

REGIMEN JURIDICO DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LA LEY DE EXTRANJERÍA (Tras la entrada en vigor del Real Decreto 864/2001 que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por LO 8/2000).

ROBERTO GONZÁLEZ LÓPEZ

Avogado

SUMARIO: I.-NOTAS PREVIAS: 1.1 Derecho de Reagrupación Familiar. 1.2 Reagrupación Familiar en el marco de la Unión Europea. II.- TRATAMIENTO LEGAL: 2.1 Novedades de la LO 8/2000. 2.2 Sujetos Reagrupables: a) El Cónyuge. b) Hijos. c) Menores e Incapaces. d) Ascendientes. e) Otros parientes. 2.3 Requisitos del Reagrupante. 2.4 Requisitos del Reagrupable. III.- PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN: 3.1 Informe de la autoridad. 3.2 Tramitación del visado. IV.- CONCLUSIONES.

I.- NOTAS PREVIAS.

1.1 El derecho a la Reagrupación Familiar

El art. 16.1 de la LO 8/2000 reconoce el derecho de los extranjeros residentes a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en las leyes y en los Convenios Internacionales suscritos por España, declaración que no es sino reiteración de lo dispuesto en el texto constitucional, artículo 18 que declara el derecho a la intimidad personal y familiar; y art. 39 que garantiza la protección económica, social y jurídica de la familia, la jurisprudencia recalca su importancia al indicar que la protección jurídica de la familia que es uno de los principios rectores de nuestra política social, y que, por lo tanto, debe informar la practica judicial y la actuación de todos los poderes públicos (art. 53. 3 de dicho

¹ STSJ Madrid 12 enero 2001. Europea de Derecho 2001-5705.

Texto fundamental)¹.

Dichos preceptos recogen el derecho a vivir en familia ya declamado por numerosos Textos Internacionales, vgr., el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de Noviembre de 1950, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, de 19 de diciembre de 1966, o el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos destaca la importancia de la familia como base de protección reconocida en el Convenio Europeo, sin embargo matiza el apartado 2 del art. 8 al subrayar la posibilidad de que la regulación del derecho a vivir en familia se halle limitada o afectada por la normativa relativa al control del flujo migratorio, señalando que la injerencia en la vida familiar debe estar prevista en la ley, debe perseguir un fin legítimo de entre los expresados por el precepto señalado del Convenio Europeo y debe ser necesaria en una sociedad democrática, esto es “la injerencia debe estar fundada en una necesidad social imperiosa y ser proporcionada al fin que persigue”².

El supuesto de reagrupamiento familiar ha sido, con reiteración, tomado en consideración por el Tribunal Supremo como motivo excepcional a los efectos de exención de visado. Así, se ha señalado que se trata de “*uno de los supuestos contemplados por los artículos 5.4 y 22.3 del Reglamento de 26 de mayo de 1986, al constituir el reagrupamiento familiar legítimamente acreditado una de las circunstancias excepcionales justificativas de la exención de visado...*”, derivado de “la necesidad de proteger a la familia y mantener su unión...” (SSTS 10 octubre y 24 diciembre 1994)³. Por su parte el Tribunal Constitucional opta por una interpretación estricta del contenido del derecho a la intimidad familiar al articular la protección de la familia a partir del reconocimiento constitucional del art. 39 por lo que cualquier injerencia de los poderes públicos en el desarrollo de la vida familiar y que no afecte a un derecho fundamental al que pueda vincularse el art. 39 carece de trascendencia a efectos de obtener amparo constitucional⁴.

1.2 La reagrupación en el marco de la Unión Europea

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y liberta-

² L.J. Mieres Mieres: Intimidad Personal y Familiar. Ed. Aranzadi.

³ Asimismo respecto la incidencia de la expulsión de extranjeros en la vida familiar STS 1 Julio de 2000.

⁴ Entre otras, Auto del TC 28/2001.

⁵ BOE de 12 de Enero 2000 que entra en vigor el 1 de febrero de 2000 (D.F.9ª).

des de los extranjeros en España y su integración social⁵, ha sido desde su génesis una norma discutida no solo en su gestación parlamentaria sino entre los diversos agentes sociales, lo que provocó que antes de cumplirse un año desde su publicación se reformase mediante Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre⁶.

