

LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA. PREVISIBLE INCIDENCIA DE LA FUTURA DIRECTIVA SOBRE EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

FAMILY REUNION OF IMMIGRANTS IN SPAIN. PROPOSAL OF DIRECTIVE ABOUT THE FAMILY REUNION RIGHT AND ITS INCIDENCE

ISABEL LÁZARO GONZÁLEZ*

En materia de reagrupación familiar, la política común europea terminará concretándose en una Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar. Se han examinado la propuesta de Directiva del Consejo de diciembre de 1999 y la propuesta modificada de mayo de 2002 comparando su contenido (titulares del derecho a la reagrupación familiar, miembros de la familia que pueden ser reagrupados, condiciones para el ejercicio del derecho, presentación y examen de la solicitud, entrada y residencia de los miembros de la familia, sanciones y recursos). A continuación hemos colocado la Legislación española a la luz de la propuesta de Directiva sobre reagrupación familiar de 2 de mayo de 2002. El análisis comparado de la última propuesta de Directiva y la Ley de extranjería permite concluir que son necesarios ciertos ajustes, pero en diversos aspectos la legislación española es más generosa que la propuesta, por lo que debe mantenerse, al menos, la situación actual (de acuerdo con la cláusula de mantenimiento del statu quo).

On the subject of family reunion, finally the European common policy will come down specifically to a Directive about the

* Universidad Pontificia de Comillas de Madrid.

family reunion right. We have analysed the Proposal of Council Directive on December 1999 and the modification on may 2002, comparing its contents. Afterwards, we have seen Spanish legislation to light of the Proposal of Directive on 2nd may 2002. From the comparative analyse between the Proposal and the Spanish Immigration Law, it is possible to conclude that some fittings are necessities but some rules are more generous than the Proposal and they must stand in force (in accordance with the clause of maintenance of the status quo).

Palabras clave: reagrupación familiar, familia, Unión Europea.

Keywords: family reunion, family, European Union.

Constituye una lógica aspiración del inmigrante que ha decidido permanecer en el país de acogida la normalización de su vida familiar y, en consecuencia, traer consigo a los miembros más próximos de su familia. Por esta razón la reunión de la familia se presenta como una de las principales vías de acceso de extranjeros a los países de inmigración.

El fenómeno de llegada de los familiares genera en los responsables de las políticas de inmigración de los países de acogida un sentimiento ambivalente. Por una parte, el flujo constante, no sometido a las reglas generales de control de la entrada de extranjeros, no deja de preocupar¹;

¹ Los Estados receptores durante mucho tiempo se han resistido a hablar de la reagrupación familiar en términos de derecho. Esa resistencia obedece indudablemente a ciertos temores. Así, la emigración familiar tiende a contemplarse como emigración de asentamiento, mientras que la individual se ve como una emigración de regreso. En este sentido se teme que la reagrupación familiar conduzca a un aumento excesivo de la población extranjera. Además, puede pensarse 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 país de acogida (discriminación de la mujer, poligamia, etc.). Inclu-

por otra, se asume que la familia desempeña un papel de enorme relevancia en la integración de los inmigrantes². La reunión con sus familiares resulta esencial para el bienestar de los inmigrantes y para su adaptación al país de acogida, mientras que la separación prolongada y el aislamiento producen dificultades y situaciones de tensión que impiden al inmigrante llevar una vida normal³. No obstante, no deben desconocerse ciertas ambigüedades del fenómeno, pues la llegada de la familia supone la revitalización de las referencias culturales de la sociedad de origen que puede generar en el inmigrante un repliegue cultural que dificulte la integración.

A la luz de esta profunda vinculación entre la vida familiar y la integración del inmigrante en la sociedad de acogida se descubre la importancia de las normas jurídicas que regulan la reagrupación familiar. No resulta extraño que, en el marco de una política europea común de inmigración, los esfuerzos para armonizar la regulación de la reagrupación familiar no hayan cesado. En las páginas que siguen examinaremos los trabajos que desde 1999 se han ido llevando a cabo y veremos en qué medida podrán incidir en la normativa española.

so, llega a temerse que la reagrupación familiar contribuya a modificar sustancialmente la composición étnica de la población.

² Define A. Martínez la integración como «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» (A. MARTÍNEZ RODRIGO, *Las migraciones: un signo de los tiempos. Jalones para una pastoral inmigrante*. Delegación Diocesana de Migraciones de Madrid y Editorial Verbo Divino. Estella, 1995, p. 14).

³ Se afirma en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar presentada por la Comisión (COM (1999) 638 final)-1999/0258 (CNS)) que «la presencia de los familiares contribuye a una mayor estabilidad y a una mejor inserción de estas personas, al permitirles llevar una vida familiar normal».

1. POLÍTICA COMÚN SOBRE INMIGRACIÓN EN EUROPA: LOS AVATARES DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

1.1. Historia de la Propuesta de Directiva y sus modificaciones

Desde mayo de 1999 las medidas sobre política de inmigración, que comprenden las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en los Estados miembros, pueden ser adoptadas en común en el ámbito de la Comunidad Europea sobre la base de los apartados 3 y 4 del artículo 63 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea modificado en Amsterdam. En esta «comunitarización» se fundaba el Consejo Europeo, en Tampere (Finlandia), en octubre de 1999⁴, al reconocer la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales sobre tales condiciones de entrada y residencia y pedir, en consecuencia, al Consejo que adoptara, con rapidez, decisiones basándose en las propuestas de la Comisión.

Al ser la reunión de las familias —como hemos afirmado ya— una de las principales vías de acceso de extranjeros a los países europeos, el establecimiento de normas comunes en materia de reunificación familiar constituye un elemento importante de una verdadera política común sobre inmigración. Hasta la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam no existía base jurídica para una regulación comu-

⁴ En las Conclusiones de la Presidencia (apartado 20) se afirma que «El Consejo Europeo reconoce la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países, basadas en una evaluación conjunta de la evolución económica y demográfica de la Unión, así como de la situación en los países de origen. Para ello pide que el Consejo adopte decisiones con rapidez, basándose en propuestas de la Comisión. Dichas decisiones deberán tener en cuenta no sólo la capacidad de acogida de cada Estado miembro, sino también sus vínculos históricos y culturales con los países de origen».

nitaria de la reagrupación familiar⁵, aunque esta cuestión fuera objeto de atención sobre la base de la cooperación intergubernamental y figurara como tema prioritario en el programa para la armonización de las políticas de inmigración adoptado por los Ministros responsables de inmigración, ratificado por el Consejo Europeo de Maastricht de 1991 o en 1993 los Ministros responsables de la materia adoptarían una Resolución sobre la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar⁶.

En la actualidad, el nuevo Título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea («sobre visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas») ha permitido a la Comisión elaborar una propuesta de Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar⁷; esta propuesta deberá adoptarse conforme

⁵ Sólo parcialmente el Derecho comunitario se había ocupado de la regulación de la reagrupación familiar de nacionales de terceros países, ya que las disposiciones relativas a la libre circulación de ciudadanos de la Unión dentro de la Comunidad Europea se aplican a los miembros de sus familias, bien gocen de la nacionalidad de un Estado miembro o bien de un tercer Estado: Reglamento (CEE) n° 1612/68, de 15 de octubre de 1968 (DO L 257, de 19 de octubre de 1968); Reglamento (CEE) n° 1251/70, de 29 de junio de 1970 (DO L 142, de 30 de junio de 1970); Directiva 73/148/CEE, de 21 de mayo de 1973 (DO L 172, de 28 de junio de 1973); Directiva 75/34/CEE, de 17 de diciembre de 1974 (DO L 14, de 20 de enero de 1975); Directiva 90/364/CEE, de 28 de junio de 1990 (DO L 180, de 13 de julio de 1990); Directiva 90/365/CEE, de 28 de junio de 1990 (DO L 180, de 13 de julio de 1990); Directiva 93/96/CEE, de 29 de octubre de 1993 (DO L 317, de 18 de diciembre de 1993). Estos textos han sido modificados en numerosas ocasiones.

