

CONFIGURACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE UN DERECHO DE REAGRUPACIÓN DE LA FAMILIA

JOSÉ JAVIER PÉREZ MILLA

SUMARIO: — I. INTRODUCCIÓN. — II. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN FAMILIAR Y REAGRUPACIÓN. — III. CONFIGURACION LEGAL. 1. Protección. 2. Familia. 3. Reagrupación. — IV. DERECHO DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR. 1. Entrada y residencia. 2. Causa de exención del visado. — V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La hostilidad propia de un «conflicto de civilizaciones» se reduce con la idea de «protección de la identidad cultural» que resalta el valor de tolerancia y, más aún, el respeto hacia otras formas culturales (1). Es el propio respeto como valor asumido por otra cultura (en este caso, la europea) lo que permite sustituir la antigua consideración jerárquica del resto de manifestaciones culturales por otra igualitaria o matricial (2); en Occidente no se requiere ya la fusión por absorción de otras culturas, tan sólo su amalgama (3). Y aunque la

(1) *Vid.*, JAYME, Erik, «Identité culturelle et intégration: le Droit International privé postmoderne» en *Recueil des Cours*, v. 251, 1995, pp. 33 y ss y 52 y ss. El respeto supone «un grado más de exigencia ética» que la tolerancia; *vid.*, BILBENY, Norbert, *La revolución en la ética. Hábitos y creencias en la sociedad digital*, Barcelona, 1997, pp. 89 y ss.

(2) Sin embargo, el respeto a otra cultura está condicionado a que ésta acepte los Derechos Humanos universales; *vid.*, HOFFMANN-NOWOTNY, Hans Joachim, «Oportunidades y riesgos de las sociedades multiculturales de inmigración» en *Revista del Instituto de Estudios económicos. La inmigración en Europa expectativas y recelos*, n.º 4, 1994, p. 135.

(3) Dos estadios anteriores han dado paso al postmoderno modelo «cultural»: inmigración económica y de integración; *vid.*, RUDE-ANTOINE, Edwige, «L'approche d'un sociologue du droit» en *Le droit à l'épreuve des migrations transnationales*, Paris, 1993, pp. 23 y ss. El conflicto no aparece en el ámbito económico sino en la integración de los individuos. FADLALLAH, Ibrahim, «Lien conjugal et rencontre de civilisations» en *Le statut personnel des musulmans*, Bruselas, 1992, pp. 347 y ss. Y es en

cultura postmoderna (4) no abandona la idea de la universalidad, sustituye inteligentemente la unidad homogénea por la unidad heterogénea para originar una «sociedad multicultural» (5); sin embargo, la transición de uno a otro estadio no es automática, sino progresiva, y el proceso, gradual.

Cuando el respeto, considerado como valor necesario para mantener la diversidad existente, no es pleno, está sometido a determinadas reservas jurídicas. Así, el *status quo* jurídico en materia de extranjería es la referencia del grado de postmodernismo que asimila la sociedad española y es, por ello, reflejo de nuestro nivel de tolerancia (6). En concreto, este estudio se centrará en el grado de respeto que asume la Ley Orgánica de Extranjería (7) y su Reglamento de ejecución (8) respecto de una institución socio-cultural —la familia—, con una consideración especial —la posibilidad de la reagrupación familiar—.

II. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN FAMILIAR Y REAGRUPACIÓN

La reagrupación familiar puede ser entendida como «el derecho de una familia que ha estado separada por la emigración de uno de

este ámbito de integración donde instituciones como la reagrupación familiar, el acceso a la nacionalidad o los matrimonios mixtos, son consideradas como «instrumentos, de alguna manera, naturales y muy importantes para la integración de una persona en la sociedad de acogida»; *vid.*, RUIZ BAUDRIHAYE, Jaime, «La reagrupación familiar en España y la Unión Europea» en *VVAA Regularización de trabajadores y reagrupación familiar de inmigrantes extranjeros en España*, Barcelona, 1994, p. 76. Sin embargo, la integración no está exenta de cierto control; *vid.*, DIAGO DIAGO, M.ª Pilar, «Matrimonios por conveniencia», *Actualidad Civil*, n.º 14, 1, Abril 1996, pp. 329 y ss.

(4) El D.I.Pr. postmoderno como «la afirmación de una teoría del caos o de la complejidad, asentada en un principio de relatividad del conocimiento y de los valores; «una defensa de la identidad cultural de los grupos de individuos y de la comunicación intercultural»; *vid.*, SANCHEZ LORENZO, Sixto, «Postmodernismo y Derecho Internacional Privado», en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994, n.º 2, p. 559.

(5) Sobre el concepto, *vid.*, HOFFMANN-NOWOTNY, Hans Joachim, 1994, pp. 127 y ss.

(6) La cultura puede ser valorada en los Tribunales a los efectos de comprender determinados errores: «hay que tener en cuenta que se trata de un inmigrante procedente del norte de África con una cultura, probablemente, muy escasa y, desde luego, muy diferente» STSJ de Madrid de 7 de Diciembre de 1995 (RJCA 1995/1086)

(7) Ley Orgánica 7/1985 de 1 de Julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España (BOE de 3 de Julio de 1985).

(8) Aprobado por el R.D. de 2 de Febrero de 1996 (BOE de 23 de Febrero).

sus miembros de reunirse de nuevo» (9). Esta definición remarca la existencia de un «derecho» cuyo titular es «la familia», pero este «derecho de la familia» no tiene en la legislación y jurisprudencia una correspondencia tan clara (10). La discordancia se produce ya desde la norma constitucional española: el art. 39.1 establece un principio de protección de la familia; se argumenta que una posible manifestación de esta protección es la necesidad de mantener unida a la familia; a su vez, el «principio de unidad familiar» (11) fundamentaría un derecho de reagrupación familiar. Pero la concatenación mediata entre la Constitución y este derecho es revisable en dos de sus consideraciones.

En primer lugar por entender que en el sistema constitucional español se utiliza exclusivamente una perspectiva «reduccionista» (12) (según la cual el conjunto familiar no es diferente de la suma de los elementos que la componen) lo que origina un «sistema de preponderancia de los derechos fundamentales de los individuos» (13). En este sistema «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia» (art. 39.1 CE) porque ésta «asegura al individuo» el armónico desarrollo de la personalidad y la garantía de los derechos y deberes que le son inherentes» (14). En definitiva, desde la teoría reduccionista, se dota a la familia de un carácter meramente instrumental y su protección no significa sino un mecanismo indirecto de protección de los Derechos y Libertades fundamentales de cada uno de los individuos que la conforman. La familia se protege para proteger a sus componentes, pero no es el sujeto de ningún Derecho.

