

CAPÍTULO II
REAGRUPACIÓN FAMILIAR
ARTÍCULOS 16 a 19

ANA PALOMA ABARCA JUNC /MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA*

COMENTARIOS A LA LEY DE EXTRANJERIA

TIRANT LO BLANCH, 2006, pp. 417 - 522

ISBN 84-8456-523-8

*Profesora Titular de Derecho internacional privado

Facultad de Derecho

Universidad Nacional de Educación a Distancia

E- 28040 MADRID

mvgas@der.uned.es

Documento depositado en el repositorio institucional [e-Spacio UNED](#)



Sumario.

ARTÍCULO 17.— Familiares reagrupables.

Introducción.

- I. Los miembros de la familia.
 1. La letra a) del artículo 17.1: el cónyuge.
 - A) Noción de cónyuge.
 - a) Pareja de hecho.
 - b) Parejas del mismo sexo.
 - c) Matrimonio poligámico.
 - d) Problemas de validez y prueba del matrimonio para determinar el concepto de cónyuge.
 - B) Cónyuge separado (de hecho o de derecho).
 - a) Significado de los términos “separación” y “procedimiento jurídico”.
 - b) La prueba o validez del procedimiento jurídico de disolución del vínculo.
 - C) La lucha contra los matrimonios fraudulentos.
 2. La letra b) del artículo 17.1: los hijos.
 - A) Los hijos del residente y de su cónyuge, incluidos los adoptados.
 - a) Filiación y prueba de la filiación.
 - b) Eficacia en España de la adopción extranjera y reagrupación familiar.
 - c) Edad y ausencia de matrimonio.
 - d) Hijos incapacitados.
 - B) Los hijos de uno solo de los cónyuges.
 - a) Ejercicio en solitario de la patria potestad.
 - b) Concreción reglamentaria de la dependencia.
 3. La letra c) del artículo 17.1: menores de 18 años o incapaces cuando el extranjero sea su representante legal.
 4. La letra d) del artículo 17.1: los ascendientes.
- II. Reagrupación familiar por residentes reagrupados: el artículo 17.2.
 1. Origen y finalidad del precepto.
 2. Presupuesto y condiciones generales de ejercicio.
- III. Reagrupación familiar por ascendientes reagrupados: el artículo 17.3.
 1. Origen y finalidad del precepto.
 2. Presupuesto y condiciones especiales de ejercicio.
- IV. Determinación reglamentaria del procedimiento de reagrupación familiar: el artículo 17.4.
 1. Ámbito del precepto.
 2. Especial referencia a la tramitación del visado en el procedimiento de reagrupación familiar: el artículo 43 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre.

ARTÍCULO 17. Familiares reagrupables.

1. *El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares:*
 - a) *El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes.*
 - b) *Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su Ley personal y no se encuentren casados. Cuando se trate de hijos de uno 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.*
 - c) *Los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal.*
 - d) *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.*
2. *Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en esta ley orgánica.*
3. *Cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes permanentes y acreditado solvencia económica. Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo.*
4. *Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho a la reagrupación.*

Introducción.

El artículo 17 designa a los familiares reagrupables; esto es, a los miembros de la familia del extranjero residente en España beneficiarios del derecho a la reagrupación. Al respecto, cabe recordar el carácter de mínimos de la Directiva¹, carácter que no impide a los Estados miembros ampliar el número de familiares reagrupables, en los términos establecidos en la norma comunitaria.

Ahora bien, la Directiva señala que “cuando un Estado miembro autorice la reagrupación familiar de dichas personas, tal autorización se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros que no reconozcan la existencia de vínculos familiares en los casos cubiertos por esta disposición no concedan a dichas personas la consideración de miembros de familia por lo que respecta al derecho a residir en otro Estado miembro, con arreglo a la legislación comunitaria pertinente”².

Utilizar el término “beneficiario” en materia de reagrupación familiar se presta a cierta ambigüedad ya que puede referirse tanto al residente en España (solicitante de la autorización de reagrupación) como a sus familiares (solicitantes del visado por dicha razón); es decir, a las personas que van a reunirse con él una vez sea autorizada la entrada en el territorio. Es a esta segunda acepción a la que se refiere la norma y, consiguientemente, la que retendremos en este comentario.

La LO 4/2000, de 11 de enero reflejaba esta ambigüedad terminológica al reconocer la doble titularidad del derecho a reagrupar, extensible tanto a los familiares reagrupables “que tienen el derecho a la situación de residencia para reagruparse con el residente” (ex. art. 16.2) como al residente “que tiene derecho a que se conceda un permiso de residencia en España para reagruparse con él a los siguientes parientes” (ex. art. 17 primer párrafo). La reforma de diciembre de 2000 limitó el derecho a reagrupar únicamente al familiar residente, con la consiguiente modificación del primer párrafo

¹ La reagrupación familiar debe aplicarse en todo caso a los miembros de la familia nuclear, es decir, al cónyuge y a los hijos menores de edad (CONSIDERANDO 9).

² Los Estados miembros deben decidir si ellos desean autorizar la reagrupación familiar de los ascendientes en línea directa, los hijos mayores solteros, del miembro de la pareja no casada o registrada, así como en el caso de matrimonio poligámico, los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante. (CONSIDERANDO 10).

del artículo 17; este precepto es una de las piezas claves de la política de inmigración familiar en nuestro país³.

Son cuatro grupos de personas las que efectivamente van a poder inmigrar a España en virtud del derecho a reagrupar. Estos grupos conforman la “familia” reagrupable; distinta, como podremos ver, de la idea de familia que existe en la sociedad española (por ejemplo, los hermanos no están incluidos). Ante todo, es una familia menos extensa, una familia nuclear, en la que los intereses del Estado (los de su política migratoria) se proyectan y juegan de modo relevante restringiendo la reunificación familiar. Además, se trata de una lista exhaustiva y cerrada cuya mayor o menor amplitud únicamente vendrá determinada por la interpretación de los conceptos que la conforman; sin que en esta labor podamos hacer abstracción del hecho de que nos movemos en el ámbito del Derecho internacional privado.

Y es que, la extranjería de los supuestos y la presencia de diversos ordenamientos jurídicos inciden en los conceptos jurídicos propios de las normas materiales de extranjería y puede flexibilizar (ampliando) el núcleo familiar previsto en las normas sobre reagrupación familiar y limitado, según queda dicho, por los intereses de política migratoria familiar del Estado. En efecto, los familiares a los que hace referencia la norma de extranjería son definidos mediante conceptos jurídicos. Estos conceptos han de ser interpretados, con carácter previo, para determinar la aplicación o no de la norma que les autoriza a ser beneficiarios de la reagrupación familiar.

En consecuencia, operan como condiciones de aplicación de la misma. Y así, será necesario saber qué se entiende (en el artículo 17) por *cónyuge*, por *hijo*, por *adoptado*. Pues, como hemos advertido, no sólo nos situamos ante una idea distinta de “familia” respecto al derecho interno (civil) sino que también nos movemos, por la extranjería de los supuestos, en un ámbito que excede del puramente nacional. Estamos, pues, ante “cuestiones previas” de derecho de extranjería cuya determinación es necesaria para aplicar el mencionado artículo 17.

Tomando en consideración estos datos, la interpretación de tales conceptos ha de hacerse conforme a nuestro Derecho, sin olvidar la incidencia de los intereses del

³ Sobre los antecedentes parlamentarios de la norma, véase M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y H. GRIEDER MACHADO, *op. cit.*, pp. 114-115.

Estado en la materia de extranjería; sin embargo, tampoco podemos “sortear” nuestro sistema de Derecho internacional privado. En efecto, las normas de Derecho internacional privado entran en liza en todos aquellos casos en que los vínculos familiares de los sujetos de la reagrupación se sometan a discusión (por ej., validez, nulidad o reconocimiento de un matrimonio, validez de la adopción, etc.).

Ahora bien, conviene poner de relieve que los problemas relativos a la validez de los vínculos familiares difícilmente se plantearán en el momento de la solicitud de la autorización de reagrupación o en el trámite de expedición del visado para la entrada en el territorio pues, como se verá en este comentario (y en el correspondiente al art. 18 LODLEE), lo que la norma exige no es la validez del acto sino únicamente su prueba⁴.

Así las sentencias de los tribunales de lo contencioso administrativo han utilizado las normas de la Ley de extranjería para determinar si existe o no un divorcio o una separación⁵. Sin embargo, la Ley de extranjería sí obliga a controlar la posibilidad de fraude en el matrimonio (cuestión de consentimiento y por tanto de validez)⁶.

También sería difícil pensar en su impugnación ya que, en principio, reagrupante y reagrupados están de acuerdo, por lo que no habría interés en iniciar una acción judicial. Posteriormente, en cambio, la validez de los vínculos de parentesco (*rectius*, el pronunciamiento de la nulidad de un matrimonio simulado) sí podría llegar a ponerse en cuestión cuando, por ejemplo, se plantee la conservación o pérdida del estatuto de familiar reagrupado. Esta medida permitiría, sin lugar a dudas, que la autoridad administrativa retire la autorización. En todo caso, como veremos, la Administración puede negar tanto la expedición como la renovación de las autorizaciones siempre que pueda probar que el acto que ampara la ampara tenía como única finalidad la obtención de la residencia.

Finalmente, en cuanto a la Directiva sobre reagrupación familiar, son conceptos autónomos los definidos en el artículo 2 (en concreto, nacional de un tercer país,

⁴ Prueba que, en principio, habrá de cumplir los requisitos y condiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil (arts. 144 y 323). A pesar de las cautelas exigidas en el artículo 43.3 del Reglamento —posibilitando una comparencia de los solicitantes—, seguimos en el ámbito de la prueba de los vínculos familiares y no en el de su validez para el Derecho internacional privado español.

⁵ STSJ Madrid, de 1 de julio de 2004 (JUR 2004\271903) y STSJ Madrid, de 8 de mayo de 2004 (JUR 2004\272390).

⁶ Véase el comentario sobre los matrimonios fraudulentos (epígrafe 3.2.3).

refugiado, reagrupante, reagrupación familiar, permiso de residencia y menor no acompañado). En todo caso, las “cuestiones previas” de la Ley de extranjería serán resueltas por la *lex fori* no importando a estos efectos la transposición de la Directiva al derecho interno⁷; que sí supone, sin embargo, que esta interpretación *fori* habrá de hacerse conforme a la misma.

I. Los miembros de la familia.

1. La letra a) del artículo 17.1: el cónyuge.

El primer familiar incluido en el artículo 17 es el cónyuge del extranjero residente. El precepto se refiere al cónyuge en los siguientes términos:

1. El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares:

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

⁷ Vid., M.P. BELLO MARTÍN CRESPO, *Las directivas como criterio de interpretación del derecho nacional*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 104 ss.

A) Noción de cónyuge.

El entendimiento de esta noción (“cónyuge a efectos de la reagrupación familiar”) plantea varios problemas. Como punto de partida cabe señalar que cuando el art. 17.1 a) se refiere al cónyuge no parece hacerlo en el mismo sentido que nuestro Código civil, sino que admite (implícitamente) una interpretación más amplia al denominar como tal a todas las esposas de un matrimonio polígamico. En efecto, el precepto extiende tal concepto a las subsiguientes esposas del varón polígamo toda vez que determina que “en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge”, cuando es evidente que para nuestro Código civil cónyuge es sólo uno y, mientras subsista el primer matrimonio, el segundo “cónyuge” nunca recibiría tal denominación⁸.

Si se admite esta interpretación amplia, es decir, considerar como miembro de la familia a varias esposas aun cuando, como luego veremos, sólo se permita la reagrupación de una sola, ¿podría darse la misma equivalencia a la relación con el conviviente habitual (pareja de hecho) cuando la legislación del país de origen los considere como matrimonio? ¿Y a la relación de pareja entre personas del mismo sexo?

a) Pareja de hecho. La Ley de extranjería no hace referencia alguna a las parejas de hecho dentro del grupo de familiares susceptibles de ser reagrupados. Consecuentemente, su inclusión entre éstos sólo podría venir dada por la interpretación amplia del concepto cónyuge. La doctrina del Tribunal Supremo (anterior a la LO 4/2000, de 11 de enero) ya había equiparado la pareja de hecho al cónyuge a efectos de reagrupación⁹ y, sobre la base del artículo 39.1 CE, había configurado una noción amplia de familia (a tales efectos) sentando una doctrina según la cual,

“(…) ha de otorgarse singular trascendencia a la convivencia de hecho, lazos afectivos y cumplimiento de deberes jurídicos, así como a las circunstancias personales y socio culturales de los interesados, que evidencien las características de la familia, la cual puede ser más extensa que la meramente paterno-filial”.¹⁰

⁸ El artículo 46 del Código civil prohíbe contraer matrimonio, con carácter de impedimento absoluto, a los que estén unidos con vínculo matrimonial.

⁹ *Vid.*, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO y M. DE LORENZO SEGRELLES, *op. cit.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 135.

¹⁰ STS de 28 de diciembre de 1998, FJ 2 (RJ 1999\375).

En este sentido, la convivencia con ciudadano español¹¹ motivaba la existencia de arraigo familiar —definido como un vínculo con el territorio español por razones familiares (Sentencias de 14 de abril, 10 de noviembre y 21 de diciembre de 1998¹² y 24 de abril de 1999¹³)— y llevaba a declarar su relevancia para obtener la dispensa o exención del visado de residencia por causa de reagrupación familiar, “de manera que no se conculque el principio constitucional de protección a la familia, contenido en el artículo 39.1 de la Constitución”¹⁴. Y lo mismo cabe decir respecto del conviviente de hecho de un residente extranjero, supuesto en el que el Tribunal Supremo ha extrapolado los mismos argumentos utilizados en el ámbito de la reagrupación familiar del cónyuge reconociendo “en la duradera afectividad de una pareja estable la circunstancia excepcional capaz de motivar la exención de visado, sin que ello suponga equiparar sus efectos al matrimonio” (Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 1999 y 15 de noviembre de 1999¹⁵ —definitivamente consolidadas por SSTs de 6 de mayo y 6 de junio de 2000¹⁶) y siempre con la condición de que el objeto real de la reagrupación fuera la convivencia (STS de 9 de marzo 2000¹⁷).

