

EL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA: ENSAYO DE VALORACION DE LA NORMATIVA APLICABLE

JOSÉ JAVIER EZQUERRA UBERO *

El objetivo de este trabajo es valorar la normativa aplicable a la reagrupación familiar en España. El análisis se va a centrar en el régimen general, pero no faltarán alusiones, aunque sólo sea a efectos de comparación, al régimen más favorable que es de aplicación a las familias de los españoles y nacionales de los demás Estados miembros del Espacio Económico Europeo (régimen de los «comunitarios»).

The objective of this paper is to assess the regulations applicable to family reunification in Spain. The analysis will focus in the general regulation system, but mention will also be made, for purposes of comparasion, to the more favourable regulation applicable to spanish families and to nationals of the other member states of the European Economic Space.

(*) Profesor de Derecho Internacional Privado y de Derecho Comunitario de la UPCO.

«Unos amigos me invitaron a pasar un fin de semana en una finca de La Mancha y allí me presentaron a una pareja de peruanos que les cuidaba y limpiaba la casa. Eran muy jóvenes, de Lambayeque, y me contaron la peripecia que les permitió llegar a España. En el Consulado español de Lima les negaron la visa, pero una agencia especializada en casos como el suyo les consiguió una visa para Italia (no sabían si auténtica o falsificada), que les costó 1.000 dólares. Otra agencia se encargó de ellos en Génova; los hizo cruzar la Costa Azul a escondidas y pasar los Pirineos a pie, por senderos de cabras, con un frío terrible y por la tarifa relativamente cómoda de 2.000 dólares. Llevaban unos meses en las tierras del Quijote y se iban acostumbrando a su nuevo país.

Un año y medio después volví a verlos, en el mismo lugar. Estaban mucho mejor ambientados, y no sólo por el tiempo transcurrido; también, porque once miembros de su familia lambayecana habían seguido sus pasos y se encontraban ya también instalados en España. Todos tenían trabajo, como empleados domésticos. (...)»

(MARIO VARGAS LLOSA)¹

Las palabras del escritor peruano destacan algunas de las características actuales de la inmigración en España: los inmigrantes desean venir porque aquí pueden encontrar un trabajo, al menos en ciertos sectores, y vienen con la intención de permanecer en su «nuevo país», donde tratarán de reunir a su familia para sentirse más «ambientados»². Nos llaman la atención, además, sobre los efectos

¹ Artículo publicado en *El País*, el día 25 de agosto de 1996, con el título «Los inmigrantes». Por él se ha concedido a su autor el premio Mariano de Cavia (*ABC*, jueves 3 de abril de 1997).

² La inmigración que reciben hoy los países europeos en su conjunto es una inmigración familiar y no temporal. Para el caso de Francia puede consultarse GAEREMYNCK, J.: «L'approche du Haut Conseil à l'Intégration» en *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Actes des journées d'études des 3 et 4 décembre 1992 organisées

negativos de las medidas restrictivas en materia de inmigración: como el rechazo de la solicitud no les hace desistir, los inmigrantes recurren a redes ilegales para conseguir sus propósitos.

El objetivo de este trabajo es valorar, desde este punto de partida, la normativa aplicable a la reagrupación familiar en España. El análisis se va a centrar en el régimen general, pero no faltarán alusiones, aunque sólo sea a efectos de comparación, al régimen más favorable que es de aplicación a las familias de los españoles y nacionales de los demás Estados miembros del Espacio Económico Europeo (régimen de los «comunitarios»³).

1. EL CONCEPTO DE REAGRUPACION FAMILIAR

Se habla de reagrupación familiar cuando se reúnen, con una persona residente en un país del que no es nacional, los miembros más próximos de su familia residentes en un país distinto, en condiciones más favorables que los demás extranjeros⁴.

El uso de esta terminología se ha impuesto en la práctica y también en la legislación española. No parece, sin embargo, del todo satisfactoria si tenemos en cuenta que reagrupar significa «agrupar de nuevo o de modo diferente lo que ya estuvo agrupado»⁵. Los casos en que se agrupa de nuevo la familia que estuvo ya agrupada quedan

par l'Université de Lille II, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1993, págs. 15-16.

³ Real Decreto 766/1992, de 28 de junio, modificado por el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo (BOE de 30 de junio de 1992 y 5 de junio de 1995).

⁴ KAYSER, P.: «Le regroupement familial dans le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français», *La semaine juridique (JCP)*, Ed. G., núm. 21-22, 1993, pág. 235.

⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, Vigésima edición, Madrid, 1984.

comprendidos, naturalmente, en la reagrupación familiar. Pero en ella deben tener cabida, igualmente, otros casos en que no se ha dado convivencia familiar antes de la emigración⁶.

Sería probablemente más adecuado, en este sentido, hablar de un «derecho a fundar una familia y a vivir en familia» en lugar de un «derecho a la reagrupación familiar». Convendría sustituir, del mismo modo, las expresiones «visado de residencia para reagrupación familiar» y «permiso de residencia por reagrupación familiar» por otras más apropiadas como visado o permiso de residencia «por motivos familiares» o «por motivos de convivencia familiar»⁷.

De todos modos, en las páginas que siguen, para evitar confusiones, va a utilizarse el lenguaje usual, reagrupación familiar (en lo sucesivo, RF).

2. IMPORTANCIA DE LA REAGRUPACION FAMILIAR

La importancia de la RF es, en primer lugar, cuantitativa. Cerradas las puertas, en buena medida, a la entrada

⁶ Los miembros de la familia pueden no haber convivido, aunque la relación familiar haya nacido antes de la emigración (por ejemplo, el inmigrante ha tenido un hijo que ha estado al cuidado del otro progenitor). Lógicamente, cuando la familia se ha constituido con posterioridad (el inmigrante contrae matrimonio durante unas vacaciones en su país de origen, por ejemplo), no se ha producido esa previa convivencia.

⁷ Esta cuestión terminológica no carece de trascendencia. El lenguaje utilizado es uno de los elementos que se tienen en cuenta en la interpretación de las normas jurídicas. En nuestro caso, la insuficiencia de los términos puede dar lugar a interpretaciones incorrectas, de acuerdo con las cuales se niegue el derecho a entrar y residir en España en alguno de los casos mencionados en la nota anterior. Un lenguaje más apropiado, por el contrario, podría facilitar interpretaciones más generosas y permitiría hallar soluciones más justas para determinados problemas (como, por ejemplo, el de la entrada en España del extranjero que desea contraer matrimonio con otro ya residente en nuestro país).

de nuevos inmigrantes, la RF es hoy una de las principales vías de acceso de extranjeros a los países europeos. El crecimiento de la población extranjera en Europa se debe en gran parte a la llegada de familiares de trabajadores ya instalados, que se ha seguido produciendo a pesar de las limitaciones introducidas⁸.

Todo ello se manifiesta con claridad en el Tratado de la Unión Europea: los Estados consideran de interés común la política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca de las condiciones de estancia de éstos, incluídos el acceso al empleo y la reagrupación familiar⁹. Ya en 1991 el Consejo Europeo había aprobado un Programa de armonización de las políticas de inmigración, en el que la RF se consideraba una prioridad. En cumplimiento de dicho Programa, los ministros de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas responsables de inmigración, en su reunión de Copenhague (1 de junio de 1993), adoptaron una Resolución relativa a la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar. Este texto opta por una armonización al nivel más restrictivo¹⁰. Actualmente se

⁸ CHOLEWINSKI, R.: «The protection of the right of economic migrants to family reunion in Europe», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, Part 3, julio 1994, págs. 570-574. Por lo que se refiere a las limitaciones, puede destacarse que en Francia se intentó suspender la RF, por motivos relacionados con el incremento del desempleo: de acuerdo con un Decreto de 1977, los familiares debían esperar tres años, a menos que no fueran demandantes de empleo. Pero las normas fueron anuladas por el Consejo de Estado, que las consideró contrarias a la Constitución (Kayser, P.: *op. cit.*, pág. 236).

⁹ Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (BOE de 10 de junio de 1994), artículo K.1.

¹⁰ Sobre la Resolución de Copenhague, pueden consultarse los siguientes trabajos: BOELES, P., y KUIJER, A. «Harmonization of family reunification», en *A new Immigration Law for Europe? The 1992 London and 1993 Copenhaguen Rules on Immigration*, Nederlands centrum buitenland, Utrecht, 1993, págs. 25-34; «Consensus autour d'une régression», *Plein droit*, núm. 25, julio-septiembre, 1994, pág. 14; DE SCHUTTER, O.: «Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens», *Revue du droit des étrangers*, núm. 90,

desarrollan en la Unión Europea nuevos trabajos sobre la materia ¹¹.

Pero todavía más destacable es la importancia de la RF si se considera el papel de la familia en la integración de los inmigrantes ¹². Como se pone de manifiesto en los documentos de la Organización Internacional del Trabajo, reunir a los trabajadores migrantes con sus familias es esencial para el bienestar de los mismos y para su adaptación al país de acogida. La separación prolongada y el aislamiento producen dificultades y situaciones de tensión que impiden al inmigrante llevar una vida normal. Su marginación puede dar lugar, por otro lado, a determinadas reacciones sociales contra los trabajadores extranjeros ¹³.

pág. 540. Sorprende que la armonización se intente al nivel más restrictivo si se recuerda que en el Informe elaborado por los ministros responsables de inmigración para el Consejo Europeo de Maastricht (1991) se había recomendado una reflexión sobre los principios básicos en la materia, porque si esa reflexión faltaba la armonización podría realizarse al nivel más bajo. (*Rencontre internationale pour le droit de vivre en famille des immigrés en Europe*, Bruselas, 4, 5 y 6 de noviembre de 1993, págs. 31-35). En el mismo Informe, partiendo del principio de que la inmigración debe ser limitada y de que una política europea de inmigración debe tener un carácter restrictivo, se reconoce que la RF debe constituir una excepción.