Las razones de tan precipitada reforma legislativa han de situarse según lo señalado por el legislador⁷ en una doble vertiente, de un lado el cumplimiento del mandato constitucional del artículo 13 que establece la igualdad de derechos y libertades de los extranjeros en España de acorde con la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Sentencias 107/94 de 23 de Noviembre; 99/1985 de 30 de Septiembre y 115/1987, de 7 de Julio. Y de otro lado, en el marco de la Unión Europea, en los Acuerdos de los Jefes de estado y Gobierno adoptados en octubre de 1999 en Tampere (Finlandia) en los que se apuesta por fomentar una política de integración y erradicar la discriminación, el racismo y la xenofobia. Son cuatro las directrices fundamentales aprobadas en el marco de una “Política de asilo y migración común de la Unión Europea”:

- a) Colaboración con países de origen: Se invita a la Unión y a los Estados miembros a que contribuyan, a impulsar las políticas interiores y exteriores de la Unión con el fin de lograr un enfoque global de la migración que trate los problemas políticos, de derechos humanos y de desarrollo de los países y regiones de origen y tránsito. Para ello es necesario luchar contra la pobreza, mejorar las condiciones de vida y las posibilidades de trabajo, prevenir los conflictos, consolidar los estados democráticos y garantizar el respeto de los derechos humanos
- b) Un sistema europeo común de asilo: El Consejo Europeo ha acordado trabajar con vistas a la creación de un sistema europeo común de asilo basado en normas comunes para un procedimiento de asilo eficaz y justo, condiciones mínimas comunes para la acogida de los solicitantes de asilo, y la aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado.
- c) Trato justo de los nacionales de terceros países La Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de integración más decidida que debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia.
- d) Gestión de los flujos migratorios: Pide que se desarrollen, en estrecha cooperación con países de origen y de tránsito, campañas de información sobre las posibilidades reales de inmigración legal, y que se impida toda forma de trata de seres humanos. Deberá seguir desarro-

⁶ BOE 23 de diciembre 2000, entra en vigor el 23 de enero de 2001 (D.F.5°).

⁷ Exposición de motivos LO 8/2000, Apartado IV.

llándose una activa política común en materia de visados y documentos falsos, incluidas una cooperación más estrecha entre los consulados de la UE en terceros países.

En el art. 67⁸ del Tratado de Maastrich, posteriormente modificado por el Tratado de Amsterdam⁹ se establece el compromiso de adoptar las medidas sobre política de inmigración en procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar.

España se ha convertido en un país receptor de inmigrantes, si bien es cierto que su número es inferior en comparación con el número de inmigrantes existentes en otros países de nuestro entorno, pertenecientes a la Unión Europea. No obstante, la menor importancia cuantitativa del fenómeno migratorio no debe llevar a restar protagonismo a esta realidad, ya que su trascendencia es evidente en el momento actual, buena prueba de ello es el movimiento social de denuncia surgido en torno a los inmigrantes ecuatorianos y que derivó en el la firma del Acuerdo entre España y Ecuador relativo a la regularización y ordenación de los flujos migratorios¹⁰.

En la Unión Europea el problema de la inmigración va adquiriendo una mayor importancia, al haber tomado conciencia los Estados miembros de la necesidad de encontrar, de forma conjunta, salidas a los retos derivados de la inmigración.

Según los datos oficiales del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) desde 1981, año en que el número de extranjeros residentes en España era de 198.042, hemos pasado en 1999 a 801.329, lo que estudiando las cifras de cada uno de los años que conforman este período nos lleva a la conclusión de que el crecimiento ha sido constante, con mínimas oscilaciones, salvo alguna, como la derivada del proceso de regularización de 1991, que incrementó en un número importante el total de residentes extranjeros en nuestro país. Resultan, asimismo, ilustrativos los datos relativos a la conciencia social del problema si en Junio de 1996 solo el 29% de los encuestados considera excesivo el número de personas procedentes de otros países que residen en España, dicho porcentaje se incrementa hasta un 42% durante el año 2001¹¹.

⁸ Art. 73 K en el Texto original del Tratado de la Unión.

⁹ Tratado de la Unión Europea suscrito en Amsterdam de 2 de Octubre de 1997 que modifica los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados Actos conexos. Ratificado por España por Instrumento publicado en el BOE el 7 de mayo de 1999)

¹⁰ Suscrito en Madrid el 29 de mayo de 2001.

¹¹ Estudio CIS 2.409 Febrero 2001 (Boletín nº 27).