Parece claro que el legislador no ha querido ampliar el elenco de familiares reagrupables para incluir a la pareja no casada, obviando la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que no admite trato distinto en la reagrupación familiar de los convivientes *more uxorio*¹⁸; supuesto éste que la Directiva también permite sea adoptado en las legislaciones nacionales al señalar que los Estados miembros pueden “autorizar la entrada y la residencia, de la pareja no casada nacional de un tercer país

¹¹ STS de 8 de noviembre de 1993 (RJ 1993\3757) y siguiendo la doctrina jurisprudencial consolidada en las SSTs de 22.6.1982 (RJ 1982\4829), de 13.7.1984 (RJ 1981\4673) y de 9.12.1986 (RJ 1987\1023).

¹² STS de 14 de abril de 1998 (RJ 1998\3825) y STS de 10 de noviembre de 1998 (RJ 1998\9527).

¹³ STS de 24 de abril de 1999 (RJ 1999\3787).

¹⁴ STS de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001\8927).

¹⁵ STS de 11 de octubre de 1999 (RJ 1999\8669) y STS de 15 de noviembre de 1999 (RJ 2000\855).

¹⁶ STS de 6 de mayo de 2000 (RJ 2000\5582) y STS de 6 de junio de 2000 (RJ 2000\6119), con cita de la STC 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992\222): “...de la no equivalencia entre matrimonio y convivencia de hecho no se [deduce] necesariamente que ‘toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su art. 14’. A tenor de este principio, cabe la equiparación entre el matrimonio y la unión de hecho estable cuando se trata de aplicar normas que contemplan exclusiva o preponderantemente la situación de convivencia y de afectividad”.

¹⁷ STS de 9 de marzo de 2000 (RJ 2000\2469).

¹⁸ I. LÁZARO GONZÁLEZ, “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, en *Revista Migraciones*, Núm. 12, 2000, pp. 43-79.

que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5”.

Por tanto, y mientras no se lleve a cabo un cambio en el derecho positivo español, el reagrupante no puede, en principio, pretender la autorización de residencia por reagrupación de su pareja de hecho a no ser que se extendiera su interpretación para darle el mismo alcance que el de cónyuge en materia de reagrupación. Esta solución, por mucho que se encuentre aceptada socialmente, resultaría en extremo complicada ya que el término cónyuge ha de ser interpretado conforme a la propia Directiva (en cuanto se produzca su transposición) y ésta distingue claramente entre cónyuge y pareja de hecho, ambas con derecho a la reagrupación pero sin incluir a esta última en la noción de cónyuge¹⁹.

Finalmente, y en relación con la prueba de la pareja no casada, la Directiva se refiere a una relación estable “debidamente probada” o a una “pareja registrada”. La Directiva opta por una calificación autónoma que define no por la distinción de sexo sino sobre la base de un estatuto registral separándolas al efecto en dos categorías: el conviviente y la pareja inscrita. Únicamente para esta última, la Directiva permite que los Estados miembros apliquen el principio de igualdad de trato con los cónyuges respecto de la reagrupación familiar.

b) Parejas del mismo sexo. Como hemos visto, el núcleo familiar al que hace referencia la Directiva incluye sólo al cónyuge. En el Derecho español el ejercicio del *ius connubii* se reserva a contrayentes de distinto sexo²⁰. En tanto no se modifique el Derecho positivo español admitiendo el matrimonio homosexual y, consiguientemente, dando paso a la extensión de la noción de cónyuge a los matrimonios del mismo sexo, el problema se suscitara en relación con la posibilidad de reconocer efectos a matrimonios

¹⁹ Cuestión distinta es el posible éxito de la impugnación de la decisión administrativa que imposibilitare la reagrupación familiar de la pareja de hecho (registrada o no) en base al principio de protección de la familia que la Constitución española consagra en su artículo 39 y que el Tribunal Constitucional ha interpretado de modo amplio al entender que junto a la modalidad de vida familiar basada en el matrimonio existen otras, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar de modo restrictivo una norma como la que contiene el artículo 39.1 CE (STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5).

²⁰ La adecuación de esta limitación a la Constitución ha sido confirmada por Auto del TC 22/1994, de 11 de julio (RTC 1994\22). E, igualmente, el TEDH en el Asunto *Rees* (Sentencia de 17 de octubre de 1986) interpretó que el artículo 12 CEDH (regulador del derecho a contraer matrimonio) es de aplicación exclusiva a personas de distinto sexo.

entre personas del mismo sexo de conformidad con la ley extranjera que permita los mismos. Tal supuesto, hoy por hoy, recibiría una respuesta negativa, toda vez que el matrimonio en el sistema español se concibe como institución de carácter heterosexual.

En cuanto a la práctica judicial, se ha planteado la procedencia de extender de oficio los beneficios de la reagrupación familiar a las uniones estables de parejas del mismo sexo “debidamente formalizadas”. No faltan sentencias que han venido a reconocer el derecho a obtener la residencia en España a ciudadanos extranjeros (no comunitarios) unidos a españoles, no mediante matrimonio sino a través de uniones de hecho, extendiéndose, por analogía, en sede judicial y en sede de extranjería, la condición de “cónyuges” a los miembros de dichas uniones. Y, en este sentido,

“(…) las referencias que contienen nuestras leyes y reglamentos de extranjería al “cónyuge” podrían interpretarse, a lo más, como un claro exponente de la voluntad tácita de excluir de su significado formas de vida en pareja carentes de garantías como las que procura la institución matrimonial frente a terceros y frente a la sociedad en su conjunto; pero, resultaría difícil llegar a la misma conclusión respecto de las uniones estables de pareja homosexual reguladas mediante Ley, constituidas formalmente con un claro designio matrimonial y sometidas a un régimen susceptible de satisfacer los imperativos del principio de seguridad jurídica” (FJ 5)²¹.

En todo caso, la anunciada modificación del Código civil dando entrada a los matrimonios del mismo sexo, resolvería el problema. En efecto, no será necesaria una modificación de la Ley de extranjería ya que el concepto “cónyuge” se ampliará de modo automático al cónyuge de matrimonio homosexual; sin que esta extensión sea contraria a la interpretación conforme a la Directiva toda vez que su concepto de cónyuge, como ya hemos dicho, no está determinado por la diferencia de sexos en el matrimonio sino sobre la base de la prueba registral.

Tanto en este supuesto (matrimonio homosexual) como en el anterior (parejas de hecho) es donde podemos ver con claridad la previsión incluida en el Considerando 10 de la Directiva. Y así, el hecho de que la legislación nacional de un Estado miembro autorice la reagrupación familiar de los matrimonios homosexuales o de las parejas de

²¹ SJCA Cataluña, Núm. 83/2004, de 13 de mayo de 2004 (JUR 2004\479). Con cita de las sentencias dictadas por el TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de diciembre de 2000 (JUR 2001\85123); TSJ del País Vasco, de 23 de noviembre de 2001 (JUR 2002\82546); y TSJ de Baleares, de 4 de octubre de 2000 (JUR 2001\20883).

hecho (registradas o no) no implica para el resto de los Estados (cuyas legislaciones no reconozcan la existencia de vínculos familiares en ambos supuesto) la obligación de su toma en consideración como miembros de la familia a los efectos del derecho de residencia²².

c) Matrimonio poligámico. La Directiva permite a los Estados miembros imponer medidas restrictivas a las solicitudes de reagrupación familiar de las familias poligámicas. Y, aún sin haber sido transpuesta, la Ley de extranjería dispone que “en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial” (Considerando 11). Por tanto, el extranjero únicamente puede reagrupar a uno de los cónyuges en el supuesto de que tuviera varios.

En relación con la elección del cónyuge, la Ley de extranjería no establece cuál de ellos es el apto para ser reagrupado. Por lo que, en principio, la posibilidad de que no sea el primero, ya que la elección corresponde, al parecer, al extranjero residente, podría causar problemas en el momento en que se planteara su validez de acuerdo al Derecho español, como veremos más adelante. En cualquier caso, como es sabido, la Dirección General de los Registros y del Notariado en varias resoluciones no ha descartado la posibilidad de que un segundo matrimonio poligámico surta ciertos efectos en el ordenamiento español, como sería este el caso, aun cuando este reconocimiento no signifique la validez de tal segundo matrimonio²³.

Por último, la Directiva señala que los Estados miembros no pueden autorizar la reagrupación familiar de un segundo cónyuge si el primero vive con el reagrupante (art. 4.4). Y en relación a los hijos menores del reagrupante de estatuto poligámico habidos con el otro cónyuge no reagrupado, los Estados miembros podrán limitar la reagrupación familiar de los mismos (art. 4.4 segundo párrafo)²⁴.

²² Se trata de una cláusula “de excepción” característica del método de cooperación intergubernamental que permite una flexibilidad negociadora en aspectos o materias en las que difícilmente se alcanzaría la unanimidad requerida por el artículo 67 TCE.

²³ Entre otras, las Resoluciones de la DGRN de 8 de abril de 1999 (*La Ley*, 2000, núm. 1599); de 30 de septiembre de 1999 (*La Ley*, 2000, núm. 3898); y, de 2 de noviembre de 1999 (*La Ley*, 2000, núm. 3969), dejan abierta la vía para el posible reconocimiento de ciertos efectos a estos segundos matrimonios. El problema puede plantearse, en el caso de que haya sido reagrupada la segunda mujer, en relación a la validez de este segundo matrimonio para el derecho español y qué efectos puede tener en nuestro ordenamiento.

²⁴ En relación con estos supuesto la Ley de extranjería exige que el reagrupante ejerza en solitario la patria potestad. Véase el comentario al artículo 17.1.b). El problema en sede judicial se ha planteado cuando el reagrupante de estatuto poligámico ha intentado la reagrupación de tres de sus hijos residentes

d) Problemas de validez y prueba del matrimonio para determinar el concepto de “cónyuge”. A efectos de ser considerado “cónyuge” como beneficiario de la reagrupación familiar, el Reglamento de 2004 exige en su art. 42.2 a), que regula la solicitud necesaria para la autorización de la reagrupación familiar, “copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares (...)” y en el artículo 43.2 d), en relación con la obtención del visado, exige aportar a la solicitud “la documentación original que acredite los vínculos familiares (...)”. Estamos por tanto ante un problema de prueba de existencia de un matrimonio.

Pero eso no significa que ese matrimonio pueda resultar válido para el Derecho español, ya que las normas de Derecho civil que rigen el matrimonio son independientes de las que reglamentan la entrada y residencia de los extranjeros, a no ser que el matrimonio se haya celebrado en España²⁵, en cuyo caso, la obligatoria inscripción en el Registro exigiría su validez (a salvo de posterior sentencia en contra). Esta misma cuestión (de validez) puede presentarse a lo largo de la vida del cónyuge que ostente el estatuto de familiar reagrupado, bien si en algún momento quiere obtener la nacionalidad española a través del artículo 23 del C. Civil y, por tanto, su inscripción en el Registro, bien si el reagrupante insta la nulidad de tal matrimonio para poder contraer nuevo matrimonio o bien si se planteara, por ejemplo, un problema de sucesión por causa de muerte del reagrupante.

En todos estos supuestos será considerado cónyuge únicamente aquél cuyo matrimonio sea considerado válido conforme a las normas españolas, también las de Derecho internacional privado. Es decir, habrá que proceder a comprobar que se han cumplido en el mismo tanto las condiciones de forma como de fondo conforme a las leyes designadas en los artículos 9.1, 49 y 50 del C. Civil.

en Marruecos habidos con el otro cónyuge no reagrupado. El Tribunal fundamenta la desestimación del recurso y confirma la decisión denegatoria del visado sobre la base de los artículos 13.1 y 19 CE y por no cumplir, entre otros, los requisitos del artículo 17.1.b) LODLEE. *Vid.*, STSJ Madrid, núm. 671/2004, de 10 de junio (JUR 2004\220895).

²⁵ En nuestro país, la DGRN en alguna de sus resoluciones (*in.al.*, 25.9.1995) ha considerado que la situación administrativa del extranjero en España, aunque sea irregular, no puede impedir la celebración del enlace (...) “al ser considerado por esta DG el matrimonio como un derecho fundamental”. En Francia, por ejemplo, la Sentencia de la *Cour d'Appel de Poitiers* de 26 de febrero de 1992 siguió la misma solución ante el supuesto de la negativa de un Alcalde a celebrar el matrimonio en Francia de un nacional egipcio en situación irregular con una nacional francesa (*Rev. crit.* 1992, p. 832).

De tal manera que podemos concluir afirmando que, a efectos de entrada en territorio español como cónyuge reagrupado, puede ser considerado matrimonio aquel que no lo es para el derecho español. Es decir, bastará con probar la calidad de cónyuge para que la autoridad consular competente pueda pronunciarse sobre la concesión del visado sin perjuicio de que ésta, además, pueda requerir la presencia de los solicitantes a fin de comprobar, entre otros extremos, la validez de la documentación aportada (art. 43.3 REGL.). En consecuencia, la prueba del matrimonio es principalmente documental y habrán de ser aceptados los documentos constituidos al amparo del ordenamiento del Estado de origen del solicitante, pero ello no impide que la autoridad consular pueda valorar cualquier otra prueba para reconocer la existencia de la relación matrimonial (art. 43.4 REGL.); cuestión que veremos pormenorizadamente en el inciso 3 (matrimonio fraudulento).

