

# UNA LECTURA CRÍTICA DE LOS VÍNCULOS FAMILIARES A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 2003/86/CE Y DE LAS NORMAS ESPAÑOLAS DE EXTRANJERÍA\*

## A CRITICAL VIEW TO RESTORING FAMILY LEGAL TIES IN THE COUNCIL DIRECTIVE 2003/86/EC AND IN THE SPANISH IMMIGRATION LAW

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

*Profesora Titular de Derecho internacional privado*

*Universidad Nacional de Educación a Distancia*

ORCID ID: 0000-0002-4574-341X

Recibido: 12.07.2018 / Aceptado: 27.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4397>

**Resumen:** La salvaguarda del derecho a la vida en familia, tal y como se recoge en los instrumentos internacionales de Derechos humanos, inspiran las condiciones de ejercicio de la reagrupación familiar. En la tramitación de las autorizaciones de residencia por reagrupación familiar, los Estados miembros cuentan con dos mecanismos que permitirían limitar el acceso al territorio de los miembros de la familia: (1) mediante el establecimiento de condiciones materiales subjetivas y objetivas para la entrada en el territorio (problema típico de derecho de extranjería o migratorio); (2) mediante el control de la validez de los vínculos familiares preexistentes (problema típico del Derecho internacional privado). El examen crítico de la interacción de ambos mecanismos y su análisis a la luz de la Directiva 2003/86/CE y de las normas españolas sobre reagrupación familiar (LO 4/2000 y RD 557/2011) es el objetivo de este trabajo.

**Palabras clave:** reagrupación familiar, nacionales de terceros países, reconocimiento de los vínculos familiares, límites materiales de las normas de extranjería, interacción de las normas de Derecho internacional privado, Directiva 2003/86/CE, Derecho español de extranjería (LO 4/2000; RD 557/2011).

**Abstract:** One of the fundamental issues to implement legal measures concerning family reunification in the European Member States is to protect the family unit and respect family life, safeguarded by many instruments of international law. Administratively, in accordance with the integration policies of Member States, two mechanisms can be applied to restrict the potential access of a family member to the new territory. One, through stand still and status quo clauses (typical matters concerning migration law). Two, in international family law, interactions with the complexities of private international law (PIL) are unavoidable, which can be decisive on entry and exiting decisions concerning family regrouping. This paper provides a critical evaluation of both matters in light of the Council Directive 2003/86/CE and the Spanish regulation for family reunification.

---

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos (EAE)”. IP: Francisco Javier Matía Portilla. Universidad de Valladolid. Ref: DER2016-75993-P, 2017-2020. Recoge en lo esencial la ponencia impartida el 31 de mayo de 2018 en el marco del Congreso sobre Protección de menores en Derecho internacional privado celebrado en la Universidad de Murcia los días 31/05 y 01/06 bajo los auspicios del Grupo Accursio DIP y la Facultad de Derecho de la citada universidad. Agradezco a los profesores Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González sus enriquecedores comentarios.

**Keywords:** family reunion of third-country nationals, limits to recognize the existence of family ties, restrictive measures, *stand still clause*, *status quo clause*; interaction of private international law rules; Directive 2003/86/CE, Spanish Immigration Law.

**Sumario:** I. Introducción. II. Límites materiales a la “reconstitución” de la familia inmigrante en el territorio de acogida. 1. Los (discutidos) criterios de integración de la Directiva europea: cláusulas *stand still* y *de emplazamiento*. 2. Manifestaciones del criterio de integración del reagrupante en las normas españolas de extranjería. A. En la duración de la residencia. B. En los medios económicos y vivienda. III. La dislocación de los vínculos familiares y el control de validez documental. 1. El cónyuge. 2. La pareja de hecho. 3. Los hijos. 4. Los ascendientes. IV. Consideraciones finales.

## I. Introducción

1. La articulación de los vínculos de parentesco de los nacionales de terceros países que pretenden entrar en el territorio de un Estado miembro por la vía de la reagrupación familiar es una cuestión no exenta de polémica y discusión académica tanto en el ámbito sociológico como en el jurídico<sup>1</sup>. La doctrina ha venido entendiendo que la configuración jurídica de la familia inmigrante objeto de reagrupación estructura los lazos familiares actuando en un doble nivel de intervención normativa<sup>2</sup>.

2. Un primer nivel de intervención actúa sobre el diseño de la familia “ideal” objeto de reagrupación (problema típico del Derecho de extranjería). Se *quiere y re-quiere* un modelo tradicional y no ampliado de familia; es decir, *una* familia que se identifica con la familia nuclear europeo-occidental (cónyuge o pareja registrada + hijos menores de edad). Excepcionalmente, se permite una ampliación controlada de la familia al incluir a los *ascendientes dependientes* del reagrupante y *no competitivos* en el mercado laboral del país de acogida. Las normas materiales de extranjería van a definir, entonces, los perfiles de los miembros de la familia beneficiarios de la reagrupación (*quién es cónyuge, quién es pareja, quién es hijo, quién es ascendiente*). Un segundo nivel opera en el plano del reconocimiento de los vínculos jurídicos de esa familia. De nuevo, *quién es cónyuge, quién es pareja, quién es hijo* puede ser puesto en cuestión. La prueba documental de la relación y la validez de los vínculos familiares es inevitable (problema típico de Derecho internacional privado, en adelante DIPr).

<sup>1</sup> La bibliografía es particularmente extensa. Una aproximación en: A. REA/M. TRIPIER, *Sociologie de l'immigration*, La Découverte, París, 2003, esp. pp. 107-109; S. SASSEN, “Regulating Immigration in a Global Age: A New Policy Landscape”, *Parallax*, vol. 11.1, 2005, 35-45; M. REQUENA / M. SÁNCHEZ, “Las familias inmigrantes en España”, *Revista Internacional de Sociología*, Vol. 69(1), 2011, pp. 79-104. Los debates de la época pueden consultarse en: EUROPEAN MIGRATION DIALOGUE, *Current Immigration Debates in Europe* (J. NIESSEN/Y.SCHIBEL/C. THOMPSON, Eds.), “Preface and Introduction”, September 2005. Aunque los ámbitos de aplicación de una y otra Directiva sean diferentes existen algunas confluencias que la doctrina ha analizado. Sin ánimo exhaustivo véase: J. M. CORTÉS MARTÍN, “Ciudadanos de la UE vs. nacionales de terceros países. Sobre la incipiente convergencia interpretativa del Derecho europeo a la reagrupación familiar”, *Revista General de Derecho Europeo*, Núm. 26, 2012, pp. 1-58; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado”, *Revista Electrónica de estudios Internacionales*, Núm. 35, 2018; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Cap. VI. Entrada y residencia por vida familiar”, en *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE* (P. RODRÍGUEZ MATEOS/P. JIMÉNEZ BLANCO/A. ESPINELLA MENÉNDEZ, Dirs.), Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 289-326; D. MARÍN COSARNAU, *La reagrupación familiar en el régimen comunitario*, J. Bosch, Ed., 2010, esp. pp. 39-50; M. MOYA ESCUDERO, “Un código de derechos para los nacionales de terceros estados residentes legales en la UE. Un avance en derecho antidiscriminatorio”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 34, 2017; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “La reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho comunitario de la Inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas”, *El Derecho de familia ante el Siglo XXI* (A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ, Dirs.), Colex, 2004, pp. 819-84; Id., *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de derecho aplicable*, Thomson Aranzadi, 2006, p. 185.

<sup>2</sup> Siguiendo a E. LA SPINA, “La reestructuración ideal de las familias migrantes en la Ley de extranjería”, *Athena Digital*, 13(3), 2013, 137-148; La autora hace referencia a los estudios de D. FAHY BRYCESON / U. VUORELA (2002), Chapter 2. “Europe’s Transnational Families and Migration: Past and Present”, *The Transnational Family: New European Frontiers and Global Networks*, Berg/Bloomsbury, Eds, pp. 31-59 y J. CARENS (2003). “Who Should Get in? The Ethics of Immigration Admissions”, *Ethics & International Affairs*, 17(1). Idea ya avanzada en mis trabajos sobre la materia, en particular: M. VARGAS GÓMEZ URRUTIA, *La reagrupación familiar...*, *op.cit.*, pp. 35-61.

3. En la aplicación de este “doble control” no cabe olvidar que la protección jurídica de la familia migrante, en particular en presencia de menores, está sujeta al respeto a la *vida privada y familiar* según los estándares de derechos humanos convencionales y europeos. Esta protección ha de quedar garantizada en las normas nacionales y procedimientos consulares y policiales (administrativos) arbitrados para el control de entrada (visados) y el acceso a la residencia (autorizaciones y renovaciones) *de la familia objeto de reagrupación y de integración*. Desde esta perspectiva, la *reconstitución* de “ese” modelo de familia que se desea *recibir e integrar* no puede vulnerar el derecho al respeto a la *vida familiar preexistente* consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en el artículo 7 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CEDF). Sin embargo, las legislaciones nacionales pueden establecer límites a ese derecho por razones de seguridad pública y salud pública y por motivos económicos establecidos legalmente (art. 8.2 CEDH y art. 24.3 CEDF). Las normas europeas sobre reagrupación familiar (Directiva 2003/86/CE<sup>3</sup>) y las normas nacionales pueden, por consiguiente, establecer condiciones de acceso al territorio (visados) y a la residencia (renovaciones) para todos y cada uno de los miembros de la familia<sup>4</sup>. Límites que habrán de examinarse y aplicarse a la luz la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TEDH y TJUE, respectivamente).

4. En este trabajo abordaremos ese doble nivel de control jurídico-administrativo de los vínculos familiares en el escenario de la reagrupación familiar a la luz de las normas de extranjería y, eventualmente, de las normas de Derecho internacional privado. Esta interacción puede darse, por ejemplo, cuando la autorización administrativa para la expedición del visado de reagrupación dependa de la acreditación de la validez del vínculo matrimonial preexistente o de la prueba de la disolución del vínculo conyugal realizado en un “procedimiento jurídico” en el extranjero. Cuestiones relativas a la validez probatoria del documento extranjero que pretende sustentar la “realidad” de la relación jurídica familiar son resueltas por nuestros tribunales con un alcance no siempre homogéneo.