El número de residentes extranjeros, nacionales de terceros países, se ha disparado durante el año 2000 como consecuencia de los dos procesos simultáneos de regularización derivados de la entrada en vigor de la LO 8/2000 Y del Reglamento que desarrolla la Ley.

Son numerosas las voces que claman la necesidad de contemplar la reagrupación como un derecho fundamental, máxime cuando el legislador orgánico ya incluye el derecho a la reagrupación familiar en el contenido del derecho a la intimidad familiar.

Así entre las “Sugerencias de Izquierda Unida en torno a la Inmigración y el Derecho de asilo en España” destaca la necesidad de contemplar la reagrupación familiar como un derecho fundamental de las personas, subsanar actuales limitaciones en reagrupación familiar, como consecuencia de quedar su concesión supeditada a un procedimiento de solicitud de visado, como un elemento determinante. Debe repararse toda lesión de derechos producida por un deficiente funcionamiento, que ha provocado múltiples denegaciones indebidas o perjuicios en la expectativa de derechos tales como los de muchos hijos que hayan alcanzado la mayoría de edad en la espera por el retraso en las resoluciones.

II.- REGIMEN LEGAL DEL REAGRUPAMIENTO FAMILIAR

2.1 Novedades de la LO 8/2000

Cuatro son los aspectos esenciales que en esta materia resultan modificados sustancialmente por la LO 8/2000, en primer lugar resulta más estricta en la regulación de la reagrupación familiar restringiendo los familiares reagrupables respecto lo previsto en la LO 4/2000 al suprimirse los apartados e y f¹² del artículo 17, que contemplaban dos modalidades de reagrupación familiar, la primera, por razones humanitarias, y la segunda, respecto los familiares extranjeros de los españoles; en segundo lugar, se impone como requisito esencial que el reagrupante acredite un año de residencia y disponga de autorización para residir al menos otro año más, esta última disposición ha sido uno de los aspectos más criticado de la reforma¹³.

¹² Apartado e) “Cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias”.

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

¹³ Enmienda nº 80 del Grupo parlamentario mixto del Senado.

¹⁴ De ahí que algunos Manuales se refieren a un doble procedimiento de tramitación, el iniciado por extranjero que desea reagruparse siendo residente fuera de España, y el instado por extranjero rea-

Asimismo se varía el tenor del apartado 2 del artículo 16, en la LO 4/2000 se configuraba el reagrupamiento como un derecho reconocido a los familiares de los extranjeros que residan legalmente en España, tras la reforma el derecho a reagruparse se reconoce al extranjero residente¹⁴.

Por último, al igual que en la LO 4/2000 el cónyuge que hubiera adquirido la residencia por causa familiar y los familiares con él agrupados conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición, pero la nueva redacción del artículo 16 establece que “reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos”, esta previsión a un posterior desarrollo reglamentario de esta materia ha sido objeto de recurso de Inconstitucionalidad del Parlamento de Navarra a propuesta del grupo parlamentario Izquierda Unida Navarra al postular que el principio de legalidad establecido en el artículo 9.3 de la Constitución podría estar siendo violado en la regulación que se establece para la reagrupación familiar, ya que la reserva reglamentaria que establece esta reforma se extiende a un supuesto incluido en el ámbito de un derecho fundamental cual es el de la intimidad familiar.

Resulta evidente que el nuevo régimen del reagrupamiento responde a la preocupación del legislador de restringir la entrada de inmigrantes ilegales, así se ha denunciado desde numerosos sectores sociales al constituir una vulneración de los compromisos internacionales adquiridos por España. Se imponen limitaciones para evitar el denominado “efecto llamada”, la facilidad con que un residente extranjero pueda obtener el permiso de residencia y regruparse con su familia provoca el aumento en progresión geométrica de las solicitudes de visado.

El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debe aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. A una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un periodo de tiempo y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme similar al de los ciudadanos de la Unión, que contenga el derecho a residir con su familia, a recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación respecto de los ciudadanos del Estado de residencia¹⁵.

2.2 Sujetos Reagrupables

El artículo 17 de la vigente Ley de Extranjería enumera de forma taxativa los familia-

grupante residente en España. En tre otros, “La Nueva Ley de Extranjería” Miguel López Muñoz Goñi (págs. 326 y 336). Editorial Colex 2000.