El hecho de que la comprobación de la validez recaiga sobre los documentos y no sobre el matrimonio puede dar lugar a ciertos problemas posteriores, tales como la pensión de viudedad, cuya discusión ya ha sido planteada en sede judicial y debatida doctrinalmente²⁶. Las respuestas judiciales, sin embargo, no son unánimes²⁷.

B) Cónyuge separado (de hecho o de derecho).

El cónyuge (...) siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho (...).

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

a) Significado de los términos “separación” y “procedimiento jurídico”. El alcance exacto de los términos *separación* y *procedimiento jurídico* en el contexto de este párrafo —que establece la condición de la ausencia de separación de hecho o de derecho de los cónyuges— ha suscitado severas críticas doctrinales, pues parece “querer

²⁶ Vid., M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Matrimonio Poligámico, Orden Público y Extranjería”, en *Actualidad Laboral*, Núm. 33, 2003, pp. 581-601.

²⁷ STSJ Galicia, de 2 de abril de 2002 (JUR 1998\4795); STSJ Madrid, de 29 de abril de 2002 (JUR 2002\3180) y STSJ Andalucía (Málaga), de 30 de enero de 2003 (JUR 2002\934); STSJ Cataluña, de 30 de julio de 2003 (JUR 2002\2864).

decir algo que efectivamente no dice”; lo que, en puridad, genera dudas en torno a su correcta interpretación²⁸.

En cuanto al significado exacto de la palabra *separación*, conviene resaltar, ante todo, que nos encontramos de nuevo con un concepto cuyo contenido no es el mismo que el atribuido en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, en nuestro ordenamiento civil (art. 83 C.c.) la sentencia de separación, frente a lo que ocurre con la de nulidad o divorcio, no supone la disolución del vínculo matrimonial sino que produce la suspensión de la vida en común de los casados (...). Por tanto, no es suficiente para la celebración de un nuevo matrimonio. Como sucedía con la palabra “cónyuge”, habremos de interpretar que el uso de este vocablo pretende dar mayor amplitud al concepto permitiendo incluir dentro de él figuras jurídicas no contempladas en nuestro derecho interno.

Consecuentemente, dentro del término *separación* cabe entender tanto el divorcio como el repudio o cualquier otra figura que signifique que el matrimonio ya no existe jurídicamente. Pero también, y en sintonía con la interpretación judicial dada a la pareja no casada, cabe decir que si la finalidad de reagrupación es hacer posible la convivencia (elemento o circunstancia común al matrimonio y a la pareja de hecho) parece claro que cuando el legislador se refiere a la *separación de hecho* está pensando en la ausencia de convivencia (o la falta de cohabitación) como impedimento para la reagrupación.

Una interpretación conforme a la Directiva abogaría por esta postura. En efecto, la norma comunitaria permite a los Estados miembros denegar una solicitud de entrada y residencia (y, en su caso, retirar los permisos concedidos o no renovarlos) cuando el reagrupante y el miembro o miembros de su familia *no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva* [art. 16.1 inciso b)] y cuando se constate que el reagrupante o la pareja no casada ha contraído matrimonio o mantiene una relación estable con otra persona [art. 16.1 inciso c)]. A este segundo supuesto es al que parece atender el artículo 17.1 a) cuando no vincula separación con procedimiento jurídico.

El término *procedimiento jurídico*. El supuesto está pensado para el residente casado en segundas o posteriores nupcias que únicamente podrá reagrupar al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la *separación* ha tenido lugar tras un

²⁸ Vid., C. ESPLUGUES MOTA y M. DE LORENZO SEGRELLES, *op. cit.* p. 82.

procedimiento jurídico. En este procedimiento ha debido fijarse 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.

Nuevamente aparece el término *separación* (analizado anteriormente) acompañado de otra noción, un *procedimiento jurídico*. No basta, pues, con el alcance anteriormente dado a la separación de hecho; entonces, ¿qué habremos de entender por procedimiento jurídico? Al igual que sucedía con el término *separación*, habrá que interpretar flexiblemente esta noción como cualquier procedimiento que ponga fin o disuelva el matrimonio. Por tanto, no se trata sólo de la nulidad o divorcio en la concepción de nuestro derecho —entendida como actividad judicial que es asumida con exclusividad por los órganos jurisdiccionales (art. 89 C.c y arts. 2 y 22 LOPJ)— sino también de dar cabida a efectos de la reagrupación familiar a otras instituciones jurídicas foráneas (o a otros procedimientos no estrictamente judiciales) por los que se permita formalizar la disolución. Con este alcance y en este ámbito, el legislador abre la puerta a la eficacia en nuestro ordenamiento jurídico de otras formas de disolución del vínculo (forzosamente dictadas en el extranjero) que, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, plantea varios problemas, entre ellos, según veremos, el de la prueba y validez del “procedimiento jurídico”.

Algo más. Mediante el concepto de procedimiento jurídico el legislador no sólo adopta una postura flexible sino que intenta garantizar un mínimo de seguridad al cónyuge separado y a sus familiares respecto de la vivienda común, la pensión y los alimentos para los menores dependientes. En efecto, la referencia del artículo 17.1. a) *in fine* incorpora una finalidad tuitiva al resultado del procedimiento en relación con el cónyuge y sus familiares.

Sin embargo, cabe preguntarse sobre el alcance de esta condición. Bien puede suponerse que —al haber tenido lugar tal procedimiento en el extranjero— el cónyuge anterior (y la familia) pueden estar viviendo fuera de España, ¿hasta allí alcanza la necesidad de que queden protegidos económicamente? También es posible que el procedimiento jurídico haya tenido lugar en el extranjero —aun cuando la familia viviera en España—, ¿la norma únicamente se refiere a aquella familia anterior que sigue viviendo en España para evitar una carga excesiva sobre las instituciones públicas

españolas en caso de que el residente no se haga cargo de la vivienda, la pensión o los alimentos?

Otra interpretación posible es aquella que propugna la vinculación de esta condición a los supuestos de matrimonios poligámicos cuando ya se hubiera producido una primera reagrupación y se pretendiera la de otra esposa e hijos comunes. No obstante, ha de tenerse en cuenta que el legislador se refiere a estas uniones como “posteriores” (*...que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias*), de ahí que la interpretación chocaría con la idea de enlaces coetáneos o previos a la reagrupación. Para salvar este escollo —y para que el precepto tenga sentido en esta línea argumentativa— habría que entender, como propone un sector doctrinal, que o bien “*separación* significa disolución o bien esas segundas o *posteriores nupcias* deberían interpretarse en el sentido de admitir matrimonios anteriores a la crisis matrimonial”²⁹.

Finalmente, hay que pensar que no sería suficiente una sentencia extranjera —o cualquier decisión habida tras un procedimiento jurídico— que no previera en la misma las medidas económicas de protección a que se refiere el artículo 17.a) *in fine* LODLEE. Pero, sí cabría aceptar como suficientes —a efectos de la reagrupación familiar— aquellas que el ordenamiento jurídico del Estado de origen previera de manera *asimilable* a las que establece nuestro ordenamiento jurídico, aunque no estuvieran incluidas en la sentencia.

b) La prueba o validez del procedimiento jurídico de disolución del vínculo. En cualquier caso es necesario saber qué se entiende por procedimiento jurídico en esa norma. Y es que no todos los procedimientos de disolución del vínculo son reconocidos por nuestro derecho. Y aun cuando nos movamos en el ámbito estricto de la reagrupación familiar, y por tanto la calificación de tal concepto sea especial para este supuesto, qué duda cabe que en algunas circunstancias la “validez” de tal procedimiento se podría cuestionar; por ejemplo, si la primera esposa pretendiera impedir la reagrupación de la segunda esposa o el reagrupante intentara, transcurrido un tiempo,

²⁹ Vid., C. ESPLUGUES MOTA, “Inmigración y Derecho de extranjería (Especial referencia a la reagrupación familiar)”, *Multiculturalidad: especial referencia al Islam* (A. RODRÍGUEZ BENOT, Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, Vol. VIII-2002, pp. 91-142, esp. p. 116.

alegar la nulidad de tal procedimiento (para evitar, *v.gr.*, los gastos de su primera familia).

En todo caso, el control de la validez del procedimiento jurídico de disolución se produciría llegado el momento en que hubiera de inscribirse ese segundo matrimonio; por ejemplo, si se interesara la nacionalidad española y, por tanto, fuera necesaria la inscripción en el Registro de ese segundo matrimonio. Para esta inscripción es posible que el Juez Encargado del Registro Civil exigiera el reconocimiento del divorcio o del procedimiento jurídico en cuestión³⁰.

Si esta situación se diera —y el exequátur no se concediera porque ese procedimiento hubiera estado en contra o afectado a los principios constitucionales del ordenamiento jurídico español— el no reconocimiento del divorcio, y, por tanto, la imposibilidad de inscripción del nuevo matrimonio, no va a afectar al hecho de la reagrupación ya consolidada, pero sí podría incidir en la vida posterior del cónyuge reagrupado que su estado civil sería otro para nuestro ordenamiento jurídico.

C) La lucha contra los matrimonios fraudulentos.

La tercera condición para la admisión de la reagrupación familiar del cónyuge del residente se refiere a la ausencia de fraude en la celebración del matrimonio. El problema de los matrimonios fraudulentos —fenómeno que va en aumento precisamente con el objetivo de acceder al territorio a través de la reagrupación familiar— preocupa tanto en España como en el resto de Europa.

En el tratamiento de los matrimonios fraudulentos interesa distinguir dos supuestos distintos. Por un lado, el matrimonio que ha de acceder al Registro Civil español al concurrir los presupuestos para su inscripción³¹ (bien porque al menos uno de los contrayentes tiene nacionalidad española o bien porque se ha celebrado ante autoridad competente en territorio español). Por otro, el de aquellos matrimonios que no han de

³⁰ La DGRN en varias de sus resoluciones ha determinado cuándo es necesario el reconocimiento o exequátur de las sentencias extranjeras. *Vid.*, A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), *Derecho internacional privado*, Volumen II, UNED, 2ª ed., Madrid, 2004, pp. 142.

³¹ Si el extranjero reagrupante hubiere contraído matrimonio en España, el control del mismo habría sido realizado por el Encargado del Registro Civil español. Sobre la incidencia en general de la inmigración en el Registro civil, véase *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

inscribirse en el Registro civil español ya que ninguno de los contrayentes tiene nacionalidad española ni se ha celebrado el matrimonio en España.

Son estos últimos los que interesan a nuestro estudio; es decir, el caso del extranjero residente cuyo matrimonio (simulado) activa la reagrupación del cónyuge y, consecuentemente, la residencia. Es conveniente recordar sucintamente que la doctrina de la DGRN ha definido los matrimonios fraudulentos como “aquellos enlaces mediante los que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos de facilitar la entrada o de regularizar la estancia en el territorio nacional (...)”³²; y es que, con carácter general, el ordenamiento jurídico español se opone a considerar válido un matrimonio en el que se considera probado que el consentimiento fue simulado.

Tal definición se encuentra en sintonía con la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997³³ que, además, establece que cuando existan factores que hagan presuponer que se trata de un matrimonio fraudulento, “los Estados miembros sólo expedirán *un permiso de residencia* o una autorización de residencia por causa de matrimonio (...) tras haber mandado comprobar a las autoridades competentes según el Derecho nacional que el matrimonio no es fraudulento”. En la misma línea, el artículo 16.2 b) de la Directiva permite a los Estados miembros denegar la solicitud de entrada y de residencia con fines de reagrupación familiar “si se demuestra que el matrimonio (...) se formalizó únicamente para que la persona interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro”. Si las autoridades competentes según el Derecho nacional establecen que el matrimonio es un matrimonio fraudulento, se retirará, revocará o no se renovará el permiso de residencia o la autorización de residencia por causa del matrimonio³⁴.

³² Res. DGRN, de 30 de mayo de 1995, BIMJ, núm. 1750, 1995, pp. 246-251.

³³ Que los define como “el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro”; *vid.*, *Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos* (DOCE C 382/1, de 16 de diciembre de 1997).

³⁴ Este es el sentido de la lectura, a *sensu contrario*, del artículo 16.3 LODLEE, en el que durante los dos primeros años del matrimonio (precisamente para evitar el fraude) no se conserva el permiso del cónyuge del residente si no hay convivencia matrimonial. Sin embargo la LODLEE no contempla, como le estaría permitido por la Directiva y para evitar los “matrimonios forzados”, la exigencia de una edad determinada, nunca superior a los 21 años, tanto del reagrupante como del cónyuge, para que se permita la reagrupación (art. 4.5.).

El control del fraude es —en nuestro caso— a los solos efectos de reagrupación familiar y se lleva a cabo, en principio, por la autoridad consular en el expediente que autoriza el artículo 43 incisos 3 y 4 del Reglamento. El problema reside, pues, en la evaluación de este punto y en la dificultad probatoria del fraude. La Directiva permite que los Estados puedan tomar en cuenta, en particular, el hecho de que el matrimonio o la relación en pareja se hayan formalizado después de que el reagrupante haya obtenido el permiso de residencia, supuesto que la LODLEE no ha contemplado. En cuanto al Reglamento, la denegación del visado podrá acordarse cuando los representantes de la Administración lleguen al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado (art. 43.4 REGL.)³⁵.