⁶ Esta Resolución adoptada en Copenhague no es jurídicamente vinculante, pero contiene los principios que deberían presidir las políticas nacionales de los Estados miembros en relación con la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados que residen en el territorio de los Estados miembros.

⁷ No debe olvidarse que el Título IV del Tratado no es aplicable al Reino Unido ni a Irlanda, a menos que estos dos países decidan lo contrario según lo establecido en el Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda anejo a los Tratados. Tampoco se aplica a Dinamarca, en virtud del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo a los Tratados.

al procedimiento previsto en el artículo 67 del Tratado, es decir, previa consulta al Parlamento Europeo, el Consejo decidirá por unanimidad⁸. Veamos cómo se ha ido desarrollando este proceso legislativo.

El 1 de diciembre de 1999 la Comisión presentó una propuesta de Directiva⁹. Esta regulación se inspira en la idea de garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros, concediéndoles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión Europea¹⁰. En esta línea la Comisión «considera que hay que permitir a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros ser titulares de un derecho a la reagrupación familiar, sujeto a determinadas condiciones, mediante el que estas personas puedan llevar una vida familiar normal y se favorezca su integración en las sociedades de los Estados miembros»¹¹.

Conforme al procedimiento mencionado, en febrero de 2000, el Consejo consultó al Parlamento sobre la propuesta. Vistos el informe de la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores y la opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, el 6 de septiembre el pleno del Parlamento aprueba su dictamen en el que respalda el enfoque general y las principales orientaciones de la propuesta, pero pide a la Comisión que modifique algunos aspectos y al Consejo que

⁸ Establece el artículo 67 que «durante un periodo transitorio de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el Consejo decidirá por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo».

⁹ Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar presentada por la Comisión (COM (1999) 638 final)-1999/0258 (CNS)).

¹⁰ Conclusiones de la Presidencia en el Consejo Europeo de Tampere (apartado 18).

¹¹ Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar presentada por la Comisión (COM (1999) 638 final)-1999/0258 (CNS)).

le informe si pretende apartarse del texto aprobado por el Parlamento.

La nueva propuesta, modificada por la Comisión, se presenta nuevamente el 10 de octubre de 2000¹². Sin embargo, las negociaciones en el seno del Consejo (en mayo de 2000, mayo de 2001 y septiembre de este último año) ponen de manifiesto dificultades que no permiten el avance de la iniciativa. El Consejo Europeo de Laeken (Bélgica) los días 14 y 15 de diciembre de 2001, tras reconocer que los progresos han resultado menos sustanciales y rápidos de lo previsto —lo que hace necesario desarrollar una nueva orientación—, invita a la Comisión a que presente, a más tardar el 30 de abril de 2002, una propuesta modificada relativa a la reagrupación familiar¹³.

La Comisión adopta entonces efectivamente un nuevo enfoque: se parte de que la armonización de las legislaciones estatales en materia de reagrupación familiar se llevará a cabo en varias etapas. La nueva propuesta —propuesta modificada de 2 de mayo de 2002— constituye sólo la primera etapa en la aproximación de las normativas¹⁴.

Examinemos a continuación la propuesta de Directiva del Consejo de diciembre de 1999 y la propuesta modificada de mayo de 2002 comparándolas.

1.2. La Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar de 1 de diciembre de 1999

Con el objetivo de garantizarles un trato justo, la propuesta de Directiva considera a los nacionales de terceros

¹² COM (2000) 624 final. DOCE C 62 E, 27.2.2001.

¹³ Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Laeken. 14 y 15 de diciembre de 2001, núms. 38 a 41.

¹⁴ Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar (presentada por la Comisión) de 2 de mayo de 2002 (COM (2002) 225 final-1999/0258 (CNS)). DOCE C 203 E, 27.8.2002.

Estados que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea, titulares de un derecho a la reagrupación familiar, aunque se trata de un derecho cuyo goce se somete a determinadas condiciones. Desde este punto de partida se persigue una aproximación de las legislaciones nacionales con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los nacionales de terceros países que, así, podrán disfrutar de condiciones de reagrupación familiar muy similares, independientemente del Estado miembro en el que residan legalmente. Este acercamiento entre las legislaciones reduce el riesgo de que la elección del Estado miembro en el que el extranjero desee residir se funde en las condiciones más favorables que este país pudiera ofrecerle.

La primera propuesta —de la que ahora hablamos— establece también un derecho a la reagrupación familiar para los ciudadanos de la Unión que no ejerzan su derecho a la libre circulación, cuestión que hasta el momento se consideraba como puramente interna y regulada únicamente por el Derecho nacional. La situación que se ha venido dando crea una diferencia de trato entre la familia de los ciudadanos de la Unión que no han ejercido su derecho a la libre circulación y han permanecido en el país de su nacionalidad y la de los que sí lo han hecho. En algunos ordenamientos la regulación de la reagrupación familiar de miembros de la familia de los propios nacionales resulta incluso más restrictiva que la establecida por las normas de Derecho comunitario.

Hasta ahora la regulación de la entrada de los miembros de la familia de los nacionales de terceros países se ha llevado a cabo de manera diferente en los distintos Estados miembros y las divergencias existentes en tal legislación no permiten alcanzar de manera suficiente una política común en materia de asilo e inmigración. Sólo fijando criterios comunes a través de una Directiva será posible evitar que los nacionales de terceros países elijan el país de destino únicamente en función de que en el mismo puedan disfrutar de condiciones más beneficiosas. No obstante, la

propuesta de Directiva responde a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, lo que permite establecer unos principios marco y, a la vez, dejar a los Estados miembros destinatarios la elección de la forma y los medios más convenientes para aplicar estos principios en su sistema jurídico y en su contexto nacional¹⁵.

Los veintidós artículos que configuran la propuesta de Directiva se estructuran en siete capítulos: disposiciones generales, miembros de la familia, presentación y examen de la solicitud, condiciones materiales del derecho a la reagrupación familiar, entrada y residencia de los miembros de la familia, sanciones y recursos y, para terminar, disposiciones finales.

a) Titulares del derecho a la reagrupación familiar

La Directiva será de aplicación cuando el reagrupante sea un nacional de un tercer país que resida legalmente en un Estado miembro y sea titular de un permiso de residencia expedido por ese Estado miembro de un periodo de validez superior o igual a un año, un refugiado, independientemente de la duración de su permiso de residencia, o un ciudadano de la Unión Europea que no ejerza su derecho a la libre circulación, siempre que los miembros de la familia del reagrupante tengan la nacionalidad de un tercer país, independientemente de su estatuto jurídico¹⁶. Sin embargo, no se aplicará cuando el reagrupante sea un nacional de un tercer país que solicite el reconocimiento de la condición de refugiado y cuya solicitud no haya sido objeto de una decisión sobre su estatuto o un nacional de un tercer país autorizado a residir en un Estado miembro en virtud de una protección temporal o que solicite la autorización de residir por este mismo motivo y se encuentre a la espera de una decisión sobre su estatuto¹⁷.

¹⁵ Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar presentada por la Comisión (COM (1999) 638 final)-1999/0258 (CNS)).

¹⁶ Artículo 3.1.