¹⁵ Apartado III.21 de los Acuerdos de Tempere

res respecto los que el extranjero residente puede ejercer el derecho a reagrupar con él:

a) *El Cónyuge del residente*

El precepto cita los siguientes requisitos:

- * Existencia de un matrimonio válidamente celebrado sin que se haya incurrido en fraude de ley. A los efectos de acreditar el derecho a obtener el correspondiente visado, deben aceptarse las pruebas de matrimonio, también del celebrado en forma islámica, siempre que quede claro la realidad del hecho y la identidad de las personas.

Recientemente la Fiscalía General del Estado ha elaborado una Circular con el objeto de actualizar y armonizar los criterios fiscales en materia de extranjería, en la que recomienda a los representantes del Ministerio Público que “*extremen su celo para impedir la celebración de matrimonios simulados*”, se solicita a los fiscales que antes de la celebración del matrimonio realicen un riguroso examen de los requisitos esenciales que deben concurrir en el matrimonio, y exige que se ejercite la acción de nulidad matrimonial cuando tengan conocimiento por cualquier medio después de la celebración de la unión de que se trata de un matrimonio simulado. Se ignora cuáles son las técnicas que empleará la Administración para discriminar los matrimonios fraudulentos del resto, ¿procederán a un interrogatorio exhaustivo de los cónyuges por separado?, ¿acogerán como indicio las denuncias formuladas por terceros?, aguardamos la resolución de los primeros expedientes.

- * Vigencia del vínculo matrimonial, esto es, inexistencia en el momento de iniciar el expediente administrativo de separación de hecho o de derecho entre los cónyuges¹⁶.
- * Exclusión de matrimonios poligámicos, la ley se decanta por el matrimonio monogámico, al señalar que no podrá reagruparse más de un cónyuge, el Reglamento 864/2001 desarrolla este requisito al señalar en el art. 41 que no se podrá conceder un permiso de residencia a un extranjero como cónyuge de un residente extranjero cuando otro cónyuge de éste ya cuente con anterioridad con un permiso de residencia. Y como veremos, en la descripción de la tramitación del expediente administra-

¹⁶ Dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 Enero 1999 que la privación de libertad del marido de la solicitante de la dispensa de visado no puede considerarse, salvo prueba en contrario, como determinante de la ruptura de la “*affectio maritalis*”, la cual se presume por la subsistencia del vínculo jurídico y por la convivencia, que se manifiesta no sólo cuando los cónyuges viven juntos compartiendo, en expresión clásica, mesa, lecho y habitación, sino cuando se respetan, se socorren mutuamente y actúan en interés de la familia (Europea de D° 1999-1363).

¹⁷ Art. 41, apartado 4, párrafo 4 del Reglamento.

tivo, al solicitar el informe gubernativo previo ha de aportarse declaración jurada del solicitante declarando que no reside con él en España otro cónyuge.

Respecto la incidencia de la separación matrimonial, si ésta se produce post-reagrupación se mantiene el derecho de residencia del cónyuge reagrupado siempre que se acredite la convivencia con el cónyuge reagrupante durante al menos dos años¹⁷, en este sentido, ya la doctrina jurisprudencial había destacado que la previsión de establecer un límite temporal de convivencia matrimonial supone el desarrollo del concepto de "fraude de ley", pues los matrimonios se presumen válidos y desplegarán todos sus efectos, cualquiera que sea la fecha de su celebración, correspondiendo a la Administración la demostración de la existencia de un fraude de ley en cada caso.

De modo que establecer requisitos o condiciones añadidos, supondría fijar condiciones desproporcionadas, difícilmente compatibles con la protección jurídica de la familia que es uno de los principios rectores de nuestra política social (art. 39 de la Constitución), y que, por lo tanto, debe informar la práctica judicial y la actuación de todos los poderes públicos (art. 53. 3 de dicho Texto fundamental).

En caso de ejercer derecho de reagrupación respecto cónyuge en segundas nupcias habiendo ya obtenido reagrupación del primer cónyuge la ley trata de dotar de cierta formalidad el cumplimiento de los requisitos al imponer al solicitante que documente las condiciones de la separación matrimonial mediante la aportación de la resolución judicial, lo que constituye un plus de garantía que acredite la rigurosidad en la ruptura del vínculo a través de un procedimiento judicial.

En cuanto a la convivencia de hecho el Tribunal Constitucional¹⁸, ha manifestado que 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.