¹¹ Resolución del Consejo de 14 de octubre de 1996 sobre establecimiento de prioridades de cooperación en materia de asuntos de justicia e interior para el período comprendido entre el 1 de julio de 1996 y el 30 de junio de 1998 (DOCE C 319 de 26 de octubre de 1996). Los trabajos sobre RF se encuentran en la fase de examen de cada Estado (abril 1997).

¹² «La integración es el proceso por el cual se asocia a los inmigrantes a un proyecto común de sociedad. Así, llegan a ser miembros activos en la vida económica, social, cívica, cultural y espiritual del país de residencia. Ello implica una dinámica de continua creatividad; exige una adaptación recíproca de autóctonos e inmigrantes y, en su mismo devenir, transforma tanto a las personas que se deben integrar como a la misma sociedad que les acoge» (MARTÍNEZ RODRIGO, A.: *Las migraciones: un signo de los tiempos. Jalones para una pastoral inmigrante*, Delegación Diocesana de Migraciones de Madrid y Editorial Verbo Divino, Estella, 1995, pág. 14).

¹³ CHOLEWINSKI, R.: *op. cit.*, pág. 568.

De todos modos, en la RF se encuentran ambigüedades que deben ser resaltadas. La llegada de la familia supone la revitalización de las referencias culturales de la sociedad de origen. En el inmigrante puede producirse como consecuencia un repliegue cultural que haga más difícil la integración. Para lograr ésta, es imprescindible la participación de la sociedad de acogida¹⁴.

Que se regule acertadamente la RF tiene, por tanto, gran trascendencia. Y esa regulación no puede ser justa si no se tiene conciencia de la relación profunda que existe entre vida familiar e integración, si no se acepta que en la regulación de la inmigración no puede desconocerse la importancia de la familia. La Ley de extranjería y el Reglamento, hoy derogado, que primero la desarrolló¹⁵, fueron elaborados en un momento caracterizado por la ausencia de una política de inmigración. No puede extrañar, entonces, que la familia no tuviera un tratamiento apropiado y que la RF se regulara de manera muy deficiente. En cambio, el vigente Reglamento de 1996¹⁶ nace en el marco de

¹⁴ En el Foro 94-Familia e inmigración, que tuvo lugar en la Universidad Pontificia Comillas los días 1, 2 y 3 de junio de 1994, varias intervenciones se centraron en la relación familia-integración: TORNOS, A.: *La familia, secreto de la integración*; REMION, G.: *El contexto económico, urbanístico, sociocultural, psicológico e intercultural de hoy en Europa*; CANALS, J.: *Entre el mito del retorno y la integración: ambigüedades y ambivalencias de la reagrupación familiar*. Puede llegar a ser más difícil la integración de la familia que la del individuo inmigrante (MOTOMURA, H.: «The Family and Immigration: A Roadmap for the Ruritanian Lawmaker», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43, núm. 4, Otoño, 1995, pág. 542).

¹⁵ Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE de 3 de julio) y Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo (BOE de 12 de junio).

¹⁶ Aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero (BOE de 23 de febrero; corrección de errores en el BOE de 2 de abril). En el Preámbulo se menciona, entre las razones que justifican la reforma, la necesidad de adaptación de nuestro Derecho a las disposiciones elaboradas en desarrollo del Tratado de la Unión Europea en materia de RF. En la redacción del Reglamento se ha tenido en cuenta la antes mencionada Resolución de Copenhague, si bien, aprovechando el carácter no jurídica-

la política de inmigración que se inicia con la Proposición no de ley aprobada en el Congreso de los Diputados el 9 de abril de 1991¹⁷, lo que se refleja en la frecuente toma en consideración de la familia¹⁸ y en el bastante satisfactorio tratamiento de la RF.

En las páginas que siguen va a tratarse de la cuestión de si existe un derecho a la RF. Después se intentará concretar qué debe entenderse por familia a nuestros efectos. Y se terminará con un estudio de los grandes rasgos del procedimiento establecido por nuestra legislación. No debe olvidarse, de todos modos, que, una vez lograda la RF, la integración de la familia va a estar muy condicionada por el grado de consideración de las circunstancias familiares en las normas sobre trabajo y expulsión, cuyo análisis no será aquí abordado.

3. EL DERECHO A LA REAGRUPACION FAMILIAR

3.1 Dificultades que se plantean para el reconocimiento expreso del derecho a la reagrupación familiar

Como punto de partida de la reflexión acerca del derecho a la RF, conviene resaltar que los Estados receptores de inmigrantes se resisten a que se hable de la RF precisamente en términos de derecho. Esta resistencia obedece indudablemente a los temores que dichos Estados experimentan en este terreno. Tiende a contemplarse la emigración familiar como emigración de asentamiento, mientras

mente vinculante de ésta, no se han recogido sus criterios más restrictivos. Más adelante se insistirá sobre este punto.

¹⁷ *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados), 22 de marzo de 1991.

¹⁸ RF «a la inversa» de los menores extranjeros en situación de desempleo [art. 13.1.b)], permiso de trabajo y beneficios de programas de fomento del empleo [arts. 73.2, 76.I.4, 77.1.f) y 2.a) y d), 79.f)], expulsión (art. 99.4 y 6), internamiento (art. 108.4 y 8).

la individual se ve como una emigración de regreso. En este sentido, se teme que la RF conduzca a un aumento excesivo de la población extranjera. Por otro lado, se supone que el inmigrante individual es más fácilmente asimilable, en tanto que la familia inmigrante se encierra en sí misma y vive de acuerdo con las costumbres y normas propias del país de origen, que pueden chocar con las del de acogida (discriminación de la mujer, poligamia, etc.)¹⁹. Incluso llega a temerse que la RF contribuya a modificar sustancialmente la composición étnica de la población²⁰.

Todo ello se puso claramente de manifiesto durante los trabajos de la Conferencia sobre población y desarrollo que tuvo lugar en El Cairo en 1994. Según el Comunicado final de la reunión, sólo pudo llegarse a un enunciado de compromiso destinado a satisfacer a los países que deseaban que la RF fuera tratada como un derecho (los Estados de emigración) y los que aceptaban únicamente considerarla como un principio (los receptores de inmigrantes)²¹.

«De acuerdo con el artículo 10 de la Convención sobre los derechos del niño y los demás instrumentos internacionales universalmente reconocidos en materia de derechos humanos, todos los Gobiernos, especialmente aquellos de los países de acogida, deben reconocer la importancia vital de la reagrupación familiar y promover su inclusión en la legislación nacional de for-

¹⁹ PRENCIPE, L.: «Famille-Migrations-Europe. Quelles relations possibles?», *Migrations. Société*, vol. 6, núm. 35, septiembre-octubre, 1994, pág. 33.

²⁰ MOTOMURA, H.: *op. cit.*, págs. 540-542. En este estudio se valora la experiencia de Estados Unidos tras la supresión de las normas que establecían la selección de los inmigrantes según el país de origen.

²¹ En el curso de las discusiones de El Cairo, los Estados de la Unión Europea llegaron a aceptar la utilización del término «derecho» si se precisaba que el ejercicio del derecho estaría sujeto a la legislación de cada país. Pero Estados Unidos, Canadá y Australia (países que siguen un sistema de cuotas en la admisión de inmigrantes) rechazaron la fórmula, y los europeos volvieron a su posición inicial, también contraria a la mención de un derecho a la RF (GHAZI, S.: «La conférence du Caire et les familles immigrés», *Plein droit*, núm. 25, julio-septiembre, 1994, pág. 17).

ma que asegure la protección de la unidad de las familias de los inmigrantes en situación legal» (Capítulo X del Programa de acción aprobado en la Conferencia).

En definitiva, los Estados receptores de inmigrantes no niegan la existencia de un derecho²², pero prefieren evitar formulaciones que puedan suponer un obstáculo a sus proyectos de restringir su ejercicio. Proyectos que van acompañados de propuestas dirigidas al establecimiento de nuevas políticas de migración temporal²³.

3.2 La reagrupación familiar es un derecho. Determinación de su ámbito de aplicación personal

Si reconocemos el derecho a fundar una familia y a vivir en familia, y admitimos que se trata de un derecho fundamental que corresponde a toda persona por el hecho de serlo²⁴, podemos también hablar de un derecho a la RF²⁵.

²² Así se pone de relieve, por ejemplo, en Comisión de las Comunidades europeas: *Reagrupación familiar a la luz del Derecho internacional, del Derecho comunitario y de la legislación y/o la práctica de los Estados miembros* (Bruselas, 13 de mayo de 1992), pág. 2. Los países de la Unión Europea no niegan el derecho a la RF.

²³ PEROTTI, A. «Quel avenir pour le droit des immigrés extra-communautaires de vivre en famille dans l'Union Européenne?», *Migrations. Société*, vol. 6, núm. 35, septiembre-octubre, 1994, págs. 43-48. En el Foro 94, antes citado, la intervención de MURRAY, J.: *El derecho de vivir en familia para los inmigrantes en Europa. Un derecho fundamental y un factor clave para la integración*, puso de manifiesto que la inmigración temporal puede conducir a la creación de una segunda categoría de inmigrantes, con derechos reducidos.

²⁴ Sobre las categorías que cabe distinguir en lo que se refiere a los derechos de los extranjeros, LÁZARO GONZÁLEZ, I.: «Capítulo 4. Derechos y libertades de los extranjeros en España» en ADROHER BIOSCA, S., y CHARRRO BAENA, P. (COORD.): *La inmigración. Derecho español e internacional*, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 195-197.