¹⁷ Artículo 3.2.

b) *Miembros de la familia que pueden ser reagrupados*

En cuanto a los miembros de la familia que pueden ser reagrupados, conforme al artículo 5 son los siguientes:

1. El cónyuge del reagrupante o la pareja de hecho que tenga una relación duradera con el reagrupante, si la legislación del Estado miembro en cuestión asimila la situación de las parejas no casadas a la de las casadas. En caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera una esposa viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la entrada ni la residencia de otra esposa, ni de los hijos de esta última; sólo se autorizará la entrada y la residencia de los hijos de otra esposa si el interés superior del hijo así lo exige.
2. Los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge o del reagrupante y de la pareja de hecho, incluidos los hijos adoptados en virtud de una decisión de autoridad competente del Estado miembro en cuestión o de una decisión reconocida por esta autoridad. También los hijos menores, incluidos los adoptados, del reagrupante o de su cónyuge o pareja de hecho, cuando alguna de estas personas tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Si la custodia fuera compartida, será necesario acuerdo del otro progenitor. Se exige que los menores tengan una edad inferior a la mayoría de edad legal del Estado miembro en cuestión y que no estén casados. En cuanto a los hijos mayores del reagrupante o de su cónyuge o de la pareja de hecho, quedan comprendidos cuando no estén casados y no puedan subvenir objetivamente a sus necesidades debido a su estado de salud.
3. Los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge o pareja de hecho, cuando estén a su cargo y no tengan ningún otro apoyo familiar en el país de origen. No cabe la reagrupación de los ascendientes cuan-

do el reagrupante resida en un Estado miembro con fines de estudios.

Se añade, como regla especial para los refugiados o personas beneficiarias de protección subsidiaria, que los Estados miembros facilitarán la reagrupación de otros miembros de la familia si estuvieran a cargo del reagrupante¹⁸. Si el refugiado fuera un menor no acompañado, los Estados miembros podrán autorizar la entrada y la residencia en virtud de la reagrupación familiar de sus ascendientes sin aplicar las condiciones generales a que nos referíamos en el párrafo anterior, e incluso autorizar la entrada y residencia de otros miembros de la familia cuando el menor no tenga ascendientes o sea imposible encontrarlos¹⁹.

c) Condiciones para el ejercicio del derecho

Junto al vínculo familiar, los Estados miembros podrán exigir el cumplimiento de otras condiciones: vivienda adecuada, seguro de enfermedad y recursos estables y suficientes. Estas condiciones sólo pueden fijarse con el fin de garantizar que el reagrupante sea capaz de subvenir a las necesidades de los miembros de su familia una vez reagrupada sin financiación pública y no podrán implicar ninguna discriminación entre los nacionales y los ciudadanos de terceros países²⁰. Además, los Estados podrán exigir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un periodo de tiempo, que no podrá superar un año, antes de hacer venir a los miembros de su familia para reunirse con él²¹.

La entrada y la residencia de un miembro de la familia podrá denegarse por razones de orden público, seguridad interior y salud pública²².

¹⁸ Artículo 5.4.

¹⁹ Artículo 6.

²⁰ Estas condiciones y los términos en que se exigirán se establecen en el artículo 9.

²¹ Artículo 10.1.

²² Artículo 8.

d) *Presentación y examen de la solicitud*

Por lo que se refiere a la presentación y examen de la solicitud, merecen ser destacados también algunos aspectos. En principio, la solicitud, que debe ir acompañada de los justificantes que prueben los vínculos familiares y demás condiciones exigidas por la Directiva, se presentará ante las autoridades competentes del Estado miembro donde resida el reagrupante cuando el miembro de la familia se encuentre fuera del territorio de ese Estado. Tras examinar la solicitud, las autoridades comunicarán por escrito al reagrupante la decisión adoptada en un plazo que no podrá superar los seis meses y, en caso de denegación, la decisión deberá ser motivada.

e) *Entrada y residencia de los miembros de la familia*

Autorizada la reagrupación, el Estado miembro en cuestión facilitará los visados necesarios y expedirá un permiso de residencia. Como muy tarde después de cuatro años de residencia, y en la medida en que subsistan los vínculos familiares, el cónyuge o la pareja de hecho y el hijo que hubiera alcanzado la mayoría de edad, tendrán derecho a solicitar un permiso de residencia independiente del permiso del reagrupante²³. Como hace notar la propia Comisión en la Exposición de Motivos de la propuesta, se abarcan situaciones más amplias que aquellas a las que en la actualidad se aplica el derecho de residencia de los nacionales de terceros países que sean miembros de la familia de ciudadanos de la Unión que ejerzan el derecho a la libre circulación. Esta mayor amplitud se explica por la particular situación de las personas a que se dirige, pues se encuentran más expuestas a un empeoramiento de su estatuto en caso de expulsión del reagrupante o en caso de ruptura de los vínculos familiares con el mismo.

²³ Artículo 13.1. En los números siguientes de este mismo artículo se contempla la posibilidad de obtener el reagrupado un permiso de residencia autónomo cuando concurran circunstancias especiales.

Los miembros de la familia del reagrupante tienen derecho al acceso a la educación, al acceso al empleo y a la formación profesional de la misma manera que los ciudadanos de la Unión. Se establece esta equiparación por considerar que estos derechos son necesarios para la integración en su nuevo medio social.

f) Sanciones y recursos

El capítulo VI de la propuesta prevé la posibilidad de que los Estados sancionen el incumplimiento de las normas y los procedimientos en caso de fraude, falsificación de documentos y matrimonio o adopción fraudulentos.

1.3. La Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar de 2 de mayo de 2002

Esta modificación de la propuesta —la segunda propuesta modificada— adopta un nuevo enfoque y señala, como ya avanzábamos, la primera etapa de la aproximación de las legislaciones nacionales en materia de reagrupación familiar.

Ante las dificultades surgidas en la negociación, esta propuesta de mayo de 2002 ofrece mayor flexibilidad sobre las cuestiones causantes del bloqueo al permitir que las legislaciones nacionales disfruten de cierto margen de maniobra. También prevé la propuesta, en casos limitados, excepciones para adaptarse a las especificidades de las legislaciones nacionales vigentes.

Para evitar que la entrada en vigor de la Directiva se utilice por los Estados para modificar sus legislaciones dificultando el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, se ha establecido la cláusula de mantenimiento del *statu quo*²⁴. Aunque los Estados pueden «mantener o in-

²⁴ Establece el artículo 3.6 de la propuesta que «los apartados 1, 2 y 3 del artículo 4, el párrafo segundo de la letra c) del apartado 1 del artículo 7 y el artículo 8 de esta Directiva no tendrán por efecto la introducción de requisitos menos favorables que los existentes en cada Estado miembro en la fecha de la adopción de esta Directiva».

troducir disposiciones más favorables, sin embargo no pueden, modificando sus legislaciones respectivas, cuestionar el zócalo mínimo común garantizado por las disposiciones de esta propuesta»²⁵. Otra cláusula, la de emplazamiento, permite fijar la próxima cita para determinar la siguiente etapa de la aproximación de legislaciones. En la fecha establecida las disposiciones que ofrecen la máxima flexibilidad se revisarán prioritariamente.

Tras el inicio de los trabajos para elaborar una refundición del Derecho comunitario de la libre circulación de las personas, se ha modificado el ámbito de aplicación personal de la Directiva; el objetivo de la Directiva es «fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de países terceros que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros»²⁶. Ya no quedan comprendidos los ciudadanos de la Unión que no ejerzan su derecho a la libre circulación debido a que se han iniciado los trabajos para elaborar una refundición del Derecho comunitario de la libre circulación de personas.

a) Titulares del derecho a la reagrupación familiar

La Directiva será de aplicación cuando el reagrupante sea un nacional de un tercer país que resida legalmente en un Estado miembro y sea titular de un permiso de residencia expedido por ese Estado miembro de un periodo de validez superior o igual a un año, «y —se añade en la propuesta modificada— tenga una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia duradera»²⁷. Este requisito añadido, de contornos poco precisos, tiene la finalidad de evitar la reagrupación familiar de las personas que sólo residan temporalmente, sin posibilidad de renovación

²⁵ Exposición de Motivos de la Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar (presentada por la Comisión) de 2 de mayo de 2002 (COM (2002) 225 final-1999/0258 (CNS)).