Conviene reparar, además, en que esta denegación se tipifica, tanto en la Directiva como en la Recomendación del Consejo de la Unión Europea y en el propio Reglamento de extranjería como una sanción y si bien está justificado que la representación consular deniegue el visado si constata la absoluta falta de consentimiento matrimonial, no lo es menos que su pronunciamiento debe ser objetivable y operativo sólo cuando “existan indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos o de la veracidad de los motivos alegados”.

En cuanto a la práctica judicial, el dato que preside todo análisis es la preeminencia del derecho a la reagrupación como derecho subjetivo que sólo puede desconocerse sobre la base de sólidas razones pues “es un derecho subjetivo de la mayor trascendencia”³⁶. Con este fundamento, y con carácter general, los Tribunales sopesan los motivos o reticencias de la representación consular (atendibles, pues son quienes viven a diario en el medio social) sin que ello signifique darles un valor absoluto “en

³⁵ Como veremos más adelante, la práctica judicial en los recursos contra resoluciones consulares pone de relieve las similitudes entre los elementos que se recogen en el análisis del fraude y la doctrina de la DGRN en materia de matrimonios fraudulentos. Para un resumen sobre esta doctrina *vid.*, entre otros: S ADROHER BIOSCA, “Nota a la Resolución de 25 de septiembre de 1995”, *REDI*, Vol. XLVIII (1996-2), esp. pp. 297 ss.

³⁶ Entre otras, STSJ Madrid, núm. 769/2003, de 16 de junio de 2003, FJ 2 (JUR 2003\252690) y STSJ Madrid, núm. 1224/2002, de 23 de septiembre de 2003, FJ 3 (JUR 2003\77689).

tanto la representación consular se mueva en el campo de las conjeturas basadas en circunstancias muy puntuales”³⁷.

Ello significa, en la práctica, que la relevancia otorgada por los tribunales superiores a los elementos de impugnación se sustenta en dos principios: en primer lugar, la infracción de las garantías procedimentales *esenciales* relativas a la prueba (“en la acreditación del fraude en la celebración del matrimonio a efectos de reagrupación familiar no basta “una simple apreciación del Cónsul”³⁸); y, en segundo lugar, la audiencia de los interesados y la falta de motivación (“es preciso que los interesados conozcan los fundamentos de la decisión adoptada por la Administración so pena de causarles indefensión”³⁹).

Ahora bien, cubiertas ambas garantías, y probada la existencia del matrimonio, la apreciación de los elementos relevantes para su consideración como fraude no tiene idéntico alcance en la jurisprudencia. Así, se ha entendido en algunos casos que no hay fraude cuando en la cultura del país de origen la mediación familiar o de amigos en la concertación del compromiso es habitual⁴⁰; tampoco es un indicio absoluto de fraude ni el desconocimiento mutuo ni la diferencia de edad⁴¹ ni el hecho de que las segundas nupcias fueron inmediatas al precedente divorcio⁴².

En cambio, sí son relevantes a efectos de su consideración como fraude, y siempre que obren en autos, elementos que pongan de relieve contradicciones entre la prueba documental aportada y las declaraciones de los interesados⁴³; por ejemplo, el

³⁷ STSJ Madrid, núm. 1224/2002, *cit.*, FJ 4.

³⁸ STSJ Madrid, núm. 1111/2004, de 1 de julio de 2004, FJ 3 (JUR 2004\1903): “ (...) no basta con constatar los hechos, debe determinar el proceso deductivo que le ha llevado a la conclusión indicada. Tal falta en la resolución no lleva a una traslación de la carga de la prueba a la recurrente (...)”. También, en relación con la constancia de matrimonio con ciudadano español, que se presume válido, STSJ Madrid, núm. 953/2004, de 15 de julio de 2004, FJ 4 (JUR 2004\224157).

³⁹ STSJ Madrid, núm. 769/2003, *cit.*, FJ. 2: “La exigencia de motivación impone a la Administración el deber de manifestar las razones que sirven de fundamento a su decisión, o, lo que es lo mismo, que se exprese suficientemente el proceso lógico y jurídico de la decisión administrativa, con el fin de que los destinatarios puedan conocer las razones en que la misma se ha apoyado (...) por lo que la motivación constituye un medio para conocer si la actuación merece calificarse de objetiva y ajustada a Derecho así como una garantía inherente al derecho de defensa, tanto en vía administrativa como en la jurisdiccional”. No obstante, debe repararse que puede no apreciarse falta de motivación si el Cónsul motivó la denegación del visado “*in aliunde*”; *vid.*, STSJ Madrid, núm. 1027/2004, de 22 de julio de 2004 FJ. 4 (JUR 2004\271521), con cita de sentencias del Tribunal Supremo.

⁴⁰ STSJ Madrid, núm. 1224/2002, *cit.*, FJ 4.

⁴¹ *Idem.*

⁴² STSJ Madrid, núm. 1371/2002, de 21 de octubre de 2002, FFJJ 3 y 4 (JUR 2003\153257).

⁴³ STSJ Madrid, núm. 380/2003, de 31 de marzo de 2003, FJ 3 (JUR 2003\224099) y STSJ Madrid, núm. 1534/2002, de 25 de noviembre de 2002, FJ 5 (JUR 2003\153488).

desconocimiento de datos como la fecha de la boda, el tiempo que llevan casados, el lugar de trabajo de la esposa o de sus hermanos⁴⁴, o el casamiento concertado entre primos hermanos⁴⁵; y también la falta de cumplimiento de las responsabilidades derivadas del matrimonio, en concreto y dada la ausencia de convivencia, el envío de cantidades periódicas para levantar las cargas del matrimonio⁴⁶.

2) La letra b) del artículo 17.1: los hijos.

Entre los familiares reagrupables se encuentran los hijos, mencionados en la Ley de extranjería en los siguientes términos:

Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su Ley personal y no se encuentren casados. Cuando se trate de hijos de uno 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.

El precepto se refiere a los hijos y para su inclusión en la norma, como en el supuesto anterior, utiliza conceptos jurídicos que han de ser interpretados, ya que sin resolver esa “cuestión previa” no sabremos quiénes son las personas incluidas en tales conceptos.

La norma distingue dos situaciones: los hijos del residente y del cónyuge (de estos dos últimos conceptos ya conocemos su interpretación) y los hijos de uno solo de los cónyuges⁴⁷. Esta distinción permite a su vez separar las condiciones en dos categorías: la primera —condiciones comunes a todos los hijos— que atañen a la minoría de edad, la incapacitación y la ausencia de matrimonio; y, la segunda —condiciones específicas y concurrentes con las comunes— que afectan a los hijos de uno sólo de los cónyuges (a) y a los hijos adoptivos (b).

A) Los hijos del residente y su cónyuge, incluidos los adoptados.

⁴⁴ STSJ Madrid, núm. 796/2003, de 25 de junio de 2003, FJ 2 (JUR 2003\248462).

⁴⁵ STSJ Madrid, núm. 661/2004, de 8 de mayo de 2004, FJ 2 (JUR 2004\272390).

⁴⁶ STSJ Madrid, núm. 796/2003, *cit.*, FJ 2.

⁴⁷ El precepto fue introducido por las Enmiendas números 58 y 59 del GP Socialista a la Proposición de ley presentada por el GP Federal de Izquierda Unida.

a) Filiación y prueba de la filiación. La prueba de la filiación, al igual que sucedía en el caso anterior, se lleva a cabo mediante la presentación de la documentación acreditativa del vínculo (copia u original, según se trate de la solicitud de la autorización o de la solicitud del visado, arts. 42.2 a) y 43.2 d) del REGL., respectivamente).

Igualmente, se puede cuestionar la filiación⁴⁸ del hijo bien para la conservación bien para la pérdida de estatuto de residente de familiar reagrupado. O incluso, posteriormente, de cara a una adquisición de la nacionalidad o como una cuestión principal de cuya solución dependa de la condición de hijo. En todos estos supuestos habrá que acudir al sistema de Derecho internacional privado español para determinar tal cualidad, cuya solución vendría dada por el artículo 9.4 del Código civil. De tal modo que, al igual que en el caso del cónyuge, la determinación de hijo que realiza la norma material de extranjería a efectos de reagrupación familiar puede ser diferente a otros efectos.

b) Eficacia en España de la adopción extranjera y reagrupación familiar. En relación a los hijos adoptados, el artículo 108 del Código civil equipara a los hijos adoptivos con los biológicos. No obstante, respecto de los primeros, cuando la adopción haya sido constituida por competente autoridad extranjera, el precepto establece la exigencia —para ser considerado como tal a efectos de reagrupación— de que “la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España”, cuestión que ha de resolverse por remisión a lo dispuesto en el artículo 9.5 apartado 5 del Código civil⁴⁹ y al *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*⁵⁰, debiendo recordar que la constitución de la adopción es un acto de jurisdicción voluntaria y, por consiguiente, queda excluida del procedimiento de *exequátur*.

Teniendo en cuenta el tenor literal del artículo 9.5 apartado 5, “no será reconocida en España como adopción constituida en el extranjero por el adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española”. En

⁴⁸ Ver artículos 127-141 del Código civil.

⁴⁹ Art. 9.5.- “En la adopción constituida por la competente autoridad extranjera, la Ley del adoptando regirá en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios. Los consentimientos exigidos por tal Ley podrán prestarse ante una autoridad del país en que se inició la constitución o, posteriormente, ante cualquier otra autoridad competente (...)”.

⁵⁰ BOE de 1 de agosto de 1995.

consecuencia, además de la regularidad formal del documento extranjero en el que conste la adopción (art. 323 LEC), para que se dé la equivalencia de efectos con los previstos en la legislación española (arts. 178 y 180 Cc) la institución adoptiva extranjera deberá establecer la relación de filiación entre adoptante y adoptado, extinguir los vínculos del menor y sus padres biológicos y, por último, ser irrevocable.

No obstante, y en relación con este último requisito, debe tenerse en cuenta que el mismo precepto establece *in fine* que la atribución por la ley extranjera de un derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparencia ante el encargado del Registro Civil⁵¹.

Tomando en consideración los anteriores elementos, y cumplidos que sean los requisitos, la eficacia en España de la adopción extranjera se mantendrá en todos los avatares de la vida del hijo adoptivo reagrupado al existir identidad entre los requisitos requeridos en sede de extranjería y los señalados para su eficacia en España cuando la misma sea constituida por autoridad extranjera. En cuanto a la Directiva, igualmente se exige que la resolución haya sido “adoptada por la Autoridad competente del Estado miembro de que se trate o de una resolución ejecutiva en virtud de obligaciones internacionales de dicho Estado miembro o que debe reconocerse de conformidad con las obligaciones internacionales”⁵².

Como veremos a continuación, no todos los hijos del reagrupante y de su cónyuge son beneficiarios de la reagrupación, la norma establece unas condiciones comunes y cumulativas que han de verificarse (minoría de edad establecida en 18 años y no estar casados) y otras de carácter específico cuando se trate de hijos mayores de 18 años o de hijos incapacitados.

⁵¹ La DGRN había matizado este requisito (superada su dificultad tras la entrada en vigor de la Ley 18/1999 que añadió ese párrafo final al artículo 9.5 inciso 5) teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor; y así la revocabilidad de la adopción extranjera no impide su reconocimiento en España cuando las causas de revocación, por corresponder a otras concepciones culturales, sean escasamente operativas en la realidad de la sociedad española (Ress. de 1997 de 29 de mayo, 9 de junio, 11 de octubre, 28 de octubre y 5 de noviembre, entre otras) o incluso sean contrarias a nuestro orden público, por ejemplo, por implicar una discriminación por razón de sexo (Ress. de 1998 de 5 y 14 de febrero, 25 de marzo, 18 de abril y 21 de mayo).

⁵² Está haciendo referencia al *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*, cuyo artículo 23.1 establece que “una adopción certificada conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes (...)”.

c) Edad y ausencia de matrimonio. En primer lugar, han de ser *menores de 18 años y no estar casados*. La LODLEE atiende al momento en que la ley española fija la mayoría de edad (art. 315 C.c) y cumple lo previsto en el artículo 4.1 de la Directiva “edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro y no estar casados”⁵³.

Esta fórmula —consistente en la fijación de una edad concreta frente a la técnica de la remisión a una determinada ley⁵⁴— fue introducida por una Enmienda del GP Popular y fijada en 18 años a pesar de que otros Grupos sugerían su concreción bien por remisión a la ley española (GP Socialista) bien por remisión a su ley personal (GP Convergencia i Unió). Tanto el GP de Izquierda Unida como el GP Mixto en sus respectivas Enmiendas extendían el beneficio a los menores de 25 años “que dependan económicamente de los padres”⁵⁵.

Sobre este concreto punto, podría pensarse que el establecimiento de una edad máxima puede incitar al fraude “rejuveneciendo” a los hijos que hayan llegado a la edad máxima fijada por la norma de extranjería. Ello podría darse respecto de ciudadanos de países en los que sea relativamente fácil rectificar las actas del estado civil en los registros de sus países de origen⁵⁶.

Por otro lado, resulta muy positivo que el legislador español no haya hecho uso de dos limitaciones que autoriza la Directiva en relación con la edad de los menores. La primera, referida a los menores que lleguen independientemente del resto de la familia y tengan más de doce años (art. 4 último párrafo). En este caso, el Estado miembro podrá “verificar” si dicho niño “cumple algún criterio de integración previsto por su legislación existente a la fecha de aplicación de la presente Directiva” (a más tardar el

⁵³ En sintonía con el *Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, de 24 de noviembre de 1977* (art. 12.1). Sin embargo, la *Carta Social Europea* indica que el término familia a los efectos de aplicación del artículo 19.6 (facilitar en lo posible el reagrupamiento familiar) “se interpretará en el sentido de que se refiere a la esposa del trabajador y a sus hijos menores de 21 años que vivan a su cargo” (parte II del Anexo a la Carta Social).