²⁵ «En el caso de una persona que resida legalmente en el territorio de un Estado cuya nacionalidad no posee, el principio de unidad familiar y el derecho de vivir en familia sólo pueden realizarse generalmen-

Cuando un extranjero es admitido en el territorio de un Estado, debe gozar de una plena protección de sus derechos fundamentales. En consecuencia, el extranjero, cumpliendo los requisitos establecidos, tiene derecho a reunir a su familia, entendida al menos como familia nuclear, en el Estado de acogida²⁶. Antes o después habrá que terminar por reconocer abiertamente que la RF no es un favor, sino un derecho²⁷, y que, por tanto, su disfrute no puede hacerse depender de la situación económica. Además, los mencionados requisitos deben regularse de forma que no dejen el derecho vacío de contenido: deben guardar proporción con el objetivo buscado, que debe ser un objetivo legítimo, y no pueden ser tan estrictos que hagan en la práctica imposible el ejercicio del derecho.

Ahora bien, la protección de un derecho no puede tener alcance universal. Es muy importante, así, precisar el ámbito personal del derecho a la RF. Si lo formulamos desde el punto de vista de España, debemos decir que no todos los habitantes de nuestro planeta tienen derecho a vivir en familia en nuestro país. ¿Quiénes lo tienen? Junto a los españoles y nacionales de los demás Estados miembros del Espacio Económico Europeo, aquellos extranjeros que residen legalmente en España en condiciones tales que permiten esperar una permanencia prolongada entre nosotros.

te mediante el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar» (Comisión de las Comunidades Europeas: *op. cit.*, pág. 2).

²⁶ GUENDELSBERGER, J.: «The Right to Family Unification in French and United States Immigration Law», *Cornell International Law Review*, 21, 1988, págs. 3 y 98.

²⁷ CARLIER, J.-Y.: «Perspectives et conclusions. Quels droits pour quels étrangers?», *Revue du droit des étrangers*, núm. 90, pág. 685. El reconocimiento abierto del derecho como derecho fundamental se ha producido ya en Francia, gracias a importantes pronunciamientos del Consejo Constitucional y del Consejo de Estado (LABAYLE, H.: «Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes», *Revue française du droit administrative*, mayo-junio, 1993, págs. 513-517; GUIMEZANES, N.: «L'arrêt de l'immigration en France? Commentaire de la loi n.º 93-1027 du 24 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration», *La semaine juridique (JCP)*. Ed. G., núm. 1, pág. 1, 1994).

Requisitos que pueden exigirse

En las anteriores consideraciones deben encuadrarse los requisitos exigidos para la RF: un período previo de permanencia («período de espera») y recursos económicos y vivienda suficientes para el inmigrante y sus familiares. La interpretación de las normas que establecen tales requisitos debe realizarse de una manera flexible y atendiendo a los fines que se persiguen con su establecimiento: el tiempo de residencia del inmigrante, los medios y la vivienda de que dispone deben ser contemplados como indicios relevantes del grado de asentamiento. La no concurrencia estricta de los requisitos no puede llevar consigo automáticamente una negativa a la RF. Que no se trata de requisitos esenciales lo prueba el régimen establecido para los «comunitarios»: se exige vivienda²⁸, pero no período de espera, ni recursos económicos (salvo que, en el último caso, se trate de personas no activas).

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el período previo de permanencia no puede ser excesivo, porque se incurriría en violación del derecho, y que los otros dos requisitos, por la misma razón, deben ser aplicados de manera que prevalezca el derecho sobre las consideraciones de naturaleza económica²⁹. Especiales dificultades puede suscitar la exigencia de vivienda. El requisito debe ser apreciado de manera razonable, lo que implica utilizar como punto de referencia las condiciones que en materia de vivienda disfrutaban los trabajadores nacionales, y también de manera flexible, porque a las limitaciones derivadas de la escasez de viviendas puede unirse la discriminación en los alquileres respecto de los extranjeros (aunque sólo se trate de una discriminación de hecho)³⁰.

²⁸ En los proyectos de reforma de la legislación comunitaria sobre la materia se prevé la supresión de este requisito (DE SCHUTTER, O.: «Le droit...», *op. cit.*, pág. 551, nota 54).

²⁹ MENSKI, W.: «Family migration and the new Immigration Rules», *Tolley's Immigration and Nationality Law and Practice*, vol. 8, núm. 4, 1994, pág. 116.

³⁰ GUENDELSBERGER, J.: *op. cit.*, pág. 41. Unas exigencias mal medidas, además, pueden ser contraproducentes, porque la RF que no se consi-

A continuación se va a analizar la protección del derecho a fundar una familia y a vivir en familia en la Constitución española y en el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, Convenio europeo). Desde ese análisis se estudiará después el derecho a la RF en la legislación española de extranjería.

3.3 El derecho a la familia en la Constitución española

El artículo 32 de la Constitución reconoce el derecho a contraer matrimonio. Por su parte, el artículo 39 establece que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia» en el marco de los «principios rectores de la política social y económica». De la ubicación sistemática de estos preceptos se deriva una consecuencia de importancia: su violación no es susceptible de recurrirse en amparo ante el Tribunal Constitucional³¹.

Llama la atención que no se haya reconocido expresamente el derecho a vivir en familia. ¿No es éste un derecho inviolable inherente a la persona humana, por utilizar los términos del artículo 10 de la propia Constitución? Puede argumentarse que, reconocido el derecho al matrimonio, se ha reconocido el derecho a mantener las relaciones de familia que del matrimonio se derivan. Pero no debe olvidarse que la familia puede tener un origen que no sea el matrimonio. Quizá se encuentre aquí la clave para entender las carencias del artículo 32, porque en el Anteproyecto de Constitución se establecía un derecho a contraer matrimo-

gue legalmente en muchos casos se hará de hecho (LABAYLE, H.: *op. cit.*, pág. 532; «Une suspicion générale chez les Européens», *Plein droit*, núm. 25, julio-septiembre, 1994, pág. 13). La política de vivienda, por otro lado, deberá tener en cuenta a los trabajadores extranjeros.

³¹ Artículo 53.2 de la Constitución.

nio y a crear y mantener relaciones estables de familia³². ¿Fue suprimida la referencia a la familia no matrimonial para evitar un desacuerdo entre los grupos parlamentarios?

La protección constitucional del derecho a vivir en familia puede considerarse débil³³, de acuerdo con las anteriores consideraciones. Pero, en todo caso, no puede decirse que el derecho carezca en España de mecanismos de tutela, aunque sólo sea por la vigencia en nuestro país del Convenio europeo.

3.4. El Convenio europeo de derechos humanos

El Derecho internacional no impone en la actualidad a los Estados la obligación de admitir en su territorio a los familiares de los extranjeros residentes³⁴. Sin embargo, se va generalizando la aceptación de la idea de que los Estados deben facilitar la RF, al menos cuando no sea razonable esperar que la familia pueda reunirse en otro lugar³⁵.

Son muy numerosos los textos internacionales³⁶ que destacan la importancia de la familia como célula funda-

³² *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 5 de enero de 1978.

³³ Sorprende que ante una violación del derecho a la vida familiar se pueda recurrir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, sin embargo, no se pueda recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional.

³⁴ Los intereses de los Estados que dominan la Comunidad internacional impiden que desde el Derecho internacional puedan resolverse los problemas derivados de las migraciones (PUENTE EGIDO, J.: «El fenómeno migratorio desde una perspectiva histórica y de Derecho internacional», Intervención en el Seminario «Leyes españolas y derechos humanos de los inmigrantes», Instituto Fe y Secularidad. 1996. Nota en Instituto Fe y Secularidad, *Memoria académica 1995-1996*, págs. 70-73).

³⁵ PLENDER, R.: *International Migration Law*, Revised second edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1988, pág. 366; CHOLEWINSKI, R.: *op. cit.*, pág. 570.

³⁶ Puede consultarse: CHOLEWINSKI, R.: *op. cit.*, págs. 568-598; PLENDER, R.: *op. cit.*, págs. 365-366; *Rencontre...*, *op. cit.*, págs. 15-29; ADROHER BIOSCA, S. «Capítulo 5. La entrada, la permanencia y la salida de extranjeros de España» en ADROHER BIOSCA, S., y CHARRO BAENA, P. (Coord.). *La inmigración...*, *op. cit.*, pág. 287.

mental de la sociedad y que se refieren al derecho a fundar una familia y a vivir en familia. En los convenios sobre trabajadores migrantes hay normas que se refieren específicamente a la RF. Pero el valor jurídico de algunos textos es discutible; el ámbito de aplicación de otros, limitado; finalmente, otros más no están en vigor. Por estas razones, se va a centrar el estudio en el Convenio europeo, texto vigente, aplicable a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado parte y que tiene la naturaleza de tratado internacional, cuya aplicación, además, trata de garantizarse a través del recurso ante la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Convenio reconoce el derecho a fundar una familia (art. 12³⁷) y a vivir en familia (art. 8³⁸). De los propios términos del artículo 12 se deduce que no hay un derecho absoluto a la RF³⁹. El Tribunal ha tenido ocasión de aplicar estas normas en varios casos que afectaban a inmigrantes. Puede resumirse su jurisprudencia de la siguiente manera. Los Estados, de acuerdo con el Derecho internacional, tienen el derecho de controlar la entrada, la permanencia y la salida de extranjeros de su territorio. Ahora bien, los Estados parte han limitado su soberanía en la medida determinada por las obligaciones asumidas en el Convenio, de modo que las medidas que adopten en materia de inmigración pueden ser consideradas como contrarias a los mencionados artículos 8 y 12. Pero los Estados gozan

³⁷ «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.»

³⁸ «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.»