(9) *Vid.*, DERRIKS, Elisabeth, «Le regroupement familial» en *VVAA, Le droit des étrangers*, Bruselas, 1993, p. 127. Fundamentándose en la existencia de este derecho, *vid.*, JAULT-SESEKE, Fabienne, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, Paris, 1996.

(10) *Vid.*, APRAIZ MORENO, Fernando, *Derecho de extranjería*, T. II, Barcelona, 1998, pp. 513 y ss.

(11) STS de 24 de Febrero de 1996. RJ 1996/2273. Las referencias en Derecho constitucional francés (vida familiar normal) y alemán (unidad y protección familiar) son el fundamento de la reagrupación; *vid.*, JAULT-SESEKE, Fabienne, 1996, pp. 43 y ss. y 52 y ss., respectivamente y, en relación con la expresión francesa, MODERNE, F., «Ponencia» en *Ciudadanía y Extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado*, Madrid, 1998, pp. 17 y ss.

(12) Las teorías reduccionistas encuentran un campo de aplicación apropiado en biología, psicología y sociología («los fenómenos sociales son la suma de los comportamientos de los individuos»). *Vid.*, LEWONTIN, R.C., ROSE, S., KAMIN, L.J., *No está en los genes. Crítica del racismo biológico*, Barcelona, 1996, pp. 16, nota 5 y 17.

(13) *Vid.*, ROCA TRÍAS, Encarna, «Familia, familias y derecho de la familia» en *Anuario de Derecho Civil*, 1990, pág. 1088.

(14) *Vid.*, ROCA TRÍAS, Encarna, 1990, pág. 1069 y ss.

En segundo lugar, si nos atenemos al tenor literal de sus preceptos, la Constitución configura la protección de la familia con un carácter de «principio rector de la política social» (Cap. III). El reconocimiento y respeto de este principio «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» —art. 53.3 CE— y su contenido se concreta «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen» —art. 53.3 *in fine*—. Perfilada así la protección familiar, destacan dos aspectos: en primer lugar que el principio es de configuración legal; en segundo lugar, será preciso valorar si este principio, configurado por la Ley, tiene entidad suficiente como para generar derechos individuales en favor de una familia o de los componentes familiares.

III. CONFIGURACION LEGAL

1. Protección

En relación con el primero de los aspectos, centrado en su función tutelar, no es controvertido afirmar que si este principio se configura por la Ley, distintos tipos de familias pueden ser protegidas de forma distinta sin que por ello se vulnere el art. 39.1 de la CE; la protección familiar tiene así un significado multívoco y abierto y sólo la existencia de una legislación de la que resulte un perjuicio directo para un «tipo familiar» contrariaría la norma constitucional. Pero un resultado dañoso no es lo mismo que la protección legal diferente de distintos tipos de familia.

La diferente protección legal está condicionada también por el carácter principal «preponderante» de los Derechos y Libertades fundamentales. Así, la teoría reduccionista se sitúa en la base del sistema protector y lo condiciona. De acuerdo con ello, el primer requisito para poder ser objeto de la especial protección es que toda relación familiar debe respetar los derechos individuales de sus componentes. La conclusión inmediata de lo anterior es que el concepto de familia que recoge la Constitución dependería del respeto de estos derechos en determinados tipos familiares y la excepción de Orden Público, en su acepción relativa a los Derechos Fundamentales (15), condicionaría el reconocimiento jurídico de modelos familiares no respetuosos. Así, un primer nivel de protección está constituido por el respeto a los

(15) *Vid.*, HOFFMANN-NOWOTNY, Hans Joachim, 1994, pág. 135 y HAMMJE, Petra, «Droits fondamentaux et ordre public» en *Revue critique de droit international privé*, 1997, pp. 2 y ss.

Derechos Fundamentales (16) de tal forma que estos Derechos incidirán en el modelo familiar para configurar las relaciones familiares existentes; el principio de protección familiar obligaría a modificar las relaciones personales no ajustadas a los Derechos Humanos (17). En un grado de mayor evolución jurídica, conseguir la protección de la familia implicaría aceptar cualquier modelo familiar en tanto que su reconocimiento en el foro conllevaría un nivel de protección superior «por la incidencia del sistema de Derechos Fundamentales en las relaciones entre sus componentes» que su desconocimiento. Con este planteamiento, la consecución de la protección de la familia tendría fuerza suficiente como para informar «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» —art. 53.3 CE—.

2. Familia

Un segundo núcleo de afirmaciones relativas a quién es el objeto de protección, no es tan pacífico. Argumenta ROCA TRÍAS que la protección es el objetivo a conseguir respecto de una institución familiar que no se identifica con ningún tipo específico (18) ya que por «distintos caminos» se puede alcanzar una realidad familiar que «estaría igualmente protegida con independencia del camino escogido» (19). Si la protección es lo fundamental, resulta obvio que la familia en la Constitución sea «un concepto abierto y plural» (20), susceptible de adaptarse a la formas nuevas de esta manifestación cultural. Y como «no existe un modelo jurídico de familia, sino que el Derecho se limita a aceptar aquél o aquellos que le vienen dados culturalmente por los hábitos de una concreta sociedad, deberíamos concluir que en cualquier caso debería resultar indiferente la forma de constitución de la familia y que cualquiera que fuera ésta, debería gozar de la protección de los poderes públicos» (21).

(16) En las relaciones matrimoniales rige de forma absoluta el principio de igualdad (art. 14 CE), en materia de filiación interviene, además del anterior, otro principio: el de protección de una parte débil o interés del menor. *Vid.*, ROCA TRÍAS, Encarna, 1990, pp. 1078 y ss.

(17) Solución que sintoniza con las tendencias actuales en DIPr. *Vid.*, JAYME, Erik, 1995, pp. 57 y ss.

(18) Esta cuestión ha suscitado una amplia polémica doctrinal; *vid.*, ROCA TRÍAS, Encarna, 1990, pág. 1056, nota 4.

(19) *Vid.*, LLEBARIA SAMPER, Sergio, *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, 1997, p. 86.

