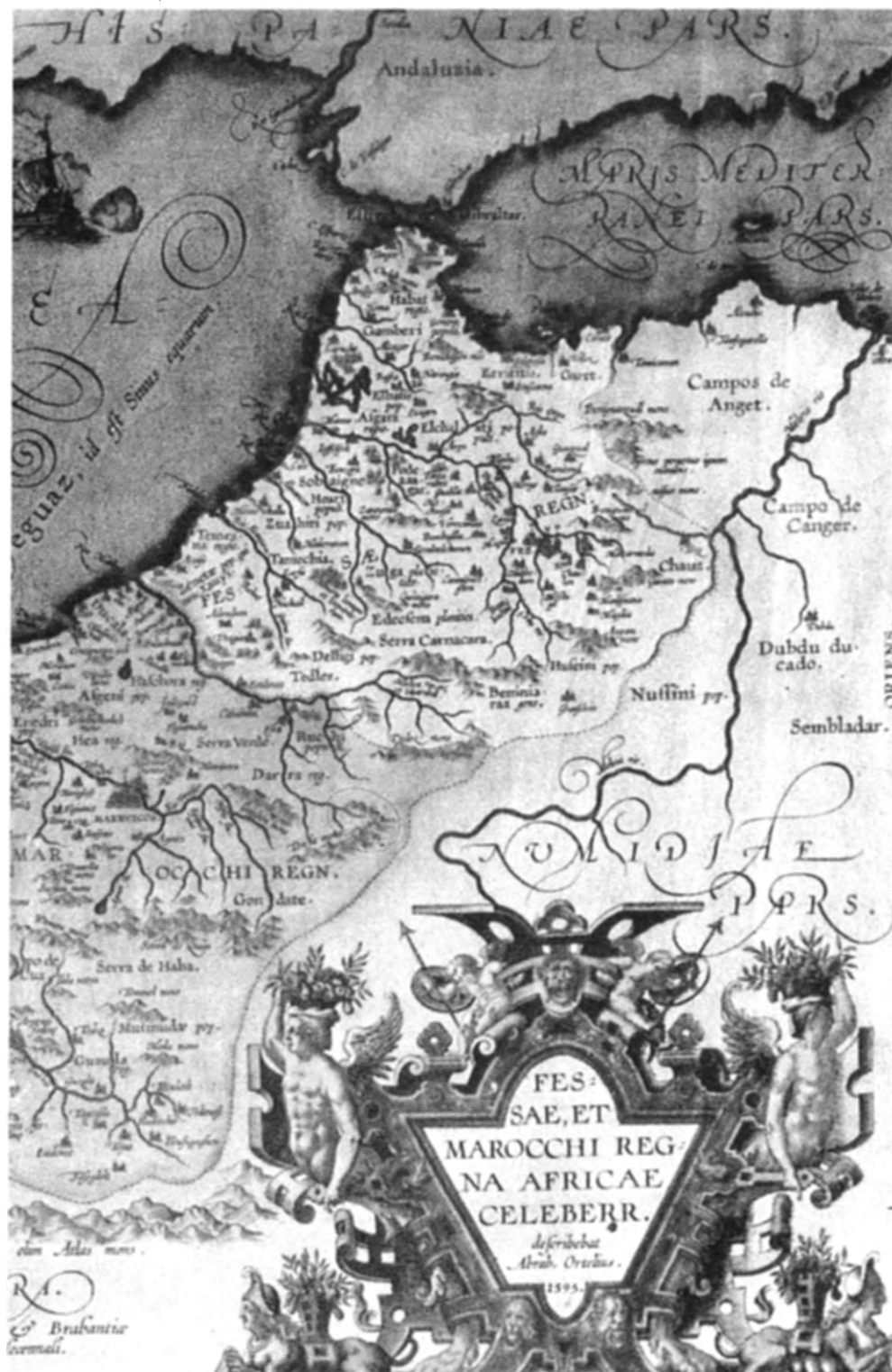


Revista del Foro Canario

84



Las Palmas de Gran Canaria, 1992

*Revista del
Foro Canario*

Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo
Decano del Colegio

Segundo Franco Vega
Diputado Primero

Jaime Santana Castellano
Diputado Segundo

Serafín García Zumbado
Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora
Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz
Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto
Diputado Sexto

Jaime Rubio López
Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández
Diputado Octavo

José María Palomino Martín
Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez
Tesorero

Rafael Vera Cominges
Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez
Micaela Domínguez Hernández
Serafín García Zumbado
M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

CONSIDERACIONES SOBRE EL MATRIMONIO Y LAS RELACIONES PARENTALES Y PATERNO- FILIALES A LA LUZ DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD
REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

SUMARIO

1. RELACIONES FAMILIARES MIXTAS Y EL DERECHO DE EXTRANJERÍA
 - A) Idea general.
 - B) El matrimonio mixto y el ordenamiento español común de extranjería.
 - C) El matrimonio mixto y el ordenamiento comunitario de extranjería.
 - D) Relaciones parentales y paternofiliales mixtas.
2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO A LAS SITUACIONES FAMILIARES DESCRITAS
3. POSICIÓN DEL CÓNYUGE Y DEL HIJO ESPAÑOL AL EFECTO