³⁹ MOTOMURA, H.: *op. cit.*, pág. 519.

de un amplio margen de apreciación a la hora de determinar qué se entiende por «respeto» de la vida familiar. En lo que se refiere a la admisión de familiares de extranjeros, para valorar si hay o no violación del Convenio deben tenerse en cuenta diferentes factores: las singulares circunstancias que concurren en el interesado, el hecho de que la familia se haya constituido antes o después de la emigración, la existencia de obstáculos para mantener la vida familiar en otro país o de otras razones especiales por las cuales no cabe esperar que se vaya a adoptar esa solución, el conocimiento que se tiene o se debe tener de las restricciones contenidas en la normativa de inmigración. Los Estados no están obligados a aceptar la elección por las familias de su lugar de residencia, salvo que se den los mencionados obstáculos o razones especiales⁴⁰.

Se plantea aquí la necesidad de conciliar el derecho a vivir en familia y la soberanía estatal. Si el control de la inmigración supone separar a la familia, la medida debe justificarse de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 8, y guardar proporción con el objetivo que se persigue. En el juicio acerca de la proporcionalidad deben tomarse en consideración los vínculos existentes entre el extranjero y el país en el que reside⁴¹. Por este camino, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo podría evolucionar hacia soluciones más justas: en cada Estado debe tomarse conciencia de que cuando se admite a un extranjero se está admitiendo a una persona que goza de unos derechos, entre ellos el de vivir en familia⁴², y no debe olvi-

⁴⁰ Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali. Sentencia de 28 de mayo de 1985 (publicada en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1984-1987, págs. 358-387). La sentencia de 19 de febrero de 1996, en el caso Güll, resuelve también un problema de RF (De SCHUTTER, O.: *op. cit.*, págs. 546-547).

⁴¹ NYS, M.: «Le regroupement familial. Des droits et des protections», *Revue du droit des étrangers*, núm. 90, págs. 510-513; DE SCHUTTER, O.: «La souveraineté de l'Etat et les droits de la personne immigrée», *Revue du droit des étrangers*, núm. 84, págs. 261-270; LABAYLE, H.: *op. cit.*, págs. 511-540.

⁴² LABAYLE, H.: *op. cit.*, pág. 527.

darse que si ha venido es porque se le necesita⁴³. Por eso debe ponerse el énfasis en el análisis de los contactos entre el inmigrante y el país de acogida, porque si esos contactos son intensos, poca relevancia podrá darse a otros factores citados, como el conocimiento de la legislación o la posibilidad de continuar la vida familiar en otro país⁴⁴.

3.5. La legislación española de extranjería

La Ley de extranjería no reconoce el derecho a la RF⁴⁵, lo cual no significa, por las razones que se han sugerido, que el derecho no exista⁴⁶. El Reglamento de 1996 lo regula en términos claros y significativos.

«Los familiares de los extranjeros que residan legalmente en España podrán residir con éstos, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho internacional y los requisitos previstos en la Ley Orgánica 7/1985 y este Reglamento»⁴⁷.

⁴³ JULIEN-LAFERRIÈRE, F.: «Perspectives et conclusions. Une perspective européenne», *Revue du droit des étrangers*, núm. 90, pág. 667.

⁴⁴ Este es el criterio de STOREY, H.: «The right to family life and immigration case law at Strasbourg», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 2, págs. 328-344 (especialmente 337-338). En ocasiones hay escasos vínculos entre el extranjero y el Estado de su nacionalidad, de forma que desde el punto de vista sociológico puede hablarse más de un nacional que de un extranjero. Empieza a utilizarse el término «cuasinacional» (JULIEN-LAFERRIÈRE, F.: *op. cit.*, pág. 681; DE SCHUTTER, O.: *La souveraineté...*, *op. cit.*, p.262).

⁴⁵ Anteriormente se ha tratado de explicar este desconocimiento de la familia en nuestra legislación. Cabe añadir aquí que si en el futuro llega a modificarse la Ley, o a elaborarse una nueva, debería reconocerse el derecho a la RF.

⁴⁶ También favorable a la existencia de un derecho a la RF en España se muestra SANTOS ARNAU, L.: «Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad: especial referencia al visado para la reagrupación familiar» en Consejo General del Poder Judicial: *Cuadernos de Derecho judicial. Extranjeros*, Madrid, 1994, p.460.

⁴⁷ Artículo 54.1.

Destaca la remisión a las normas de Derecho internacional. Su objetivo, probablemente, es reforzar el derecho a la RF. Para llenar de contenido esa remisión debe acudirse especialmente a las disposiciones del Convenio europeo que antes se han estudiado.

El Reglamento exige los siguientes requisitos⁴⁸. En primer lugar, que el extranjero sea titular de un permiso de residencia ya renovado, lo que equivale a establecer un período de espera⁴⁹. Además, el extranjero habrá de acreditar que dispone de medios de vida, garantías de asistencia sanitaria y vivienda⁵⁰ suficientes para él y sus familiares. Sin embargo, las garantías de asistencia sanitaria no se exigirán cuando el familiar pueda acogerse a las prestaciones de la Seguridad Social del trabajador residente. Por otra parte, en los supuestos que determine el Gobierno, a propuesta de la Comisión Interministerial de Extranjería, no se exigirá la acreditación de todos o de alguno de los requisitos anteriores⁵¹. Esta disposición no ha sido aún desarrollada⁵².

⁴⁸ Artículo 28.1.

⁴⁹ Téngase en cuenta que, de acuerdo con el artículo 50 del Reglamento, el permiso de residencia inicial se concede por un período máximo de un año.

⁵⁰ Desde el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de noviembre de 1993, desarrollado por Resolución de 15 de febrero de 1994 (*BOE* de 24 de febrero de 1994), el cumplimiento del requisito de vivienda adecuada se acredita mediante acta notarial mixta de presencia y de manifestaciones, que debe hacer referencia a los siguientes extremos: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones o dependencias en que se distribuya, uso al que se destina cada una de ellas, número de personas que habitan en ella y condiciones de equipamiento de la misma. Se ha recurrido a la intervención de un Notario por las garantías de objetividad que aporta. Por otra parte, la autorización del acta requiere la presencia física del notario en la vivienda. La Circular del Consejo General del Notariado de 19 y 20 de noviembre de 1993 ha precisado que, dada su finalidad, la redacción del acta debe efectuarse del modo en que resulte menos costosa para el requirente.

⁵¹ Así lo establece el artículo 28.2.

⁵² Podría en este marco reconocerse el derecho a la RF a determinados estudiantes, o establecerse que en casos de especial arraigo no se exija la acreditación de recursos económicos. En el caso de los estu-

3.6. El «derecho de visita» de los familiares no reagrupados

La reunión de todos los miembros de la familia en el Estado de acogida no siempre se realiza. Las razones pueden ser muy diversas. Algunas de ellas son consecuencia de la propia regulación de los permisos de trabajo: la obtención de un permiso de residencia por causa de RF no conlleva autorización para trabajar. El familiar puede después conseguir el permiso de trabajo, pero también le puede ser denegado. Ante esta situación, cabe que la decisión adoptada sea la de mantener separada la familia⁵³.

No se contemplan estos casos en la legislación española. El derecho a la vida familiar exige que se facilite en lo posible el mantenimiento de los lazos familiares entre los miembros separados. El reconocimiento de un «derecho de visita» parece el cauce idóneo: los mismos familiares contemplados en las normas sobre RF, que residan en el extranjero, deberían obtener visado de entrada en condiciones más favorables que las establecidas con carácter general⁵⁴.

4. DELIMITACION DE LA FAMILIA EN LAS NORMAS SOBRE REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Después de plantear el problema en términos generales, se va a analizar, prestando especial atención a algunas di-

diantes, puede ser útil contemplar el ejemplo francés: el Consejo Constitucional ha considerado que la exclusión de esta categoría de personas es contraria al derecho fundamental a vivir en familia (Guimezanes, N.: *op. cit.*, pág. 5).

⁵³ CHOLEWINSKI, R.: *op. cit.*, pág. 574.

⁵⁴ En la práctica, la presencia de familiares en el Estado para el que se solicita visado turístico constituye en ocasiones un obstáculo. Se sospecha que se están intentando burlar las normas sobre RF (PEROTTI, A.: *op. cit.*, pág. 46).

ficultades particulares, el modelo elegido por el legislador español.

4.1 Planteamiento del problema.

El modelo de familia como reflejo de determinados intereses de política legislativa

Es necesario definir qué se entiende por familia a efectos de RF. Las legislaciones contienen reglas precisas al respecto, lo que significa que, dada la existencia de diferentes modelos de familia, el inmigrante no siempre podrá reunir en el Estado de acogida, por la vía de la RF, a todos los que considera familiares. El concepto de familia varía de unos países a otros y también evoluciona en el tiempo. Junto a la familia nuclear, formada por padres e hijos, que prevalece ahora en Europa, cabe hablar de familias más extensas en las que se integran abuelos, colaterales, parientes políticos o incluso varias esposas⁵⁵.

Diversos factores influyen en el legislador a la hora de trazar los límites de la noción de familia. Las reglas elaboradas reflejan, en primer lugar, la posición adoptada por el Estado de cara a la acogida de extranjeros: obviamente, si no se desea el incremento de la población extranjera, se diseñará una familia reducida. Desde otro punto de vista, esas normas son un reflejo de las expectativas existentes acerca de la asimilación o de la integración de los inmigrantes⁵⁶. Si el objetivo que se persigue es la asimilación,

⁵⁵ En algunas culturas, por ejemplo, los abuelos tienen especial importancia, y cumplen funciones de gran trascendencia social. Se citan ejemplos en MENSKI, W.: *op. cit.*, págs. 115-116 y 119. En términos generales, MOTOMURA, H.: *op. cit.*, pág. 529 destaca que, en ocasiones, determinados parientes no comprendidos en el concepto legal de familia desarrollan funciones equivalentes a las que corresponden a los que sí lo están (caso de los abuelos respecto de los nietos).

