción a la libre movilidad intracomunitaria⁴¹.

4.3. VISADO

Una vez que el reagrupante ha tramitado ante las autoridades españolas el informe previo donde conste que se cumplen las exigencias antes expuestas, su familiar o familiares tienen un plazo de un mes en el país de origen para solicitar el consiguiente visado de residencia en la correspondiente Misión Diplomática u Oficina Consular española en el extranjero. En primer lugar, las autoridades diplomáticas deberán comprobar que el

⁴⁰ LÓPEZ BARBA, E. y GARCÍA SAN JOSÉ, D., *cit.*, 79 ss.

extranjero que solicita ser reagrupado no tiene prohibición de entrada en España y que no está incluido en la lista de no admisibles de Schengen. Esta exigencia se debe a la comunitarización que se ha producido a nivel comunitario de los requisitos de entrada para todos los nacionales de terceros países junto con la acaecida armonización en cuanto a los controles en fronteras exteriores.

Tras esta primera comprobación se elevará el expediente a la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares, la cual atendiendo, entre otra documentación, al informe previo gubernativo resolverá en sentido negativo o positivo. En caso de concesión, se otorga un plazo de dos meses para que el solicitante recoja personalmente el visado. A partir de ese momento se inicia el plazo para viajar a nuestro país y solicitar una vez aquí el permiso de residencia. En el supuesto de denegación del visado de residencia por reunificación familiar, la LOEXIS exige que sea motivada (art. 27.5 y 20.2). En efecto mediante esta motivación se pretende garantizar que un derecho básico de toda persona protegido a nivel internacional y constitucional no quede al arbitrio de la Administración⁴².

Supuesto distinto es el de aquellos familiares que se encuentran ya en España, si bien en situación irregular. El art. 49 del Reglamento prevé que en estos casos podrá concederse excepcionalmente exención de visado por las autoridades competentes. Entre otros supuestos, el art. 49.2 incluye la posibilidad de esta exención de visado para los extranjeros menores de edad o incapacitados bajo la tutela de un extranjero residente, los cónyuges, los ascendientes o los tutores de extranjeros residentes legales en España. Cuando la exención del visado la solicite el cónyuge la ley añade el requisito de que se acredite la convivencia en España de al menos durante un año. Esta exigencia supone una presunción por parte del legislador de que se está ante un matrimonio fraudulento o de conveniencia, es decir, una unión entre irregular y extranjero legal o español cuya razón de ser última es conseguir regularizar la situación del futuro contrayente. Ante esta exigencia, pues, la única opción para el cónyuge irregular era si no deseaba regresar a su país de origen para tramitar desde allí el pertinente visado, mantenerse en esa situación de “alegalidad” al menos durante un año y una vez transcurrido ese lapso solicitar la exención de visado. No obstante, recientemente el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de marzo de 2003⁴³ ha resuelto, entre otras cuestiones, anular dicha exigencia al considerar que “el precepto legal no establece condición alguna a la convivencia durante al menos un año para que pueda considerarse la exención de visado a quien sea cónyuge de residente en España”.

Cuando se trata de los familiares de ciudadanos comunitarios, los distintos Reglamentos y Directivas coinciden en exigir a los familiares de origen extracomunitario el correspondiente visado⁴⁴. No obstante, con el fin de no obstaculizar en exceso la movilidad, junto a esta exigencia se garantiza igualmente que los Estados miembros otorgarán a estas personas toda clase de facilidades a efecto de obtener los visados que necesiten. Dicha facilitación debe entenderse hasta el punto, que el art. 9.2 de la Directiva 68/360 relativa al desplazamiento y estancia de los trabajadores declara que la expedición de tales visados debe ser gratuita⁴⁵. Desde distintos sectores se demanda no sólo la facilitación a la hora de obtener tal visado sino incluso su supresión. Desde esta perspectiva, *le mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX)* ha propiciado que el TJCE especifique qué medidas coercitivas pueden ejercer los Estados miembros ante el incumplimiento de esta exigencia.