5. En la práctica observamos que el valor jurídico de la integración puede quedar severamente comprometido por una comprensión diferente según se observe desde las normas de extranjería, que recogen una determinada política de integración, y las normas de conflicto sobre el estatuto personal en sentido amplio<sup>5</sup>. Sostenemos que para la salida del laberinto se precisa una visión de mayor alcance; una visión no enfocada ciegamente en la *dislocación* de la familia extranjera *en aras de la integración* sino consciente de que el valor de la integración puede preservarse igualmente contemplando el juego de las

---

<sup>3</sup> Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (en lo sucesivo Directiva 2003/86 o Directiva sobre reagrupación).

<sup>4</sup> En España, el régimen jurídico de la reagrupación familiar de los extranjeros nacionales de terceros países se regula en los artículos 16 a 19 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en lo sucesivo, LOEx) y en los artículos 52 a 61 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, RLOEx). Además, han de tomarse en consideración las Instrucciones de la Dirección General de Inmigración. En particular, la relativa a la reagrupación familiar de menores e incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal (DGI/SGRJ/01/2008); la que aclara la situación del acogimiento de menores extranjeros por ciudadanos españoles o residentes extranjeros basado en el documento denominado “kafala” (DGI/SGRJ/06/2007); la que indica la acreditación de la disposición de vivienda adecuada en los procedimientos administrativos de reagrupación familiar (DGI/SGRJ/04/2011); la relativa a la constancia del informe gubernativo previo en los expedientes de autorización de residencia y en particular el del art. 53.1.i) RLOEx (DGI/SGRJ/09/2008); la relativa a la aportación de documentos extranjeros en los procedimientos en materia de extranjería (DGI/SGRJ/06/2008).

<sup>5</sup> En las normas de extranjería sobre reagrupación familiar la integración se concibe como un criterio funcional que pone el acento en la incorporación del extranjero al mercado de trabajo y la duración de la residencia. Esta orientación funcional no es, sin embargo, el único parámetro indicador de la integración del extranjero. De hecho, en el arraigo familiar, expediente extraordinario que permite regularizar administrativamente situaciones en las que el extranjero carece de autorización de residencia (art. 124 RD 557/2011), el criterio de integración mira hacia los vínculos familiares del extranjero en España y el tiempo de permanencia en nuestro país. Sobre esta cuestión, mi trabajo, *La reagrupación familiar de los extranjeros en España, op.cit.* pp. 269-272 (específicas para el concepto en sede de las normas de extranjería sobre reagrupación familiar); pp. 284-289 (específicas para la noción de integración en las normas del Código civil regulatorias de la adquisición de la nacionalidad española por residencia); y, pp. 299-309 (específicas para el concepto en sede conflictual-estatuto personal).

normas de conflicto y su comprensión *in favor integrationis*<sup>6</sup>. Ello implica incorporar en el análisis las variables del respeto a la vida en familia y el principio del interés superior del menor.

El análisis se articula en torno a dos ideas: primera, partiendo del criterio de integración pre-diseñado por la normativa europea (Directiva 2003/86/CE) se examinan los límites materiales o “restricciones autorizadas” para la *reconstitución* de la familia en el territorio de acogida y su plasmación en la normativa española (apartado II); segundo, la *dislocación* de los vínculos familiares en la familia objeto de reagrupación se examina a la luz de las normas de extranjería (art. 17 LOEx y correlativos RLOEx) y la interpretación jurisprudencial a la luz del control documental de estos por las autoridades gubernativas y consulares.

## II. Límites materiales a la “reconstitución” de la familia inmigrante en el territorio de acogida

### 1. Los (discutidos) criterios de integración de la Directiva europea: cláusulas *stand still* y de *emplazamiento*

6. Durante la negociación de la Directiva 2003/86/CE el establecimiento de un criterio de integración fue un elemento crucial para los Estados miembros. Afirmamos que es el valor jurídico de la integración, tal y como se entiende por los Estados miembros y se refleja en la Directiva, la clave sobre la que se reconstituiría la familia objeto de reagrupación. Su manifestación en las normas nacionales no estuvo exenta de críticas ni tampoco su propia expresión en las normas de la Directiva que fue cuestionada, ante el Tribunal de Justicia, por su (posible) contrariedad con el derecho al respeto a la vida privada y familiar. En otras palabras, el criterio de integración y su verificación por las autoridades permitirá excluir de la reagrupación determinados vínculos familiares perfectamente legítimos de acuerdo con la ley aplicable al estatuto familiar (por ejemplo, familias poligámicas) y de manera muy especial permitirá limitar la reagrupación familiar de los hijos menores de edad. Esta idea no era desconocida por algunas legislaciones nacionales (Austria, Alemania, Finlandia y Holanda ya limitaban la reagrupación familiar por razón de la edad de los menores a la luz del criterio de integración). La Directiva lo contemplará en dos de sus artículos más polémicos al permitir que las autoridades nacionales puedan limitar la edad de los hijos (art. 4, apartado 1, último párrafo y en el apartado 6) o ampliar los periodos de espera (art. 8).

7. Ambas disposiciones responden a concreto método de armonización legislativa que plasma en la Directiva y que fue útil en la consecución de las negociaciones si bien dejó abierto un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros. Y es que, cuando en el espacio europeo se intenta armonizar las legislaciones nacionales mediante Directivas, se corre el riesgo de que los Estados miembros utilicen la normativa europea para adaptar sus legislaciones internas en términos más restrictivos. Si la normativa afecta a los derechos humanos, como ocurre con la reagrupación familiar al estar comprometido el derecho a la vida en familia de los extranjeros concernidos, el riesgo se acentúa.

---

<sup>6</sup> La Comunicación de la Comisión Europea de 2015 relativa a una Agenda Europea de Migración subrayó que la política de migración únicamente tendrá éxito si se sustenta en una *política de integración eficaz*. En el Plan de acción sobre la integración de 2016, la UE estableció medidas para incentivar y apoyar a los Estados miembros en sus esfuerzos por fomentar la integración de los nacionales de terceros países, entre las que figuran la financiación y los instrumentos específicos dedicados a la cohesión social y económica en todos los Estados miembros. Recientemente la Comisión presentó una Guía o herramientas para ayudar a los países de la UE a determinar los recursos de que dispone la UE y diseñar estrategias y proyectos de integración de los migrantes. Los elementos relevantes son: empleo, educación, vivienda, admisión y acceso a los servicios básicos. Del Consejo de Europa, el documento *Time for Europe to get migrant integration right*, mayo 2016, pp. 15 ss. hace notar que la reagrupación familiar es uno de los principales factores de política legislativa para la integración de nacionales de terceros países en los Estados de acogida. Sin embargo, los procedimientos para lograr la reunión de las familias son cada día más complejos y burocráticos. En particular, el Estudio señala: retrasos injustificados en la tramitación de los expedientes, discrecionalidad administrativa en la valoración de la prueba de los requisitos acreditativos de la condición de familiares y retrasos injustificados a las autorizaciones de reunión familiar en las familias de refugiados y solicitantes de protección internacional).

8. Para conjurar parcialmente esta “tentación” se emplean dos cláusulas de distinto alcance. La primera, contenida en el artículo 4.1 último párrafo, y conocida como *cláusula de mantenimiento del statu quo* o cláusulas *stand still*, tiene una función armonizadora aparentemente positiva. Una cláusula de este tipo no permite a los Estados miembros armonizar “a la baja” sus normas de extranjería que establecen las condiciones de reagrupación respecto de los menores. Ahora bien, agrega una condición “si no estuvieran previstas por la legislación interna antes de la fecha de aplicación de la misma”. Dicho en otros términos, la cláusula *stand still* no impide a los Estados miembros anticiparse a modificar su normativa interna para hacerla más restrictiva de acuerdo con la Directiva. De donde, al cobijo de la norma europea armonizadora por venir nada impedía a los Estados miembros rebajar su nivel interno o nacional de protección respecto de los menores beneficiarios de la reagrupación familiar (España no hizo uso de esta posibilidad). La segunda, reflejada en el artículo 8 (tiempo mínimo de residencia para solicitar la reagrupación) es una *cláusula de emplazamiento* cuya función es permitir a los Estados miembros volver a negociar aquellas disposiciones respecto de las que no se pudo conseguir una completa armonización. Justamente el tiempo mínimo de residencia exigido al reagrupante y establecido en la Directiva fue uno de esos preceptos claves “para la integración” y que formaba parte del núcleo duro de las negociaciones. Lo acordado fue admitir un reexamen del artículo 8 de la Directiva pero no con carácter inmediato sino a partir de los dos años de su aplicación (España no ha hecho uso de esta cláusula).

9. *Las cláusulas stand still y la edad de los menores.* Este artículo contiene dos polémicas limitaciones al derecho a la reagrupación familiar de los menores en función de su edad. El apartado 1 último párrafo del citado precepto permite que “cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la Directiva, puede verificar *si cumple algún criterio de integración*”. Y, el apartado 6 permite a los Estados miembros “exigir excepcionalmente que las solicitudes relativas a la reagrupación familiar de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes a la fechas de aplicación de la presente Directiva”<sup>7</sup>. En el caso de que las solicitudes se presenten después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción “deben autorizar la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación” (frase final del precepto).

El problema que plantea esta norma es su compatibilidad con la protección de la vida en familia. La cuestión llegó al Parlamento europeo donde se discutió la compatibilidad de estas restricciones con el estándar de derechos fundamentales. Ni el Consejo y ni la Comisión veían contrariedad alguna con el estándar europeo de los derechos humanos pues entendían que la vida en familia como derecho no quedaba comprometido sino que se trataba de un requisito de integración necesario para que la familia migrante pudiera estar mejor preparada para ajustarse a los estándares cívicos del Estado de acogida y “no vivir aislado”. En relación con el apartado 6 se entendía que su finalidad es favorecer la llegada de los hijos lo antes posible pues ello fomenta la integración en el Estado de acogida. El límite de edad (12-15 años) se guía por la escolarización obligatoria.

El tiempo ha demostrado que la ambición de integración no se impone ni se logra según los parámetros de ciudadanía cívica de los Estados miembros.