⁵⁴ Como hace la Directiva o el Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante de 24 de noviembre de 1977 y, también, el antiguo Reglamento de extranjería de 1996.

⁵⁵ En el ámbito comunitario de la libre circulación de personas, la edad se fija en veintiún años (también la *Carta Social Europea* de 18 de octubre de 1961 concreta esta misma edad) y, consecuentemente, nuestro Derecho interno así lo recoge en el RD 178/2003, de 14 de febrero, siendo criticable que la Directiva sobre reagrupación familiar no haya seguido el mismo criterio. En el mismo sentido, M. MOYA ESCUDERO, “Derecho a la reagrupación familiar”, en *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, (M. MOYA ESCUDERO, Coord.), Comares, Granada, 2001, pp. 673-707, esp. p. 692: “(...) las diferencias son tan notorias que conculcan la igualdad de todos los hijos ante la ley”.

⁵⁶ Entre otras, *vid.*, STSJ Madrid núm. 943/2004, de 22 de septiembre (JUR 2005\36513); STSJ Madrid núm. 966/2003, de 22 de julio (JUR 2003\260406); STSJ Madrid núm. 669/2003, de 4 de junio (JUR 2003\24689).

3.10. 2005, *ex. art. 20*). La segunda, referida a la edad de los hijos menores a la fecha de la presentación de la solicitud. Si los hijos tienen más de quince años, la Directiva permite a los Estados miembros no admitir a trámite la misma para dicho menor “si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la Directiva” (a más tardar el 3.10.2005, *idem*). Aunque ello no impedirá a los Estados miembros decidir otra modalidad de autorización para estos adolescentes, diferente, ciertamente, a la reagrupación familiar.

Por lo que hace a la exclusión de la reagrupación familiar de los hijos menores de 18 años casados, ésta es razonable en la medida en que, en nuestro ordenamiento jurídico, el matrimonio del menor produce de derecho la emancipación (art. 314 C.c). En tal supuesto, nada impide que el menor de edad casado ejerza la reagrupación de su cónyuge. La Directiva, para estos casos, permite que los Estados miembros establezcan una condición de edad mínima, que en ningún caso podrá superar los veintiún años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante (art. 4.5). La previsión no está recogida en la LODLEE, por lo que en principio nada obstaría tal reagrupación a no ser que se demostrara en el expediente consular que se trata de un matrimonio forzado.

d) Hijos incapacitados. Además, pueden ser reagrupados los hijos *incapacitados*. La Directiva en su artículo 4.2 b) autoriza a los Estados miembros a establecer, por vía legislativa o reglamentaria, la entrada a los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, “cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud”. Pese a la claridad del precepto, el legislador español ha optado por el término *incapacitación* dando lugar a algunos problemas de interpretación. Por otro lado, el legislador interno tampoco ha recogido el supuesto, permitido en el artículo 4.3 de la Directiva, relativo a los hijos de las parejas de hecho cuya reagrupación puede autorizarse si se trata de menores de edad no casados, incluidos los adoptivos, de estas personas, así como de los hijos mayores de edad, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debidas a su estado de salud.

A diferencia de la incapacidad de obrar del menor de edad, que no requiere declaración judicial alguna, la incapacitación en nuestro Derecho es un estado civil que se origina cuando la autoridad judicial declara incapaz en sentencia a una persona por concurrir en ella las causas establecidas por la ley (arts. 199 y 200 C.c.). Tomando en

cuenta esta precisión inicial, para nuestro Derecho es la sentencia la que modifica el estado civil y, a partir de la misma, quedará constatada *erga omnes* la incapacidad. Ahora bien, ello no quiere decir, por ejemplo, que si no existe tal sentencia, el que realmente esté loco, sea una persona capaz. Lo que ocurre, como señala L. Diez Picazo, “es que ha de probarlo quien lo alegue para la obtención de unos concretos fines”.

Pues bien, de acuerdo con este inciso b) del artículo 17.1 LODLEE, un hijo, mayor de 18 años e incapaz⁵⁷, tiene derecho a ser reagrupado cuando “esté” incapacitado de conformidad con la ley española o su ley personal. La dicción del precepto puede plantear algunas dudas en la práctica administrativa.

En primer lugar, la *concreción de las causas de incapacitación*. El precepto es una excepción a lo previsto en el artículo 9.1 del Código civil que remite únicamente a la ley personal para regir el estado y la capacidad de las personas, así como al artículo 9.6 del Código civil que señala a la ley nacional de la persona afectada como ley competente en materia de incapacitaciones.

Señala C. Esplugues⁵⁸ que “la referencia cumulativa a ambos ordenamientos cobra, de esta suerte, un significado flexibilizador al permitir cotejar la incapacitación respecto de dos leyes, y no sólo de una, como hace el art. 9.1 Cc”. No obstante, parece difícil que la incapacitación lo sea conforme a la ley española ya que siendo extranjero y residiendo fuera de España, requisitos que han de concurrir en el beneficiario de la reagrupación, nunca se daría la conexión necesaria con España ni para atribuir la competencia judicial al tribunal español ni por tanto para que le fuera de aplicación la ley española. A no ser que la sentencia de incapacitación se hubiera obtenido en un momento anterior en el que la persona incapacitada residiera en España y que, más tarde, tratando de cumplir los requisitos de la reagrupación hubiera vuelto a su país de origen.

En segundo lugar, la *prueba de la incapacitación*. En este aspecto caben dos interpretaciones según se haya seguido o no un procedimiento judicial para declarar la

⁵⁷ Piénsese por ejemplo en el disminuido o perturbado en su inteligencia o en aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adición a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos, los estupefacientes; y que esta limitación provoque la alteración de la inteligencia y no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

⁵⁸ *Vid.*, C. ESPLUGUES MOTA y M. DE LORENZO SEGRELLES, *op. cit.*, p. 93.

incapacidad, imprescindible según nuestro sistema pero que puede no ser encomendado a la autoridad judicial en otros ordenamientos jurídicos.

En el primer supuesto (*existencia de declaración judicial*), basta con cumplir los requisitos que para su prueba exige el artículo 43.2 d) REGL. Cabría pensar si del precepto puede deducirse que además de referirse a la existencia de una resolución judicial (que pudiera ser reconocida en España) también se extiende a la comprobación de la ley que ésta aplicó. No parece ser este el alcance del precepto.

No es difícil imaginar que la decisión extranjera que declaró la incapacitación del reagrupado, aun siendo suficiente para la reagrupación familiar, no lo sería en España para otros efectos que pudieran plantearse en la vida del reagrupado residente. Por otro lado, una alteración o desaparición de las causas tomadas en consideración en la declaración extranjera, anterior a la reagrupación, exigirían la mediación de nueva declaración judicial que tendría por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida. Esta modificación, en el caso de cambiar el régimen a que está sometido el incapacitado (pensamos en la llamada “reintegración” de la capacidad) incidiría en el régimen jurídico de la autorización de residencia de la persona reagrupada dado los controles periódicos a los que están sometidas las autorizaciones de residencia por razón de reagrupación.

En el segundo supuesto (*ausencia de declaración judicial*), podría pensarse que en nuestro sistema no sería admisible —por contrariedad con el orden público— la reagrupación familiar del incapacitado no declarado judicialmente. Desde este punto de vista, la interpretación del precepto sólo beneficiaría a los hijos, mayores de 18 años e incapacitados judicialmente, reduciéndose el problema a la existencia de la resolución judicial como prueba de la falta de capacidad en el momento de la reagrupación. Pero esto no es lo que dice la norma.

Entonces, ¿cabría oponer el orden público frente la reagrupación familiar del hijo incapacitado que sí lo *está* conforme a su ley personal o a la ley española sin que exista sentencia judicial que lo declare? Creemos que sería difícil sostener tal contrariedad sin violar el principio constitucional de protección a la familia (art. 39.1 CE). Además, es la propia norma de extranjería la que flexibiliza, como hemos indicado anteriormente, la concreción de las causas de incapacitación al permitir su valoración de acuerdo con dos

ordenamientos jurídicos. Consecuentemente, si la persona tiene una incapacidad natural o legal según su ley personal (o según la ley española) habrá de entenderse que, a efectos de reagrupación familiar, “está incapacitada” (no es capaz).

De aceptar esta interpretación amplia del *hijo incapacitado* a efectos de reagrupación familiar, en ausencia de declaración judicial lo que habrá que probar es la existencia de la concreta incapacidad legal que se alegue. La prueba consistirá en aportar los preceptos legales correspondientes y se llevará a cabo en el expediente consular (art. 43.3 del REGL.).

B) Los hijos de uno solo de los cónyuges.

a) Ejercicio en solitario de la patria potestad.

Cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges, se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad⁵⁹ o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. Se trata de una condición específica —y adicional— en relación con los hijos de uno sólo de los cónyuges. La fórmula, cuyo origen se encuentra en las Enmiendas presentadas por el GP Socialista, también se contempla en la Directiva, aunque ésta sólo hace referencia a la custodia⁶⁰. Por otro lado, la LODLEE no contempla el supuesto —permitido por la Directiva— de la reagrupación de los hijos cuya *custodia* sea compartida, siempre que el otro titular de la misma haya dado su consentimiento.

La patria potestad y la custodia son conceptos jurídicos que han de ser interpretados conforme a nuestro Derecho; sin embargo, deberán incluirse en estas categorías otros supuestos que, con la misma o parecida finalidad, existan en otros ordenamientos jurídicos. Cabría preguntarse sobre si el orden público podría actuar en algunas situaciones. Si esto fuera así y no admitiéramos, por ejemplo, la prevalencia del padre, como sucede en algunos códigos de familia de países musulmanes, la prueba de la patria potestad *in casu* consistiría en demostrar o bien que tiene el consentimiento del otro

⁵⁹ Esta potestad se ejerce siempre en función del interés y beneficio del hijo y se lleva a cabo, según el artículo 156 del Código civil, conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro (art. 156 C.c.). En los casos de separación de los padres (sea de hecho o de derecho), el artículo 156.3 C.c. ordena que la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva, aunque el juez puede a solicitud del progenitor autorizar el ejercicio conjunto de la patria potestad y distribuir las funciones inherentes al mismo entre ambos progenitores.

⁶⁰ Art. 4.1 apartados c) y d): “los hijos menores incluidos los adoptivos, del reagrupante, cuando tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo”.

progenitor o bien que es viudo o bien que la sentencia de divorcio le ha otorgado la patria potestad. En otros casos, sería necesario aportar la resolución que confirme la retirada de la patria potestad y de la custodia, por tanto, del otro progenitor o de los dos, o sus declaraciones de fallecimiento, en caso de que fueran ostentadas por otra persona. Y, además, en este último caso, habrá que presentar la resolución de su otorgamiento a esta última.

Al igual que en los supuestos anteriores, las citadas resoluciones harán prueba en el momento de la reagrupación. Si posteriormente fuera necesario que tal resolución surtiera otros efectos en España, habrá de procederse a su reconocimiento y, en el supuesto de ser denegado, nos encontraríamos con que aquella situación legal que produjo efectos suficientes para la reagrupación, no los produzca a otros fines.

En relación a los matrimonios poligámicos, la Directiva (art. 4.4) permite a los Estados miembros negar la reagrupación a los hijos del reagrupante y del otro cónyuge (es decir, el que no está reagrupado). La LODLEE no recoge el supuesto y en la práctica judicial se ha llegado a negar la reagrupación de tres menores hijos del reagrupante y de otro cónyuge distinto del que previamente se había reagrupado. El Tribunal acogió el informe desfavorable del Cónsul en el que se hacía constar que los hijos del solicitante eran menores y se encontraban escolarizados en Marruecos *bajo el control y tutela de la su madre*, por lo que “se estimaba contrario a sus intereses viajar a un país del que desconocían su cultura y su lengua, sustituyendo además a su madre biológica por la segunda esposa del demandante” (FJ 2)⁶¹.

b) Concreción reglamentaria de la dependencia.

En cuanto al último de los requisitos, se trata únicamente de una cuestión de hecho si bien necesita ser probada. La definición “a su cargo” viene establecida en el art. 39 e) del Reglamento a cuyo tenor se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familia en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva⁶².

⁶¹ STSJ Madrid, núm. 671/2004, de 10 de junio de 2004 (JUR 2004\220895).

⁶² Mediante Orden del Ministerio de la Presidencia se determinará la cuantía o el porcentaje de ingresos considerados suficientes a estos efectos, así como el modo de acreditarlos (art. 39 e) *in fine* REGL.).

Recordemos, finalmente, que la reagrupación solamente se da cuando la familia está fuera de España a efectos de la Ley de Extranjería, no así respecto de la Directiva (art. 5.3 segundo párrafo). Y así, en el caso del hijo nacido en España de residente legal, no hay tal reagrupación. El Reglamento contempla en su artículo 94.1 este supuesto que califica no de reagrupación pero sí le da valor a los efectos de obtención automática de la autorización de residencia⁶³.

3. La letra c) del artículo 17.1: menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal.

Este inciso coincide con el anterior en lo relativo a la edad del menor beneficiario de la reagrupación que ha de ser inferior a 18 años, concreción que evita los problemas derivados de la aplicación del mandato del artículo 9.1 del Código civil. Sin embargo, el precepto se refiere a incapaces y no a incapacitados, lo que puede presentar diferencias de tratamiento. En relación con la Directiva, no se prevé el supuesto, aunque el art. 4.2 apartado b) se refiere a los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Una interpretación amplia de esta expresión para incluir a los hijos incapacitados permite afirmar que el precepto de la LODLEE es conforme con la Directiva.