¹⁸ Sentencia 222/1992 de 11 de diciembre.

¹⁹ Así ya se reconoce en la Sentencia de 15 Noviembre 1999 (Europea de Derecho 1999-5894).

De igual modo el Tribunal Supremo¹⁹ afirma que si bien la distinción entre el cónyuge y el conviviente de hecho tiene justificación en la determinación de su régimen jurídico, dado que el matrimonio desde el punto de vista jurídico-formal no es equiparable a las uniones de hecho, pero no puede considerarse justificada la distinción cuando se trata de atender únicamente a aspectos relacionados con la situación de hecho de convivencia y afecto en la pareja.

De acuerdo con estos principios, debe deducirse, que “la voluntad de mantener o resaurar la agrupación familiar de la pareja estable constituye una causa suficiente o circunstancia excepcional que justifica la exención del visado de residencia para quien acredita hallarse en tales circunstancias”²⁰.

b) Hijos

Pueden distinguirse tres grupos:

- 1.- Hijos del residente y del cónyuge: Menores de 18 años o incapacitados y que no se encuentren casados.
- 2.- Hijos de uno de los cónyuges: Además del requisito anterior se requiere que el hijo se encuentre a su cargo y se le haya atribuido la patria potestad o la custodia en exclusiva.
- 3.- Hijos adoptivos: Será necesario acreditar que la resolución que acordó la adopción reúne los requisitos necesarios par surtir plenos efectos jurídicos en España.

Este último apartado parece limitarse exclusivamente a los supuestos de extranjeros adoptados en el extranjero por residente extranjero en España, sin prever situaciones tan habituales en la actualidad como los españoles que adoptan un menor extranjero o supuestos de adopción con efectos más limitados que el derecho español. No comparto la opinión²¹ de quienes critican al legislador la falta de previsión al no incluir en este precepto supuestos del derecho comparado cercanos a la adopción como la “*Kafala*” estipulado en la Charia (Ley Islámica) dado que no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados, no implica alteración del estado civil de éstos y sólo alcanza a establecer una obligación personal por la que el que se hace cargo de un menor ha de atender a sus necesidades y manutención, al tener efectos más limitados no puede considerarse siquiera como adopción aproximándose a la figura del acogimiento.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 Mayo 2000 (Europea de Derecho 2000-3145)

²¹ Comentarios a la Ley de Extranjería (Pág. 168). Ed. Edijus 2001.

c) Menores e incapaces

El reagrupante ha de tener atribuida la representación legal del menor o incapacitado de conformidad con la ley española o la ley nacional, la representación o situación de guarda ha de acreditarse a través de la resolución administrativa o judicial que la contenga, o probar la norma jurídica de derecho extranjero aplicable al caso concreto.

d) Ascendientes

Se extiende a los ascendientes del reagrupante por consanguinidad o afinidad que estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Pese a que no se establece ningún límite de edad como reconocen algunos autores²² en la práctica solo se concede el visado a las personas mayores de 65 años, previo examen de la Administración del grado de dependencia económica.

e) Otros parientes

Como señalaba anteriormente la Ley 8/2000 limita a los ya citados los familiares reagrupables suprimiendo los apartados e) y f) del artículo 17 y desaparece un apartado, en especial el primero relativo a “cualquier otro familiar por razones humanitarias”, en el que encajaban numerosos supuestos, tíos, sobrinos, asimismo, inexplicablemente, se omite a los hermanos, teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo, en sentencias de 18 de mayo de 1993, 29 de abril de 1996, 22 de octubre y 12 de diciembre de 1997, 10 y 24 de noviembre y 28 de diciembre de 1998 y 30 de septiembre de 2000, había declarado que la convivencia con un hermano que disfruta de permiso de residencia constituye una auténtica circunstancia excepcional determinante de la exención de visado, por tratarse de una situación de agrupación familiar entre hermanos.²³

2.3 Requisitos del reagrupante

Nos referimos exclusivamente al sujeto reagrupante, esto es, el extranjero residente legal en España ya que si bien la LO 4/2000 en el apartado 2º del artículo 16 reconocía el derecho al familiar no residente para reagruparse con el residente, la modificación operada

²² “Comentario sistemático a la Ley de Extranjería”. Varios autores, Coord. Mercedes Moya Escudero. Pág. 694. Editorial Comares, Granada 2001.