(20) *Vid.*, ROCA TRÍAS, Encarna, 1990, pág. 1061.

(21) *Vid.*, ROCA TRÍAS, Encarna, 1990, pág. 1073.

El fallo del TSJ (22) de Cataluña de 4 de julio de 1996 parece seguir estas consideraciones: el Tribunal anula la resolución denegatoria de concesión de un visado por reagrupación familiar solicitado por un ciudadano colombiano por su unión libre con otro español (23). En esta Sentencia, las premisas ya expuestas conducen a un resultado determinado (24): «la Constitución no identifica a la familia que manda proteger en el artículo 39.1 con la familia tradicional, porque la interpretación de este precepto desde el carácter «social» que conforma el Estado español procura que tengan acogida modos de convivencia que en la sociedad se expresan de forma real y efectiva...»; por ello, «el principio de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución obliga» a reinterpretar el art. 7.º del Reglamento», de modo que estarán legitimados para solicitar el visado de residencia por causa de reagrupación familiar además del cónyuge de un español o extranjero residente en España; asimismo, la persona que conviva de forma estable y permanente, en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, para no desconocer el contenido esencial del derecho a la igualdad que se garantiza por el artículo 14 de la Constitución» (25).

Más correcta sería la aplicación al supuesto del «régimen más favorable» (26) previsto por el RD 766/92, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas —modificado por los RRDD 737/95, de 5 de mayo y 1710/97, de 14 de Noviembre (27)—. Esta normativa delimita su ámbito respecto de «nacionales de los Estados miembros» (art. 1.1) y «cualquiera que sea su nacionalidad, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de las

(22) *Revista General de Derecho*, 1996, pp. 10533 y ss.

(23) La regulación de las uniones libres, heterosexuales u homosexuales, muestra signos de evolución (no una tendencia) favorable al reconocimiento de ciertos efectos en materia de Derecho de extranjería. *Vid.*, JAULT-SESEKE, Fabienne, 1996, pp. 109 y ss. y Comentario a la STSJ de Cataluña de 4 de julio de 1996 de QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1997, 2, pág. 226.

(24) Partiendo de otras premisas (más comunes en la Jurisprudencia, fundamentalmente a partir de la configuración legal de los familiares reagrupables que realiza el Reglamento de la LOEx), el resultado hubiese sido aceptar la denegación del permiso. Así se plantea en el Voto particular a esta Sentencia.

(25) «Así mismo es lesiva la decisión administrativa del derecho al libre desarrollo de la personalidad que, desde su consideración en el artículo 10 de la Constitución...».

(26) *Vid.*, QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana, 1997, pág. 224.

(27) BOE de 30 de Junio, de 5 de Junio y 15 de Noviembre, respectivamente. Este régimen más favorable también deja de ser aplicado en otras Sentencias; *vid.*, por ejemplo, STS de 14 de Octubre de 1996 (RJ 1996/7002).

Comunidades Europeas, que a continuación se relacionan: a) a su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho».

Su aplicación al caso concreto supone la negación de dos datos: en primer lugar, que no es éste un supuesto donde se involucre el ejercicio de una libertad comunitaria (en expresión del TJCE son «situaciones puramente internas de un Estado miembro») (28), de ahí que no incidan políticas derivadas del Tratado de Roma. Por otra parte, en el supuesto tampoco se ejerce un derecho de entrada y permanencia que dependa, como ocurre en los supuestos de residencia por reagrupación familiar, de la vinculación conyugal (o análoga), sino que el derecho pretende ser ejercido, cumpliendo los requisitos establecidos (29), directamente por uno de los sujetos a los que se aplica este régimen beneficioso. La finalidad protectora del art. 39.1 (traducida en el caso en favorecer la entrada y de ahí, la convivencia de los sujetos) tiene una incidencia relativa ya que la relación familiar (o de afectividad análoga) no es directamente relevante para ejercer el derecho de entrada y así, la cuestión se centra en la posibilidad de interpretar extensamente el RD 766/92, de tal forma que, como expresa la Sentencia, se equipare a los efectos de aplicación de la norma, «cónyuge» y «la persona que conviva de forma estable y permanente, en análoga relación de afectividad a la del cónyuge». Por ello el art. 39.1 incide a los efectos de aplicación de una norma entendiendo que, por recoger la Constitución un amplio concepto social de familia, un régimen destinado literalmente al «cónyuge» se extiende al conviviente afectivo.

3. Reagrupación

La interpretación del concepto familia desde los amplios parámetros de la Constitución conlleva extender el ámbito de aplicación de las normas. Pero cuando la norma jurídica acota el ámbito al que se aplica, el principio de protección limita su extensión (30). Así, que el

(28) STJCE de 18 de Octubre de 1990, as. C-297/88 y C-197/89, Massau Dzdzi c/ Estado Belga (Ref. Colex-Data 90CE146).

(29) Por ejemplo la exigibilidad — *vid.*, por todas, STS de 24 de Febrero de 1996 (RJ 1996/2273)— del «correspondiente visado» que no tiene por qué ser por causa de reagrupación familiar — arts. 5.2 y 10.3.d) del R.D. 766/1992—.

(30) Sin embargo, la limitación normativa y la amplitud de la CE son compatibles. Como se expresa en la STC 74/1997, de 21 de abril (BOE 21/5/1997) «cuando nuestra CE, en su art. 39.1, proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia no constriñe este concepto, en términos exclusivos y excluyentes, a la fundada en el matrimonio, debiendo subsumirse también en el mismo a familias de origen no matrimonial (STC 222/1992). Sentado ello, es cierto que esta igualación entre una y otra clase de familias no impone una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y las no matrimoniales (TC S 184/1990)».

art. 39.1 se configure por la ley española transforma todo el planteamiento recogido de ROCA TRÍAS. En el Derecho de Extranjería extracomunitaria el reconocimiento jurídico de un modelo de familia depende de requisitos formales; en concreto, las manifestaciones familiares deben cumplimentar determinados requisitos jurídicos (que no se establecen en el art. 12.2 de la Ley Orgánica 7/1985 pero sí en su Reglamento de ejecución que se completa a través de Ordenes Ministeriales) para conformar el concepto de familia susceptible de ser reagrupada. Así, la reagrupación se supedita a la existencia de un «matrimonio legal» (31) y de una filiación que, cuando es adoptiva, reúne los requisitos necesarios para poder producir efectos de pleno derecho en nuestro ordenamiento.