⁵⁶ MOTOMURA, H.: *op. cit.*, págs. 528-529. Sobre los conceptos de asimilación e integración, puede consultarse MARTÍNEZ RODRIGO, A.: *op. cit.*, págs. 14-17.

casi inevitable parece el rechazo del matrimonio poligámico, por ejemplo. Si lo que se pretende es la integración, debe buscarse un equilibrio entre las necesidades de la propia integración y el respeto de la diferencia.

En este sentido, las dificultades más frecuentes se han planteado con motivo de la aplicación del Derecho de familia musulmán en algunos Estados europeos. En Francia, por ejemplo, se está produciendo una interesante evolución desde la tolerancia, actitud adoptada en nombre del respeto de otras culturas, hacia el rechazo de la poligamia y el repudio, que en la actualidad se consideran impedimentos para la integración⁵⁷. Se llega incluso a dudar de la conveniencia de seguir admitiendo la aplicación al extranjero de su ley nacional. Para algunos⁵⁸, la ley nacional puede seguir siendo aplicada, salvo en lo relativo a las dos instituciones mencionadas. Se consideran instituciones manifiestamente incompatibles con determinados principios que se consideran fundamentales en Europa, como el principio de igualdad de sexos⁵⁹. Pero, además, no son ins-

⁵⁷ El Derecho no puede convertirse en un obstáculo adicional para la integración del inmigrante (GAEREMYNCK, J.: *op. cit.*, pág. 17). Pueden consultarse igualmente RUDE-ANTOINE, E.: «Le statut personnel: liberté ou sujétion?», *Plein droit*, núm. 24, abril-junio, 1994, págs. 8-12, y RUDE-ANTOINE, E.: «La polygamie face au droit positif français», *Migrations. Société*, vol. 6, núm. 35, septiembre-octubre, 1994, págs. 61-68.

⁵⁸ LAGARDE, P.: «La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française» en *Nouveaux itinéraires en droit. Homage a François Rigaux*, Bruylant, Bruselas, 1993, págs. 263-282. Para este autor diversos factores han contribuido en Francia a la toma de conciencia de los muchos peligros que para la cohesión de la sociedad francesa pueden derivarse de la aceptación en suelo francés de una multiplicidad de modelos familiares antinómicos (pág. 265).

⁵⁹ Al parecer, las propias mujeres musulmanas, una vez establecidas en Europa, desean frecuentemente disfrutar de las garantías y de la igualdad de que disfrutaban las mujeres europeas, incluso cuando en otros terrenos siguen apegadas a sus costumbres tradicionales (Deprez, J. en *Le droit de la famille...*, *op. cit.*, pág. 246). Los estudios sobre la situación de la mujer en los matrimonios poligámicos en Francia no permiten precisamente afirmar que «disfrute» de la vida familiar (argumento éste, el del disfrute de la vida familiar, que se había utilizado para admitir la RF en esta clase de matrimonios) (Gaeremynck, J. *op. cit.*, pág. 20).

tituciones esenciales en el Derecho musulmán: no se prescribe la poligamia, sólo se tolera, y el repudio de la mujer por su marido no es la única forma de disolución del matrimonio. Podría incluso afirmarse que son instituciones en retroceso en los propios países musulmanes⁶⁰. El derecho a la diferencia debe respetarse en lo relativo a la cultura, las costumbres, la religión, la lengua, pero —se propone en la actualidad— al inmigrante se le debe imponer la adhesión a algunos valores de la sociedad de acogida para que pueda integrarse en ella⁶¹.

4.2 El modelo de familia contemplado en la legislación española

La familia que se toma en consideración es fundamentalmente la familia nuclear que nace de un matrimonio. Es decir, la familia formada por el cónyuge y los hijos menores que se encuentren a cargo, incluidos los hijos del reagrupante que no sean hijos comunes. Cabe también la RF de los menores o incapacitados cuya representación legal corresponda al residente extranjero y de los ascendientes de éste, siempre que en el último caso haya dependencia económica y existan «razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España».

4.2.1 *El cónyuge*

Los familiares que podrán residir... son los siguientes:

⁶⁰ Como es sabido, la poligamia y el repudio no son instituciones vigentes en todos los países musulmanes, y allí donde lo son tienden a ser suavizadas. En Marruecos, por ejemplo, se han adoptado en 1993 disposiciones que tratan de limitar la poligamia, obligando a tener en cuenta los deseos de la mujer, y exigen autorización judicial para el repudio, que da derecho además a la mujer a obtener una indemnización (González Beilfuss, C. «La aceptación del Estatuto de la Conferencia de La Haya por Marruecos y sus consecuencias», *Revista española de Derecho internacional*. 1994. núm. 1, pág. 451).

⁶¹ DEPREZ, J.: *op. cit.*, pág. 246.

a) El cónyuge, siempre 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.

(Art. 54.2 del Reglamento de la Ley de extranjería)

No se podrá conceder un permiso de residencia a un extranjero como cónyuge de un residente extranjero cuando otro cónyuge de éste ya resida con anterioridad en España.

(Art. 54.6)

Varias cuestiones suscita esta regulación. En lo que sigue van a tratarse la exclusión de las uniones de hecho, los requisitos para que pueda hablarse de cónyuge, la limitación de la RF a una sola de las esposas en caso de poligamia y el matrimonio fraudulento. Se terminará con una alusión a la estabilidad del cónyuge reagrupado.

a) Exclusión de las uniones de hecho

Cuando la normativa española utiliza el término «cónyuge», está indudablemente aludiendo a la persona casada. Si el legislador hubiera querido extender la RF al compañero o compañera, lo habría hecho, como ocurre en la legislación de asilo⁶².

No puede descartarse, sin embargo, una evolución hacia un tratamiento más favorable de la unión de hecho en este terreno, del mismo modo que se está produciendo en otros. Algunos indicios encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶³.

⁶² La protección alcanza al cónyuge del refugiado o persona con la que éste se halle ligado por «análoga relación de afectividad y convivencia» (artículo 10 de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado). Esta regla puede considerarse razonable si tenemos en cuenta los fines de esta institución. Hay que tener en cuenta, por otra parte, que, como precisa el artículo 34 del Reglamento de la citada Ley, la convivencia estable ha debido iniciarse antes del reconocimiento de la condición de refugiado.

⁶³ En la sentencia de 1 de junio de 1991 no se excluye la toma en consideración de la unión de hecho en materia de RF, si bien en el ca-

b) Existencia de un matrimonio válido

Para que pueda hablarse de cónyuge es necesario, como se ha dicho, que se haya celebrado un matrimonio válido en España o en el extranjero.

En nuestro país se consideran válidos los matrimonios celebrados en el extranjero de acuerdo con la ley del lugar de celebración o de acuerdo con la ley personal de cualquiera de los contrayentes⁶⁴.

La dificultad principal que pueden presentar estos matrimonios es la de su prueba. Deben ser admitidos los medios de prueba previstos en el Derecho extranjero que se ha aplicado a la forma, siempre que de los mismos resulte claramente la celebración del matrimonio y la identidad de los esposos⁶⁵.

Los extranjeros pueden contraer matrimonio en España en alguna de las formas previstas en la ley española (civil, canónica, evangélica, israelita o islámica) o de acuerdo con la establecida en la ley personal de cualquiera de los contrayentes⁶⁶.

En el caso de que un residente en España desee contraer matrimonio con un residente en el extranjero, debería facili-

so concreto no se consideró probada la existencia de la misma (*Repertorio Aranzadi*, 1991, núm. 4603). Se ha tenido en cuenta también la unión de hecho en lo relativo a la exención de visado (sentencia de 8 de noviembre de 1993. *Repertorio Aranzadi*, 1993, núm. 8246).

⁶⁴ ADROHER BIOSCA, S.: *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, Bosch y Universidad Pontificia Comillas, Barcelona, 1993, pág. 323.

⁶⁵ No puede exigirse siempre un certificado de matrimonio, porque no siempre existirá la posibilidad de obtenerlo. No puede pretenderse tampoco que el certificado extranjero, de existir, cumpla los requisitos establecidos para los certificados de los matrimonios celebrados en España. En particular, no puede rechazarse la presentación de certificados religiosos. Sobre estos aspectos pueden consultarse GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: «Capítulo VI. Derecho de familia. El matrimonio» en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y OTROS AUTORES: *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid, 1995, pág. 310, y ESPINAR VICENTE, J. M.: *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 151-165.

⁶⁶ Artículo 50 del Código civil.

tarse la entrada de este último en nuestro país mediante una norma específica⁶⁷. La protección del derecho a casarse parece justificación bastante para introducir esta regulación.

Pero no basta que se pruebe la existencia del matrimonio. Es necesario, además, que no se haya producido la separación de hecho o de derecho. Se entiende que hay separación de derecho cuando ha recaído sentencia judicial. Si la sentencia es de divorcio, los que eran cónyuges han dejado de serlo, por lo que no les es ya de aplicación la normativa sobre RF. Más problemas plantea, sin embargo, establecer cuándo existe separación de hecho. No puede considerarse bastante la interrupción de la convivencia por voluntad de uno o ambos cónyuges, que puede obedecer a muy diferentes causas (trabajo, por ejemplo). Lo esencial es que haya desaparecido el afecto entre los cónyuges, lo que no es fácil de probar. La investigación, por otro lado, puede vulnerar el derecho a la intimidad, por lo que sería más razonable exigir solamente que no haya separación de derecho⁶⁸.

c) Limitación de la RF a una de las esposas del extranjero polígamo⁶⁹

En España un extranjero no puede contraer matrimonio con dos o más mujeres, aunque se lo permita su ley na-

⁶⁷ Dicho de otro modo, debería regularse un «visado para contraer matrimonio», Serían necesarias, indudablemente, determinadas caute- las, para evitar el abuso de la figura.