²⁶ Artículo 1 de la propuesta modificada.

²⁷ Artículo 3.1.

(menciona la Comisión a título de ejemplo a las personas *au pair*, becarios, etc.).

b) *Miembros de la familia que pueden ser reagrupados*

El capítulo II, relativo a los miembros de la familia que pueden ser reagrupados, ha sufrido importantes modificaciones como consecuencia de las divergencias entre las legislaciones estatales en la materia y de la generosidad de los Estados miembros. La reagrupación familiar se refiere a los miembros de la familia nuclear. Queda reflejada de este modo la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre los Estados miembros en cuanto a la extensión de los beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar más allá del cónyuge y los hijos menores. Corresponde a los Estados decidir si desean ampliar ese círculo, es decir, las legislaciones estatales pueden incluir a los ascendientes, los hijos mayores a cargo o los compañeros no casados, pero no tienen obligación de hacerlo. Con arreglo a las previsiones del artículo 4 cabe distinguir en relación con los beneficiarios dos niveles:

1. Los Estados tienen **obligación de autorizar**, siempre que se respeten las condiciones exigidas por la Directiva, la entrada y residencia de los siguientes miembros de la familia del reagrupante:
 - El cónyuge del reagrupante. 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 de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Por otra parte, con el fin de luchar contra los matrimonios forzados entre personas menores que aún persisten en algunos lugares del mundo, los Estados podrán exigir que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima que no superará la mayoría de edad legal, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante.

- Los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptados en virtud de una decisión de autoridad competente del Estado miembro en cuestión o de una decisión ejecutoria de pleno Derecho en virtud de obligaciones internacionales de dicho Estado o que debe reconocerse en virtud de las obligaciones internacionales. También los hijos menores, incluidos los adoptados, del reagrupante o de su cónyuge, cuando alguna de estas personas tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Si la custodia fuera compartida, el Estado podrá autorizar la reagrupación pero será necesario acuerdo del otro progenitor. Se exige que los menores tengan una edad inferior a la mayoría de edad legal del Estado miembro en cuestión y que no estén casados. La cuestión de la edad máxima para autorizar la reagrupación de los hijos fue controvertida. Finalmente, como excepción, se establece que cuando un hijo tenga más de doce años, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia, podrá examinar si cumple un criterio de integración, cuyo examen será previsto por la legislación existente en la fecha de la adopción de la Directiva.
2. Los Estados **podrán**, por vía legislativa o reglamentaria, **autorizar**, siempre que se respeten las condiciones exigidas por la Directiva, la entrada y residencia de los siguientes miembros de la familia del reagrupante:
- El compañero no casado que mantenga con el reagrupante una relación duradera debidamente probada o que constituya con el reagrupante una pareja de hecho registrada, así como los hijos menores no casados, incluidos los adoptivos, de estas personas.
 - Los hijos del reagrupante o de su cónyuge cuya custodia se comparte, si está de acuerdo con la reagrupación el otro progenitor.

- Los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, cuando no puedan subvenir objetivamente a sus propias necesidades debido a su estado de salud.
- Los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar necesario en el país de origen.

c) Presentación y examen de la solicitud

Para conciliar los dos tipos de procedimiento existentes en los Estados miembros, la solicitud para la reagrupación familiar puede presentarse en el Estado miembro o ante las autoridades consulares de éste en el Estado de origen de la familia y este procedimiento puede iniciarse por el reagrupante o por el miembro o miembros de la familia que quieren reunirse con él. Aunque, en principio, la solicitud debe presentarse cuando los miembros de la familia se encuentren fuera del territorio del Estado miembro en cuyo territorio resida el reagrupante, como excepción cabe aceptar las solicitudes de los miembros de la familia que ya estén dentro. El plazo para comunicar la decisión adoptada por las autoridades competentes se amplía a nueve meses, que en circunstancias excepcionales podrá extenderse hasta doce. Las consecuencias de la falta de decisión al expirar este plazo quedan sometidas a la legislación de cada Estado. En caso de que la decisión fuera de denegación, deberá ser motivada.

d) Condiciones para el ejercicio del derecho

También las condiciones del ejercicio del derecho a la reagrupación familiar han sufrido algunas modificaciones como consecuencia de las exigencias de los Estados. A mi juicio, dos de ellas destacan porque hacen más precario el régimen de la reagrupación. Por una parte, los motivos de orden público y seguridad nacional pueden justificar, no sólo la denegación de una solicitud de entrada y de residencia, sino además que se retire el permiso de residencia a un

miembro de la familia o se deniegue su renovación²⁸. Por otra, los Estados pueden exigir un periodo de residencia legal en su territorio al reagrupante de hasta dos años y se añade el siguiente texto en un segundo párrafo al artículo 8: «Como excepción, cuando en materia de reagrupación familiar la legislación existente en un Estado miembro en la fecha de adopción de la Directiva tenga en cuenta su capacidad de recepción, este Estado miembro podrá prever la introducción de un periodo de espera de 3 años como máximo entre la presentación de la solicitud de reagrupación familiar y la expedición de un permiso de residencia a los miembros de la familia». De este modo, los Estados miembros que practican limitaciones para tener en cuenta su capacidad de recepción y escalonar durante varios años las solicitudes de entrada, pueden elegir no autorizar la entrada de todos los miembros de la familia cuya solicitud fue aceptada el año en que se presentó. No obstante, tales Estados no podrán imponer un periodo de espera superior a tres años desde la presentación de la solicitud.

e) Refugiados

En el capítulo V se han recogido las disposiciones especiales aplicables a la reagrupación familiar de los refugiados. Los Estados pueden limitar la aplicación de este régimen especial sólo a los refugiados cuyos vínculos familiares existieran previamente al reconocimiento de su estatuto, siempre que la situación de estas familias justifique la aplicación prioritaria de un trato más favorable.

f) Entrada y residencia de los miembros de la familia

Los Estados no parecen preparados —y, desde luego, algunos no están dispuestos— para aceptar el principio de gratuidad de los visados de reagrupación familiar que se había previsto en el artículo 11 de la propuesta de diciembre de 1999 y, por ello, en mayo de 2002 no hay pronunciamientos sobre el coste.

²⁸ Artículo 6.2.

La duración del permiso de residencia de los miembros de la familia es idéntica a la del reagrupante, de manera que no disfrutan de condiciones más favorables para acceder al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, sino que se someten al régimen general. En cuanto a la obtención de un permiso de residencia autónomo en caso de viudez, divorcio, separación o muerte de ascendientes o descendientes, no se exige un plazo mínimo de un año de residencia para obtenerlo.

En relación con el goce del derecho al acceso a la educación, acceso al empleo y a la formación profesional, se ha roto la equiparación a los ciudadanos de la Unión: los miembros de la familia gozarán de estos derechos de la misma manera que el reagrupante.

g) Sanciones y recursos

En la regulación de las sanciones se ha procedido en la nueva propuesta a una regulación más detallada que busca garantizar tanto el cumplimiento de la finalidad y las condiciones previstas en la Directiva para que proceda la reagrupación familiar, como garantizar también el fracaso de las actuaciones fraudulentas. En consecuencia, permite denegar la solicitud de entrada y de residencia o, incluso, retirar el permiso de residencia o denegar su renovación, cuando no se cumplan o hayan dejado de cumplirse las condiciones fijadas en la Directiva, cuando el reagrupante y el miembro o miembros de su familia no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva o cuando se constate, en el caso de las parejas de hecho, que el reagrupante o su compañero han contraído matrimonio o mantienen un relación estable con otra persona²⁹. Del mismo modo podrán proceder los Estados miembros si se utilizó información falsa o engañosa, documentos falsos o falsificados, o se cometió fraude o se utilizaron otros medios ilícitos, así como en el caso de que el matrimonio, la pareja de hecho o la adopción se hubieran formalizado únicamente para que la persona inte-