En aplicación del art. 54.1 del Reglamento (y de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 8 de Enero de 1999) (32), «los familiares de los extranjeros que residan legalmente en España podrán residir con éstos...» (cuando éstos lleven residiendo legalmente en nuestro país durante más de un año y sean titulares de un permiso ya renovado y siempre que estos familiares no se trasladen conjuntamente con el titular de un visado de residencia) (33) y en su párrafo 2.º se concreta qué familiares (34). A los efectos que nos interesa se relaciona en primer lugar:

(31) RUIZ BAUDRIHAYE, Jaime, 1994, pág. 79.

(32) BOE de 13 de Enero y corr. err. en BOE de 25 de Febrero de 1999. Esta Orden establece normas generales y de tramitación de los expedientes de visado y de los permisos de residencia por reagrupación familiar, en desarrollo del Reglamento de ejecución de la LO 7/1985. Esta Orden desarrolla los procedimientos para la concesión de visados y permisos de residencia por causa de reagrupación familiar e introduce modificaciones en relación con el ámbito de aplicación subjetivo de estos visados y permisos.

(33) Requisitos introducidos por el art. 1.1 y 1.3 c) de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 8 de Enero de 1999.

(34) La Orden del Ministerio de la Presidencia de 8 de Enero de 1999 exige la acreditación de este parentesco, añadiendo el requisito de la legalización de los documentos. En concreto, la solicitud presentada por el familiar reagrupable debe contener: «Certificaciones que permitan establecer al día de la solicitud el parentesco y, en su caso, la dependencia legal y económica y la edad del solicitante. Los documentos extranjeros acreditativos de las condiciones del estado civil que deben ser aportados al expediente solamente surtirán efectos en el mismo cuando hayan sido legalizados» (art. 4.2.c). En relación con el permiso de residencia a solicitar por este familiar, la solicitud se acompañará de la «justificación de los vínculos familiares y, en su caso, la edad y la dependencia legal y económica respecto del reagrupante o de su cónyuge. Los documentos extranjeros referidos a este requisito, para que surtan efectos en el permiso de residencia, deberán estar legalizados por vía diplomática o, en su caso, por el sistema de apostilla de conformidad con el convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961» (art. 11.2 f).

«a) El cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, que no resida con el extranjero otro cónyuge y que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley»; en el n.º 6 de este artículo se repite que: «No se podrá conceder un permiso de residencia a un extranjero como cónyuge de un residente extranjero cuando otro cónyuge de éste ya resida con anterioridad en España».

Destaca un rechazo (35) manifiesto a la reagrupación familiar de los matrimonios poligámicos que posteriormente se asegurará en la Orden de 8 de Enero de 1999, al exigir del familiar reagrupante la declaración firmada de que no reside con él en España otro cónyuge (36). Con anterioridad a la entrada en vigor de esta normativa, este rechazo ya se había producido por el TSJ de La Rioja (37), en su Sentencia de 3 de abril de 1995. El Tribunal conoció del siguiente supuesto de hecho: Ahmed E.M., marroquí, casado con Fátima E.M. y residiendo ambos en Alberite, se casa posteriormente en Tánger con Malika R., quien entra legalmente en España con un pasaporte con visado de residencia por reagrupación familiar. Solicitado el permiso de residencia, le fue denegado ya que «la legislación española prohíbe que una persona esté ligada por más de un vínculo matrimonial al mismo tiempo, reconociéndose los efectos propios del matrimonio a uno solo de tales vínculos en el caso de existir varios reconocidos por la legislación de un país extranjero». Frente a la resolución gubernativa se interpone recurso por considerarla contraria a los arts. 14 y 16 de la CE. El TSJ de La Rioja procede a su desestimación, siguiendo doctrina consolidada (38).

Como fundamenta el Tribunal, el derecho de igualdad es «ante la Ley» y esta ley es la ley española que «no contempla ni reconoce otro matrimonio que el monogámico». Por otra parte, el derecho de libertad religiosa se extiende para los extranjeros hasta donde se reconoce a los españoles, reconocimiento que, en materia matrimonial, se limita por la existencia de un único vínculo; solución monogámica

(35) Se sigue así la tendencia de Francia, Alemania o Gran Bretaña; *vid.*, JAULT-SESEKE, Fabienne, 1996, pp. 101 y ss.

(36) Art. 3.4.e).

(37) *Actualidad administrativa, Tribunales Superiores de Justicia*, n.º 9, Septiembre 1995, pp. 543 y ss.

(38) La doctrina registral declara la nulidad del matrimonio celebrado existiendo impedimento de ligamen. R.D.G.R.N. de 22 de Septiembre de 1994 (RJ 1994/10187) o R.D.G.R.N. de 27 de Octubre de 1992 (RJ 1992/9461): «Es pues, indudable que este segundo matrimonio es nulo y no puede tener acceso al Registro Civil por concurrir el impedimento de ligamen. El principio constitucional de libertad religiosa no alcanza a dar eficacia civil a un matrimonio exclusivamente religioso cuando uno de los contrayentes carece de la capacidad para contraerlo, regulada por la Ley Civil».

prevista también para dotar de efectos civiles a los matrimonios religiosos islámicos que «sólo se atribuyen...» si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil (art. 7.1 de la Ley 26/1992 de 10 de noviembre), requisitos entre los cuales está el de la inexistencia de un previo vínculo matrimonial (art. 46.2.º)». De acuerdo con este razonamiento, para que el cónyuge sea titular de un derecho de reagrupación, el matrimonio debe ser «reconocible», es decir, susceptible de poder producir efectos civiles en España aunque no sean estos efectos los que se pretendan. Por último, se argumenta que «no cabe reconocer tales efectos al segundo matrimonio» si existe otro anterior celebrado por su esposo, por más que fuere válido conforme a la ley personal (y religiosa) de ambos, pues «en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público (artículo 12.3 del CC)». El Tribunal no reconoce la existencia del segundo vínculo como efecto atenuado del orden público (39) a los efectos de la reagrupación y rechaza de plano, como posteriormente se expresará en el Reglamento de ejecución de la LOEx., la posibilidad de que el otro cónyuge pueda entrar en España por esta causa.