⁶⁸ En otro orden de cosas, no debe olvidarse que los matrimonios sepa- rados, de hecho o de derecho, pueden reconciliarse. ¿Puede impedirse en este caso a los cónyuges, cuando uno se encuentra en el extranje- ro, reanudar la convivencia? El deseo de evitar los fraudes no puede ser un obstáculo para la búsqueda de una solución justa para este supuesto. Parece sorprendente que el cónyuge divorciado pueda, en caso de re- conciliación, contraer de nuevo matrimonio y aprovecharse de las nor- mas sobre RF y que el separado tenga cerrada esta vía.

⁶⁹ Las normas de Derecho internacional privado ven así limitado su ámbito de aplicación, debido a la intervención de criterios de política le- gislativa propios del campo de la inmigración: cualquiera que sea la efi- cacia que en determinados supuestos pueda reconocerse a los matrimo- nios poligámicos (derechos sucesorios, pensiones alimenticias,...), sólo

cional. Si lo ha hecho en el extranjero, sólo una de las mujeres podrá reunirse con su marido residente en nuestro país. Además, el legislador ha precisado que si una de las esposas reside ya en España, no se podrá conceder permiso de residencia a otra por aplicación de las normas de la RF. Dos esposas no pueden residir simultáneamente, salvo por aplicación de las reglas generales⁷⁰.

La normativa española descarta la RF de todas las esposas de un extranjero polígamo. Se sigue así el criterio que prevalece ahora en Europa, que ha modificado sustancialmente el anterior, más tolerante. No se quiere rechazar la residencia en España del extranjero casado con varias mujeres, porque tal rechazo podría incitar al repudio, efecto no deseado, y se opta por una solución intermedia. Pero esta solución no deja de plantear problemas: ¿se puede exigir al marido semejante elección?⁷¹.

d) El matrimonio fraudulento⁷²

Puede considerarse fraudulento, a estos efectos, el matrimonio que ha sido contraído única o principalmente pa-

una de las esposas puede beneficiarse de la RF (ANCEL, B.: «Le statut de la femme du polygame» en *Le droit de la famille...*, *op. cit.*, págs. 105-123; PLENDER, R.: *op. cit.*, págs. 380 y 384).

⁷⁰ Lógicamente, puede recurrirse en estos casos al divorcio. En este sentido, plantea dificultades el reconocimiento en Europa del repudio del Derecho musulmán. En este aspecto se centran los siguientes trabajos: ALEXANDRE, D.: «La protection de l'épouse contre la répudiation» en *Le droit de la famille...*, *op. cit.*, págs. 125-142; MONÉGER, F.: «Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?», *Journal de droit international*, 2, 1992, págs. 347-355. Para admitir el reconocimiento se tendrán en cuenta factores como la existencia de una indemnización para la mujer o que sea ésta la que hace valer el repudio efectuado por su marido.

⁷¹ LAGARDE, P.: *La théorie de l'ordre public...*, *op. cit.*, págs. 280-281. Para este autor, lo deseable sería exigir la renuncia a su estatuto polígamico al extranjero que solicita permiso de residencia. Esta solución no parece rechazable, pues tal renuncia está prevista en la legislación de numerosos países islámicos.

⁷² ADROHER BIOSCA, S.: «El derecho a contraer matrimonio en la emigración», *Migraciones*, núm. 0, 1996, págs. 122-130; RUBELLIN-DEVICHI, J.:

ra permitir al cónyuge obtener un permiso de residencia. Se trata de una realidad contra la que debe lucharse, pero con la debida prudencia. De lo contrario, dos derechos fundamentales pueden ser vulnerados, el derecho a contraer matrimonio y el derecho a la intimidad. Debe mantenerse la presunción general de buena fe, no puede imponerse la sospecha sistemática⁷³. No puede desconocerse que probar las intenciones es normalmente muy difícil. En el matrimonio, además, frecuentemente conviven diversos intereses. El deseo de mejorar las condiciones de vida, por ejemplo, no tiene necesariamente que juzgarse incompatible con los fines de la institución matrimonial, y, en consecuencia, la persona que contrae matrimonio con ese deseo puede prestar un verdadero consentimiento matrimonial.

La normativa de inmigración en Europa insiste últimamente sobre la necesidad de evitar la celebración de ma-

«Les mariages blancs, aspects de droit privé et de droit public», *Revue française de droit administrative*, 9(1), enero-febrero, 1993, págs. 166-175; Diago Diago, M. P. «Matrimonios por conveniencia», *Actualidad civil*, núm. 14. 1-7 abril 1996, págs. 329-347; SAROLÉA, S.: «Le mariage simulé en droit international privé», *Revue trimestrielle de droit familial*, 1/1995, págs. 9-30; SAPART, A.: «Célébration et reconnaissance des mariages d'étrangers en Belgique. Implications au niveau communal», *Revue du droit des étrangers*, núm. 90, págs. 519-524; PLENDER, R.: *op. cit.*, págs. 380-382; GUIMEZANES, N.: *op. cit.*, págs. 7-8; «The constitutionality of the INS sham marriage investigation policy», *Harvard Law Review*, vol. 99, págs. 1238-1254; DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., y VAUVILLÉ, F. «Le droit de la famille face à la fraude à l'insertion familiale», en *Le droit de la famille...*, *op. cit.*, págs. 83-101.

⁷³ En este sentido, debe destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1995 (*Repertorio Aranzadi*, 1995, núm. 7063). Se considera que concurren las circunstancias excepcionales que entonces eran exigidas para la exención de visado en el caso de un marroquí que se casa con una compatriota autorizada para residir en España, a pesar de que el matrimonio se ha celebrado después de la desestimación del recurso de reposición. El Tribunal no ve datos o indicios que denoten fraude en esta unión. Es deseable que no se imponga en la regulación jurídica de la inmigración lo que ya algunos consideran una presunción de fraude (JULIEN-LAFERRIÈRE, F.: *op. cit.*, págs. 664-665).

rimonios fraudulentos. La Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 22 de diciembre de 1995, sobre la armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales y sobre la mejora de los medios de control previstos a tal fin ⁷⁴, insta a llamar «la atención de las autoridades competentes para celebrar matrimonios sobre los riesgos de matrimonios fraudulentos». Esa llamada de atención se había producido ya en España. La encontramos en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero ⁷⁵, que insiste sobre la importancia de la audiencia personal y reservada de cada uno de los contrayentes, y llega a utilizar, significativamente, el término «interrogatorio».

En el Reglamento de la Ley de extranjería se introdujo, tras el Dictamen del Consejo de Estado, el requisito de que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley. La aplicación de esta disposición plantea importantes preguntas: ¿hasta qué punto las autoridades no judiciales, en la aplicación del Reglamento, pueden apreciar la existencia de un matrimonio fraudulento?, ¿puede exigirse la prueba de que un matrimonio no es fraudulento?

e) Estabilidad del cónyuge reagrupado

En principio, el cónyuge obtiene el permiso de residencia para vivir con el reagrupante. Por eso se establece que el permiso de residencia se extingue, por resolución motivada de la Administración, cuando se acredite la existencia de separación de hecho o de derecho ⁷⁶. Ahora bien, el cónyuge puede obtener un permiso de residencia independiente cuando obtenga un permiso de trabajo, o cuando acredite haber convivido en España durante dos años (plazo que podrá ser reducido cuando concurren causas de carácter

⁷⁴ DOCE C 5 de 10 de enero de 1996.

⁷⁵ BOE de 25 de enero de 1995.

⁷⁶ Artículo 60.2.c del Reglamento.

familiar que así lo justifiquen), o cuando el reagrupante hubiera fallecido con residencia legal en España⁷⁷. Estas normas tienen una gran relevancia, porque la aplicación de algunas de ellas puede evitar que el permiso de residencia se utilice como arma en las disputas conyugales⁷⁸.

4.2.2. *Los hijos*

«Los familiares que podrán residir... son los siguientes:

b) Los hijos que en el momento de la solicitud sean menores de edad que no estuvieran casados, que no hayan formado una unidad familiar independiente ni lleven vida independiente. En el supuesto de los hijos adoptivos, deberá 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.»

(Art. 54.2 del Reglamento de la Ley de extranjería)

Se admite la RF de los hijos, no de otros descendientes. Debe tratarse, además, de menores de edad, exigencia que no puede entenderse sino como una remisión a la ley nacional, dados los criterios del Derecho internacional privado español en la materia⁷⁹. La ley del Estado de la nacionalidad del hijo tiene, por tanto, que aplicarse para

⁷⁷ Artículo 54.4 del Reglamento.

⁷⁸ Sobre este punto puede consultarse un interesante trabajo: ANDERSON, M. J.: «A license to abuse: the impact of conditional status on female immigrants», *The Yale Law Journal*, vol. 102, 1993, págs. 1401-1430.

⁷⁹ Artículo 9.1 del Código civil. Esta interpretación es la más razonable, sobre todo si se tiene en cuenta que en la normativa anterior quedaban comprendidos en la RF los «menores de dieciocho años». No puede entenderse el cambio como carente de trascendencia, porque en el Derecho español la mayoría de edad se rige por la ley nacional. Si se quería seguir imponiendo, a efectos de RF, el criterio español, la anterior redacción tendría que haberse conservado.

determinar si es menor y, en consecuencia, si puede obtener el permiso de residencia por reagrupación familiar. La solución adoptada presenta ventajas e inconvenientes. Debe ser valorada favorablemente por lo que supone de aceptación de modelos de familia diferentes del español. Ahora bien, su aplicación práctica plantea dificultades nuevas, porque en el procedimiento de RF tendrá que acreditarse el contenido y alcance del Derecho extranjero aplicable⁸⁰.