²³ Tribunal Supremo 18 Abril 2001 Europea de Derecho 2001-3324

²⁴ Art. 16.2 LO 8/2000.

por la LO 8/2000²⁴ excluye este supuesto por lo que el procedimiento solo se iniciará a instancia de parte legítima que no es otro que el residente extranjero en España.

El extranjero residente ha de poseer permiso de residencia renovado y prorrogado por al menos un año más, así lo dispone el art. 18 de la Ley, lo que supone acoger las propuestas de las Directivas comunitarias que permiten que los estados exijan un período mínimo de residencia al extranjero reagrupante.

2.4 Requisitos del reagrupable

El extranjero a reagrupar deberá acreditar el vínculo de parentesco mediante el que se encuentre ligado al reagrupante así como la dependencia legal y económica, tratándose de un ascendiente los requisitos se refuerzan al señalarse en el apartado d) del art. 17 de la Ley que debe aportar la documentación pertinente que demuestre que el ascendiente está a cargo del reagrupante o de su cónyuge y alegar las razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia en España.

III.- PROCEDIMIENTO DE REAGRUPACIÓN.

En este punto conviene advertir que nos hallamos ante un elevado número de conceptos jurídicos indeterminados por lo que la discrecionalidad de la administración ha sido la nota dominante en la jurisprudencia originada en la legislación anterior, resulta suficientemente ilustrativa la STSJ Madrid de 31 de enero de 2001 (Sentencia nº 146)²⁵, la resolución administrativa había denegado el visado por reagrupamiento familiar con el genérico argumento de no reunir los requisitos establecidos en la legislación vigente señalando el Tribunal que *“esta no es una motivación bastante para denegar un derecho subjetivo...”*. Esta sentencia no hace sino recoger la doctrina jurisprudencial reflejada en Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Octubre de 1994²⁶ y 11 de Julio de 1995²⁷ que establecía que *“una de las técnicas de control de la actividad discrecional de la administración por parte de los órganos jurisdiccionales es la que se verifica por razón de los hechos determinantes, comprobando si concurren o no en el supuesto enjuiciado las circunstancias de hecho*

²⁵ Este caso, en el que intervino profesionalmente, se origina en una resolución del Consulado de España en Casablanca que deniega de visado por reagrupación familiar a súbdita marroquí casada con extranjero que residía legalmente en España bajo el único y somero pretexto de no reunir los requisitos legales. El Tribunal considera insuficiente dicha motivación y anula por contrario a derecho el acto recurrido, reconociendo el derecho a la obtención del visado. Ponente Sr. D. Alfredo Roldán Herrero.

²⁶ RJ Aranzadi 7412/1994

²⁷ RJ Aranzadi 5638/1995

previstas en la norma atributiva de la potestad discrecional ejercitada por la Administración”.

Y añade que si el propio Reglamento para la ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio, establece en su artículo 7.2 d) la posibilidad de solicitar el visado por causas de reagrupación familiar, no es razonable ni justificable, que al encontrarse los miembros de la familia en territorio español y disfrutar de permiso de trabajo, se le obligué al demandante a salir fuera para proveerse del visado con el fin de solicitar permiso de residencia.

3.1 Informe de la Autoridad Gubernativa

El trámite se inicia con la solicitud de **informe a la autoridad gubernativa** de la provincia (Subdelegación del Gobierno), paso fundamental si se tiene en cuenta su carácter vinculante como explícitamente le reconoce el art. 8 del Reglamento, dicho informe determinará si los medios económicos, personales y asistenciales de los que dispone el extranjero residente resultan suficientes para que sus familiares puedan obtener el visado. Se encuentran recogidos en el art. 44 del Reglamento de desarrollo de la Ley. Analicemos brevemente los citados requisitos desglosados en tres grupos:

a) Materiales: se requiere que se acredite la posesión de una vivienda adecuada y suficiente para las necesidades de la familia. Dicho requisito venía constituyendo un problema por que disponer de vivienda equivale a poseer determinados ingresos regulares, y supone una causa de exclusión en un gran número de supuestos. En este punto no se aprovecha la reforma para mejorar la tramitación reiterando el contenido de lo dispuesto en el art. 4 de la Orden de 8 de Enero de 1999. En la práctica anterior a la reforma se acostumbraba a aportar el contrato de alquiler acompañado de un acta notarial en la que el fedatario público tras una visita a la vivienda declara ser ésta suficiente, adecuada y hallarse en perfectas condiciones de habitabilidad. El Reglamento recoge dicha fórmula señalando alternativamente que se podrá acreditar bien mediante Informe de la Corporación Local del lugar de residencia del reagrupante, o bien mediante acta notarial mixta de presencia y manifestaciones respecto la amplitud y características de la vivienda. En ambos se deberá hacer referencia al título de posesión, número y características de las habitaciones, disponibilidad de los servicios y suministros esenciales así como las personas que conviven.