²⁹ Artículo 16.1.

resada pudiera entrar o residir en un Estado miembro³⁰. A estos efectos, los Estados podrán proceder a controles específicos cuando existan sospechas fundadas de fraude o de matrimonio, pareja de hecho o adopción ficticios.

h) Cláusula de emplazamiento

El artículo 19 introduce la cláusula de emplazamiento por la que la Comisión se obliga «periódicamente y, por primera vez a más tardar a los dos años» a elaborar un informe sobre la aplicación de la Directiva en los Estados miembros y lo transmitirá al Parlamento Europeo y al Consejo, proponiendo, en su caso, las modificaciones necesarias. Las propuestas de modificación se referirán prioritariamente al ámbito de aplicación personal de la Directiva (artículo 3), a los miembros de la familia (artículo 4), a las condiciones relativas a la vivienda, seguro de enfermedad y recursos para subvenir a las necesidades de la familia (artículo 7), al periodo previo de residencia del reagrupante (artículo 8) y a la obtención del visado y permiso de residencia (artículo 13). Estos extremos son los que en la Directiva ofrecen una flexibilidad muy amplia que deberá ir limitándose en la siguiente etapa de aproximación legislativa.

2. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO ESPAÑOL. INCIDENCIA DE LA FUTURA DIRECTIVA EN LA LEGISLACIÓN INTERNA ESPAÑOLA

2.1. Regulación de la reagrupación familiar en el Derecho español

La Ley de Extranjería de 1985³¹ y su Reglamento de 1986³², elaborados en un momento en el que España care-

³⁰ Artículo 16.2.

³¹ Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE de 3 de julio).

³² Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo (BOE de 23 de febrero; corrección de errores en el BOE de 2 de abril).

cía de una política de inmigración, no ofrecieron un tratamiento adecuado para la familia inmigrante³³. Aquella Ley no reconocía el derecho a la reagrupación familiar —sin que esto haya significado, como algunos autores han puesto de manifiesto, la inexistencia del derecho—. El Reglamento de 1996 nació, sin embargo, en el marco de la política de inmigración que se inicia con la Proposición no de Ley aprobada en el Congreso el 9 de abril de 1991³⁴; en él se toma en consideración frecuentemente a la familia y se ofrece un tratamiento de la reagrupación familiar, regulando el derecho en términos claros y significativos.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social³⁵, dedica el capítulo II del Título I («Derechos y libertades de los extranjeros») a la reagrupación familiar. Los dos artículos que conformaban ese capítulo II han sufrido modificaciones en la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre³⁶, en la que además se han añadido otros dos artículos. La regulación de la Ley se completa por el Reglamento de 20 de julio de 2001³⁷.

El punto de partida de esta regulación —conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Ley— es el reconocimiento del derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar de los extranjeros residentes en España. Parece confundir la norma dos derechos: el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar y el derecho a reagruparse con los miembros de la familia en España. Por esta con-

³³ «No puede extrañar —afirma Ezquerro Ubero ante esta ausencia de política de inmigración— que la familia no tuviera un tratamiento apropiado y que la reagrupación familiar se regulara de una manera muy deficiente» (J. EZQUERRA UBERO, «El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: Ensayo de valoración de la normativa aplicable». *Migraciones* núm. 1, 1997, p. 183).

³⁴ BOCG (Congreso de los Diputados) de 22 de marzo de 1991.

³⁵ BOE de 12 de enero de 2000.

³⁶ BOE de 23 de diciembre de 2000.

³⁷ Aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (BOE de 21 de julio de 2001).

fusión se necesita una aclaración. Todo extranjero, con independencia de la regularidad o no de su situación, tiene derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar. Es éste un derecho que corresponde a toda persona, vinculado a su condición humana, del que no puede privarse al extranjero. Diferente reconocimiento merece el derecho a la reagrupación familiar en el territorio de un Estado del que no se es nacional. No todo extranjero goza del derecho a traer a su familia con él: el Estado no está obligado a permitir que la vida en familia del extranjero se desarrolle en su territorio cuando el extranjero no reside legalmente en él. En este sentido puede afirmarse que la protección del derecho a vivir en familia no tiene alcance universal, pues no todos los habitantes del mundo tienen derecho a vivir en familia en España: el ámbito personal del derecho a la reagrupación familiar se limita a los extranjeros residentes³⁸. El derecho a reagruparse con su familia en España corresponde sólo al extranjero residente. El reconocimiento de este derecho es una condición necesaria para la vida en familia, contribuye a la creación de un entorno adecuado para hacer posible la integración y garantiza la protección de la familia —al permitir crear o mantener la vida familiar—³⁹.

a) *Titulares del derecho a la reagrupación familiar*

Son titulares del derecho a la reagrupación familiar los extranjeros residentes⁴⁰. La Ley Orgánica 8/2000 así lo ha

³⁸ J. EZQUERRA UBERO, «El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: Ensayo de valoración de la normativa aplicable...», cit., p. 187.

³⁹ En la misma línea de argumentación M. MOYA ESCUDERO, «Derecho a la reagrupación familiar», en M. MOYA ESCUDERO (COORD.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*. Comares, Granada, 2001, p. 674.

⁴⁰ Artículo 16.2 de la Ley. Consecuentemente con este precepto el artículo 41.4 del Reglamento establece que «Los extranjeros que residen legalmente en España podrán reagrupar con ellos a sus familiares, conforme a los requisitos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000 y en este Reglamento».

establecido modificando la redacción del artículo 16.2 que reconocía este derecho a los familiares de los extranjeros residentes. La solicitud de reagrupación familiar debe presentarla el residente en el ejercicio del derecho subjetivo que se le reconoce. Constituye la voluntad de traer a su familia un requisito imprescindible para que la reagrupación sea posible.

b) Miembros de la familia que pueden ser reagrupados

En cuanto a los familiares reagrupables, también para nuestro ordenamiento la familia que se toma en consideración es fundamentalmente la familia nuclear que nace de un matrimonio. Conforme al artículo 17 de la Ley, el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares:

1. El cónyuge del residente, cuando no se haya separado de hecho o de derecho y siempre que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial⁴¹. El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge casado en segundas nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes.
2. Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la

⁴¹ Consecuentemente con esta previsión, el artículo 41.4 RE establece en su párrafo sexto que «no se podrá conceder un permiso de residencia a un extranjero como cónyuge de un residente extranjero cuando otro cónyuge de éste ya cuente con anterioridad con un permiso de residencia».

Ley española o su Ley personal, y no se encuentren casados. Cuando se trate de hijos de uno sólo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España.

Los hijos reagrupados obtendrán una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad o cuando obtengan una autorización para trabajar⁴².

3. Los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal.
4. Los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

c) Condiciones para el ejercicio del derecho

Los extranjeros que deseen ejercer el derecho a reagrupar con ellos a sus familiares deberán solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor del miembro o los miembros de su familia a los que quieren tener consigo. Junto a la solicitud, deben presentar prueba de que disponen de alojamiento adecuado y medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de la familia una vez reagrupada⁴³. Para ejercer este derecho, el

⁴² Artículo 19.2 LOE.