Reconvertir un matrimonio poligámico en monogámico ya que sólo se acepta al cónyuge que se reagrupa en primer lugar, significa que sólo son tolerados tipos de familia jurídicamente afines a la occidental; afinidad que en la Sentencia no es cultural sino de grado jurídico; así, la obtención de un visado por causa de reagrupación familiar se supedita a que el matrimonio sea susceptible de producir efectos civiles en España aunque estos efectos no son los que se pretenden. El Reglamento de extranjería de 1996 no utiliza para la conversión monogámica parámetros jurídicos (ser susceptible de producir efectos civiles) sino numerales: se permite la reagrupación de un único cónyuge, con independencia de si es o no el del primer matrimonio.

Respecto de la reagrupación de los hijos, la letra b) del art. 54.1 del Reglamento expresa que «los hijos que en el momento de la solicitud sean menores de edad (40), que no estuvieran casados, que no hayan formado una unidad familiar independiente ni lleven vida independiente. En el supuesto de los hijos adoptivos, deberá acreditarse

(39) No es lo mismo «la constitución de un derecho y el reconocimiento de unos derechos ya adquiridos»; *vid.*, intervención de LIDIA SANTOS en VVAA, *Regularización de trabajadores y reagrupación familiar de inmigrantes extranjeros en España*, 1994, pág. 43.

(40) La Orden del Ministerio de la Presidencia de 8 de Enero de 1999 fija la edad en 18 años

que la resolución por la que se acordó la adopción fue tomada por la autoridad administrativa o judicial competente en la materia en el país en que se llevó a cabo, y que dicha resolución reúne los elementos necesarios para producir efectos en España».

Los hijos adoptados forman parte de la unidad familiar a los efectos de reagrupación si la constitución de la filiación cumple los presupuestos a los que se subordina la eficacia en España de una adopción constituida por autoridad extranjera (41). Así, la normativa sobre extranjería, que parte de cuestionar la validez de la adopción (42), remite al art. 9.5 del CC donde se exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: que la adopción esté constituida por la competente autoridad extranjera y que se cumplan los requisitos en cuanto a capacidad y consentimiento necesarios. Por otra parte, como el adoptante no es español (ya que de serlo, el hijo adquiriría la nacionalidad española —art. 19.1 C.C.), no se requiere el cumplimiento de otras condiciones: consentimiento de la entidad pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España, declaración de la entidad pública competente sobre la idoneidad del adoptante o que los efectos de la adopción constituida en el extranjero se correspondan con los previstos por la legislación española. La no necesidad de este último requisito fundamentaría una conclusión llamativa: formaría parte de la unidad familiar a los efectos de su reagrupación, por ejemplo, el adoptado en forma simple o menos plena.

VI. DERECHO DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR

1. Entrada y residencia

En relación con el segundo aspecto —la virtualidad del principio de protección como generador de un «derecho» de reagrupación (43)—, es destacable que la configuración de la protección familiar como principio significa que la familia no es titular de ningún derecho fundamental (44). Así, el problema no se refiere a si existe

(41) *Vid.*, GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., *Derecho Internacional privado. Parte especial*, Madrid, 1995, pp. 371 y ss.

(42) Los requisitos a los que el legislador subordina la eficacia han de verificarse cuando se cuestione la validez en España de la adopción extranjera; *vid.*, GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., 1995, p. 372.

(43) El principio de protección familiar también opera a través de la reducción del plazo para resolver la solicitud del visado y su tratamiento preferente (D.A. 2.ª y 6.ª del Reglamento).

(44) *Vid.*, LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Derecho de familia*, Barcelona, 1990, pp. 25 y ss.

un derecho de unidad de la familia sino que queda reconducido a si la influencia del principio del art. 39.1 de la CE permite configurar legalmente un «derecho» (45) a reagruparse de los extranjeros tipificados en la ley.

La influencia de normas internacionales sobre derechos humanos «art. 10.2 CE» no es susceptible de variar esta perspectiva. El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (46) establece en el art. 8.1. que «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...» (47). Aunque se derivara de este artículo un derecho de reagrupación familiar (48), su titularidad recaería en todo caso sobre el extranjero, no en la familia; sin embargo, la eventual existencia de un derecho del extranjero a reagruparse con su familia se interpreta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que la unidad de vida familiar no tiene porqué realizarse en el Estado de acogida del extranjero si ésta puede realizarse en el Estado de origen. Como expresa el Tribunal, «el artículo 8 del Convenio no puede interpretarse en el sentido que comporte para un Estado la obligación general de respetar la elección, por las parejas casadas, de su residencia común y de permitir el reagrupamiento familiar en su territorio» (49).

En la legislación española de extranjería la existencia de este derecho individual sólo se establece, en principio, respecto de los me-

(45) Configuración como derecho que es claro en Francia. *Vid.*, VANDENDRIESCHE, Xavier, «Le droit public face à l'insertion familiale» en *Le droit à l'épreuve des migrations transnationales*, Paris, 1993, pp. 68 y ss. o JAULT-SESEKE, Fabienne, 1996, pp. 37 y ss.

(46) Hecho en Roma el 4 de Noviembre de 1950. BOE de 10 de Octubre de 1979.

(47) El TJCE (S de 16 de Mayo de 1989) reconoce, por otra parte, que el respeto a la vida familiar recogido en el art. 8 del TEDH «forma parte de los derechos fundamentales que, según la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, reafirmada en el preámbulo del Acta Unica Europea, están reconocidos en el Derecho comunitario». Asunto 249/86, Comisión *c/* Alemania (*Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal*, 1989, 5, pp. 1263 y ss.).

(48) *Vid.*, PÉREZ TÓRTOLA, Ana, «La reagrupación familiar desde la perspectiva de la jurisdicción contencioso-administrativa» en VVAA, *Regularización de trabajadores y reagrupación familiar de inmigrantes extranjeros en España*, 1994, pp. 65 y ss.

(49) S. Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de Febrero de 1996, asunto Gül *c/* Suiza (*vid.*, referencia en *European Law review*, 1997, n.º 1, pp. 144 y ss.). *Vid.*, otra Jurisprudencia del Tribunal relativa a esta materia en DERRIKS, Elisabeth, 1993, pp. 142 y ss., CHUECA SANCHO, Angel G., *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Zaragoza, 1998, pp. 87 y ss. o, también en relación con otros Convenios de Derechos Humanos, JAULT-SESEKE, Fabienne, 1996, pp. 17 y ss.

nores no solicitantes de asilo —art. 13.1.b) del Reglamento: «los órganos públicos competentes colaborarán con los servicios de protección de menores para la reagrupación familiar del menor en su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares—». Es de notar que no se establece como un derecho del menor a ser reagrupante de su familia (y por tanto, generar un traslado del grupo familiar a España), sino como derecho de ser reagrupado con su familia (lo que implica trasladar al menor allí donde se encuentre su unidad familiar).