10. *La cláusula dead line o de emplazamiento y la duración de la residencia (art. 8).* Este precepto confiere a los Estados miembros la posibilidad de requerir del reagrupante un período de residencia legal de dos años antes de permitir la reagrupación de su familia. El párrafo segundo permite

<sup>7</sup> Respecto de los hijos mayores de quince años, el límite de edad tiene una naturaleza distinta al límite de edad de los doce años. Básicamente, se aplica a todas las familias y a todos los supuestos de reagrupación tardía de los hijos, bien porque no se ha podido antes bien porque habiéndose intentado no se han podido cumplir todos los requisitos y la solicitud ha sido denegada. Sucede entonces que las familias no pueden determinar libremente el momento en que quieren hacer venir a sus hijos. La interpretación del precepto debe hacerse a la luz del artículo 17 de la Directiva: cualquier denegación (de solicitudes, renovaciones o devoluciones) ha de tomar en cuenta la naturaleza y la solidez de los vínculos familiares del interesado y la duración de su residencia en el Estado miembro, así como la existencia de lazos familiares, culturales o sociales con su país de origen. Además, los Estados miembros deben velar por que se tenga debidamente en cuenta el interés mejor del menor (art. 5.5). Finalmente, los conceptos de la Directiva deben interpretarse de manera que las normas nacionales de adaptación dejen un “margen de maniobra” adecuado para poder cumplir lo dispuesto en los citados artículos.

incluso establecer un período de espera de tres años contados a partir de la presentación de la solicitud de reagrupación familiar “cuando la legislación en materia de reagrupación familiar vigente en un Estado miembro en la fecha de adopción de la Directiva tenga en cuenta su capacidad de acogida”. El enfoque de este periodo de espera generó igualmente la duda de su compatibilidad con los estándares europeos de respeto a la vida en familia. El acuerdo se logró convirtiendo el precepto en “una cláusula de emplazamiento”. Sin embargo, el Parlamento consideró que este régimen de periodos de espera no era respetuoso con el respeto a la vida en familia preexistente. El Consejo defendió estos periodos de espera como un instrumento habitual de la política de inmigración y conformes a Derecho.

**11.** La cuestión quedó dirimida por el TJCE en su sentencia de 27 de junio de 2006<sup>8</sup> (Asunto C-540/03). Con desestimación del recurso interpuesto por el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia entendió que ambas disposiciones respetan los derechos fundamentales y, en concreto, garantizan el respeto a la vida familiar, la obligación de tener en cuenta el interés superior del menor y el principio de no discriminación por razón de edad. En su argumentación el Tribunal realiza algunas consideraciones de importancia para la adecuada interpretación de la Directiva y su “correcta” transposición y aplicación por parte de las autoridades nacionales de los Estados miembros.

**12.** En primer lugar, respecto del artículo 4, apartado 1 último párrafo, recuerda que la Directiva “impone” a los Estados miembros *obligaciones positivas* precisas y que el margen de apreciación *limitado* que les reconoce no difiere del criterio que el TEDH sigue en su jurisprudencia. Ello significa que para ponderar los intereses en conflicto los Estados miembros habrán de tener en cuenta la interpretación del art. 8 del CEDH. De donde cabe deducir que ese margen de apreciación no es absoluto y que cualquier limitación nacional respecto del derecho a la reagrupación familiar de los menores concernidos basadas en la no superación del criterio de integración habrá de ser motivada a la luz de la interpretación del TEDH.

**13.** En segundo lugar, por lo que hace a la conformidad del apartado 6 del mencionado artículo 4, el razonamiento del Tribunal de Justicia aclara que “no puede interpretarse esta disposición en el sentido de que prohíbe a los Estados miembros tener en cuenta una solicitud relativa a un hijo mayor de 15 años o les autorice a no hacerlo” (Considerando 85). Aclara que carece de relevancia que la citada disposición diga que los Estados miembros que decidan hacer uso de la excepción deban autorizar la entrada de los hijos que hayan cumplido los 15 años “por motivos distintos de la reagrupación familiar”. El Tribunal recuerda que, en el contexto de la Directiva, la expresión reagrupación familiar debe interpretarse en el sentido de que se refiere a la *reagrupación familiar en los supuestos en que la Directiva obliga a permitirla. No puede ser interpretada en el sentido de que prohíbe a un Estado miembro que ha aplicado la excepción autorizar la entrada y la residencia de un hijo para permitirle reunirse con sus padres* (Cdo. 86).

**14.** Finalmente, sobre el artículo 8, el Tribunal señala que esta excepción no impide *toda* reagrupación familiar sino que admite un *margen de apreciación limitado*. En cuanto a su alcance indica que deben cerciorarse de que la reagrupación familiar “se producirá en buenas condiciones, después de que el reagrupante haya residido en el Estado de acogida durante un período suficientemente prolongado para presumir una instalación estable y cierto grado de integración” (Cdo. 98); y que la duración de la residencia del reagrupante previa a la solicitud es *solo uno* de los elementos a tener en cuenta en el examen de las peticiones.

---

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2006 (C-540/03). ECLI: EU:C:2006:429. Para una crítica doctrinal a la sentencia, véase, entre otros: A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “La transposición de las Directivas de la Unión Europea sobre inmigración. Las Directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración”, *Documentos CIDOB. Serie Migraciones*, 2006, pp. 18 ss. E. GÓMEZ CAMPELO, “La compleja aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Revista Española del Tercer Sector*, Núm. 12, Madrid, 2009, pp. 73-100. E. PÉREZ MARTÍN, “El derecho al respeto de la vida familiar y la reagrupación familiar de los hijos menores de extranjeros en la Unión Europea (STJCE de 26 de junio de 2006, C-540/03)”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, Núm. 1, 2007, p. 9 ss.

## 2. Manifestaciones del criterio de integración del reagrupante en las normas españolas de extranjería

### A. En la duración de la residencia

15. En la reagrupación familiar el concepto de residencia del reagrupante tiene un alcance especial al ser considerado uno de los elementos de integración en la Directiva. El artículo 18.1 LOEx recoge el derecho a reagrupar en los siguientes términos: los extranjeros podrán ejercer el derecho a la reagrupación familiar *cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial, con excepción de la reagrupación de los ascendientes que sólo podrán ser reagrupados a partir del momento en que el reagrupante adquiera la residencia de larga duración.*

16. Ser titular de una autorización de residencia es condición *sine qua non* para que el extranjero pueda solicitar la reagrupación de sus familiares en España. De acuerdo con los límites autorizados por la Directiva, el legislador español ha fijado un periodo temporal de espera de un año en posesión de la tarjeta más la obtención de la primera renovación. En la práctica por consiguiente, se consolida una espera de casi dos años. Si observamos la norma comunitaria, se trata de que el reagrupante pruebe que tiene una perspectiva fundada de obtener un derecho de residencia de larga duración en el Estado de acogida. Por regla general, las renovaciones de la primera residencia temporal en España se extienden a dos años. El permiso sigue siendo temporal aunque la perspectiva de obtener una residencia de larga duración (a partir del quinto año) se entienda conseguida con la residencia temporal de un año más la autorización renovada por dos años más<sup>9</sup>.

¿Pueden los extranjeros reagrupados ejercer a su vez la reagrupación (“reagrupación en cadena”)? La Ley de extranjería, aunque no prohíba a los extranjeros reagrupados ejercer a su vez el derecho de reagrupar a sus familiares, lo condiciona bien a una autorización independiente, en el caso del cónyuge y los hijos, bien a una autorización de larga duración, en el caso de los ascendientes reagrupados, siempre que en ambos casos acrediten el resto de los requisitos previstos en la Ley (art. 17.2 LOEx).

En consecuencia, el presupuesto general que marca la imposibilidad de reagrupación por parte del reagrupado-reagrupante es la naturaleza del primer 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– que inhabilita al reagrupado a ejercer *ab initio* el derecho a reagrupar. Tratándose de ascendientes, la exigencia es haber obtenido la residencia de larga duración y acreditar solvencia económica. Sólo excepcionalmente podrá eximirse de la residencia de larga duración a estos ascendientes (reagrupados-reagrupante). El supuesto es muy concreto, cuando tenga a su cargo uno o más hijos menores de edad o hijos con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer sus propias necesidades debido a su estado de salud<sup>10</sup>.

### B. En los medios económicos y vivienda

La Ley y el Reglamento de extranjería exigen al reagrupante acreditar recursos económicos y vivienda adecuada.

17. *Recursos económicos.* Con carácter general se exige al reagrupante probar que dispone de medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada (art. 18.2 LOEx *in fine*). En relación a la cuantía de los medios de vida y su evaluación ha de ser conforme a la Directiva. Esta indica que “se hará en función de su naturaleza y de su regularidad y podrá tenerse en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia”. El Reglamento concreta esta cantidad teniendo en cuenta el número de personas que el solici-

<sup>9</sup> Sobre el titular residente y la discusión en la negociación de la Directiva, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El régimen jurídico de la reagrupación familiar”, *op. cit.*, pp. 148 ss.

<sup>10</sup> M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “CAPÍTULO 2. ENTRADA EN ESPAÑA”, EN VV.AA. *El extranjero en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 87.

tante interese reagrupar y teniendo en cuenta además el número de familiares que ya conviven con él en España, a su cargo:

- En caso de unidades familiares que incluyan computando al rea-grupante y al llegar a España la persona reagrupada (dos miembros) se exigirá una cantidad que represente mensualmente el 150% del IPREM.
- En caso de unidades familiares que incluyan computando al reagrupante y al llegar a España la persona reagrupada, a más de dos personas: una cantidad que represente mensualmente el 50% del IPREM por cada miembro adicional.

La STS de 18 de junio de 2018 señala que en las renovaciones de residencia ha de tomarse en consideración los recursos económicos del conjunto familiar.

**18. Vivienda adecuada.** También el artículo 18.2 LOEx se refiere a este requisito material cuando señala que el reagrupante deberá aportar la prueba de que dispone de un alojamiento adecuado.