1. RELACIONES FAMILIARES MIXTAS Y EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

A) *Idea general.*— La existencia de matrimonios mixtos y de relaciones paternofiliales y parentales cuyos miembros acreditan una nacionalidad diversa es un hecho incuestionable y además en trance de potenciación y ello no sólo por razones de frecuencia estadística impulsada por la evidente e imparable internacionalización del mundo moderno sino también por otras estrictamente técnicas, especialmente conectadas estas últimas con la supresión del principio de unidad familiar, criterio operacional *ad casum* que provocaba antaño una pérdida forzada de la identidad nacional del cónyuge femenino y de la de los hijos sujetos a la patria potestad en beneficio de la ciudadanía más potente (la del marido o padre), eventos pertinentemente afloradores de la extranjerización irresistible del nacional y consecuentemente de la lógica imposibilidad de la categoría sujeta a consideración.

Un estudio exhaustivo de esta materia exigiría la investigación especulativa de tales relaciones familiares desde un doble prisma jurídico de indiscutible importancia interdisciplinar y operativa, binomio representado por los sendos ordenamientos de la nacionalidad y de la extranjería, ramas jurídicas que a pesar de su indiscutible especialización mantienen importantes comunes denominadores y estrechos y consistentes lazos por lo que atina a su congruente funcionalidad, bastando para poner en evidencia la absoluta certeza de este aserto el que la residencia exclusivamente homologada de conformidad con los cánones que gobiernan el *iter* administrativo de la extranjería constituye un presupuesto objetivo fundamental para la adquisición de la nacionalidad en méritos de tal contacto territorial con nuestro país, circunstancia asimismo extrapolable a otros contextos de su respectiva beligerancia que justificaría con creces el sopesamiento analítico en parangón de los calendados matrimonios mixtos y de las también mencionadas relaciones paterno-filiales de igual carácter a la luz de las solicitudes de normalización jurídica provenientes tanto del ordenamiento sobre la nacionalidad como del de la extranjería, estudio todavía más justificado en este preciso *tempus* histórico a raíz de que la primera de las preceptivas dichas ha experimentado una muy reciente innovación, materializada en la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, texto legal que continúa incidiendo en la temática matrimonial privilegiando la posición del extranjero casado con español o española, permitiéndole la asunción de la nacionalidad de su cónyuge una vez que haya transcurrido un año contado desde su matrimonio (plazo que debe ser también de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición) y no estuviere separado legalmente o de hecho, ex art. 22.2 d) del Cc, conteniendo tal precepto la

importante novedad de atinar del propio modo a los viudos extranjeros del susodicho cónyuge español, si a la muerte del mismo no existiera la meritada separación legal o de hecho (y siempre que mediere el indicado plazo de un año de residencia adornado con todo el conjunto de elementos calificadores ya citados).

Tras este brevísimo recordatorio de la normativa básica de la nacionalidad en relación con los matrimonios mixtos, he de señalar que la misma, insistiendo en comportamientos omisivos que podríamos calificar de totalmente inexplicables, ha “olvidado” de nuevo incentivar el *status* de los extranjeros no casados (solteros o divorciados) en cuanto padres –con patria potestad vigente*– de un hijo español a los efectos de su eventual adquisición de la nacionalidad española mediante plazos de residencia abreviados, hipótesis cuya carencia de especialización jurídica constituye un sonoro caso de discriminación para los mismos en su eventual cotejo con los extranjeros casados con españoles, discriminación particularmente grave si tenemos en cuenta que el legislador español ha optimizado una relación –la matrimonial– de mucha menor envergadura ontológica y tuitiva que la preterida –la paternofilial– desigualdad que se hace todavía más patente –y punzante– si observamos que a los efectos del ordenamiento sobre la extranjería ambas situaciones han sido objeto de una nivelación inferencial prácticamente absoluta tal como de inmediato vamos a ver.

Dejamos, pues, para otro momento el estudio plural de las categorías familiares relacionadas y vamos a centrarnos absolutamente en la evidencia monográfica de lo que las mismas dan de sí en aras de su visionado epistemológico exclusivo desde el ordenamiento sobre extranjería, rama de preceptividad que vamos a bifurcar a su vez en dos: la común, representada por la Ley Orgánica de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España de 1 de julio de 1985 (LOE) y por su Reglamento de ejecución oportunamente aprobado por el Real Decreto 1.119/1986, de 26 de mayo (RLOE); y la especial, que es la que impacta de modo directo en el *status* detentado en relación con España por los extranjeros comunitarios, parcela de facticidad atendida especialmente por la preceptiva fundacional y derivada europea y por el texto de su trasposición doméstica que es el Real Decreto 1.099/1986, de 26 de mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas.

(*) O sin patria potestad cuando el progenitor extranjero acredita judicialmente el derecho de visita. Ver STS del TS de 30 de abril de 1991.