⁴³ Artículo 18.1 LOE. Para acreditar los extremos relativos al empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, el reagrupante debe aportar los tres últimos recibos de salarios o fotocopia de boletines de cotización en el supuesto de trabajadores por cuenta ajena, justificación de ingresos de la persona en situación de inactividad, declaración —en su caso— del IRPF correspondiente al año anterior en el supuesto de trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena, justificante de afiliación y alta en la Seguridad Social o seguro de asistencia sanitaria y beneficiarios y cualquier

reagrupante deberá haber residido legalmente un año en España y tener autorización para residir al menos otro año⁴⁴. El reagrupante residente en España debe pedir informe de la autoridad gubernativa de la provincia donde resida acreditativo de que reúne las condiciones que se le exigen.

d) Presentación y examen de la solicitud

Por otra parte, el familiar al que se quiere reagrupar debe presentar la solicitud de visado de residencia para reagrupación familiar, acompañada de la documentación que en general se exige para los visados de residencia, de copia de la petición del informe con el número de enlace de visado (NEV) incorporado y registrado⁴⁵ y de docu-

otro documento que considere oportuno. Para acreditar que dispone de una vivienda suficiente para el reagrupante y su familia, deberá aportar informe expedido por la Corporación Local que acredite que dispone de un alojamiento adecuado para subvenir a sus propias necesidades de vivienda en la zona de residencia del reagrupante, teniendo en cuenta el número de miembros de la familia. También pueden acreditarse mediante acta notarial mixta de presencia y manifestaciones las características y amplitud de la vivienda. Tanto el informe mencionado como el acta notarial —según el medio que se haya elegido— deben hacer referencia a los siguientes extremos detallados en el artículo 44.4.d) RE: 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, en particular las relativas a la disponibilidad de agua corriente, electricidad, sistema de obtención de agua caliente y red de desagües.

⁴⁴ Artículo 18.2 LOE. Esta exigencia, sin embargo, no opera en el caso de los familiares de estudiantes extranjeros pues, conforme al artículo 55.1 RE, pueden solicitarse los correspondientes visados de estancia sin necesidad de un periodo previo de estancia del estudiante extranjero. Dichos visados pueden solicitarse en cualquier momento desde la solicitud del visado de estudios del estudiante o investigador.

⁴⁵ Se trata, como señala el artículo 9 RE, de un código alfanumérico que tiene por objeto facilitar la comunicación entre órganos administrativos y que identifica un procedimiento de visado tramitado en una Misión Diplomática u Oficina Consular a cuyo expediente deban incorporarse documentos e informes.

mentación que acredite el parentesco y la dependencia legal o económica, cuando sea necesario. Presentada la solicitud de visado en la Misión Diplomática u Oficina Consular en cuya demarcación reside el familiar, se instruye el expediente y se eleva al Ministerio de Asuntos Exteriores la solicitud de visado acompañada de un informe y de la documentación necesaria, con el fin de obtener autorización para la concesión del visado. El Ministerio comunica entonces a la autoridad gubernativa que ha sido presentada en forma la solicitud de visado y requerirá a dicha autoridad que le remita el correspondiente informe sobre las condiciones que se exigen al reagrupante⁴⁶. Este informe de la autoridad gubernativa tiene valor vinculante respecto a las condiciones exigidas por el artículo 18 de la Ley; es decir, si el informe es desfavorable deberá denegarse la autorización para la expedición del visado y si es favorable la denegación del visado no podrá fundarse en el incumplimiento de los requisitos exigidos al reagrupante, aunque sí en el incumplimiento de los requisitos que se exigen al familiar o por aplicación de las reglas generales. Recibida la autorización la Misión Diplomática u Oficina Consular resuelve y expide, en su caso, el visado. El plazo máximo para notificar la resolución sobre la solicitud del visado de reagrupación familiar será de tres meses. No obstante, podrá suspenderse hasta tres meses en el caso de tener que incorporar al procedimiento informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución de otros órganos administrativos situados en España, y únicamente quince días cuando se requiera la subsanación o la aportación de otros documentos preceptivos o la aportación de elementos de juicio necesarios incluida la comparecencia personal⁴⁷.

⁴⁶ Artículo 17.3 RE. Se trata del ya mencionado informe solicitado por el reagrupante residente en España. El sentido de este informe se comunica al reagrupante tras haberlo remitido a la Dirección General de Asuntos Consulares.

⁴⁷ Disposición Adicional 4.ª RE.

La denegación del visado de residencia para la reagrupación familiar debe ser motivada, informando al interesado de los hechos y circunstancias constatadas y, en su caso, de los testimonios recibidos y de los documentos e informes, preceptivos o no, incorporados que, conforme a las normas aplicables, hayan conducido a la resolución denegatoria⁴⁸.

En el plazo de dos meses desde la notificación de la concesión, el extranjero debe recoger personalmente su visado. Transcurrido ese tiempo sin haberse personado, se le tendrá por desistido, notificándosele la resolución correspondiente⁴⁹.

Excepcionalmente, cuando el extranjero se encuentre ya en territorio español y pretenda residir en España, pero carezca del preceptivo visado de residencia, siempre que no exista mala fe, podrá solicitar que se le exima del mismo conforme a lo previsto en el artículo 31.7 de la Ley. Para que se exima al extranjero del correspondiente visado es preciso que se dé alguno de los supuestos que contempla el artículo 49.2 RE, entre los que nos interesa destacar a los efectos de este artículo:

«... c) Extranjeros menores de edad o incapacitados: Que sean hijos de españoles o de extranjeros residentes legales en España.

Que estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España, de forma que reúna los elementos necesarios para producir efectos en territorio español.

d) Extranjeros que sean cónyuges de español o extranjero residente legal, nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho, se reúnan las circunstancias del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000 y se acredite la convivencia en España al menos durante un año.

⁴⁸ Artículo 19.3 RE.

⁴⁹ Artículo 21.1 RE.

e) *Extranjeros que sean cónyuges de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o de derecho, se reúnan las circunstancias del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, se acredite la convivencia en España al menos durante un año, y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año.*

f) *Extranjeros que acrediten ser ascendientes directos o tutores de un menor o incapacitado, cuando dicho menor o incapacitado sea español, resida en España y viva a sus expensas.*

(...) k) *Extranjeros ascendientes de ciudadano español o extranjero residente legal en España que viva a expensas de éste y reúna los requisitos necesarios para beneficiarse de la reagrupación familiar».*

La petición de la exención de visado deberá constar en la solicitud del permiso y dirigirse a la Oficina de Extranjeros o, en su defecto, a la Comisaría de Policía de la localidad donde pretenda fijar su residencia el solicitante. La autoridad competente para conocer de la solicitud del permiso resuelve también si el extranjero es eximido o no de la obligación del visado. La resolución debe ser en todo caso motivada, indicando inexcusablemente, en caso de ser favorable, el supuesto del artículo 49.2 que justifica la exención.

No necesitan exención de visado los hijos, nacidos en España, de extranjero que se encuentre residiendo legalmente en el territorio español. Estos nacidos en España adquieren automáticamente el mismo tipo de permiso de residencia del que sea titular cualquiera de sus progenitores⁵⁰.

⁵⁰ Artículo 41.6 RE. Quedan en el recuerdo, entre las tinieblas de una pesadilla, los tiempos en que se exigía la salida del recién nacido del territorio español para solicitar el correspondiente visado que garantizara la legalidad de su situación.

e) *Entrada y residencia de los miembros de la familia*

Concedido el visado para reagrupación familiar y dentro de su plazo de vigencia, el titular debe solicitar el correspondiente permiso de residencia. A los familiares reagrupados se les concederá permiso de residencia temporal⁵¹. La autorización de residencia expedida a los familiares tendrá una duración igual al periodo de validez de la autorización de residencia del reagrupante.

El cónyuge y los hijos del reagrupante pueden obtener autorización de residencia independiente cuando obtengan una autorización para trabajar. En cuanto a la obtención del permiso de trabajo, establece la Ley que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigido al cónyuge o hijo de extranjero residente con un permiso renovado⁵². También el cónyuge puede obtener autorización independiente cuando acredite haber vivido en España con su cónyuge dos años⁵³ —plazo que podrá reducirse si circunstancias de carácter familiar lo justifican— y el hijo reagrupado cuando alcance la mayoría de edad.

Obtenido un permiso de residencia independiente, los extranjeros reagrupados podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares⁵⁴.