*¿Qué debe entenderse por vivienda adecuada y cómo se prueba la disposición del alojamiento a efectos de obtener la autorización de reagrupación?* La evaluación del criterio adecuada plantea algunos problemas. Ante todo, conviene recordar que una interpretación conforme a la Directiva no permite que los criterios establecidos por las legislaciones nacionales sean discriminatorios; es decir, no pueden ser más estrictos que los establecidos para una vivienda considerada normal en la misma región. Además, la Directiva exige que se trate de criterios objetivos, en el sentido de ser posible su verificación. El Reglamento español exige adjuntar, cuando se solicite la autorización de residencia para la reagrupación de sus familiares, un informe expedido por los órganos competentes de la Comunidad Autónoma del lugar de residencia del reagrupante a los efectos de acreditar que cuenta con una vivienda adecuada para atender sus necesidades y las de su familia. También tienen competencia para emitir el Informe la Corporación local en la que el extranjero tenga su lugar de residencia, cuando así haya sido establecido por la Comunidad Autónoma. El informe (ya sea de la Comunidad Autónoma ya de la Corporación local) habrá de ser emitido y notificado al interesado en el plazo de treinta días desde la fecha de la solicitud. Simultáneamente y por medios electrónicos, deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente. Si el informe no se emite en plazo, el interesado podrá justificar el requisito de la vivienda adecuada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho (normalmente mediante Acta Notarial). Es importante destacar el contenido del informe que debe recoger al menos los siguientes extremos: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones, uso al que se destina cada una de las dependencias de la vivienda, número de personas que la habitan y condiciones de habitabilidad y equipamiento<sup>11</sup>.

### III. La dislocación de los vínculos familiares y su control de validez documental

#### 1. El cónyuge: matrimonio válido, preexistente y efectivo

**19.** El artículo 17 LOEx se refiere al cónyuge (apartado 1) y a la pareja de hecho (apartado 4) del siguiente modo:

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

<sup>11</sup> *IDEM.*, p. 88.

*correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. En la disolución por nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso.*

*4. La persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equipará al cónyuge a todos los efectos previstos en este capítulo, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España.*

**20.** En el matrimonio pueden concurrir especiales situaciones de las que han de ocuparse las normas de extranjería y para cuya solución, en ocasiones, habrá de acudir a las normas de DIPr. Es cierto que las normas de extranjería van a evitar en lo posible la acción de las normas de DIPr acudiendo a la técnica de reglamentación material. Recurrir a esta técnica para determinar quiénes son los miembros de la familia beneficiarios de la reagrupación no es en absoluto ilógico. Es, además, el método seguido por las normas europeas relativas a la libre circulación de personas cuyas nociones (cónyuge, hijos, ascendientes, etc.) vienen siendo interpretadas, caso a caso, por el TJUE y también por nuestros tribunales. La ventaja de esta técnica material es indudable en la medida en que el legislador podrá resolver el surgimiento de *questiones previas* determinando, por ejemplo, quiénes son menores de edad (se fija la edad concreta) o prohibiendo la cohabitación *more poligámico* (se limita la reagrupación a un cónyuge). Desde esta óptica no cabe duda que la reglamentación directa se adapta mucho mejor a las diversas relaciones familiares que se dan en la inmigración familiar<sup>12</sup>.

La reagrupación del cónyuge no es automática, pues, en prevención de “matrimonios blancos” se controlará que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. Terminantemente se excluye del beneficio de la reagrupación a varias esposas pues en ningún caso podrá reagruparse a otro cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita la poligamia. En el supuesto de que el extranjero reagrupante se encuentre casado en segundas nupcias, la reagrupación del cónyuge exige mayores cautelas no sólo en lo relativo al procedimiento de separación del anterior matrimonio sino también en relación con la situación en que haya quedado el cónyuge anterior (ahora divorciado) y los hijos en relación con las pensiones, alimentos y disponibilidad de la vivienda.

Así pues, el matrimonio del reagrupante puede examinarse desde tres situaciones. Primera situación, que se trate de un matrimonio de conveniencia (incluidos los matrimonios concertados y forzados que si bien no son equiparables, plantean el problema de la inexistencia del consentimiento matrimonial). Segunda situación, que se trate de un matrimonio poligámico. Tercera situación, que se trate de un matrimonio celebrado en segundas o posteriores nupcias.

**21.** Primera situación: *los matrimonios de conveniencia*. El punto de partida en el plano de la reagrupación familiar es que el el matrimonio *existe* para permitir la vida marital y mantener la vida familiar en el territorio de acogida<sup>13</sup>. Si el matrimonio careciere de toda apariencia matrimonial “no existirá”, esto es, no será percibido -desde la óptica del Derecho español de extranjería- como una relación matrimonial *apta* para la reagrupación familiar. Si estamos de acuerdo en lo anterior, la comprensión del artículo 17.1 a) de la Ley de extranjería habría de hacerse así: la ausencia de convivencia marital supondrá la denegación de la petición del visado de residencia por reagrupación si los cónyuges están separados (de hecho o de derecho). En otros términos, la reagrupación deviene innecesaria cuando se constate que los cónyuges habían dejado de hacer vida familiar efectiva en el país de origen. Una interpretación conforme a la Directiva avala esta postura<sup>14</sup>.

La doctrina y la jurisprudencia española -ante la presunción de falta de convivencia previa- enfocan el análisis desde la perspectiva de los elementos que pueden configurar un matrimonio de complacencia; ello es debido a la idea de “matrimonio bajo sospecha” que inspira el precepto. Ello no empece que los tribunales toman en consideración el principio fundamental del derecho a vida en familia: “la

<sup>12</sup> Sobre esta problemática, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar...*, *op.cit.*, p. 211.

<sup>13</sup> Principio común a la totalidad de las legislaciones nacionales de los Estados miembros y derivado de la Directiva.

<sup>14</sup> 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)].

reagrupación familiar, como derecho subjetivo que es, sólo puede desconocerse sobre la base de sólidas razones pues es un derecho subjetivo de la mayor trascendencia”<sup>15</sup>.

Si el matrimonio es de complacencia el fundamento esencial de la reagrupación (mantenimiento de la unión conyugal como comunidad de vida) desaparece. La consecuencia administrativa es la denegación de la concesión del visado (art. 57.3 inciso a) RLOEx) y, en su caso, la no renovación de las autorizaciones de residencia (art. 61.4 b) RLOEx).

El análisis de los aspectos jurídicos del fraude en el consentimiento matrimonial muestra que prevenir la celebración de matrimonios fraudulentos en materia de reagrupación familiar es mucho más sutil y difícil. En efecto, ¿cómo probar a posteriori *que un matrimonio ya celebrado en el extranjero entre extranjeros —que no requiere inscripción en el Registro Civil español— es nulo por simulación del consentimiento matrimonial?* Por una parte, en la búsqueda de pruebas no es posible eludir el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE) y el *ius nubendi* como un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución (art. 32) y en diversos instrumentos internacionales que vinculan a España. Por otro lado, no actuar contra los matrimonios simulados en el contexto del derecho de extranjería y otorgar efectos a un matrimonio meramente instrumental, burlaría las normas relativas a la entrada y a la residencia establecida por el derecho interno y podría generar, posteriormente, graves problemas de derecho privado familiar.

**22.** En el Derecho español el estudio y análisis de la sanción del fraude se realiza tomando en cuenta si el matrimonio ha de inscribirse o no en el Registro Civil y a la luz de la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006. El control de fraude en el supuesto de matrimonio inscribible en el Registro civil español se realiza por el Encargado del RC en el expediente previo al matrimonio a la inscripción en su caso. Sin embargo, los matrimonios “celebrados en fraude” a los que parece referirse el artículo 17.1 a) de la Ley de extranjería —por no afectar a españoles ni haberse constituido en España— serán ajenos al tráfico registral español. En principio puede afirmarse que el matrimonio como tal matrimonio carece de interés y, en este sentido, la doctrina los califica como matrimonios que en sí mismos no son objeto de preocupación, aunque puedan cobrar relevancia como cuestión conexa a otro negocio jurídico (*v. gr.* contratos, filiación, sucesiones).

Pues bien, sostenemos que la realidad jurídica de los matrimonios de complacencia no opera en el Derecho de extranjería (ante la reagrupación familiar) de igual modo que en el Derecho registral. Y es que, la valoración de los matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero que sirven de base para otorgar un visado por reagrupación familiar viene determinada por la conjunción de dos elementos: de un lado, la definición comunitaria de matrimonio de conveniencia contenida en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que habrán de adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos<sup>16</sup>; y de otro lado, la jurisprudencia que toma en consideración “el hecho cultural diferencial” y las costumbres del país de origen en torno a la concertación de los compromisos matrimoniales. Además, la autoridad competente que controlará la realidad del consentimiento matrimonial o su carácter fraudulento es el cónsul español en el momento en que deba expedir el visado por reagrupación. Consecuentemente, las autoridades consulares españolas carecen de toda competencia para controlar el acto jurídico fraudulento en el momento de la celebración del matrimonio y el margen para la prevención (*a priori*) del fraude es particularmente estrecho: sólo en un

<sup>15</sup> Entre otras, STSJ Madrid, de 6 de mayo de 2003, de 16 de junio de 2003 y de 23 de septiembre de 2002.

<sup>16</sup> En relación con la definición de la Resolución del Consejo de la Unión Europea, su artículo 1º establece: “Con arreglo a la presente Resolución se entenderá por matrimonio fraudulento, 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 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”. Este concepto comunitario abarca el supuesto que interesa a nuestro estudio: necesariamente habrá de intervenir un nacional de un tercer país (no miembro de la UE) que celebre matrimonio con un nacional de un tercer país en situación regular, con el objetivo exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia y de obtener para el nacional de un tercer país una autorización de residencia en un Estado miembro. La simulación en el consentimiento matrimonial sólo actúa con dicho alcance y agota sus efectos en el ámbito concreto del derecho de extranjería. La Resolución del Consejo de la Unión Europea remite a los derechos nacionales en orden a la determinación de la autoridad o autoridades competentes para declarar que el matrimonio fue de conveniencia.

momento posterior (al solicitarse el visado) cabrá dilucidar si existen o no indicios de simulación y, en su caso, denegar motivadamente el visado, pero no podrá declararse la nulidad del matrimonio pues tal declaración compete en exclusiva a la jurisdicción ordinaria.