Para el resto de extranjeros, la reagrupación sólo es causa que posibilita el ejercicio de un derecho configurado en el artículo 19 de la CE (50). La influencia del art. 13.1 CE permite distinguir entre «*la titularidad del derecho y el ejercicio*, limitando este último a lo que dispongan los tratados y la ley» (51) y es por ello que los derechos de entrada y residencia «perteneceerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio» (52). Así, la reagrupación permite el ejercicio en nuestro país de un Derecho Fundamental de configuración legal, ya que es causa suficiente para que el extranjero pueda cumplimentar una de las condiciones a las que la Ley somete el ejercicio de estos derechos: el hallarse provisto de la documentación necesaria y válida tanto para la entrada (art. 11.1 y 12.2 de la LOEx) como para la residencia —art. 13.1b) LOEx—.

Pero la reagrupación ¿sólo tiene este carácter de causa o genera un verdadero derecho de entrar y residir en España? El Reglamento establece, en su art. 23.2, que «Los visados de residencia para reagrupación familiar podrán ser concedidos, previo informe favorable de la autoridad gubernativa competente, a los extranjeros que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 54 de este Reglamento y que lo soliciten para reagruparse con un familiar residente en España...»; y en su art. 54.3 que «Estos familiares podrán obtener un permiso de residencia por motivo de reagrupación fami-

(50) Por la influencia del art. 10.2 CE no es posible configurar un Derecho de entrada reconocido a todo extranjero ya que «Los Estado no están obligados por normas de Derecho internacional de alcance general a admitir al extranjero en su territorio». *Vid.*, VVAA, *La inmigración. Derecho español e internacional*, Barcelona, 1995, p. 226.

(51) *Vid.*, SAGARRA TRIAS, Eduard «Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España, a partir de la Constitución de 1978» en VVAA, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid, 1995, p. 287.

(52) S.TC. 107/1984 de 23 de Noviembre (RTC 1984/107).

liar». La ambigüedad del término «podrán» no soluciona el problema de la posible existencia de un derecho de entrada y residencia por causa de reagrupación familiar. De la Jurisprudencia no se extrae tampoco una orientación nítida. Sin embargo, «si bien es cierto que la Ley Orgánica de Extranjería no reconoce a los extranjeros un derecho subjetivo a la obtención de visado» (53), es controvertido afirmar que no existe tal «derecho subjetivo a obtener el visado» (54) cuando se da una situación de reagrupación familiar. Un argumento de derecho positivo apoya esta afirmación.

El art. 54.1 del Reglamento establece que «los familiares de los extranjeros que residan legalmente en España podrán residir con éstos». La utilización del mismo término —«podrán»— provoca aquí una menor ambigüedad ya que el ejercicio de este derecho de residencia (que presupone el de entrada) es de configuración legal y, como expresa el art. 54.1 *in fine*, se ejercerá «conforme a lo dispuesto en las normas de derecho internacional y los requisitos previstos en la Ley Orgánica 7/1985 y este Reglamento». Por tanto, a través de un control de la potestad discrecional de la Administración por razón de la existencia de hechos determinantes —lo que exige la comprobación de si concurren o no en el supuesto enjuiciado las circunstancias de hecho previstas en la norma atributiva de la potestad ejercitada por la Administración— (55), la Jurisprudencia afirma que cuando se dan las circunstancias previstas en la norma, el familiar tiene «derecho a que se le expida el visado de residencia por causa de reagrupación familiar» (56) (en el supuesto concreto, la extranjera estaba casada con un extranjero que reside legalmente en España, lo que conforma uno de los supuestos para los que el Reglamento prevé dotar de visado).

En definitiva, el control de discrecionalidad de la Administración y el principio de protección a la familia, como argumentos de justicia, fundamentan la existencia de un derecho de reagrupación familiar. Como expresó paradigmáticamente la Sentencia del TS de 19 de Noviembre de 1990, «dado que está acreditado que se dan las condiciones legales y reglamentarias para la obtención del visado por

(53) STS de 16 de Octubre 1995 (RJ 1995/7063). La doctrina no está de acuerdo con esta afirmación; *vid.*, PAREJO ALONSO, Luciano, «El régimen de entrada de los extranjeros» en VVAA, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, 1995, p. 311.

(54) Así lo afirman las STS de 1 de Octubre 1992 (RJ 1992/7742) o de 22 de Diciembre de 1995 (RJ 1995/9515).

(55) Sobre la reducción de la discrecionalidad, *vid.*, PÉREZ TÓRTOLA, Ana, 1994, pp. 67 y ss.

(56) STS de 22 de Diciembre de 1995 (RJ 1995/9515).

reagrupación familiar, y no consta, en cambio, la razón de causa impositiva alguna, dado que los poderes públicos no pueden actuar arbitrariamente (art. 9.3 de la Constitución), debiendo, además, asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 de la Constitución), protección a la que tienen derecho también las familias de extranjeros (art. 4 de la Ley Orgánica citada), es claro que el Ministerio de asuntos exteriores tiene el deber de otorgar el visado en este caso» (57); deber de la Administración del que surge el correspondiente derecho del administrado.

2. Causa de exención del visado

Este mismo derecho existe cuando se trata de dispensar de visado. El art. 56.9 expresa que: «Excepcionalmente, por motivos de interés público, humanitarios, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria, y siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante, podrá concederse la exención de visado...» y el Real Decreto 766/92 dispone en su art. 10.3.d) que, a efectos de solicitar la tarjeta de residencia, los familiares de españoles o de residentes extranjeros, nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, que no posean la nacionalidad de ninguno de estos países, deberán presentar «el visado de residencia en el pasaporte, de cuya presentación podrán ser dispensados por razones excepcionales». La redacción del Reglamento derogado de 1986, en sus arts. 5.4 y 22.3, utilizaba también como causa de la dispensa la misma causa «cuando existan razones excepcionales que justifiquen dicha dispensa» (58).