El reagrupante ha de ser el residente extranjero. El ámbito de aplicación personal del precepto excluye los supuestos en que el representante legal del menor de 18 años sea un español⁶⁴ o una institución pública española. El inciso está pensado para los casos en que el menor de 18 años o el incapaz no esté bajo la patria potestad (caso del inciso b) del apartado 1 del artículo 17) pero sí sometido a la potestad tuitiva supletoria de otra persona (arts. 215 y 304 del C.c.)⁶⁵.

⁶³ Art. 94.1 “Los hijos nacidos en España de extranjero que se encuentre residiendo legalmente en España adquirirán automáticamente la misma autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores. A estos efectos, el padre o la madre deberán solicitar personalmente la autorización de residencia para el hijo desde que tuviera lugar el nacimiento o desde que alguno de sus progenitores acceda a la situación de residencia legal, acompañando original y copia de la partida de nacimiento, así como copia de la autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores. Si el hijo nacido en España es de padre o madre reconocidos como refugiados, éstos podrán optar entre solicitar para él la extensión familiar del derecho de asilo o una autorización de residencia, en función del interés superior del menor”.

⁶⁴ En el RD 178/2003, de 14 de febrero, que regula el régimen de los familiares de los ciudadanos de la Unión no se contempla este supuesto aunque sí la tutela.

⁶⁵ Es decir, la potestad tuitiva del tutor, curador y defensor judicial y la guarda ejercida por determinación unilateral del guardador sin nombramiento judicial ni delación legal.

La referencia a incapaces y no a incapacitados (como sí se indica en el inciso anterior) y el silencio en torno a la ley aplicable ha suscitado alguna duda doctrinal relativa al alcance preciso del término⁶⁶. La referencia al incapaz, ¿superaría -incluyendo— a la de incapacitado? Creemos que lleva razón C. Esplugues cuando señala que la referencia al incapaz y no al incapacitado puede ser importante en cuanto el legislador parece, de forma consciente, “querer ampliar el volumen de supuestos cubiertos por el precepto respecto de los previstos en el apartado b) del artículo 17.1 LODLEE”. En efecto,

No obstante, hubiera sido más claro adecuar la redacción del supuesto a la de la Directiva cuando se refiere a los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge “que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debidas a su estado de salud”.

En relación con el concepto *representante legal* cabe la duda de si el alcance de sus obligaciones, en principio establecidas por la norma extranjera que le ha atribuido tal representación, es diferente al previsto en nuestro ordenamiento jurídico. Creemos que, a efectos de la reagrupación familiar, las posibles diferencias deben superarse a favor de una interpretación amplia de la noción que entienda que el representante (siendo tutor, curador o guardador de hecho, por ejemplo) faltaría a su deber de velar por la persona del representado si no procurara su integración en un hogar familiar; lo que, implícitamente, conllevaría la obligación de tener en su compañía al tutelado o al protegido.

El precepto prevé también la necesidad de protección de los menores de 18 años, extendiéndose así la finalidad tuitiva de la norma a aquellos casos en que el extranjero residente es el representante legal de un menor que carece de progenitores que ejerzan la patria potestad. La interpretación de todos estos conceptos ha de hacerse teniendo en cuenta el principio del interés superior del menor tal y como exige la *Convención sobre los Derechos del Niño*⁶⁷.

Finalmente, la prueba de la representación legal (art. 42.2. a) REGL.). Dadas las características de esta figura, será preciso acompañar el documento formal en donde

⁶⁶ Vid., C. ESPLUGUES MOTA y M. DE LORENZO SEGRELLES, *op. cit.*, p. 95.

⁶⁷ Véase la *Convención de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño* (BOE de 31.12.1990).

conste el nombramiento del representante que surtiría efectos en el expediente administrativo, como documento público que es. Puede tratarse de un testamento o de un documento público notarial, también la decisión judicial determinando la delación de la tutela o, en su caso, de la curatela; y, caso de constar inscrito, el acta del Registro público. Por lo que respecta a la documentación que ha de presentar el solicitante (menor de 18 años o incapaz) para la expedición del visado, habrá de probarse, igual que en los restantes casos, la edad y la dependencia legal o económica respecto del reagrupante representante legal (art. 43.2 d) REGL.).

4. La letra d) del artículo 17.1: los ascendientes.

La trascendencia del parentesco es valorada por el Derecho más allá del ámbito constituido por la familia en sentido estricto o nuclear. De entre los vínculos que constituyen el entramado de la familia (consanguinidad, adopción o afinidad) el existente entre las personas que pertenecen a la misma estirpe (descienden unas de otras) es valorado por la LODLEE, a efectos de reagrupación, únicamente en la línea recta o directa ascendente; es decir, la que liga a una persona con aquellos de quienes desciende (art. 917 C.c.). Queda excluida, pues, la línea colateral formada por las personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común (art. 916—III C.c.).

El precepto se refiere a los “ascendientes” sin distinguir el grado de proximidad del parentesco con el reagrupante (o su cónyuge); es decir, las generaciones que de conformidad con nuestro Código forman un grado (art. 915 C.c.). Así, cabría pensar que la norma incluye tanto a los ascendientes de un grado (padres) como los de segundo (abuelos) y tercer grados (bisabuelos). La Directiva, sin embargo, delimita el grado al primero y permite a los Estados miembros autorizar la entrada y residencia de los ascendientes *en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge* [(art. 4.2 a)]. Consecuentemente, una interpretación conforme a la Directiva de la noción de *ascendientes* no alcanzaría a los abuelos del reagrupante, ni siquiera cuando los padres faltaran.

En cuanto a las condiciones, la norma española exige la dependencia económica y la existencia de razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia en España (en idéntico sentido, el art. 39 d) REGL.). Con esta redacción, la LODLEE permite una

interpretación más flexible de la que cabría deducir de la norma comunitaria en lo que respecta a la dependencia económica, pues ésta además de pedir su acreditación (*cuando estén a su cargo*), requiere que se carezca de *apoyo adecuado en el país de origen*. Ahora bien, cuando un Estado miembro opte por extender el ámbito de aplicación personal de la reagrupación familiar a los ascendientes (art. 4.2 a) de la Directiva), los requisitos que habrán de reunir serán los previstos en la norma comunitaria.

Así, la LODLEE, al no exigir “la carencia de apoyo familiar en el país de origen” permitiría una interpretación amplia de los supuestos. Sin embargo, si se atendiera sólo a las disposiciones de la Directiva, el hecho de que, por ejemplo, los ascendientes reagrupados percibieran algún tipo de pensión o subsidio en su país de origen, podría constituir motivo de rechazo para autorizar la reagrupación familiar. De tal suerte que sólo cabría una interpretación conforme de la LODLEE con la Directiva, si entendiéramos que “razones que justifiquen la necesidad” incluye el “carecer de apoyo familiar adecuado en el país de origen”. Y es que, las razones que justifiquen la necesidad de reagrupar a los padres han de examinarse valorando la más intensa y amplia solidaridad familiar consecuencia del parentesco, que cabría en la expresión que utiliza la norma comunitaria.

En este sentido, la práctica judicial concede especial valoración a la necesidad de ayuda física y afectiva de la familia⁶⁸ y toma en cuenta, como circunstancias relevantes para la concesión del visado a los ascendientes, la edad (en general, mayores de 65 años), el estado de viudedad, el padecimiento de enfermedades, la ausencia de profesión y la dependencia económica acreditada con el envío de remesas que permitan la subsistencia⁶⁹. También es tomado en consideración por los tribunales, como elemento que evidencia la ausencia de mala fe, el hecho de que otros hijos residan en España; esto es, que el verdadero propósito es la reagrupación familiar⁷⁰.

En cambio, si otros hijos viven en el país de origen o en otro Estado miembro de la Unión Europea, la prueba de la dependencia económica respecto del reagrupante

⁶⁸ STSJ Madrid, núm. 1095/2004, de 19 de julio de 2004, FJ 5 punto 4 (JUR 2004\271640).

⁶⁹ STSJ Madrid, núm. 1095/2004, de 19 de julio, *ibidem* y STSJ Navarra núm. 250/203, de 7 de marzo FJ 3 (JUR 2003\273602).

⁷⁰ STSJ Madrid, núm. 1095/2004, de 19 de julio, *cit.*, FJ 6 y STSJ Madrid, núm. 692/2003, de 5 de junio de 2003, FJ 2 (JUR 2004\114).

residente en España se hace más exigente no infiriéndose únicamente del envío de dinero⁷¹. En cuanto a la carga de la prueba, corresponde al solicitante la aportación documental, no bastando meras declaraciones de otras personas ni transferencias intermitentes⁷². Si el reagrupante solicita la justicia gratuita en la sustanciación del recurso contencioso-administrativo “por carecer de medios económicos”, la petición decae⁷³. Igualmente, cuando existen otros hijos en el país de origen que precisan de la asistencia del ascendiente cuya reagrupación en España se pide⁷⁴.

II. Reagrupación familiar por residentes reagrupados: el artículo 17.2.

Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en esta ley orgánica.

1. Origen y finalidad del precepto.

Este apartado 2 fue modificado por la LO 14/2003, de 20 de noviembre con el fin de “evitar fraudes en las reagrupaciones en cadena”⁷⁵. El entendimiento de tal finalidad ha de ponerse en relación con el origen del inciso, que vio luz por vez primera en la reforma de diciembre de 2000 limitándose a remitir a futuro desarrollo reglamentario las condiciones de ejercicio del derecho a la reagrupación (en general) y, en especial, “del que corresponda a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de previa reagrupación”⁷⁶.

El precepto reglamentario que llevó a cabo tal desarrollo (art. 41.5 del RD 864/2001, de 20 de julio⁷⁷) fue a su vez anulado por la STS de 20 de marzo de 2003⁷⁸ apoyándose

⁷¹ STSJ Madrid, núm. 1352/2002, de 15 de octubre, FJ 3 (JUR 2003\153210) y STSJ Madrid núm. 585/2003, de 16 de mayo de 2003, FJ 3 (JUR 2004\60).

⁷² STSJ Madrid núm., 585/2003, 586/2003 y 587/2003, de 16 de mayo de 2003 (JUR 2004\60, 2004\49 Y 2004\50, respectivamente).

⁷³ Se trataba de una reagrupación de ambos padres y una hermana. En el caso, la dependencia económica era a la inversa. STSJ Madrid, núm. 63/2003, de 30 de enero, FJ 3 (JUR 2003\169489).

⁷⁴ STSJ Madrid núm. 30/2003, de 20 de enero, FJ 3 (JUR2003\169382).

⁷⁵ Punto IV de la Exposición de Motivos de la LO 14/2003, de 20 de noviembre.

⁷⁶ Por éste y otros motivos varias enmiendas a la Ley propusieron su supresión del antiguo apartado del art. 17.2 en el que se vislumbraba una diferencia de trato al remitir al Reglamento la determinación de las condiciones para la reagrupación de los que hubieran adquirido la residencia por esta misma vía. *Vid.*, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y H. GRIEDER MACHADO, *op. cit.*, p.138.

⁷⁷ Art. 41.5 “Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con un permiso de residencia obtenido independientemente del precepto del reagrupante y acrediten reunir los requisitos

el Supremo en la tesis del Consejo de Estado, cuyo Dictamen⁷⁹ a la norma reglamentaria ya había cuestionado la legalidad de la propuesta del Gobierno que suprimía tajantemente estas reagrupaciones (llamadas por el órgano consultivo “reagrupaciones en cadena”).

A pesar de la supresión —en el texto final— de tan grave prohibición, las condiciones impuestas por el Reglamento tampoco superaron el control de legalidad ante el Supremo, toda vez que el Alto Tribunal sostuvo que la exigencia de un segundo permiso de residencia, obtenido independientemente del permiso del reagrupante “(...) supone privar a quienes han obtenido la residencia por reagrupación del derecho reconocido en el número 2 del artículo 17 de la Ley para ejercer ese derecho en relación con sus propios familiares” (FJ Quinto). Es esta decisión judicial, y no otra, la que llevó al Gobierno a redactar de nuevo (en la LO 14/2003) el artículo 17.2 de la LODLEE con el mismo texto de las anuladas condiciones, reglamentariamente impuestas, como queda dicho, para un residente que lo fuese en virtud de una previa reagrupación.

La cuestión se centra, pues, en saber si este precepto orgánico consagra una diferencia de trato consolidando dos tipos de extranjeros residentes a efectos de reagrupación familiar. La respuesta a tal interrogante puede analizarse desde las propias condiciones exigidas al *reagrupante—reagrupado* según veremos inmediatamente.

2. Presupuesto y condiciones generales de ejercicio.

Con carácter previo resulta conveniente recordar que la Directiva no hace referencia de modo directo a esta posibilidad de “reagrupación en cadena”, toda vez que la norma comunitaria no distingue entre extranjeros según el modo en que hubieran obtenido la residencia. El artículo 3.1 de la Directiva ordena su aplicación cuando el reagrupante sea titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un periodo de validez superior o igual a un año y tenga una perspectiva fundada de obtener un

previstos en la Ley Orgánica 2/2000, reformada por la Ley orgánica 8/2000 y en este Reglamento para proceder a dicha reagrupación”.

⁷⁸ STS de 20 de marzo de 2003 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª). Ponente. Sr. Sieira Miguez (RJ 2003\2422). Comentada en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social por Mª.B. FERNÁNDEZ COLLADOS, “Novedades introducidas por la LO 14/2003 de reforma de la LO 4/2000 de Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 8/2000”, Aranzadi *Westlaw*, BIB 2004\212. Véase también, F. ALONSO PÉREZ, “El derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros: innovaciones introducidas por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, *Diario La Ley*, Núm. 6006, 2004, pp. 1-5.