**23.** La validez de “ese” matrimonio lo será en virtud de las pruebas que aporten los solicitantes sobre la existencia de la relación jurídica. Con este alcance, la forma de acreditar el matrimonio no prejuzga su validez a otros efectos sino, únicamente, que ese matrimonio existe a los efectos de la reagrupación familiar. La cuestión reside, entonces, en los medios de prueba y en su evaluación para verificar la existencia del matrimonio. *Medios de prueba.* La valoración de si el matrimonio en cuestión puede formar parte del supuesto de hecho del artículo 17.1 a) de la Ley de extranjería requiere su prueba. A tal efecto, los interesados habrán de presentar los documentos que les sean solicitados por la autoridad consular en los términos establecidos en el Reglamento de extranjería (art. 57). Los medios de prueba de la relación jurídica matrimonial serán normalmente las actas extranjeras o los certificados originales de inscripción expedidos por el Registro extranjero correspondiente<sup>17</sup>. *Evaluación de la existencia del matrimonio.* La presentación de la prueba documental no empece la celebración de una entrevista personal con el solicitante, si el Cónsul lo estimara necesario, para comprobar la identidad, el vínculo familiar alegado, en su caso, la dependencia legal o económica y la validez de la documentación aportada”. En todo caso, el Consulado realizará la evaluación de la concesión del visado a la luz la documentación presentada. Desde esta perspectiva, resultan de especial relevancia los factores que, según la Resolución del Consejo de la Unión Europea, pueden permitir la presunción de que un matrimonio es fraudulento. Como no puede ser menos, en la lista encontramos coincidencias con los elementos apreciados por la DGRN para denegar — en base a los indicios de simulación en el consentimiento matrimonial— la expedición del certificado de capacidad matrimonial o la inscripción registral de matrimonios consulares o de matrimonios celebrados según la *lex loci*; sin olvidar la sustancial diferencia de finalidades entre ambos expedientes, pues, la normativa registral española exige un control de la ley aplicada al matrimonio celebrado en el extranjero en la forma permitida por la *lex loci* cuando se trate de matrimonio que accede al Registro; requisito ausente en la valoración de la relación matrimonial que sirve de presupuesto a la reagrupación familiar.

**24.** La jurisprudencia española arroja luz sobre este particular y hace una interpretación de los elementos del fraude tomando en consideración el marco en el que la reagrupación familiar opera. Ante todo, nuestros tribunales ponderan el peso del derecho a la vida en familia frente los indicios de simulación que llevan a la autoridad consular a denegar el visado. Así, en general, y para la acreditación del fraude matrimonial, en particular, no basta una simple apreciación del Cónsul pues, “no se escapa a nadie que es de casi imposible prueba la calificación como fraudulento de un matrimonio y a esa consideración sólo cabe llegar por la vía de los indicios serios”, siendo preciso que los interesados conozcan los fundamentos de la decisión adoptada por la Administración so pena de causarles indefensión”.

Entre otros elementos, se toma en consideración las costumbres del país de origen (hecho cultural diferencial). En este sentido —y constando matrimonio— no hay fraude cuando en la cultura del país de origen la mediación familiar o de amigos en la concertación del compromiso es habitual; tampoco es un indicio absoluto de fraude ni el desconocimiento mutuo precisamente por tratarse de personas que viven en países distintos y que pueden haber contraído matrimonio recientemente, ni la diferencia de edad, ni el hecho de que las segundas nupcias hubieran sido inmediatas al precedente divorcio. Una sentencia aislada sitúa el problema desde la perspectiva de la prueba del derecho extranjero invocado. El caso, procedente del Consulado de España en la RP de China, trataba la reagrupación de un cónyuge varón. La reagrupante había conocido al marido por “pacto familiar” y tras la boda no habían tenido contacto ulterior alguno. En el recurso, la recurrente invocó las tradiciones imperantes en China, argumento que es rechazado por el tribunal por no aportar prueba alguna “que merecerían la consiguiente acreditación al igual que lo requiere el derecho extranjero”. La Abogacía situó el supuesto en el ámbito de los ma-

<sup>17</sup> Habrán de ser aceptados los documentos constituidos al amparo del ordenamiento extranjero del que sea nacional el solicitante o —en su caso— del país donde se hubiere celebrado el matrimonio. La eficacia probatoria extrínseca de tales documentos (existencia y veracidad) está supeditada a su autenticidad (regla *locus*) e incorporación de la legalización o apostilla y así como la traducción.

trimonios de conveniencia. El tribunal no estimó este argumento y desplazó, en su fundamento final, la carga de la prueba a la recurrente pues “la cuestión de fondo versa sobre la acreditación de los requisitos exigidos por la normativa de aplicación”, desestimando el recurso. En cambio, sí son relevantes a efectos de su consideración como sospecha de fraude, y siempre que obren en autos, elementos que pongan de relieve contradicciones entre la prueba documental aportada y las declaraciones de los interesados, tales como: el desconocimiento de la fecha de la boda, el tiempo que llevan casados, el lugar de trabajo de la esposa o de sus hermanos, o el casamiento concertado entre primos hermanos; y muy especialmente, 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 matrimonio.

En íntima relación con este problema un nuevo interrogante se ha abierto. En concreto, la valoración en sede consular (trámite de expedición del visado) de las circunstancias y datos objetivos previamente admitidos como válidos en la primera fase del procedimiento administrativo (trámite de autorización de la residencia por reagrupación). La posibilidad de este doble control o reexamen documental en sede consular fue objeto de la STS de 20 de julio de 2016 que disipa la duda con fundamento en anteriores pronunciamientos (STS de 15 de noviembre de 2011, STS de 25 de abril de 2014 y STS de 23 de julio de 2014). En este sentido: (1) no se puede reconsiderar la documentación original (que se aporta en el trámite de expedición del visado) si coincide con la aportada anteriormente en España (son duplicados) y cuya validez ha sido acordada mediante resolución administrativa firme y así cambiar el criterio sentado en esa primera resolución; (2) pero, esta afirmación no impide que la Embajada o Consulado a la vista de la documentación original pueda indagar sobre la autenticidad de los documentos entregados cuando existan datos que permitan pensar que se trata de un matrimonio fraudulento (FJ Tercero).

En la especie, el Consulado de España en Islamabad albergaba la duda sobre la validez de una certificación de matrimonio celebrado en Pakistán pues algunas firmas y números de serie no se correspondían con las existentes en otros certificados contenidos en el registro. La tacha de validez requirió valoración de validez del documento y del matrimonio según la *lex loci* (derecho extranjero). Así, a instancia de parte se inició en origen en un “proceso judicial” que declaró que la interesada estaba casada con el reagrupante y que la inscripción del matrimonio en la oficina del registro local era válida. Sobre estos datos, el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y, anulándola, ordena se expida el visado de entrada por reagrupación familiar.

El interés de este pronunciamiento reside en su enfoque: el Tribunal Supremo, sin hacerlo explícito, considera adecuada la indagación consular del derecho extranjero cuando la validez del matrimonio se cuestiona sobre la base de un (hipotético) fraude documental. Doble control que se explica a la luz de la estructura dual del procedimiento administrativo de reagrupación familiar: dos fases -España y país de origen-; y dos autoridades diferentes -policial en España y consular en el país de origen. Dos miradas jurídicas (Derecho de extranjería y Derecho internacional privado) sobre un mismo objeto: validez de los documentos extranjeros y control del fraude documental.<sup>18</sup>

**25. Segunda situación: las familias de estatuto poligámico.** La efectividad de la poligamia ha sido y es un talón de Aquiles en la reagrupación familiar y ello aun cuando algunos países de tradición coránica hayan ido relegándola a un plano casi simbólico y marginal<sup>19</sup>. Sin ningún tipo de excusas lo deseable sería su abolición, pero las tradiciones culturales y religiosas son en ocasiones más fuertes y tenaces que los derechos de la mujer y el principio de igualdad entre hombres y mujeres apenas ha podido conquistado algunas parcelas los derechos de tradición coránica. Desde la perspectiva de los Estados occidentales, ya declaró la extinta *Comisión Europea de los Derechos Humanos de Estrasburgo*, el Estado no puede estar obligado por el CEDH a reconocer plenamente los matrimonios poligámicos que son contrarios a su propio ordenamiento jurídico. De esta manera, el CEDH no rechaza la poligamia,

<sup>18</sup> Sobre el efecto legitimador de los documentos públicos, vid., P. JIMÉNEZ BLANCO, “Movilidad transfronteriza...”, op. cit. p. 30.

<sup>19</sup> Marruecos como país más cercano a España y siendo precisamente un Estado de estatuto poligámico ha merecido un estudio especial en la doctrina internacional privatista española. Por todos, véase: P. DIAGO DIAGO, “Repercusiones de la nueva *Mudawwana* en la inmigración marroquí”, *Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo*, Zaragoza, 2004, p. 148; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La reception du nouveau Code de la famille marrocaïn (*Moudawana*, 2004) en Europe”, *Riv.dir.int.privato e processuale*, Núm. 3, 2004, pp. 877-900, esp. p. 881.

pero considera como un fin legítimo el de la preservación de la cultura monógama dominante en el país de acogida. El Estado puede, por tanto, limitarse a aceptar en su territorio al marido acompañado de solo una de sus mujeres y los hijos comunes<sup>20</sup>.

**26.** ¿Qué sucede en el Derecho español de extranjería? El artículo 17.1 a) de 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”. Esto significa que puede ser reagrupada cualquiera de los cónyuges y no necesariamente el primero. Toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico civil el matrimonio poligámico no está permitido, esta situación implicaría en la práctica que la reagrupación del segundo cónyuge únicamente producirá efectos, es decir, se estimará eficaz a los efectos de la reagrupación familiar (perspectiva administrativa) pero sería nulo desde la perspectiva civil. En un plano distinto, cabría preguntarse si la autorización al marido (reagrupante) a realizar la elección vulnera el principio de la igualdad de sexos en el matrimonio como cuestión de orden público. En principio, difícilmente podrá la mujer oponerse a la elección hecha por el reagrupante siendo lo más probable que en la toma de la decisión influya decisivamente la familia del esposo<sup>21</sup>. En relación a la prueba del matrimonio, basta con demostrar su existencia mediante las actas del registro o en su defecto por cualquier otro medio probatorio admitido en Derecho español. Previamente, el reagrupante habrá debido aportar la declaración jurada de que no convive con él en España otro cónyuge (art. 56. 3 apartado a) inciso 4 RLOEx).