Mediante su sentencia de 25 de julio de 2002⁴⁶, el TJCE entiende que “un Estado miembro no puede denegar, en la frontera, la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge puede probar su identidad, así como el vínculo conyugal, siempre que no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público”. Del mismo modo, en esta resolución el TJCE ha concretado que en el supuesto de que el familiar se encontrase ya de modo irregular en el territorio de un Estado miembro, éste “no podrá denegar un permiso de residencia ni adoptar una medida de expulsión en contra de un nacional de un país tercero, que pueda aportar la prueba de su identidad y de su matrimonio con un nacional de un Estado miembro”. En definitiva, las exigencias documentales, entre ellas el visado, previstas en la normativa comunitaria para los familiares de los Estados miembros deben entenderse de manera flexible hasta el extremo de que no se les podrá negar la entrada ni la residencia siempre que puedan justificar que son beneficiarios de la libre movilidad comunitaria, es decir demostrando de algún modo su identidad, así como su vínculo familiar⁴⁷.

5. CONCLUSIONES

A la luz del análisis esbozado, se observa que el sistema jurídico actual comprende una pluralidad de regímenes en cuanto a la reagrupación familiar que conlleva, desde un punto de vista técnico, una complejidad innecesaria y, desde un punto de vista personal, unas desigualdades injustificables. A ello se une, otra carencia: la dificultad y, en algunos casos, imposibilidad de reconocer instituciones jurídicas familiares nacidas en otro tiempo y contexto jurídico y cultural, que desemboca fácilmente en una falta de protección de la parte más débil a reagrupar: el menor o la mujer. En definitiva, aunque el derecho a la “vida familiar” es una prerrogativa de toda persona, el régimen actual se muestra enormemente más generoso, abierto y flexible para los familiares de aquellos extranjeros que precisamente se encuentran en mejor situación económica y laboral.

Y llegados a este punto hemos de preguntarnos cuál es la tendencia actual. Dadas las nuevas competencias asumidas por la Unión Europea en materia migratoria y, en particular, en reunificación familiar, el futuro parece dibujarse mediante una serie de propuestas esbozadas por las instituciones comunitarias. En primer lugar, mediante estas iniciativas sí parece acotarse el *mare magnum* legislativo existente gracias a dos Propuestas de Directivas que armonizan, por un lado, la reagrupación familiar de los comunitarios y, por otra, la de los extracomunitarios. Me refiero, respectivamente, a la *Propuesta 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* y a la *Propuesta sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales extracomunitarios*. Ahora bien, la distinción en cuanto al ejercicio de tal derecho según se

⁴¹ Sentencia de 18 de mayo de 1989, asunto 249/86, *Comisión c. República Federal de Alemania*, Rec. 1989, 1263.

⁴² Como ha señalado MOYA ESCUDERO, M.: “la motivación y la transparencia son, en este sentido, dos armas fundamentales para evitar que la Administración pudiera poner en práctica un sistema de extranjería coyuntural, degradando los principios reales sobre los que se construye un sistema jurídico”, *cit.*, 1700.

trate de nacionales comunitarios o de terceros países se mantiene. Pese a dicha tendencia, no faltan voces desde las instituciones comunitarias que advierten sobre la necesidad de reconocer al residente legal extracomunitario un estatuto legal inspirado directamente en el que se otorga a los propios ciudadanos de la Unión, en cuanto que único medio para una integración real en la sociedad de acogida e imperativo establecido por la tradición democrática y humanista de los Estados Miembros.

⁴³ En concreto la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta.

⁴⁴ En este sentido, el art. 3.2 de la Directiva 68/360 y de la Directiva 73/148 y art. 2.1 de las Directivas de 1990, sobre jubilados, estudiantes y residencia de carácter general.

⁴⁵ El R.D. 178/2003, en su art. 4.2 se reafirma en que “la expedición de dichos visados será gratuita”.

⁴⁶ Asunto 459/99, esta resolución aún no publicada puede consultarse en la siguiente página web: <http://curia.eu.int>.

⁴⁷ Asimismo el R.D. 178/2003 recoge la posibilidad de exención de visado para los familiares directos de nacionales españoles, comunitarios y del Espacio Económico Europeo.