Dicha regulación ha de examinarse con notable escepticismo y dudamos de su aplica-

²⁸ “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título (Título I)...”.

ción práctica en lo que se refiere a las tareas encomendadas a la Corporación Local, la mera declaración existente en el reglamento refiriéndose a futuros convenios suscritos entre Administración del Estado y Corporaciones Locales nos llevan a reafirmar que, con toda seguridad, la redacción del citado Informe revestirá la forma de acta notarial con el coste económico que para el reagrupante supone. No supone mayor añadidura a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley dado que se trata de una simple declaración de principios de escaso valor que reconoce a los extranjeros residentes el derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda, lo que consideramos redundante a la vista del art. 13 de la Constitución²⁸.

b) Económicos: Medios de vida suficientes²⁹, justificables mediante, cita el art. 44 del Reglamento, la aportación de últimos los tres últimos recibos de salarios, o fotocopia de los boletines de cotización, copia de la declaración del IRPF, y en general cualquier otro documento que permita acreditar la existencia de unos ingresos regulares, como el informe de “vida laboral” expedido por la Tesorería General de la Seguridad social, el documento de alta en régimen de Trabajadores Autónomos, certificado de percepción de prestaciones asistenciales, etc. A modo de referencia, dado que ni ley ni reglamento cuantifican la suficiencia de los medios económicos exigidos, señalar que la Orden de 22 de Febrero de 1989 sobre medios económicos cuya posesión habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España³⁰ establece que para su sostenimiento durante su estancia en España los extranjeros deberán acreditar, si así fuesen requeridos la cantidad de 5.000 pesetas multiplicada por el número de días que pretendan permanecer en España y por el número de personas de la familia o allegados que viajen juntos; la cantidad a acreditar deberá alcanzar en todo caso un mínimo de 50.000 pesetas por persona.

Recogiendo la doctrina jurisprudencia señalar que los medios exigidos por la norma reglamentaria, no tiene por que ser “medios propios”³¹. En efecto, el tenor literal del art. 44 del Reglamento habla de acreditar empleo y/o recursos suficientes, pero no exige que los medios de vida sean obtenidos directamente por la renta o trabajo, propio del reagrupante. Piénsese que si esta fuese la interpretación de la norma, no sería posible, el otorgamiento de residencia a los cónyuges no trabajadores de extranjeros a los que se les concediese permiso de trabajo, e incluso a los hijos de éstos. Lo que verdaderamente exige la norma es la acreditación de esos medios de vida, probanza que ser de mayor facilidad, si los medios

²⁹ El Tribunal Supremo en Sentencia de 23 Enero 1999 (Europea de Derecho 1999-1363) reconoce el derecho a la reagrupación familiar pese a que el extranjero residente se hallaba privado de libertad y carecía de medios económicos suficientes.

³⁰ (BOE de 6 de marzo de 1989).

³¹ STSJ País Vasco de 6 Febrero 1998 (Europea de Derecho 1999-0072)

³² Art. 12 Ley Orgánica 4/2000, modificada por LO 8/2000.

económicos, los obtiene directamente el peticionario, sin estar sujeto por tanto a la voluntad de la persona o personas que libremente van a subvenir las necesidades del extranjero. Pero la mayor o menor facilidad para la acreditación de la veracidad y suficiencia de los medios de vida necesarios para la estancia en España, no pueden convertirse en la exigencia de que estos sean propios.

c) Asistenciales: Titularidad de un seguro de asistencia médica, de carácter público o privado suficiente para prestar cobertura médica para sí y su familia. Este requisito resulta evidente al tratarse de evitar que la familia del extranjero goce en todo momento de asistencia sanitaria³²

El apartado e) cierra el aparato 4 del art. 44 indicando que se acompañará, en caso de reagrupación del cónyuge, declaración jurada del reagrupante de que no convive con él en España otro cónyuge.