**27.** Tercera situación: *matrimonio celebrado en segundas o posteriores nupcias*. De acuerdo con el artículo 17.1 LOEx si el extranjero residente está casado en segundas o posteriores nupcias solo podrá reagrupar al nuevo cónyuge, si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto tres elementos: uso de la vivienda común anterior, pensión compensatoria al cónyuge o cónyuges y alimentos que correspondan a los hijos menores o mayores en situación de dependencia. En el caso de que la disolución lo fuera por nulidad del matrimonio, deberá haber fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes así como la indemnización<sup>22</sup>.

En estas situaciones, el problema que se plantea es acreditar que la disolución o anulación del vínculo previo es válida de acuerdo con el ordenamiento jurídico español y no ha dejado sin garantías económicas y protección al ex cónyuge y a los hijos de ese matrimonio disuelto. Según las normas de Derecho internacional privado, para que una sentencia de divorcio produzca efectos en España deberá haber obtenido su previo reconocimiento. En materia de reagrupación familiar, y a los solos efectos de la obtención del visado de entrada en España y posterior obtención de la tarjeta de residencia este reconocimiento no se exige, siendo suficiente la prueba documental y que quede acreditado en el Estado de origen.

<sup>20</sup> La doctrina ha llamado la atención sobre el problema que podría plantearse respecto de la validez de un segundo matrimonio en el caso de que el cónyuge reagrupado fuera el segundo y qué efectos puede tener en nuestro ordenamiento. *Id.*, A.P. ABARCA JUNCO, “La regulación de la sociedad multicultural”, en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (A.L. CALVO CARAVACA / J.L. IRIARTE ÁNGEL, DIRS.), Colex, Madrid, 2000, pp. 163-179, esp. p. 172. Entre los diversos estudios doctrinales, véase para este concreto aspecto: A. RODRÍGUEZ BENOT, “Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español”, en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (A. RODRÍGUEZ BENOT, DIR.), *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2002, pp. 15-88, esp. 27.

<sup>21</sup> Cuando la concertación de matrimonios por hermanas, cuñadas o tías de la familia es un modo habitual en la cultura del país de origen no puede entenderse automáticamente como sinónimo de fraude (STSJ Madrid, de 22 de julio de 2003). Es importante este matiz en sede de reagrupación familiar. Y es que, en la valoración de la concertación de compromisos matrimoniales no debemos guiarnos por la práctica registral española (doctrina de la DGRN) pues no estamos ante un matrimonio que accede al Registro Civil (donde opera la normativa registral y que exige un control de la ley aplicada) sino ante un matrimonio celebrado en el extranjero entre extranjeros que sirve, únicamente, de presupuesto para la reagrupación familiar. Sobre la distinta sintonía entre las resoluciones de la DGRN y las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia ante recursos por denegación de visados por reagrupación, véase: M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar*, *op. cit.*, pp. 225-226.

<sup>22</sup> 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 constata que el reagrupante (o la pareja no casada) ha contraído matrimonio o mantiene una relación estable con otra persona [art. 16.1 inciso c)].

28. En cuanto el término “procedimiento jurídico” no quiere decir que haya de ser jurisdiccional. La norma parece requerir que, en el mismo procedimiento, se contemplen o fijen determinadas condiciones respecto de la vivienda, la pensión compensatoria del cónyuge y los alimentos de los menores. En cierta medida, esta previsión actuaría como freno (o al menos sería disuasoria) de divorcios “a vapor” con el fin de reagrupar al segundo cónyuge. Aunque en sede de extranjería, como estamos viendo, no se exige el exequátur de la resolución donde conste la disolución del matrimonio anterior<sup>23</sup>, cabría cuestionarse, en el plano de las hipótesis, si es posible poner en discusión en sede consular la validez del procedimiento. En nuestra opinión, la regularidad de la decisión no debe ser objeto de control pues es suficiente con medir el valor probatorio del documento aportado, además de comprobar que efectivamente en el mismo quedan recogidos los elementos anteriormente mencionados<sup>24</sup>.

No cabe duda que la norma está pensada para garantizar la subsistencia de la primera familia que reside en el país de origen. Hubiera sido deseable que la norma de extranjería, además de atender al orden público alimentista de la familia que no se va a reagrupar y que hipotéticamente residen en el país de origen, insistiera en la salvaguarda de los derechos de defensa del cónyuge vencido (citación legal y oportunidad de defensa)<sup>25</sup>.

## 2. La pareja de hecho

29. La Directiva permite a los Estados miembros “autorizar la entrada y la residencia de la pareja no casada nacional de un tercer país 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” (art. 4.3). Ahora bien, el hecho de que la legislación nacional de un Estado miembro autorice la reagrupación familiar de las parejas de hecho (registradas o no) no implica para el resto de los Estados (cuyas legislaciones no reconozcan la existencia de vínculos familiares en dicho supuesto) la obligación de su toma en consideración como miembros de la familia a los efectos del derecho de residencia. En este contexto, y dada la disparidad de figuras, instituciones y contenidos de regulación en los diferentes ordenamientos jurídicos, la Directiva opta por una noción neutra al referirse a una relación estable “debidamente probada” o a una “pareja registrada”. Mediante la calificación autónoma de la institución, que no distingue la pareja por razón de sexo sino sobre la base de un estatuto registral, separa en dos categorías los modelos de regulación, el conviviente y la pareja inscrita y permite, únicamente respecto de este último, que los Estados miembros apliquen el principio de igualdad de trato con los cónyuges a los efectos de la reagrupación familiar.

30. De acuerdo con el artículo 17.4 LOEx es posible la reagrupación de la persona que mantenga con el extranjero residente una “relación de afectividad análoga a la conyugal”. La norma de extranjería equipara expresamente esta relación a la conyugal “siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España”. La doctrina mayoritaria entiende que la legislación española de extranjería no exige un registro de pareja sino una acreditación de la relación de afectividad<sup>26</sup>. En este sentido, la acreditación mediante documentos pú-

<sup>23</sup> Ello debido a que no pretenden su reconocimiento en España ni ser invocadas ante un registro español para su inscripción: sus efectos se agotan en el estricto ámbito del Derecho de extranjería.

<sup>24</sup> La jurisprudencia corrobora lo anterior: en la STSJ Madrid, de 1 de julio de 2004, se debatía la reagrupación familiar de un segundo cónyuge siendo que el primer matrimonio había sido disuelto por divorcio consensuado. El Tribunal valoró las diversas pruebas presentadas y observó que el divorcio *consensual retribuido* de su anterior esposa se obtuvo tras un procedimiento judicial seguido en el Reino de Marruecos, que en dicho matrimonio no hubo descendencia y que la anterior esposa renunció a cuantos derechos legales pudieran corresponderle. La consecuencia de esa prueba demuestra que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar “tras un procedimiento jurídico”. En similar sentido la STSJ Madrid, de 7 de abril de 2014 apuntada por P. JIMÉNEZ BLANCO en *Régimen Jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, op. cit., p. 301.

<sup>25</sup> Esta es la postura adoptada en Francia respecto de las actas de repudio que, para hacer prueba de la disolución del vínculo anterior a los fines de la reagrupación familiar, habrán de incluir la constancia expresa de la citación regular de la esposa y de su presencia o legal representación en el procedimiento. Cfr. M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar...*, op. cit., p. 246.

<sup>26</sup> Entre otros: M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO / H. GRIEDER MACHADO, “La reagrupación familiar de los extranjeros en España”, *El nuevo derecho de extranjería* (A. Rodríguez Benot / C. Hornero Méndez, Coords.), Comares, Granada, 2001, pp.

blicos tendría prevalencia frente a otros medios de prueba. Por su parte, el Reglamento de extranjería (art. 53 RLOEx) exige la prueba de la existencia mediante el certificado de inscripción en un registro público siempre que no se haya cancelado la inscripción. Para el supuesto de una relación no registrada, su existencia ha de ser previa al inicio de la residencia del reagrupante en España siendo admitido cualquier medio de prueba admitido en Derecho y teniendo prevalencia la prueba documental emitida por una autoridad pública.

### 3. Los hijos

**31.** El artículo 17.1 LOEx se refiere a hijos del siguiente modo:

*b) Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o que 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 y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español.*

El control de la relación de filiación de *los hijos* beneficiarios de la reagrupación familiar plantea numerosas cuestiones jurídicas. La norma de extranjería diferencia tres grupos de menores en atención a si son de doble vínculo (los hijos del residente y de su cónyuge) o de un solo vínculo (los hijos de uno solo de los cónyuges). Un grupo distinto de menores son aquellos menores de 18 años o *incapaces* cuando el reagrupante sea su representante legal. Conviene señalar que la LOEx permite la reagrupación a los hijos, por naturaleza o adoptivos, menores de 18 años. En este sentido, se deja al margen la norma de Derecho internacional privado (art. 9.1 C. civil) que determina la ley aplicable al estatuto personal. Es decir, para la reagrupación familiar solo son hijos los menores de 18 años y solo son menores, al margen de su ley nacional, los que no sean mayores de 18 años. Este requisito de la edad ha de darse en el momento en que se presente por el reagrupante la solicitud de reagrupación familiar ante la autoridad competente española.

Cuatro cuestiones pueden analizarse al respecto: (a) la igualdad de la filiación y la prueba del vínculo de filiación; (b) la edad de los hijos; (c) los hijos de uno solo de los cónyuges; y (d) la representación legal en la reagrupación familiar.

**32. a) Igualdad de la filiación y prueba del vínculo de filiación.** El ámbito de aplicación de las normas sobre reagrupación familiar incluye a los hijos por naturaleza y a los hijos adoptivos. En nuestro Derecho la igualdad de la filiación es una cuestión de orden público constitucional, y ello aunque la legislación del país de origen del menor de cuya reagrupación se trate no proclame esta igualdad. En este sentido, los parámetros básicos de interpretación de la posición jurídica de los menores reposan sobre los precepto constitucionales que consagran la igualdad (art. 14 CE), el derecho a contraer nupcias (art. 32 CE) y el mandato relativo a la protección integral de los hijos, la igualdad de los mismos ante la Ley y la investigación de la paternidad (art. 39.1 CE).