⁷⁹ Dictamen 2606/2000 (INTERIOR), de 28 de julio de 2000.

http://www.boe.es/g/es/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2000-2606.

derecho a la residencia permanente. Consecuentemente, en los términos de la Directiva, toda persona que cumpla los requisitos indicados tiene potencialmente derecho a solicitar la autorización de entrada y la residencia de los miembros de su familia⁸⁰.

Como ya hemos advertido, la LODLEE no prohíbe a los extranjeros reagrupados ejercer a su vez el derecho de reagrupar a sus propios familiares; sin embargo, condiciona su ejercicio al cumplimiento de dos requisitos: en primer lugar, ser titulares de una autorización de residencia y trabajo obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante; y, en segundo lugar, acreditar que reúnen los requisitos previstos en la ley orgánica. Con idéntico tenor regula este supuesto el artículo 40.1 del Reglamento.

Así, el presupuesto general que marca la posibilidad de reagrupación por parte del reagrupado-reagrupante es la naturaleza del permiso de residencia; o, dicho de otro modo, la especial naturaleza del permiso de residencia que se obtiene en virtud de la reagrupación familiar, absolutamente dependiente de la autorización de residencia del extranjero reagrupante, inhabilita al reagrupado a ejercer *ab initio* el derecho a reagrupar⁸¹.

De lo hasta ahora expuesto, cabe extraer como primera conclusión que la diferencia de trato entre los residentes extranjeros, respecto del ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, radica en la naturaleza de la residencia, no así en las condiciones que son idénticas a las exigidas con carácter general, excepción hecha de los ascendientes reagrupados, objeto de análisis en el comentario al apartado 3 del artículo 17. Consecuentemente, quien accedió al territorio por vía de reagrupación y, por ende, es residente, va a ver limitado el derecho a reagrupar hasta la obtención de un segundo

⁸⁰ Véase el comentario al artículo 18.2 en esta misma obra.

⁸¹ Se trata del artículo 19 (efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales) que, en su redacción dada por la LO 14/2003, contempla los supuestos en que los familiares reagrupados pueden acceder a una autorización de residencia independiente. Se mantienen los dos supuestos previstos en la reforma de diciembre de 2000 (residencia independiente del cónyuge y residencia independiente de los hijos), aunque, respecto del primero, se suprime el requisito de convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante dos años y se contempla el supuesto de violencia doméstica que permitirá a la víctima obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma. Se agrega un nuevo supuesto, el de los ascendientes reagrupados, que sólo accederán a la residencia independiente cuando obtengan una autorización para trabajar, supeditada a lo dispuesto en el art. 17.3; es decir, tener la condición de residentes permanentes y acreditar solvencia económica.

permiso de residencia, distinto e independiente del permiso inicial como familiar reagrupado.

Ello no significa que sea imposible su obtención. En efecto, la ley no dice que la residencia obtenida en virtud de reagrupación no dará lugar a ulteriores reagrupaciones, pero su posibilidad sólo se activará cuando el familiar reagrupado obtenga una autorización de residencia y trabajo independiente de la del reagrupante; residencia a la que se llega en determinados supuestos tasados por la ley (arts. 16.3 y 19 LODLEE y art. 41 REGL.) y, por descontado, siempre que se acrediten los restantes requisitos materiales e idénticos en todos los supuestos (vivienda, trabajo y cobertura sanitaria para sí y sus familiares).

En relación con estos supuestos tasados —y sin perjuicio de lo que se examinará en el artículo 19 de estos comentarios—, el Reglamento contempla en su artículo 41 (“Residencia independiente de los familiares reagrupados”), las circunstancias que dan derecho a una residencia independiente, según se trate de su cónyuge, de los hijos o menores de 18 años sobre los que el reagrupante ostente la representación legal o de sus ascendientes reagrupados. Sucintamente expuesto, el panorama resultante es el siguiente:

- *Incapaces e incapacitados*. La norma no hace referencia a los incapacitados ni a los incapaces, por lo que su residencia siempre dependerá, a todos los efectos, de la autorización del reagrupante o, en su caso, del miembro de la familia o de la persona con la que convivan.
- *El cónyuge reagrupado*. El tratamiento dado por el Reglamento a la residencia independiente del cónyuge reagrupado gira en torno la obtención de una autorización para trabajar que abre de inmediato la puerta al permiso independiente y posibilita, llegado el caso, una nueva reagrupación (art. 19.1 LODLEE en relación con el art. 41.1 REGL.). No obstante, para que esta autorización para trabajar sea suficiente a efectos de obtención de la residencia independiente, es preciso que las condiciones económicas fijadas en el contrato (que sirve de base a la autorización) den lugar a una retribución que no sea inferior al salario mínimo interprofesional a tiempo completo en cómputo anual (en lectura a *contrario sensu* del inciso 6 del artículo 41 REGL.). El cónyuge puede *conservar* la autorización de residencia en caso de que ya no exista vida

familiar (separación de derecho o divorcio del art. 16.3 LODLEE⁸²). El Reglamento permite entonces la obtención de una autorización de *residencia temporal independiente*, siempre y cuando acredite la convivencia en España (con el cónyuge reagrupante) durante al menos dos años [(art. 41.2 a)]. Los dos últimos supuestos en los que el cónyuge puede obtener un permiso independiente hacen referencia a la violencia de género y a la viudedad (incisos b) y c) del art. 41.2 REGL.). En el primer caso, la mujer podrá obtener la autorización de residencia independiente una vez dictada a su favor la orden judicial de protección. En el segundo, el viudo o la viuda tiene derecho a solicitar la autorización de residencia independiente bastando con acreditar el fallecimiento del reagrupante⁸³.

- *Los hijos o menores sobre los que el reagrupante ostente la representación legal.* También obtendrán la autorización independiente y temporal, cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan autorización para trabajar. O bien, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad y residido en España durante cinco años (art. 41.1 REGL.).
- *Los ascendientes reagrupados.* Acceden a la autorización de residencia temporal independiente cuando hayan obtenido una autorización para trabajar. Sin embargo, los efectos de dicha autorización no provocan inmediatamente el derecho a reagrupar, sino que queda supeditados a lo dispuesto en el artículo 17.3 de la Ley.

Cumplido el presupuesto de la residencia independiente y obtenido el nuevo permiso, las condiciones o exigencias materiales para el ejercicio del derecho a reagrupar son las mismas que para el resto de los extranjeros. A éstos —excepción hecha de los ascendientes— se les exige el cumplimiento de las condiciones del artículo 18 LODLEE y correlativos del Reglamento: que la residencia haya sido legal durante un

⁸² El precepto exige “que se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición”. Ha de entenderse que se refiere a una disolución decretada por cualquier procedimiento (judicial o administrativo) reconocido en España; si la disolución del vínculo hubiera sido dictada en el extranjero y se alegara como prueba de la ruptura del vínculo a efectos de conservación de la autorización y obtención de la residencia temporal independiente, no será preciso el *exequátur*.

⁸³ Pese al carácter independiente de la autorización, cabe preguntarse si su duración será la misma que la del reagrupante, toda vez que el precepto habla de conservación. La cuestión ha quedado aclarada en el nuevo Reglamento de extranjería al precisar la vigencia de las autorizaciones de residencia de los familiares reagrupados que “se extenderán hasta la misma fecha que la del reagrupante; y, si la de éste fuera permanente, la vigencia de la primera autorización de los familiares reagrupados se extenderá hasta la fecha de validez de la tarjeta de residencia del extranjero reagrupante, siendo las posteriores autorizaciones de residencia del reagrupado de carácter permanente (art. 42.7 REGL.).

año, que tengan autorización para residir al menos durante otro año y que aporten la prueba de que disponen de alojamiento y de los medios de subsistencia suficientes para atender sus necesidades y las de su familia.

III. Reagrupación familiar por ascendientes reagrupados: el artículo 17.3.

Cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes permanentes y acreditado solvencia económica. Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo.

1. Origen y finalidad de precepto.

Introducido también en la LO 14/2003, de 20 de noviembre, este apartado, en su primera parte, conforma dos condiciones distintas para la reagrupación por parte de los ascendientes residentes que lo sean por esa vía. Se trata de una excepción a la regla general (del art. 17.2) que impide, respecto de los ascendientes, que se despliegue el efecto general de la autorización de residencia independiente. El Reglamento con una redacción casi idéntica a la LODLEE regula la reagrupación familiar por residentes reagrupados que sean ascendientes en el artículo 40 incisos 2 y 3. Como consecuencia de la redacción de esta norma, fruto de la aceptación de las Enmiendas núm. 135 y 136 del GP Socialista, se modificó, para adaptarlo, el artículo 18.2 LODLEE, relativo al plazo de espera para el ejercicio del derecho a reagrupar.

2. Presupuesto y condiciones especiales de ejercicio.

En cuanto a la primera de las condiciones, es preciso haber obtenido la condición de residente permanente. No basta, pues, con tener una autorización para trabajar, sino además llevar residiendo en España al menos cinco años y haber obtenido la correspondiente autorización⁸⁴.

Por lo que hace a la segunda condición, ha de acreditar la solvencia económica para atender las necesidades de su familia que pretenda reagrupar. Pero, en el caso de que el

⁸⁴ Transcurridos cinco años de residencia temporal en España y conseguida la residencia permanente, los extranjeros pasan a tener un *status* de cuasi equiparación a los españoles y a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea; *status* cuya interpretación ha de ser conforme a la *Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración* (DO 23.1.2004), cuya transposición ha de realizarse antes del 23 de enero de 2006.

ascendiente previamente reagrupado tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado⁸⁵ al que pretenda reagrupar, podrá ejercer el derecho a la reagrupación en los términos del artículo 17.2; es decir, retorna a la regla general, bastando con acreditar la residencia previa de un año y la autorización para residir otro año más.

Tomando en consideración las condiciones y requisitos establecidos para el ejercicio de la reagrupación de los ascendientes reagrupados no es difícil imaginar que los supuestos serán, en la práctica, de carácter excepcional⁸⁶. En primer lugar, porque la Administración no suele admitir la reagrupación de padres menores de 65 años. Por tanto, los mayores de esta edad reagrupados estarán, por definición, a cargo del reagrupante (art. 17.1 d). Es cierto que su residencia en España no les impide obtener una autorización para trabajar; sin embargo, dada la edad, difícilmente podrán insertarse en el mercado laboral español: la acreditación de la solvencia económica exigida por la Ley será, pues, de difícil cumplimiento.

En segundo lugar, y relacionado con el segundo párrafo, será extraño que a la edad de 65 años se tengan hijos menores de edad a su cargo. No tanto, en cambio, si se trata de incapacitados: luego, seguramente, la más frecuente de las reagrupaciones por parte de ascendientes reagrupados sería la de hijos incapacitados a su cargo, y esto, por supuesto, teóricamente.

En consecuencia, y a modo de corolario, la reagrupación familiar por residentes y la reagrupación familiar por residentes reagrupados contempla dos reglas. La primera, de carácter general —aplicable en todos los casos—, que exige la residencia legal de un año y la autorización para residir al menos otro año. La segunda, aplicable a los familiares reagrupados—, que exige haber obtenido una autorización de residencia independiente del permiso del reagrupante (han de darse los requisitos del artículo 19 LODLEE y del art. 41 REGL.); pero, para el caso de los ascendientes previamente reagrupados se contemplan dos posibilidades: (a) si pretenden reagrupar al cónyuge (art. 17.3) habrán de esperar cinco años, puesto que sólo podrán ejercitar el derecho cuando

⁸⁵ La ley aplicable para la determinación de la minoría de edad, en este caso, será la determinada por el artículo 9.1 C.c.; es decir, la ley personal.

⁸⁶ Cabría pensar en un caso hipotético de matrimonios poligámicos en el que el ascendiente reagrupado (padre) podría obtener la reagrupación de sus hijos menores de edad o incapacitados; y, cinco años más tarde, reagrupar a la (joven) madre de los menores (cónyuge); sin perjuicio de que ésta pudiera obtener antes la residencia en España en virtud del artículo 8 del CEDH (derecho a la vida en familia) y del artículo 9.2 del Convenio de los Derechos del Niño (derecho del menor a vivir con sus padres).

hubieren obtenido la autorización de residencia permanente; y (b) si pretenden reagrupar a un hijo menor de edad o incapacitado a su cargo se retorna a la regla general.

IV. Determinación reglamentaria del procedimiento de reagrupación familiar el artículo 17.4.

Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación.

1. Ámbito del precepto.

También redactado conforme a la LO 14/2003, de 20 de noviembre, la norma contiene una remisión genérica al Reglamento en cuanto a la determinación de las condiciones de ejercicio del derecho a reagrupar. La correcta inteligencia de este artículo, dada su ubicación, abarca las condiciones personales y materiales referidas al extranjero residente, independientemente de su condición de primer inmigrante residente o de residente reagrupado. Pero también afecta a las condiciones de procedimiento, esto es, a las de trámite administrativo que alcanzan tanto al reagrupante como a los familiares reagrupados, aunque éstos, como ya hemos visto, no sean titulares del derecho a reagrupar.