A la solicitud de informe gubernativo conjuntamente con los documentos citados se acompañarán aquellos que acrediten la identidad e idoneidad del reagrupante, esto es, su pasaporte y su permiso de trabajo renovado.

3.2 Tramitación del Visado

La autoridad gubernativa registrará la solicitud y le asignará un número de enlace de visado (N.E.V.)³³, código alfanumérico que tiene como objeto facilitar la comunicación entre órganos administrativos identificando un procedimiento de visado en una misión diplomática u oficina consular a cuyo expediente deben incorporarse documentos o informes desde unidades administrativas situadas en España.

Asignado el NEV se entregará copia de la petición de informe que será remitida al reagrupado para que formalice la solicitud de visado, en el plazo de un mes desde la petición del informe, ante la Oficina consular de España en el extranjero.

El apartado 5 del art. 44 del Reglamento indica que la autoridad gubernativa tan solo comunicará al reagrupante el contenido del informe y la fecha en que se ha remitido a la

³³ Art. 9 del Reglamento de ejecución de la ley, y desarrollado por la Orden de Presidencia del Gobierno PRE/237/2002 de 8 de febrero (BOE de 12 de febrero)..

³⁴ Disposición Adicional Cuarta del Reglamento, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

Dirección General de Asuntos Consulares y Protección de los Españoles en el extranjero.

Respecto el plazo de resolución en materia de visados, el plazo máximo, y no prorrogable, para notificar las resoluciones sobre las solicitudes será de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro de la Oficina o Sección Consular competente para su tramitación. Estos plazos se suspenden hasta por quince días cuando se requiera la subsanación o la aportación de documentos preceptivos o la aportación de elementos de juicio necesarios incluida la comparecencia personal; en el caso de tener que incorporar al procedimiento informes preceptivos, y determinantes del contenido de la resolución, de otros órganos administrativos situados en España, la suspensión del plazo de resolución y notificación se extiende hasta tres meses³⁴.

IV.- CONCLUSIONES

Hemos de subrayar el retroceso que suponen las modificaciones de la LO 8/2000 en relación a las novedosas reformas que se introdujeran en la LO 4/2000. El conjunto normativo supone una restricción sustancial del derecho a la reagrupación familiar que se aleja de las directrices marcadas por la Unión Europea y los Tratados Internacionales suscritos por España.

Como ya apuntamos es indudable que una de las preocupaciones del legislador en esta materia se centra en tratar de restringir, o incluso suprimir, las denominadas “*reagrupaciones familiares encadenadas*”, a dicho interés responde la introducción del apartado segundo del artículo 17³⁵ de la Ley añadido por la LO 8/2000, y que ha desarrollado el apartado 5 del artículo 41 del Reglamento que desarrolla la ley, dicho inciso ha sido objeto, acertadamente, de Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por Andalucía Acoge y Red Acoge, el precepto de la ley prevé desarrollar reglamentariamente el ejercicio de la reagrupación familiar de quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación. Asimismo reprochamos al legislador que haya omitido de los sujetos reagrupables a aquellas personas unidas por relaciones de hecho análogas al matrimonio, situaciones reconocidas en la Propuesta de directiva Comunitaria e incluso en nuestra jurisprudencia.

Asimismo deseo incidir en dos aspectos que el legislador desoye, nos referimos a las numerosas voces que clamaban la introducción en el ámbito de sujetos reagrupables tanto de las parejas de hecho, heterosexuales y homosexuales, como el desamparo en el que quedan los extranjeros mayores de edad que dependan económicamente de sus padres residen-

³⁵ “Reglamentariamente, se determinarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación y, en especial, del que corresponda a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación”.

tes en España, incomprensible la actitud del legislador dado que ambos casos se preveían en la Propuesta de directiva Comunitaria. Bien es cierto que el apartado 4 del art. 25 de la Ley establece excepcionalmente la autorización de entrada en España a los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en la ley siempre que medien razones de índole humanitario, pero dicha previsión supone dejar enteramente a la discrecionalidad de la administración la interpretación del citado concepto, con lo que en serán en última instancia los tribunales los que, casuísticamente, determinarán la presencia de dichos motivos.

Y finalmente consideramos sumamente “*arriesgada*” la disposición prevista en el apartado b) del artículo 19 que limita la posibilidad para el cónyuge reagrupado de obtener una