Estos elementos pueden reconducirse a un principio según el cual “allí donde exista un hijo existe una relación jurídica familiar”. En consecuencia, una limitación que excluyera de la reagrupación familiar a los hijos no matrimoniales vulneraría el principio de igualdad de los hijos ante la ley, cuestión de orden público constitucional.

---

97-14; I. LÁZARO GONZÁLEZ, “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Revista Migraciones*, Núm. 12, 2000, pp. 43-79; M. MOYA ESCUDERO, “Derecho a la reagrupación familiar”, *op. cit.*, p. 687.

**33.** Ahora bien, dado que la reagrupación familiar tiene por finalidad “reconstituir” la vida en familia en el Estado de residencia del reagrupante, cabe preguntarse si además de constatar el vínculo de filiación es posible exigir la dependencia respecto del titular reagrupante. O, dicho en otros términos, *¿permite la noción vida familiar del art. 8 CEDH controlar la dependencia económica de los hijos respecto de reagrupante?* Esta cuestión fue objeto de interpretación por el TEDH en la sentencia Moustaquim<sup>27</sup>. El Tribunal entendió que la adopción de una interpretación amplia de la noción “vida familiar” permite declarar que la existencia de vida familiar de los padres con sus hijos no depende del matrimonio ni deja de existir en caso de divorcio. Vida familiar que igualmente existe, aun cuando los miembros de la familia no vivan bajo el mismo techo<sup>28</sup>. De modo explícito el Tribunal ha entendido que la familia aludida en el artículo 8.1 incluye tanto a la familia legítima como a la familia natural y a la adoptiva<sup>29</sup>.

**34.** En relación a los hijos adoptados, la Directiva exige que la resolución en que se acuerde la adopción 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” [art. 4.1 b)]. La ley de extranjería exige acreditar que la resolución en la que se hubiere acordado la adopción “reúne los elementos necesarios para producir efecto en España”. La pregunta radica en saber si la norma exige propiamente el “reconocimiento” de la adopción a la luz de las normas de la Ley de Adopción Internacional y del Convenio de La Haya sobre adopción internacional o basta con que la resolución sea reconocible en España. A nuestro entender, en sede de reagrupación familiar el control del documento donde consta la resolución extranjera de adopción se ha de realizar, incidentalmente, por la autoridad administrativa competente en el expediente de reagrupación.

**35. b) La edad de los hijos.** Quiénes sean menores a los fines de la reagrupación debe establecerse “según el derecho interno del Estado de acogida, sin que dicha edad pueda superar la mayoría de edad legal del Estado en cuestión” (art. 4.1 penúltimo párrafo de la Directiva). Ahora bien, la Directiva no impide a las legislaciones nacionales rebajar considerablemente la edad de los menores en atención a criterios de integración, legalmente previstos en su legislación interna antes de la fecha de aplicación de la Directiva. Como ya se ha anticipado, el legislador español ha adoptado una norma que excluye de la reagrupación familiar a los hijos mayores de 18 años. El artículo 53 c) del Reglamento de extranjería señala el momento temporal en el que ha de apreciarse la edad recogiendo la jurisprudencia en la materia. Dicho momento será el de la solicitud de autorización de residencia. La norma parece presumir que los hijos mayores de 18 años son independientes, que su formación secundaria ha terminado y que pueden afrontar, sin necesidad de la ayuda de la comunidad familiar, su propia subsistencia. Cabe preguntarse si esta presunción admite prueba en contrario. Los tribunales españoles consideran que “el límite temporal de la mayoría de edad constituye un requisito objetivo y de rango legal que únicamente podrá dispensarse de concurrir alguno de los restantes supuestos que prevé la propia Ley Orgánica”. Teniendo en cuenta que las circunstancias excepcionales han sido excluidas de la reagrupación familiar, un hijo mayor de 18 años no incapacitado no podrá obtener un visado de residencia por reagrupación familiar.

**36.** Una cuestión debatida en la negociación de la Directiva fue la exigencia del conocimiento del idioma como criterio de integración cultural, de modo que su desconocimiento podría permitir a las autoridades nacionales la no admisión de hijos. Aunque España no lo sigue, las legislaciones de Austria, Alemania, Finlandia y Holanda sí someten a los reagrupados a un test de integración previo a la autorización de entrada en el territorio que incluye expresamente el conocimiento del idioma. A nuestro modo

<sup>27</sup> Asunto Moustaquim c. Bélgica, STEDH de 18 de febrero de 1991.

<sup>28</sup> *IDEM.*

<sup>29</sup> Podría así deducirse que, en el plano de la reagrupación familiar, la filiación natural, la legítima y la adoptiva producen los mismos efectos. En relación con esta terminología, importa subrayar que desde la reforma del Código civil, por Ley 11/1981, de 13 de mayo, sólo cabe hablar en nuestro derecho de “filiación por naturaleza y por adopción”. La primera, a su vez puede ser matrimonial y no matrimonial, cuyos efectos son idénticos según dispone el artículo 108 C.c. *Cfr.* M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar...*, *op. cit.*, p. 252.

de ver, si se toma la idea de integración como una finalidad de las normas de la Ley de extranjería y por consiguiente, también predicable de las normas sobre reagrupación familiar, sería necesario concluir la importancia del conocimiento del idioma y la adecuada formación en pro de la más fácil integración en el territorio de acogida. Sin embargo, de implantarse tal medida de “integración anticipada” el resultado no debería conllevar en todo caso el rechazo de la reagrupación familiar pues, como indica la norma comunitaria y el propio TJCE, en la ponderación de los intereses del Estado de controlar la inmigración y el respeto a la vida en familia, debe tenerse en cuenta el interés prioritario del particular de llevar a cabo esa vida familiar en el país de acogida así como el interés del menor<sup>30</sup>.

**37. c) los hijos de uno solo de los cónyuges.** La segunda parte del inciso b) del artículo 17.1 de la Ley de extranjería se refiere a los hijos de uno solo de los cónyuges, en cuyo caso “se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo”. Es evidente que el precepto está pensado para el supuesto de hijos de padres separados o divorciados y trata de prevenir que al cobijo de las normas de extranjería pueda consolidarse un supuesto de sustracción internacional de menores. La norma permite la reagrupación de los hijos no comunes del matrimonio (del reagrupante o de su cónyuge) pero, también, tanto para el caso en que sólo uno los cónyuges resida en España y pretenda reagrupar a los hijos propios, como cuando se trate de los hijos de su cónyuge, supuesto en el que se requerirá el ejercicio en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia en solitario. En ambos supuestos se exige acreditar la dependencia, pues han de estar a cargo del reagrupante.

En la práctica, no obstante, se ha admitido la reagrupación cuando el cotitular de la responsabilidad parental ha consentido el traslado del hijo a España (STSJ Madrid, de 27 de marzo de 2015). En sentencia temprana se planteó un caso de reagrupación de los hijos no biológicos del cónyuge reagrupado y la pregunta de si una madre no biológica puede reagrupar a los hijos de su cónyuge, a su vez reagrupado, bastando con la aquiescencia de la madre natural. El supuesto fue interpretado en sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de octubre de 2002, en un caso procedente del Consulado español en Nador (Marruecos) y entendió que quien deba pedir la reagrupación es el padre natural.

**38. d) la representación legal en la reagrupación familiar.** La Ley de extranjería amplía el derecho de entrada y residencia a favor de otras personas dependientes, no hijos, cuyo representante legal sea el extranjero residente. El artículo 17.1 c) LOEx establece un supuesto especial de menores de 18 años y los mayores de dicha edad que no sean “objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surjan las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español”. La Directiva en su artículo 4.2 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. En relación con el concepto representante legal, cabe la duda de su reconocimiento en el caso de que el alcance de sus obligaciones, en principio establecidas por la norma extranjera que le ha atribuido tal representación, sea diferente al previsto en nuestro ordenamiento jurídico. En opinión de la profesora M. MOYA ESCUDERO, dentro del concepto de representación legal deben estimarse incluidas las instituciones protectoras de los menores e incapacitados existentes en diversos ordenamientos jurídicos que otorguen al reagrupante extranjero ambas funciones o una de ellas. En este sentido, señala la autora, debe presumirse que es a la luz del ordenamiento extranjero, y en su caso con la prueba del certificado expedido por la autoridad extranjera, como deberá acreditarse tal vinculación<sup>31</sup>.

**39.** Los tribunales españoles estudiaron el alcance de la representación legal en la reagrupación familiar en un supuesto de solicitud de exención de visado al amparo del antiguo artículo 49.2 c) del RD 865/2001, precepto que admitía excepcionalmente dicha exención “al extranjero menor sujeto legalmente a la tutela de un ciudadano extranjero residente legal en España”. En el caso concreto, el menor,

<sup>30</sup> Numeral 99 de la STCE de 27 de junio de 2006 (C-540/03), *op. cit.*

<sup>31</sup> M. MOYA ESCUDERO, “Derecho a la reagrupación familiar”, en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería* (M. MOYA ESCUDERO, Coord.), Granada, 2001, pp. 637-707.

de nacionalidad marroquí, vivía con su hermano en España después de que su padre, residente en Marruecos, lo había dejado a su cargo, constando tal circunstancia en un “Acta notarial de manutención”. El tribunal entendió que como el menor mantenía el vínculo de parentesco con sus padres biológicos, esto es, seguía sujeto a la patria potestad, no se daba la situación de desamparo del menor y su situación, por consiguiente, no podía encuadrarse en el supuesto de representación legal a los fines pretendidos de exención de visado<sup>32</sup>.