Las peticiones de permiso de residencia por reagrupación familiar tienen tratamiento preferente⁵⁵. La resolución debe notificarse además en el plazo máximo de mes y

⁵¹ La LOE define la residencia temporal como la situación que autoriza a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años. En el caso de las autorizaciones de duración inferior a los cinco años, podrán prorrogarse a petición del interesado si concurren circunstancias análogas a las que motivaron su concesión.

⁵² Artículo 40 LOE y artículo 71.1 RE.

⁵³ Se acreditará mediante certificado de empadronamiento o de inscripción consular o por cualquier medio de prueba admisible en Derecho que, de forma efectiva, evidencie la continuidad de la continuidad de dicha permanencia en España (artículo 41.4 RE).

⁵⁴ Artículo 41.5 RE.

⁵⁵ Disposición adicional 7ª RE.

medio, contado a partir del día siguiente al de la fecha en que la petición haya tenido entrada en el registro de la autoridad competente para tramitarla⁵⁶.

f) Sanciones y recursos

Ciertos vínculos familiares pueden constituir una limitación para la expulsión del extranjero del territorio nacional —máxima sanción prevista en el ordenamiento— cuando se dé la circunstancia de haber residido legalmente en España durante más de dos años. Así, los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores no podrán ser expulsados. No es necesario el transcurso de ese periodo de residencia legal en el caso de las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre⁵⁷. También se limita la posibilidad de sancionar con la expulsión a los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años⁵⁸, caso en el que pueden encontrarse algunos hijos de extranjeros residentes.

Finalmente, en relación con los centros de internamiento se ha previsto que el Juez de Menores, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá autorizar su ingreso en los centros de internamiento de extranjeros cuando también lo estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar⁵⁹.

2.2. La Legislación española a la luz de la propuesta de Directiva sobre reagrupación familiar de 2 de mayo de 2002

Es preciso insistir en que la propuesta de Directiva contiene una cláusula de mantenimiento del *statu quo*, con el

⁵⁶ Disposición adicional 4ª RE. Se trata de un plazo privilegiado, ya que el general establecido en la norma es de tres meses.

⁵⁷ Artículo 57.6 LOE.

⁵⁸ Artículo 57.5 LOE.

⁵⁹ Artículo 62.3 LOE. Más claro resulta el texto del artículo 127.8 RE cuya premisa inicial es que los menores no podrán ser ingresados

fin de evitar que los Estados se apoyen en su texto para modificar sus legislaciones endureciendo las condiciones a las que someten el ejercicio del derecho más allá de las existentes en la actualidad. En consecuencia si la legislación española en algunos extremos resulta más generosa que los mínimos impuestos por la Directiva, tal circunstancia no puede ser utilizada para llevar a cabo una reforma de la Ley o el Reglamento que endurezca las exigencias y dificulte el ejercicio del derecho. Incluso diría algo más: no parece legítimo modificar la regulación con el fin de endurecerla durante el proceso de negociación ya iniciado, aunque la Directiva aún no haya sido adoptada por el Consejo.

Conforme a la propuesta de Directiva los Estados están obligados a autorizar la entrada del cónyuge del reagrupante. Es, pues, la condición de cónyuge la que permite al extranjero residente solicitar la reagrupación⁶⁰. Para el reconocimiento del derecho la normativa española exige que no se encuentre separado de hecho o de derecho. Pese a esta previsión legal, la interrupción de la convivencia por voluntad de uno o ambos cónyuges puede ser difícilmente aceptada como causa para negar la entrada cuando obedece a razones distintas de la ruptura del matrimo-

en los centros de internamiento. El Juez de Menores sólo podrá autorizar su ingreso cuando los padres o tutores se encuentren en el mismo centro, manifiesten su deseo de permanecer juntos y existan módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.

⁶⁰ El solicitante debe acreditar que se trata de un matrimonio válido con arreglo a la ley competente según las normas de Derecho internacional privado del país en el que se pretende la reagrupación. Cuando la ley aplicable sea una ley extranjera deben ser admitidos los medios de prueba previstos en el Derecho extranjero, siempre que de los mismos resulte claramente la celebración del matrimonio y la identidad de los esposos. La propuesta de Directiva se limita en este sentido a señalar, en el artículo 5.2, que la solicitud deberá ir acompañada de los documentos acreditativos de los vínculos familiares y, a fin de obtener la prueba de la existencia de vínculos familiares, los Estados podrán realizar entrevistas con el reagrupante y los miembros de su familia y efectuar cualquier otra investigación que estimen necesaria.

nio (laborales, por ejemplo)⁶¹. La Directiva puede ser, en este sentido, más apropiada, al hablar de vida conyugal efectiva. Es una cuestión de orden fáctico puramente y, sin embargo, hablar de separación introduce otros elementos (aunque se trate de separación de hecho). Debe tenerse en cuenta que no en todos los Estados miembros se conoce la figura de la separación. También la propuesta en el Capítulo VII (Sanciones y recursos) contempla esta circunstancia al permitir la denegación de la solicitud de entrada o la retirada del permiso de residencia cuando el reagrupante y el miembro o miembros de su familia no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva⁶².

Además, el extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge casado en segundas nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes⁶³. Parece que estas exigencias de la

⁶¹ Por otra parte, estamos de acuerdo con Ezquerra Ubero en que no debemos olvidar que los matrimonios separados, de hecho o de derecho, pueden reconciliarse. Evitar los fraudes no puede convertirse en un obstáculo para la reconciliación de los separados. Vid. J. EZQUERRA UBERO, «El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: Ensayo de valoración de la normativa aplicable...», cit., p. 201.

Además, como afirman P. Aguero y A. Álvarez, la exigencia implica la superación de una prueba diabólica pues es evidentemente la separación fáctica la que se trata de eliminar, pero ésta existe dado que el extranjero reside en España y el cónyuge se encuentra normalmente en su país de origen o en otro Estado. P. AGUELO NAVARRO y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Normativa comentada sobre Derecho de extranjería*. Lex Nova, 2001, pp. 465-466.

⁶² Artículo 16 de la propuesta de Directiva.

⁶³ La cuestión fue objeto de debate en el seno de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. De la discusión da cuenta resumida M. MOYA ESCUDERO, «Derecho a la reagrupación familiar...», cit., p. 689.

normativa interna tendrán que desaparecer cuando se trasponga la Directiva.

La preocupación por la utilización del matrimonio con extranjero residente como vía privilegiada para la entrada en el territorio de un Estado miembro, es decir, por el matrimonio celebrado en fraude de ley, se encuentra presente en la Ley española y en la Propuesta de Directiva⁶⁴. La existencia de un fraude, según lo previsto en la propuesta, permite a los Estados denegar la solicitud de entrada y de residencia para la reagrupación familiar, así como retirar o denegar la renovación del permiso de residencia. Incluso se permite a los Estados llevar a cabo controles específicos cuando existan sospechas fundadas de fraude o de matrimonio ficticio⁶⁵.

Tanto la propuesta de Directiva como la Ley española limitan la reagrupación familiar a una de las esposas del extranjero polígamo. No puede reagruparse a más de un cónyuge y por tanto no se autoriza la entrada ni la residencia de otro cónyuge cuando el extranjero ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio del Estado. La Directiva va más allá al establecer que tampoco se autorizará la entrada ni la residencia de los hijos de otro cónyuge distinto de aquel con el que se convive. Se manifiesta así el rechazo de la sociedad europea a la poligamia, tratando de evitar que, a través de la reagrupación familiar con los hijos, un segundo cónyuge resida en el territorio de un

⁶⁴ Sobre los matrimonios de conveniencia vid. S. ADROHER BIOSCA, «El derecho a contraer matrimonio en la emigración», en *Migraciones* núm. 0, 1996, pp. 107-131; M. P. DIAGO DIAGO, «Matrimonios por conveniencia», en *Actualidad civil* núm. 14, 1-7 abril 1996, pp. 329-347; J. EZQUERRA UBERO, «El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: Ensayo de valoración de la normativa aplicable...», cit., pp. 177-215; F. JULIEN-LAFERRIÈRE, «Perspectives et conclusions. Une perspective européenne», en *Revue de droit des étrangers* núm. 90, pp. 664-665; M. MOYA ESCUDERO, «Derecho a la reagrupación familiar...», cit., pp. 690-691; J. RUBELLIN-DEVICHI, «Les mariages blancs, aspects de droit privé et de droit public», en *Revue française de droit administrative*, núm. 9 (1), enero febrero, 1993, pp. 166-165.