El concepto jurídico indeterminado —«causas excepcionales»— fué concretado por la Jurisprudencia. Con el mismo argumento de control de la discrecionalidad, el Tribunal Supremo entiende que «la simple inclusión de un concepto indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la única solución justa del caso, sino que aquélla viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados y, en consecuencia, no se está, en el caso que nos ocupa, ante una potestad discrecional sino ante el

(57) RJ 1990/8767. A *sensu contrario*, «no puede darse un permiso de residencia que se pide por reagrupación familiar cuando consta que los esposos viven separados y hay por medio una demanda de divorcio» (STS de 23 de Octubre de 1998 —Ref. Colex Data 98CA4400—).

(58) R.D. 1119/1986 de 26 de Mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de Julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España (BOE de 12 de junio).

deber de otorgar la dispensa de visado por concurrir "razones excepcionales"» (59). La Jurisprudencia, por otra parte, define el concepto de excepcionalidad cuyo significado tiene un «valor cualitativo equivalente a importante, trascendente o de peso, cualquiera que sea la frecuencia o reiteración con que se produzcan» (60); y era doctrina firme que habían de tenerse por excepcionales, entre otras, «la reagrupación y la integración familiar» (61). Por último, el principio de protección de la familia como informador de la legislación española de extranjería (62) permite la interpretación extensiva de estos preceptos aún cuando, formalmente, «el hecho de tratarse de una excepción extraordinaria a la aplicación de un precepto de ley, así como la excepcionalidad de las razones que exige la mencionada norma, conducen a que la interpretación que de ella debe hacerse haya de tener carácter restrictivo» (63).

Así, la Jurisprudencia entendió que existía reagrupación a los efectos de eximir del visado en aquellas situaciones contempladas por el Reglamento que permitían la petición de un visado por reagrupación familiar, ya que «no es razonable ni justificable» (64) obligar a salir de España para obtener un visado de residencia que, por concurrir las circunstancias previstas en la norma se debía conceder por la Administración. La protección jurídica de la familia como principio rector de la política social permitía extender la posibilidad de constituir causa de reagrupación, a los efectos de petición de un visado, a otros supuestos no contemplados expresamente el art. 7.2 del Reglamento («aun cuando es cierto que el caso de autos no encaja exactamente dentro de los mismos, resulta evidente que mediante la consideración como circunstancias excepcionales de tales situaciones lo que se pretende es potenciar y amparar el reagrupamiento familiar» (65)). Asimismo, la existencia de un supuesto de reagrupación

(59) STS de 8 de Noviembre de 1993 (RJ 1993/8246).

(60) STS de 19 de Diciembre de 1995 (RJ 1995/9880).

(61) Por todas, STS de 26 de Octubre de 1998 (Ref. La Ley, 1998, 10435).

(62) «La reagrupación familiar es uno de los principios informadores de la normativa de extranjería». Auto del TS de 16 de Julio de 1991 (RJ 1991/5849).

(63) STS de 6 julio 1993 (RJ 1993/5460).

(64) STS de 21 de Enero de 1996 (RJ 1996/123).

(65) STSJ de Baleares de 25 de Septiembre 1995 (RJCA 1995/773) o STS de 18 de Mayo de 1993 (RJ 1993/3757): «El propio Reglamento, al que nos venimos refiriendo, establece en su art. 7.2 la posibilidad de que se pueda solicitar el visado por causa de reagrupación familiar en una serie concreta de supuestos que contempla en sus aps. a) al d), entre los que ciertamente no se incluye el que nos ocupa, sin embargo, tratándose, como decíamos, de una situación de auténtico y comprobado reagrupa-

que hace operativas las «causas excepcionales» de exención del visado, puede ser apreciada aún cuando el hecho determinante se produzca con posterioridad a la petición de un permiso: «no puede ignorarse que el recurrente ha contraído matrimonio (si bien en fecha posterior a la resolución desestimatoria del recurso de reposición) con una súbita marroquí autorizada legalmente a residir en España, sin que haya datos o indicios que denoten fraude en esta unión matrimonial, supuesto de reagrupamiento familiar que cabe calificar de excepcional a los efectos aquí pretendidos» (66).

Pero se imponía la interpretación restrictiva cuando no era operativo el principio de protección de la familia por no ser ésta real o efectiva. Esto hace que en supuestos de hecho paralelos a los que suponían la exención de visado, la simple sospecha de la inexistencia de una auténtica vida familiar baste para desestimar las pretensiones: «esta Sala viene exigiendo para el reconocimiento de la exención de visado por reagrupamiento familiar» al menos que el matrimonio tenga un efectivo arraigo en nuestro país manifestada por el transcurso del tiempo, requiriéndose en todo caso una real y comprobada convivencia. Se trata en definitiva de no legitimar a través de la reagrupación familiar —que no hay que olvidar que en definitiva es un presupuesto para la concesión del visado y no para su exención— situaciones de ilegalidad que en numerosos casos pretenden convalidarse a través de matrimonios de conveniencia» resulta significativo que el marido ni siquiera haya comparecido a la prueba testifical y que se solicitara en el escrito de proposición su citación judicial» (67); sospecha que en todo caso queda confirmada por la inexistencia de una convivencia efectiva: «si bien contrajo matrimonio con española, no existe entre ambos la convivencia precisa para que, con ello sólo, se estime la existencia del citado reagrupamiento» (68).

Frente a esta asentada jurisprudencia que conforma la reagrupación familiar como «uno de los principios informadores de la normativa de extranjería» (69), con la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 11 de Abril de 1996, sobre exención de visado (70), que

miento familiar, dadas las circunstancias concurrentes, es conforme a Derecho acceder a la dispensa de visado para evitar que la solicitante se vea precisada a salir fuera de España».

(66) STS de 16 de Octubre de 1995 (RJ 1995/7063).

(67) STSJ de Canarias de 25 de Junio 1996 (RJCA 1996/725)

(68) STSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de Diciembre de 1996 (RJCA 1996/2121)

(69) Auto del TS de 16 de Julio de 1991 (RJ 1991/5849)

(70) BOE de 17 de Abril.

desarrolla tanto los arts. 56.8 y 9 del R.D. 155/1996 como el art. 10.3.d) del R.D. 737/1995, el carácter excepcional de la dispensa prima sobre el principio de protección de la familia; así, la interpretación formal desvirtúa, en definitiva, la interpretación sustantiva.