Cabe señalar que muchas de estas condiciones reglamentariamente dispuestas no difieren de lo establecido en la literalidad de la LODLEE⁸⁷. Por ejemplo, la condición temporal del artículo 38 REGL. (Definición) coincide con la dicción del artículo 18.2 LODLEE; el artículo 39 REGL. (Familiares reagrupables) repite el artículo 17.1 LODLEE; si bien, incluye un inciso —el e)— definiendo lo que ha de entenderse como “familiares a cargo del reagrupante”; el artículo 40 REGL. (Reagrupación familiar por residentes reagrupados) reitera los incisos 2 y 3 del artículo 17 LODLEE; y, en fin, el artículo 41 apartados 1 y 2 REGL. (residencia independiente de los familiares reagrupados) es el correlativo del artículo 19 LODLEE, aunque incorpora cuatro incisos de desarrollo referidos a la conservación de la residencia en determinados supuestos y aclara u ordena los supuestos.

⁸⁷ El Consejo de Estado ha advertido en varias ocasiones que “no es de alabar el criterio de reproducir en el texto reglamentario disposiciones de la Ley a desarrollar y con redacción diferente, susceptible de inducir a error a quienes han de aplicar conjuntamente normas legales y reglamentarias, entendiéndose que la reproducción de las normas legales, cuando se haga, debe ser literal, para evitar posibles interpretaciones contrarias”. *Vid., Dictamen del Consejo de Estado* núm. 3203/2004, de 16 de diciembre de 2004 (Procedencia. TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES), p. 11.

Tomando en consideración estos datos, resulta ocioso repetir en el comentario a este inciso las aportaciones reglamentarias cuyo examen, por razones de orden, se realiza en cada precepto; pues, no cabe duda que “condiciones” son todas las del Reglamento y afectan a todo el régimen de reagrupación familiar articulado en la Ley de extranjería.

Por lo que hace a nuestro tema de estudio, lo más novedoso del Reglamento de 2004 es, precisamente, la ordenación del procedimiento de reagrupación familiar cuyas disposiciones no habían merecido un tratamiento uniforme y coherente en el anterior Reglamento de 2001 y ello a pesar de que la Orden Ministerial de 8 de enero de 1999⁸⁸ supuso un loable esfuerzo de ordenación administrativa de la materia.

La Exposición de Motivos del RD 2393/2004, de 30 de diciembre aclara que la nueva estructura del Reglamento “responde a la necesidad de una ordenación sistemática, más adecuada a la realidad, y, por lo tanto, más accesible para sus destinatarios”. En cuanto a los procedimientos, el legislador dice en la misma Exposición que su finalidad es “incorporar mayores garantías a los ciudadanos y, consecuentemente, reducir el ámbito de decisión discrecional de la Administración”.

2. Especial referencia a la tramitación del visado en el procedimiento de reagrupación familiar: el artículo 43 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre.

En este apartado examinaremos, básicamente, la tramitación del visado en la reagrupación familiar establecido en el artículo 43 del Reglamento y, en cuanto resulte pertinente, su relación con otros preceptos reglamentarios y su interpretación ajustada a la Directiva.

Como primera observación cabe decir que el nuevo Reglamento no altera la estructura básica de la tramitación del procedimiento, dividido, desde la citada Orden Ministerial de 8 de enero de 1999, en dos fases: la primera, a instancia del reagrupante, ante la autoridad competente⁸⁹, con el fin de obtener la autorización de residencia (temporal) a favor de los miembros de la familia que desee reagrupar (actual art. 42 REGL.); y, la segunda, a instancia del familiar que vaya a ser reagrupado, ante la misión

⁸⁸ BOE 13 de enero de 1999.

⁸⁹ Salvo previsión específica en contrario, son competentes las oficinas y Unidades de Extranjería de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno. *Cfr.* Disposición adicional tercera del RD 2393/2004 (*Lugares de presentación de las solicitudes*).

diplomática u oficina consular, con el fin de solicitar el visado (actual art. 43 REGL.). El mérito de la nueva regulación radica en estructurar (en estos dos artículos) una suerte de manual de tramitación e instrucciones para la presentación y examen de las solicitudes de reagrupación familiar simplificando, en buena medida, la gestión administrativa.

— *Concesión y eficacia de la autorización de residencia temporal.* El primer requisito para poder solicitar el visado es la previa concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación solicitada por el reagrupante (art. 42.5 REGL.). La eficacia de esta autorización queda sujeta a doble condición suspensiva “*hasta la expedición del visado y hasta la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional*” (arts. 42.5 y 6 REGL.), salvo circunstancias excepcionales previstas legal o reglamentariamente⁹⁰.

Por lo que hace a la primera condición (*hasta la expedición del visado*), y a pesar de no estar prevista de modo expreso en la Directiva, cabe deducirla implícitamente de lo dispuesto en el artículo 5.3 primer párrafo. En efecto, la Directiva fija una regla general según la cual la solicitud se presentará cuando los miembros de la familia residan fuera del territorio; lo que significa, en principio, que habrá de tramitarse un visado dándose toda clase de facilidades para su obtención (de los visados necesarios) *tan pronto como se acepte la solicitud de reagrupación* (art. 13.1).

Sólo excepcionalmente podrán aceptar los Estados que la solicitud se presente cuando los miembros de la familia ya estén en su territorio (art. 5.3 segundo párrafo); supuesto que no contempla la norma española⁹¹. Por otro lado, la Directiva deja a cada Estado miembro la determinación de ante qué autoridades deban ser presentadas las solicitudes, “ya sea por el reagrupante ya por el o los miembros de la familia” (art. 5.1).

En relación con la segunda condición (*hasta la efectiva entrada en el territorio*), ha de interpretarse que se dará por cumplida la condición desde el momento mismo en que se produzca la entrada en España por puesto habilitado (art. 25 LODLEE.). Una vez en el territorio, el visado autoriza a residir (art. 27.2 LODLEE.). Evidentemente, la entrada habrá de realizarse en el término de vigencia del visado “que no será en ningún caso

⁹⁰ Véase el comentario al artículo 31 en esta misma obra.

⁹¹ Recuérdese que la LO 14/2003 suprimió la posibilidad de obtención de exención de visados, que permitía, de facto, la reagrupación familiar *in situ*.

superior a tres meses” (art. 43.6 REGL.). Además, el extranjero viene obligado a solicitar la tarjeta de identidad de extranjero dentro del mes siguiente a la entrada en el territorio; obligación derivada de lo dispuesto en el artículo 4.2 y 27.2 LODLEE desarrollados en el artículo 105.4 del Reglamento. Su incumplimiento se considera una infracción grave (art. 53 h) LODLEE) y dará lugar a la sanción impuesta en el artículo 55.1 b) de la misma (multa de 301 a 6000 €).

— *Tramitación del visado.*

1. *Solicitud.* Está legitimado para solicitar el visado el miembro de la familia de cuya reagrupación se trate, personalmente o a través de representante, ante la Misión Diplomática u Oficina Consular en cuya demarcación resida el extranjero. Establece el Reglamento un término de dos meses para presentar la solicitud, cuyo cómputo se inicia en el momento de la notificación al reagrupante (en España) de la concesión de la autorización de residencia temporal; concesión que se extinguirá en el caso de no solicitar el visado en dicho plazo. En cuanto a la exigencia de comparecencia personal, la Disposición Adicional Tercera de la LO 14/2003, estableció que tanto la presentación de solicitudes de visado como su recogida se realizarán personalmente. Sólo excepcionalmente, cuando el interesado no resida en la población en que tenga su sede la Misión u Oficina consular y se acrediten las razones que obstaculizan el desplazamiento (lejanía de la misión o dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso), podrá acordarse la presentación de la solicitud por representante debidamente acreditado. El Reglamento ha agregado como razones justificativas, y siempre que se acrediten, la enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente la movilidad. Dados los términos del Reglamento, no bastará, pues, con un poder general o documento equivalente sino que será preciso indicar en el apoderamiento la causa impeditiva del desplazamiento hasta la oficina consular, ajustada, en lo posible, a las señaladas reglamentariamente. En el caso de menores, ambos trámites podrán realizarse por representante debidamente acreditado (*cfr.* Disposición adicional cuarta inciso 3 del REGL.). Véase más abajo (3) el comentario sobre la inadmisión a trámite.

2. *Documentación acreditativa.* En cuanto a la documentación que se deberá acompañar a la solicitud, además de la genérica requerida para todos los visados de residencia (pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España,

con una vigencia mínima de cuatro meses; certificado de antecedentes penales o documento equivalente, en el caso de solicitante mayor de edad penal, que debe ser expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años y en el que no deben constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español; y certificado médico con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional), el artículo 43.2 requiere la presentación de copia de la autorización de residencia notificada al reagrupante (inciso c) y de la documentación original que acredite los vínculos familiares y, en su caso, la edad y la dependencia legal o económica (inciso e).

3. *Inadmisión a trámite.* “Será causa de inadmisión a trámite de la solicitud y, en su caso, de denegación, el hecho de que el extranjero se hallase en España en situación irregular, evidenciado por el poder de representación o por datos que consten en la Administración” (último párrafo art. 43.1 REGL. *Cfr.* Disposición Adicional Cuarta de la LODLEE). El juicio que nos merece la inclusión de este motivo de inadmisión en materia de reagrupación familiar no puede ser otro que negativo y muy preocupante.

Centrándonos en esta causa concreta de inadmisión a trámite —y sin negar que existan solicitud de trámites administrativos sin fundamento, única finalidad a la que debe obedecer la no admisión a trámite (artículo. 89.4 Ley 30/1992)—, este motivo ha de leerse desde la exigencia de que el trámite de visado se realice personalmente, tanto su solicitud como su recogida, restringiendo de este modo la posibilidad de que determinadas gestiones administrativas puedan llevarse a cabo mediante apoderamiento. Se está consagrando implícitamente una discriminación —es decir, una situación diferenciada— para los extranjeros en lo que se refiere al procedimiento administrativo (acceso a registros u oficinas públicas), rompiendo de esta manera la unidad de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Por otro lado, que el poder de representación “evidencie” una situación de irregularidad del extranjero en España generaliza la presunción de fraude sobre el conjunto de actividades que pueden realizarse por representación y anula -para los

extranjeros— una figura jurídica habitual y perfectamente normal en el ámbito del Derecho administrativo.

Desde otra perspectiva, pueden darse diferentes interpretaciones de qué datos obrantes en la Administración “evidencian” un situación de irregularidad. Un ejemplo muy claro sería el empadronamiento que, por una parte da derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 12 LODLEE) y es condición *sine qua non* para obtener una autorización de residencia dentro del *proceso de normalización* habilitado por el Reglamento (DA 3) y, por otra parte, la utilización de los datos del padrón serviría para el control individualizado de los extranjeros —y su familia— en nuestro país.

4. *Entrevista personal.* Presentada en forma la solicitud de visado, la Misión Diplomática u Oficina Consular instruirá el correspondiente expediente pudiendo requerir también durante su sustanciación la comparecencia del solicitante y, cuando lo estime necesario, mantener una entrevista personal para comprobar su identidad, el vínculo familiar alegado, en su caso la dependencia legal o económica y la validez de la documentación aportada. Si se determina la celebración de la entrevista, ésta deberá ser comunicada mediante citación o requerimiento efectuado a través de llamadas al teléfono de contacto y si hubiera sido desatendida se cursarán por escrito las citaciones requerimientos o notificaciones al domicilio fijado al efecto en la solicitud. La incomparecencia, salvo fuerza mayor, en el plazo fijado, que no podrá exceder de quince días, produce el efecto considerar al interesado desistido en el procedimiento y se le notificará la resolución por la que se declara el desistimiento (*cfr.*, DA Sexta núm. 2 REGL.). Finalmente, cuando la entrevista se lleve a cabo, en ella deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración y el representante del interesado, en caso de que éste sea menor, además del intérprete, en caso necesario. De su contenido quedará constancia mediante acta firmada por los presentes y se entregará copia al interesado.

5. *Denegación del visado.* Si los representantes de la Administración llegan al convencimiento de que hay indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos o de la veracidad de los motivos alegados se denegaría la concesión del visado de forma motivada. Esto significa que se informará 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 en el expediente que hayan conducido a la resolución denegatoria (*cf.*, DA Sexta núm. 6 REGL.). En el caso de que hubiera sido celebrada la entrevista, se remitirá copia del acta al organismo que dictó inicialmente la autorización.

6. *Concesión del visado.* Finalmente, la concesión del visado por el cumplimiento de todos los requisitos exigidos deberá ser notificada al interesado para que éste pueda recogerlo —personalmente o por el representante en el caso de menores— en el plazo máximo de dos meses. De no efectuarse la recogida en dicho plazo, se entenderá que el interesado renuncia al visado concedido y se procederá al archivo del procedimiento.

7. *Entrada en el territorio.* Como ya hemos examinado al comienzo de este comentario, la eficacia de la concesión de la autorización de residencia temporal del reagrupado está sometida a la condición suspensiva de entrada efectiva en el territorio. Por eso, y de acuerdo con el régimen general de los visados, el interesado que haya recogido el visado por reagrupación deberá entrar en España durante el plazo de vigencia de aquél que en ningún caso será superior a tres meses.

Como podemos ver, todo este procedimiento es muy similar al establecido en el régimen general de expedición de visado de residencia y trabajo. A grandes rasgos podríamos decir que el nuevo Reglamento de extranjería ha unificado las reglas de todos los procedimientos de expedición de visados, con la peculiaridad de que en el procedimiento de reagrupación familiar —y haciendo abstracción de la necesidad de demostrar los vínculos familiares y de que el visado únicamente autoriza a residir— el reagrupante “jugaría” el mismo papel que desempeña el empresario o empleador en el procedimiento de visado para residencia temporal y trabajo por cuenta ajena y los miembros de la familia, de cuya reagrupación se trata, tendrían el *rol* del trabajador extranjero no residente en España.