⁶⁵ Así se establece en el artículo 16 de la propuesta.

Estado miembro y por la vía de los hechos se dé amparo a la poligamia.

En relación con los hijos de uno sólo de los cónyuges, la propuesta de Directiva establece que si la custodia del menor fuera compartida, el Estado podrá autorizar la reagrupación pero será necesario el acuerdo del otro progenitor. La legislación española resulta más rigurosa en este extremo al requerir que el progenitor reagrupante ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y que los hijos estén efectivamente a su cargo. Debe observarse, no obstante, que en caso de que la custodia sea compartida la propuesta de Directiva no obliga a los Estados a autorizar la entrada sino que se les permite autorizarla cuando el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento.

También respecto a los hijos conviene destacar que el requisito de integración que, con carácter excepcional, admite el artículo 4.1.c) de la propuesta cuando el hijo tenga más de doce años, no podrá incorporarse a la normativa española. La cláusula de mantenimiento del *statu quo* no permite utilizar la normativa comunitaria para justificar a partir de su entrada en vigor un examen acerca de si el hijo cumple o no un cierto criterio de integración.

En el supuesto de hijos adoptivos exige el artículo 17.1.b) de la Ley española que se acredite que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España. Debe tratarse de una adopción sustancialmente equivalente en cuanto a sus efectos a la regulada en las leyes españolas, es decir, que los hijos adoptivos deberán tener los mismos derechos y obligaciones que los hijos biológicos y que los lazos con la familia de origen se hayan roto definitivamente⁶⁶. Para justificar el vínculo familiar deberá aportarse documentación

⁶⁶ Sobre la adopción internacional y el Derecho de extranjería, vid. las páginas de S. Adroher Biosca y V. Assiego Cruz en la obra de I. LÁZARO GONZÁLEZ (coord.), *Los menores en el Derecho español*. Tecnos. 2002, pp. 448-450.

acreditativa que, en caso de ser extranjera, deberá estar legalizada (salvo que tal legalización pueda sustituirse por la apostilla prevista en el Convenio de La Haya de 1961). Conforme a la propuesta de Directiva deben ser controlados ciertos aspectos —de lo que resulta un régimen más restrictivo que el interno español— para que pese sobre el Estado la obligación de autorizar la entrada y residencia de los hijos adoptivos. La decisión por la que se constituye la adopción deberá haber sido tomada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate o, de no ser así, deberá tratarse de una decisión ejecutoria de pleno Derecho en virtud de obligaciones internacionales de dicho Estado o que debe reconocerse en virtud de las obligaciones internacionales.

Para otros miembros de la familia la propuesta de Directiva permite a los Estados autorizar la entrada y residencia, pero no obliga a ello. Respecto a los contemplados por la Ley española, las condiciones que en tal normativa interna se establecen no deberán endurecerse al amparo de las previsiones de la Directiva. Eso sí, los Estados pueden, si quieren, ser más generosos y llegar más allá que lo establecido en los mínimos comunitarios. En relación con los ascendientes la propuesta de Directiva resulta más restrictiva al referirse sólo a los «ascendientes en línea directa y en primer grado» del reagrupante o de su cónyuge y exigir que «carezcan del apoyo familiar necesario en el país de origen». Para la Ley española, sirviéndose de expresiones más generales, el extranjero residente tiene derecho a reagrupar a sus ascendientes cuando «existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España». Podrá interpretarse, sin embargo, concretando el contenido de la norma que la razón que justifica la necesidad de autorizar la residencia del ascendiente en España es la ausencia del apoyo familiar necesario en el país de origen⁶⁷.

⁶⁷ Resulta muy ilustrativa la reflexión de P. Aguelo Navarro y A. Álvarez Rodríguez (*Normativa comentada sobre Derecho de extranjería...* cit., pp. 467-468) en relación con las condiciones que impone la LOE pa-

No se contempla en la normativa española de extranjería la reagrupación del compañero o la compañera de hecho, a diferencia de lo que ocurre en la legislación de asilo⁶⁸. El tratamiento de las uniones de hecho en otros sectores del ordenamiento está en plena evolución hacia un reconocimiento de eficacia positiva. Este hecho, junto a la previsión del artículo 4.3 de la propuesta de Directiva, permite pensar que, en un futuro próximo, se reconocerá el derecho a la reagrupación familiar del compañero de hecho siempre que se acredite la existencia de la unión.

La autorización del familiar reagrupado se encuentra vinculada al permiso de residencia del reagrupante. Se permite la entrada a través de este régimen favorable porque reagrupante y reagrupado desean convivir en familia. Esta es la razón por la que el permiso de residencia que inicialmente se expide al familiar reagrupado tiene una duración idéntica a la del reagrupante. Sin embargo, como ya se ha dicho, el cónyuge y los hijos reagrupados pueden obtener un permiso de residencia independiente. La ley española así lo ha previsto para el cónyuge que obtenga una autorización para trabajar o acredite haber vivido en España con su cónyuge durante dos años (plazo que podrá incluso ser reducido cuando concurren circunstancias de carácter familiar que lo justifiquen). La autorización independiente podrán obtenerla los hijos cuando alcancen la mayoría de edad o cuando obtengan una autorización para trabajar. La propuesta de Directiva establece un plazo máximo de cinco años para obtener este permiso autónomo. No parece admisible tratar de retrasar la obtención de un permiso de residencia independiente por el cónyuge hasta que transcurran cinco años de residencia. Basta acreditar, como ya hemos señalado, haber vivido en Espa-

ra la reagrupación de ascendientes, pues a su juicio, sólo los ascendientes pobres y además enfermos podrán beneficiarse del régimen privilegiado de la reagrupación familiar.

⁶⁸ Artículo 10 de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

ña con su cónyuge dos años, para obtener autorización independiente.

En relación con la exigencia que pesa sobre el reagrupante de haber residido legalmente en el territorio del Estado en el que se pretende la reunión de la familia durante un periodo de tiempo que no puede exceder de dos años, aunque las previsiones que contempla el artículo 18.2 LOE respeten los límites de la propuesta de Directiva, en la práctica pueden surgir dificultades si la renovación de los permisos se retrasara⁶⁹.

3. CONCLUSIONES

La normativa española de extranjería, que ha sufrido sucesivas y recientes reformas, sigue bajo la amenaza de inminentes modificaciones. Para espolear al legislador y justificarlas públicamente se han utilizado con frecuencia como argumento las exigencias derivadas de la pertenencia a la Unión Europea.

En la materia que nos ha ocupado en estas páginas —la reagrupación familiar— la política común europea terminará concretándose en una Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar. Del análisis comparado de la última propuesta de Directiva y la Ley de extranjería extraemos la conclusión de que son necesarios ciertos ajustes, pero en diversos aspectos la legislación española es más generosa que la propuesta, por lo que debe mantenerse, al menos, la situación actual (de acuerdo con la cláusula de mantenimiento del *statu quo*).

⁶⁹ Vid. al respecto J. ALARCÓN MOHEDANO, T. MARAÑÓN MAROTO y L. V. DE MARTÍN SANZ, *Derecho de extranjería. Práctica Administrativa y Jurisdiccional*. Dykinson, 2002, p. 201.