Por otra parte, esos hijos menores deben encontrarse a cargo del progenitor. Si se han casado, han formado una familia independiente o llevan vida independiente, quedan excluidos de la RF. El cumplimiento de este requisito debe verificarse en el momento de la solicitud. En el caso de cambio posterior de las circunstancias, ¿se altera la situación del hijo? De acuerdo con el propio Reglamento⁸¹, la vigencia del permiso de residencia dependerá del mantenimiento de las circunstancias que sirvieron de base para su concesión. Pero la aplicación de esta disposición al hijo que, por ejemplo, contrae matrimonio no sería justa, ni tampoco coherente con las normas que tienden a asegurar la estabilidad de la situación del hijo en nuestro país⁸².

Para el supuesto de adopción se exigen requisitos que deben llenarse de contenido acudiendo de nuevo a las normas de Derecho internacional privado. La resolución, adoptada por la autoridad administrativa o judicial competente en la materia en el país en que se llevó a cabo, de-

⁸⁰ La prueba puede efectuarse, por ejemplo, por certificación del cónsul del país extranjero de que se trate. Cabe esperar flexibilidad en la aplicación práctica de esta exigencia de prueba, de modo que se presume, por ejemplo, que el menor de dieciocho años es menor de edad. Quizá habría sido mejor, en este sentido, admitir la RF de los menores de dieciocho años y de los mayores de esta edad que acreditaran su minoría de edad de acuerdo con su ley nacional.

⁸¹ Artículo 54.4.

⁸² De acuerdo con el artículo 54.7, los hijos del reagrupante obtendrán un permiso de residencia independiente cuando alcancen la mayor edad. Este puede ser el criterio a seguir en el caso del matrimonio, sobre el que el legislador guarda silencio. ¿Se teme abrir una vía para el fraude?

be reunir los elementos necesarios para producir efectos en España. Es decir, debe tratarse de una adopción sustancialmente equivalente a la regulada en las leyes españolas, lo que implica que los hijos adoptivos tengan los mismos derechos y obligaciones que los hijos biológicos y que los lazos con la familia de origen se hayan roto definitivamente⁸³.

4.2.3. *Incapacitados y menores cuyo representante legal sea el residente extranjero*

A este supuesto se refiere el artículo 54.2.c) del Reglamento. La familia, a efectos de RF, se amplía a aquellas personas incapacitadas o menores cuya representación legal corresponda al residente extranjero⁸⁴. Para probar que se dan estas circunstancias será necesario también en ocasiones hacer aplicación de leyes extranjeras, de acuerdo con las normas del Derecho internacional privado español⁸⁵.

4.2.4. *Los ascendientes*

Cabe la RF de los ascendientes, siempre que se den dos requisitos: dependencia económica del residente extranjero y «razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España» [art. 54.2.d)]. De estas exigencias parece deducirse que no se considera al ascendiente, en circunstancias normales, como parte de la familia. No basta la dependencia económica, son necesarias otras razones adicionales para que proceda la RF. Si el ascendiente pue-

⁸³ ADROHER BIOSCA, S.: «Menores extranjeros en riesgo», *Razón y fe*, Tomo 233, 1996, pág. 603.

⁸⁴ Se echa de menos aquí una disposición semejante a la establecida para los hijos que llegan a la mayoría de edad. En cualquier caso, el uso de la analogía permitiría conceder un permiso de residencia independiente al menor sujeto a tutela u otra forma de representación legal que alcanza la mayoría de edad.

⁸⁵ Artículo 10.11 del Código civil.

de continuar residiendo en el extranjero con la ayuda económica de la familia inmigrante, no se le dará permiso de residencia. Pero precisar cuándo puede y cuándo no puede resulta difícil. ¿Qué «razones» cabe aducir? Por ejemplo, la edad avanzada. Un criterio razonable para su precisión es el de los sesenta y cinco años. Personas de edad inferior con enfermedades que hagan convenientes los cuidados de la familia deben entenderse comprendidas igualmente en la disposición.

Debe destacarse, por otro lado, que la RF no se limita a los padres del residente extranjero. También los abuelos pueden solicitar permiso de residencia por esta vía, siempre que se cumplan los requisitos.

4.2.5. *Valoración del modelo elegido*

El modelo de familia que se tiene en cuenta en la normativa española debe ser valorado favorablemente, en términos generales. Parece conforme con el concepto de familia que prevalece hoy en España⁸⁶. Podría ser mejorado en algunos aspectos, sin embargo, para respetar en lo posible concepciones más extensas de la familia y para dar

⁸⁶ Podría entenderse, no obstante, que no hay total concordancia entre el modelo de familia que recoge el Reglamento y la evolución del concepto de familia que se está produciendo en nuestro país en lo relativo a las uniones de hecho. Pero en una cuestión no del todo clara todavía, la prudencia del legislador es de agradecer, aparte de que la inclusión de la unión de hecho daría lugar a problemas prácticos muy importantes (acreditación y lucha contra el fraude). Podría contrastarse igualmente el modelo con el concepto amplio de «vida familiar» que maneja el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: para que exista vida familiar, por ejemplo, no es preciso que haya matrimonio ni convivencia (CHOLEWINSKI, R.: *op. cit.*, págs. 585-586; LUNDSTROM, K.: «Family life and the freedom of movement of workers in the European Union», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 10, 1996, págs. 262-268; JULIEN-LAFERRIÈRE, F.: «Les étrangers ont-ils droit au respect de leur vie familiale?», *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, 39, págs. 291-295). No puede olvidarse, sin embargo, que las sentencias que se citan de este Tribunal no se refieren estrictamente a problemas de RF.

soluciones justas a determinadas situaciones concretas. A continuación se va a concretar este juicio mediante la comparación con dos modelos cercanos: el de la Resolución adoptada en Copenhague por los ministros de los Estados miembros de la Unión Europea, más restrictivo, y el del régimen de los comunitarios, más generoso.

Los autores del Reglamento de la Ley de extranjería se apartaron de la Resolución de Copenhague en muchos de sus aspectos más discutibles, sobre todo en lo relativo a los hijos.

La Resolución concibe la RF en favor de los hijos del residente y de su cónyuge —es decir, hijos del matrimonio—, y de los hijos adoptados por el residente y su cónyuge cuando residían juntos en un tercer país. Los Estados se reservan la posibilidad de admitir a un hijo (comprendido aquí el caso del adoptivo) que lo es del residente o de su cónyuge, no del matrimonio. Para determinar si se admite a este último hijo, se propone un examen acerca de si el residente y su cónyuge o alguno de los dos tienen atribuída la patria potestad, se les ha confiado la guarda y asumen efectivamente la carga correspondiente. Los Estados se reservan igualmente la posibilidad de admitir a un hijo adoptado a la vez por el residente y su cónyuge cuando uno o ambos residían en un Estado miembro de la Unión. Además, se establece que los Estados examinarán si una adopción ha sido constituída única o principalmente para permitir al hijo entrar y residir en un Estado miembro y, en su caso, negarán la admisión. De acuerdo con la Resolución, los hijos deben tener una edad máxima que debe situarse entre los dieciséis y los dieciocho años. Se insiste, por último, en que los hijos son admitidos con el fin de que vivan con el residente extranjero.

La Resolución, por otro lado, concibe la familia poligámica por bloques, constituído cada uno de ellos por una de las esposas y sus hijos. De este modo, se niega la admisión de una esposa y de sus hijos si el residente tiene ya una es-

posa viviendo con él, y se establece la posibilidad de hacer lo mismo si los hijos de otra esposa son ya residentes.

Las orientaciones anteriores, de evidente sentido restrictivo, no se recogen en la legislación española⁸⁷, lo que merece destacarse en su favor. No se ha aprovechado, sin embargo, el margen abierto por la Resolución para admitir la RF de los hijos del cónyuge o incluso, si razones imperiosas justifican su presencia, de otros familiares. Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

Por su parte, el régimen de los «comunitarios»⁸⁸ define una familia notablemente ampliada si la comparamos con la correspondiente al régimen general analizado. Integran la familia, a efectos de RF, las siguientes personas: el cónyuge, siempre que no esté separado de derecho; los descendientes y descendientes del cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintiún años o mayores de esa edad que vivan a sus expensas; los ascendientes y ascendientes del cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas.

Debe resaltarse, en primer lugar, la inclusión de los descendientes y ascendientes del cónyuge, que evita a éste una situación, humanamente muy difícil, en la que en ocasiones se encuentra el cónyuge en el régimen general, que tiene que elegir entre vivir con su marido o mujer en el Estado de acogida o vivir en su país con sus descendientes o ascendientes⁸⁹. Por otro lado, no basta la separación de hecho para excluir al cónyuge, criterio que por parecer el

⁸⁷ Hay que precisar, de todos modos, que la adopción fraudulenta debe ser perseguida en nuestro Derecho, aunque nada diga al respecto el Reglamento. Son de aplicación, naturalmente, las reglas generales sobre fraude de ley. Quizá ésta, la aplicación de las reglas generales, habría sido también la buena solución para el caso del matrimonio.

⁸⁸ Aplicable, como se ha dicho, a las familias de los españoles y nacionales de los demás Estados miembros del Espacio Económico Europeo.