En relación con este ejemplo, la práctica española diferencia el acogimiento familiar de la Ley de extranjería frente a la institución de la *kafala* del Derecho marroquí<sup>33</sup>. Dado que la *kafala* es una institución desconocida en Derecho español se ha dictado dos Instrucciones de la Dirección General de Inmigración sobre el cuando el reagrupante no sea el progenitor sino que ostente la representación legal en virtud de *kafala* (IDGI/SGRJ/01/2008); instrucción que ha de completarse con otra de la misma Dirección sobre acogimiento de menores extranjeros por ciudadanos españoles y el documento denominado *kafala* (IDGI/SGRJ/2007). El criterio de delimitación de los supuestos en orden a su asimilación o no a la tutela dativa se establece en torno a quién constituya la *kafala*, siempre que el menor -o la persona respecto de la que se ostenta la representación legal- vaya a desplazarse a España. Mientras que la *kafala* constituida por los padres biológicos no ampara un visado por reagrupación familiar sino una situación de residencia por acogimiento familiar (art.187 RLOEx), la *kafala* constituida por autoridad judicial o administrativa se equiparará a la tutela dativa y podrá expedirse un visado por reagrupación familiar<sup>34</sup>.

#### 4. Los ascendientes

**40.** Resulta necesario no olvidar que a los efectos de la reagrupación familiar los ascendientes no forman parte del núcleo familiar. La Directiva no impide a los Estados miembros que, excepcionalmente, autoricen la reagrupación familiar de ascendientes del reagrupante o de su cónyuge siempre que lo sean *en línea directa y en primer grado* [(art. 4.2 a)], limitación que fue materializada en la reforma a la LOEx mediante LO 2/2009, de 11 de diciembre<sup>35</sup>.

El artículo 17.1 apartado d) LOEx se refiere a los ascendientes del siguiente modo:

d) Los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Reglamentariamente se determinarán las condiciones para la reagrupación de los ascendientes de los residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea, de los trabajadores titulares de la tarjeta azul de la U.E. y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores. Excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario, podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones previstas en esta Ley.

**41.** El desarrollo reglamentario de este precepto lo realiza el artículo 53 RLOEx admite la posibilidad excepcional de reagrupar a ascendientes mayores de 65 años “cuando concurren razones de carácter humanitario” y siempre que se trate de ascendientes a cargo. En relación a la excepcionalidad señala como elementos de valoración las siguientes situaciones: cuando el ascendiente conviviera con el reagrupante en el país de origen en el momento en que este último obtuvo su autorización; cuando el ascendiente sea incapaz y su tutela esté otorgada por la autoridad competente en el país de origen al

<sup>32</sup> STSJ Baleares, de 21 de septiembre de 2004.

<sup>33</sup> M.P. DIAGO DIAGO, “La kafala islámica en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010), Vol. 2, Nº 1, pp. 140-164.

<sup>34</sup> Excede del propósito de este trabajo el estudio de la reagrupación familiar cuando menor está en situación de acogimiento por *kafala* y es el representante legal quien solicita la reagrupación. No obstante, la cuestión ha merecido atención por parte nuestros tribunales. Entre otras: STS de 9 de diciembre de 2011 y STSJ Madrid, de 20 de septiembre de 2006, de 12 de septiembre de 2007, de 11 de octubre de 2007, de 3 de abril de 2008, de 2 de octubre de 2008 y de 11 de febrero de 2010.

<sup>35</sup> La reagrupación familiar de los ascendientes en redacción dada con anterioridad a la LO 2/2009 fue analizada por A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales: de la flexibilidad de la jurisprudencia del TJCE y del TS a la rigidez de la normativa vigente y futura”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 9, 2005, pp. 9-44, para este punto esp. pp. 35 ss.

extranjero residente o a su cónyuge o pareja reagrupada; o cuando el ascendiente no sea objetivamente capaz de proveer a sus propias necesidades. Igualmente se extiende la consideración de excepcionalidad al cónyuge o pareja de hecho del otro ascendiente siendo este último mayor de 65 años. En este caso, la solicitud puede presentarse conjuntamente. En relación a la dependencia, el parámetro de control es una fórmula que gira en torno a la acreditación de la asunción de los gastos del familiar residente en el extranjero. Ello se prueba mediante transferencias de fondos periódicas realizadas en el (último año de su residencia en España, dice la norma) o haber soportado gastos de su familiar que se fijan en atención al PIB bruto per cápita del país de residencia (al menos el 51%) según lo establecido por el Instituto Nacional de Estadística (Indicadores sobre renta y actividad económica por país y tipo de indicador).

42. La reagrupación de los ascendientes es por tanto más difícil y las condiciones más onerosas desde la perspectiva material. Ello se explica ante todo por los límites que impone la Directiva. Parte de una valoración fundamentalmente económica y de dependencia. Pero también por las condiciones de acceso al mercado de trabajo de estas personas. De donde la cuestión a resolver es si los Estados miembros pueden limitar el acceso a una actividad por cuenta propia o por cuenta ajena y, en su caso, qué margen de discrecionalidad poseen<sup>36</sup>. La Directiva lo permite sin especificar ni límites temporales ni otros condicionantes. En el caso de España, los ascendientes reagrupados podrán obtener una “autorización de residencia independiente del reagrupante cuando hayan obtenido una autorización para trabajar (art. 59.5 RLOEx), sin perjuicio del límite que se impone a los efectos de dicha autorización de residencia independiente (solo podrán reagrupar a otros familiares cuando hayan obtenido una residencia de larga duración y acrediten solvencia económica para atender las necesidades de los miembros de su familia que pretendan reagrupar (art. 60 apartados 2 y 3 RLOEx).

43. Los tribunales españoles interpretan la exigencia de la dependencia económica de modo riguroso<sup>37</sup> aunque también han prestado atención como elemento relevante de la dependencia económica la ayuda física y afectiva, la viudedad del ascendiente, el padecimiento de enfermedades, la ausencia de profesión así como el hecho de que otros hijos residan en España o en el país de origen<sup>38</sup>.

#### IV. Consideraciones finales

44. (1) A pesar de que las sucesivas reformas de la legislación de extranjería sobre reagrupación familiar han intentado, desde una perspectiva jurídico formal, mejorar la confusa redacción de las regulaciones precedentes, los preceptos que determinan la familia beneficiaria de la reagrupación ofrecen espacios para una reflexión crítica sobre el establecimiento y control de los vínculos de parentesco. Los criterios excluyentes que configuran el régimen jurídico de la entrada en el territorio de los miembros de la familia dislocan los vínculos familiares al prefigurar -en términos económicos y de integración social- el perfil del círculo familiar. Una vez reagrupada “esa familia” las normas administrativas de extranjería seguirán controlando “ese” *perfil económico de la integración* en las renovaciones de residencia de cada miembro de la familia.

La comprobación de esta dislocación la observamos en los tres grupos de miembros que la norma de extranjería considera familia a efectos de entrada en el territorio por la vía de la reagrupación familiar.

<sup>36</sup> Al respecto, el estudio de 2009 de P. VÁZQUEZ VEGA, *Reagrupamiento familiar de los inmigrantes: Efectos sobre la afiliación e incidencia en los gastos de protección social*, Publicación del Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA). Disponible en: <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/129736.pdf>.

<sup>37</sup> El Tribunal Supremo así lo reafirma, entre otras: SSTS (Sala 3ª) de 20 de octubre de 2011, 26 de diciembre de 2012 y 10 de junio de 2013.

<sup>38</sup> Dependencia física y afectiva: STSJ Madrid, núm. 1095/2004, de 19 de julio de 2004; STSJ Navarra Tribunal Superior de Justicia de Navarra en Sentencia de 17 de febrero de 2005. Viudedad: STSJ Madrid de 19 de julio de 2004. Enfermedad: STSJ Madrid, núm. 1095/2004, *cit.*, y STSJ Madrid de 5 de junio de 2003. Ausencia de profesión: STSJ Madrid, núm. 1352/2002, de 15 de octubre y STSJ Madrid núm. 585/2003, de 16 de mayo de 2003. Otros hijos residiendo en España: STSJ Madrid, núm. 63/2003, de 30 de enero de 2003.

45. (2) En primer lugar, con los *hijos* donde la edad -menores de 18 años- es el elemento de corte para poder ser reagrupados. El resultado es una reestructuración del vínculo familiar basado en una idea completamente desenfocada de la realidad familiar. Esta reagrupación a la carta ha quedado amparada por Tribunal de Justicia en su sentencia C- 540/03 cuya interpretación del criterio de integración frente al derecho a la vida en familia merece un serio reproche en cuanto al resultado pues ha consolidado una diferencia de trato entre hijos mayores de doce años que llegan solos y otros hijos: una discriminación inadmisibles que, además, no garantiza el éxito de la integración en el país de acogida.

46. (3) En segundo lugar, con el *cónyuge* y la *pareja de hecho*. El matrimonio no basta por sí solo para obtener un permiso de residencia por razón de vida familiar. La validez y prueba del matrimonio en la reagrupación familiar debe observarse desde la perspectiva de que la existencia o inexistencia de una relación matrimonial agota sus efectos en el ámbito estricto del derecho de extranjería. Consecuentemente, la prueba de la realidad de la vida matrimonial de los matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero es eminentemente documental siendo esta prueba, junto con las evaluaciones personales que pudiera atender el Cónsul en el trámite de expedición de visados, la única que debe admitirse. Idénticas reflexiones caben respecto de la prueba de la existencia de una convivencia de hecho al margen del matrimonio.

47. (4) En tercer lugar, los *ascendientes*. Los efectos “multiplicadores” de la reagrupación familiar se quieren evitar y ello se aprecia en la dislocación de la familia cuando se observa la regulación de los ascendientes. Subyace en el control de estos la idea de que ejercerán una presión sobre el mercado laboral y serán una carga sobre el sistema de salud del Estado de bienestar europeo. De ahí que se establezca una edad (65 años) que coincide con la imaginaria edad de jubilación y se exija una completa dependencia económica del reagrupante. Merece, igualmente, un serio reproche tal dislocación pues la realidad (al menos la española) demuestra que los abuelos (sean o no pensionistas del sistema) aportan su economía a la de los hijos y nietos y, en ocasiones, soportan ellos solos el bienestar económico de los hijos.

48. (5) En fin, esa *familia dislocada* que los Estados miembros han diseñado en materia migratoria expresa el mínimo simbólico de nuestra pertenencia al grupo cultural occidental (padres e hijos según la tradición matrimonial y monógama). No obstante, que “los otros” modelos familiares se replieguen absolutamente ante modelo (migratorio) preestablecido no es demostrable. Lo importante será, en todo caso, el éxito del valor jurídico de la integración y el respeto al derecho a la vida en familia.