Esta involución es patente con la restricción de los supuestos que dan lugar a la dispensa de visado. Como expresamente recoge la norma (punto Primero 2), «Excepcionalmente... podrá solicitar previamente que se le exima del mismo (el "preceptivo visado"), si se encuentra en alguno de los supuestos previstos en el apartado segundo de la presente Orden». Los «motivos» o «razones excepcionales» para otorgar la dispensa están recogidos en el punto Segundo 2. Así, existe causa de dispensa «siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante y concurra alguno de los siguientes supuestos». A los efectos que nos interesa, son relevantes los siguientes:

e) Extranjeros menores de edad:

Que sean hijos de españoles o de extranjeros residentes legales en España.

Que hayan sido acogidos bajo tutela judicial constituida por españoles o extranjeros que residan legalmente en España, de forma que reúnan los elementos necesarios para producir efectos en territorio español.

f) Extranjeros que sean cónyuges de español o de extranjero residente legal, nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud.

g) Extranjeros que sean cónyuges de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o derecho y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud.

h) Extranjeros que acrediten ser ascendientes directos de un menor español residente en España que vive a sus expensas.

Estos supuestos no son taxativos, pero «la autoridad competente para resolver sobre la exención de visado deberá solicitar informe previo a la Dirección General de Procesos Electorales, Extranjería y Asilo cuando exista cualquier duda sobre el criterio a seguir para resolver la exención de visado, así como sobre los supuestos que pueden dar lugar a su obtención» (punto 3); así, la obligatoriedad del informe previo es un requisito que condiciona una interpretación amplia de los supuestos.

Esta Orden marca también su carácter restrictivo en cuanto que los sujetos susceptibles de ser eximidos de visado no se corresponden con aquéllos que pueden solicitar el visado por reagrupación familiar. Así, sólo pueden ser dispensados los extranjeros menores de edad frente a los descendientes, menores de 21 años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas, que recoge el art. 2 b) del R.D. 737/1995, o frente a «los hijos que en el momento de la solicitud sean menores de edad que no estuvieran casados, que no hayan formado una unidad familiar independiente ni lleven vida independiente» —art. 54.2 b) del R.D. 155/1996—. Se añade, respecto del cónyuge de español o de extranjero residente legal, un requisito novedoso, problemático y restrictivo: la necesidad de acreditar una duración del matrimonio de 3 años para obtener la dispensa; su única justificación parece ser proporcionar un dato cuantificable para presumir «que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley», como exige el art. 54.1, párr. 2.º a) del Reglamento. Por último, para que los ascendientes puedan ser eximidos del visado, el reagrupante debe ser «menor español residente en España que vive a sus expensas», frente a la amplitud de este supuesto en el art. 2 c) del R.D. 737/1995 (ascendientes del reagrupante o de su cónyuge que vivan a sus expensas) o en el art. 54.2 d) del R.D. 155/1996 («ascendientes del residente extranjero cuando dependan económicamente de éste y si existen razones que justifiquen la necesidad»).

V. CONCLUSIÓN

Aunque en el Derecho constitutivo se contempla expresamente (71), no existe todavía normativa comunitaria sobre reagrupación familiar de extranjeros no comunitarios (72). Sin embargo, es patente

(71) El Título VI del Tratado de Maastrich («Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior»), establece en su art. K.1 establece que «los Estados miembros consideran de interés común... 3. La política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca de:... b) las condiciones de estancia de los nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros, incluidos el acceso al empleo y la reagrupación familiar». Con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam se introducirá un nuevo art. 63 por el que «el Consejo..., adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam:...3. medidas sobre política de inmigración en los siguientes ámbitos... a) condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar».

(72) Vid., BORRÁS, Alegría, «La cooperación en materia de interior en el marco de la integración europea» y «Los condicionantes a la política española desde la normativa comunitaria» en VVAA, *Diez años de la Ley de Extranjería: balance y perspectivas*, Barcelona, 1995, pp. 21 y ss.

en el Reglamento de ejecución de la LOEx. la influencia de la Resolución del Consejo de ministros de la Unión Europea, de 1 de junio de 1993 (73), relativa a la armonización de las políticas de reagrupación familiar que no era jurídicamente vinculante (74). Parte dicha resolución de la necesidad «de controlar las corrientes migratorias de entrada en los territorios de los Estados miembros» y establece, respecto de los miembros de una familia que en principio tienen derecho a entrar y a permanecer en un Estado miembro, condiciones desde luego nada postmodernas. Así, el cónyuge puede residir si su «matrimonio (está) reconocido por el Estado miembro de acogida» y, en concreto «no se admitirá a efectos de reagrupación familiar a la esposa ni a sus hijos si el matrimonio es poligámico y el residente tiene ya una esposa que reside en el territorio de un Estado miembro. Los Estados miembros se reservan igualmente el derecho de denegar la admisión a efectos de reagrupación familiar a la esposa y a sus hijos si el matrimonio es poligámico y los hijos de otra esposa residen en el territorio de un Estado miembro»; también tienen este derecho «los hijos adoptados conjuntamente por la persona residente y su cónyuge cuando residían juntos en un tercer país, de conformidad con una decisión de la autoridad administrativa o judicial competente de ese país y reconocida y aceptada por el Estado miembro de residencia, siempre que los hijos adoptivos tengan los mismos derechos y obligaciones que los demás hijos y que se hayan roto definitivamente los vínculos entre aquellos y la familia de origen».

La protección que configura el art. 39.1 de la Constitución está condicionada normativamente. Con este planteamiento se antepone lo jurídico y, por tanto, el principio de protección no opera sobre cualquier manifestación familiar sino sólo sobre aquéllas jurídicamente determinadas. Por operar *a posteriori*, otras políticas legislativas tradicionales en materia de extranjería —control de acceso y residencia en el territorio nacional— condicionan *ex ante* la operatividad del principio de protección de la familia. En definitiva, para el Derecho de Extranjería la familia no es un fenómeno social y cultural, sino estrictamente jurídico.

(73) Vid., *Presidencia española de la Unión Europea en materia de asilo e inmigración*, Madrid, 1996, pp. 91 y ss.

(74) En el mismo sentido, *vid.*, FORNER, Joaquim-J., «La familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y extranjería» en *El islam jurídico y Europa*, Barcelona, 1998, pág. 220.