⁸⁹ De todos modos, hay que tener en cuenta las facilidades mencionadas para la obtención de un permiso de residencia independiente por el cónyuge del residente extranjero. Desde que lo obtiene, tiene derecho a reunir a sus propios familiares.

más adecuado se ha defendido ya con anterioridad. Más generoso es también el trato que se da a los ascendientes, pues se considera suficiente la dependencia económica para que puedan vivir con el residente extranjero. Pero destaca especialmente la consideración dada a los descendientes. Si el descendiente es menor de veintiún años no sufre ninguna limitación. Si es mayor de dicha edad, debe probarse la dependencia económica. Nótese que se habla de descendientes, mientras en el régimen general la RF sólo se contempla en favor de los hijos.

Otra importante diferencia encontramos en lo relativo a la situación de los estudiantes. Excluidos de la RF en el régimen general, tienen derecho a vivir con su familia, no comprendidos ahora los ascendientes, en el régimen de los «comunitarios».

La comparación entre los dos regímenes suscita algunas reflexiones. ¿No sería justo mejorar la protección de los hijos en el régimen general? ¿No lo sería también contemplar el caso de los descendientes y ascendientes del cónyuge? Ambas cosas serían razonables si se tiene en cuenta que ha ido aumentando la edad a la que los hijos abandonan el hogar familiar y que cada vez es más frecuente que alguno de los cónyuges tenga hijos que no son hijos del otro cónyuge.

De todos modos, la no inclusión de determinados familiares en las normas sobre RF no supone, naturalmente, que se prohíba su residencia en España. Pueden solicitar su entrada y residencia en España de acuerdo con las reglas generales⁹⁰. En determinadas circunstancias, además, podría sostenerse la procedencia de un permiso de residencia por circunstancias excepcionales⁹¹. Razones humanitarias puede haber, indudablemente, para autorizar la residencia en España de un nieto o de un hermano del extranjero residente. Pero esas razones deben ser apreciadas por la Administración.

⁹⁰ En la práctica, una de las vías a utilizar para la entrada de otros familiares puede ser la del contingente de trabajadores extranjeros.

⁹¹ Artículo 53 del Reglamento.

5. EL PROCEDIMIENTO

Debe ponerse de relieve, en primer lugar, que en la regulación del procedimiento se supone que el familiar se encuentra en el extranjero, y que debe obtener un visado para RF. Se pretende comprobar, antes de su entrada en España, que se cumplen todos los requisitos exigidos por nuestra legislación. Si se atiende a los términos muy restrictivos en que ha sido regulada la exención de visado⁹², puede afirmarse que no se admite, en términos generales, que el familiar que se encuentra ya en España y que ha entrado por otra vía, solicite permiso de residencia por motivos de RF.

Corresponde al residente extranjero que desea reunir a su familia en España dar el primer paso para la iniciación del procedimiento. Debe solicitar de la autoridad gubernativa un informe acreditativo de que reúne los requisitos exigidos⁹³, es decir, que es titular de un permiso de residencia ya renovado y que dispone de medios de vida, garantías de asistencia sanitaria y vivienda suficientes para él y sus familiares⁹⁴.

⁹² Orden de 11 de abril de 1996 (*BOE* de 17 de abril). La exención de visado puede concederse excepcionalmente, siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante y concurra alguna de las circunstancias previstas. Estas circunstancias, por lo que se refiere estrictamente a la RF y al régimen general, son las siguientes: que se trate de menores de edad que sean hijos de extranjeros con residencia legal en España o que hayan sido acogidos bajo tutela judicial constituida por extranjeros que residan legalmente en España o, también, que se trate del cónyuge de un extranjero residente legal, siempre que no se encuentren separados de hecho o de derecho y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años.

⁹³ Artículo 28.1 del Reglamento.

⁹⁴ De estos requisitos se ha tratado al hablar del derecho a la RF. Debe tenerse en cuenta que las normas anteriores al Reglamento que se mencionaron en ese momento siguen vigentes en la medida en que no resulten incompatibles con aquél.

Con la copia de la petición de informe, registrada por la autoridad gubernativa, el familiar deberá solicitar visado, aportando la documentación acreditativa del parentesco y, en su caso, de la dependencia legal y económica⁹⁵, y los documentos que se exigen con carácter general para el caso de solicitud de visado de residencia (pasaporte, certificado de antecedentes penales y certificado sanitario en los casos y en los términos establecidos en el Reglamento⁹⁶).

El Ministerio de Asuntos Exteriores comunicará entonces a la autoridad gubernativa que ha sido presentada en forma la solicitud de visado, y requerirá a dicha autoridad la remisión del correspondiente informe⁹⁷. Este informe tiene valor vinculante en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos antes enumerados⁹⁸. ¿Cómo debe interpretarse esta atribución de carácter vinculante? Parece que la valoración acerca de si concurren los requisitos corresponde exclusivamente a la autoridad gubernativa, y por eso la denegación del visado por el Ministerio de Asuntos Exteriores no puede justificarse en el incumplimiento de esos requisitos sino en el caso de informe desfavorable. Si es favorable, dicho Ministerio puede conceder el visado, pero puede también denegarlo de acuerdo con las reglas generales⁹⁹. El plazo para la resolución de la solicitud de visado, cuyo tratamiento será preferente, es de tres meses¹⁰⁰.

⁹⁵ Artículo 28.1.

⁹⁶ Artículos 26 y 27.

⁹⁷ Artículo 30.3.

⁹⁸ Artículo 23.2.

⁹⁹ «Para la concesión del visado se atenderá al interés del Estado español y de sus nacionales, y a la aplicación de los compromisos internacionales asumidos por España en el marco de Acuerdos de régimen común de visados. No se concederá visado al extranjero cuya venida a España suponga peligro para el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las relaciones internacionales de España» (art. 32.1 del Reglamento).

¹⁰⁰ Disposiciones finales segunda y sexta del Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento.

Una vez en España, el familiar deberá solicitar permiso de residencia. La solicitud tendrá también tratamiento preferente y se resolverá en el plazo de un mes y medio ¹⁰¹.

6. VALORACION FINAL

La regulación de la RF que contiene el Reglamento de 1996 constituye un importante avance. Sobre todo si se compara con la situación anterior, la normativa vigente puede considerarse bastante satisfactoria. Las nuevas reglas son reflejo de una toma de conciencia respecto de la importancia de la RF en los Estados, como España, en los que la población inmigrante es relativamente numerosa ¹⁰².

Pero también en otros ámbitos es necesaria una toma de conciencia en la misma dirección. Sin ella, el cambio de la reglamentación no puede tener éxito. Son imprescindibles actitudes favorables al respeto del derecho a vivir en familia en las distintas Administraciones competentes. De especial importancia resulta que el Ministerio de Asuntos Exteriores haga una interpretación adecuada de las reglas sobre concesión de visados que antes se han comentado, y la interpretación sólo puede ser adecuada si se tiene en cuenta el objetivo que persiguen las normas sobre RF, esto es, que el extranjero residente pueda reunir a su familia en España. Una interpretación restrictiva conduciría al fracaso del Reglamento.

En una valoración global de las normas sobre RF, por otra parte, no puede dejarse de señalar la distancia existente entre el régimen general y el llamado régimen de los

¹⁰¹ Ver nota anterior.

¹⁰² La imagen que un Estado tiene de sí mismo frente a la inmigración tiene inevitablemente consecuencias en la política que se adopta en la materia. Por ejemplo, en el establecimiento o ausencia de límites cuantitativos a la inmigración de las familias y en la definición de la familia (MOTOMURA, H.: *op. cit.*, págs. 519-521 compara los casos de Estados Unidos y Alemania).

«comunitarios». En este último, aplicable, como se ha dicho, a los familiares de españoles y nacionales de los demás Estados miembros del Espacio Económico Europeo, se parte de una concepción bastante más amplia de la familia. Además, son muy numerosas las reglas más beneficiosas: no es necesaria la iniciación de un procedimiento mientras el familiar se encuentra en el extranjero; sólo se exige acreditar que se dispone de una vivienda considerada normal para los trabajadores nacionales en la región de que se trate; salvo los ascendientes, los familiares están autorizados para trabajar; se establecen importantes limitaciones para la adopción de medidas por razones de orden público, seguridad pública y salud pública, etc. Los nacionales de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo se añaden ahora a los propios nacionales en el goce de determinadas ventajas que anteriormente correspondían sólo a estos últimos¹⁰³. No es seguro que todas las diferencias estén justificadas¹⁰⁴. En cualquier caso, es deseable que esas diferencias se vayan reduciendo progresivamente¹⁰⁵.

¹⁰³ En la existencia de distintos Estados y en la conclusión de determinados acuerdos internacionales se apoyan las diferencias de trato, diferencias que se consideran justificadas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (DE SCHUTTER, O.: *Le droit...*, *op. cit.*, pág. 546)

¹⁰⁴ KAYSER, P.: *op. cit.*, pág. 237. Para este autor, no es fácil justificar, por ejemplo, la diferencia en cuanto a la edad de los hijos con los que el extranjero puede reunirse.

¹⁰⁵ Algunos llegan a considerar deseable la extensión a los extranjeros del régimen de los «comunitarios» (CHOLEWINSKI, R.: *op. cit.*, págs. 597-598). En este orden de cosas, no puede olvidarse la existencia de relaciones profundas entre las normas de nacionalidad y extranjería. Las diferencias entre nacionales y extranjeros, si no están bien medidas, pueden inducir a los últimos a nacionalizarse sólo para huir del Derecho de extranjería (RUIZ DE HUIDOBRO, J. M.: «La regulación de la nacionalidad española y la integración de los inmigrantes». Intervención en el Seminario «Leyes españolas y derechos humanos de los inmigrantes». Instituto Fe y Secularidad. 1996. Nota en Instituto Fe y Secularidad, *Memoria académica. 1995-1996*, págs. 86-88; MOTOMURA, H.: *op. cit.*, págs. 525-528).