B) El matrimonio mixto y el ordenamiento español común de extranjería.

a) *Idea general.*— Vamos a partir de la base de una relación matrimonial mixta ya establecida, descartando el estudio de una hacedera, es decir, soslayando el análisis acerca de los trámites a seguir para la celebración (dentro de nuestro país o fuera de él) de un matrimonio entre un español y un extranjero, tema que entronca directamente con el derecho internacional privado y con el ordenamiento matrimonial español, así sustantivo como registral, mixtura que arroja de evidente complejidad el entañamiento del indicado vínculo matrimonial cuando el mismo es erigido entre dos personas de diferente nacionalidad.

Partiendo de este previo descarte especulativo y polarizando nuestro objetivo de exposición exclusivamente en relación con un matrimonio ya celebrado, hemos de señalar de inmediato que nuestra indagatoria al respecto va a diversificarse según que la posición jurídica a examinar sea la del cónyuge extranjero o bien lo sea la del español, disyuntiva de análisis que reviste un soberano interés cuando lo que está en juego es la entrada o la propia estancia en nuestro país del cónyuge no nacional, temas en los que resulta especialmente concernido, y ello por razones obvias, no sólo éste sino también el casado español.

Así pues, vamos a examinar en un primer momento la situación de los matrimonios mixtos desde la óptica exclusiva del derecho de extranjería, rama jurídica especializada que únicamente afecta al no nacional (en este caso al marido o mujer no españoles) reservando para un momento ulterior el estudio de esta problemática en cuanto que la misma gravite de forma directa y concluyente sobre la posición jurídica del español que contrajo bodas con el mismo.

No puede decirse, y así inicio el estudio del encaje de los matrimonios mixtos en el seno de la LOE y de su legislación de desarrollo, que el legislador español haya sido especialmente generoso con los extranjeros que contraigan nupcias con españoles, generosidad traducida en otros países en la erección en favor de los primeros, bajo unos condicionantes u otros, de un auténtico derecho de estancia del que no existe ni rastro en la susodicha LOE. Y no sólo ello, sino que ni siquiera tales matrimonios mixtos han sido acreedores a un mínimo trato singularizado, englobándose los mismos, en un *totum revolutum* de perfiles y preferencias inconexas, con otros supuestos demandantes por su propia entificación de cierto régimen de favor legislativo, llegándose hasta el extremo de desconocer incluso la propia singularidad del supuesto ya que el hacedor interno de las reglas que van a ser objeto de observación, posiblemente

ensimismado en su función defensiva del territorio nacional respecto a hipotéticas avalanchas de matrimonios mixtos blancos, de favor o de gracia, ha llegado, a base de un comportamiento nomotésico ciertamente discriminatorio, a equiparar los matrimonios propiamente mixtos (entre un español y un extranjero) a aquellas situaciones matrimoniales que establecidas entre dos extranjeros requieren por consideraciones estrictamente humanísticas ser sustraídas del acervo común de supuestos.

b) *Entrada en España del extranjero casado con un nacional.*

aa) Idea general.— El logro de una visión de conjunto sobre esta temática exigiría hacer alusión a algunas cuestiones cuyas dosis de conflictividad y enjundia resultan de especial magnitud debiendo incluirse entre los aspectos especialmente debatibles el relativo a si el derecho de entrada en España eventualmente ejercible por los extranjeros en general resulta titularizable por la vía conjunta de los artículos 13 (“1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la Ley. 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales. 3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo. 4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.”) y por el 19 (“Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente en España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”) ambos de la CE o es el resultado de una pura decisión jurisdicente del legislador ordinario, cuestión de largo alcance a cuyo análisis he dedicado, aparte de todo un conjunto de reflexiones generales incluidas en mi libro “Estudios sobre Extranjería”. Librería Bosch. Barcelona. 1987, páginas 97 y ss. (obra agotada en la actualidad) sendos trabajos monográficos titulado el primero de ellos “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de las pretensiones residenciales deducidas por los extranjeros” y rotulado el segundo con el marbete de “Consideraciones sobre el derecho de libre desplazamiento internacional”.

No es el momento de retomar aquí toda la argumentación propia y ajena barajada en tales aportaciones, aunque, y a modo de síntesis, sí que puedo advertir que a la luz de la preceptiva *ad hoc* (la constitucional y la ordinaria) los

extranjeros sólo gozan de un derecho de entrada en España de tipología ordinaria y sumamente mediatizada, de naturaleza condicional y extremadamente lábil en sus concretos perfiles operativos, quedando el mismo hurtado a cualquier medulación constitucional, no sólo porque la concreta literalización del artículo 19 CE así lo impone el referirse únicamente a los españoles como efectivos titulares de la facultad deambulatoria internacional que el mismo programa, sino también porque tal es la decisión interpretativa inequívoca del propio TC (ver AA 117/1984, y 127 y 182/1986).

De todos modos, y en honor a la verdad, sería hasta cierto punto revisable esta tesis que propugno respecto de la falta de sustancia constitucional del derecho de entrada de los extranjeros en nuestro país a base de distinguir entre aquel que se ejercite *ab initio* y el que pueda activar en su caso el no nacional que resulte amparado por una autorización de residencia previamente discernida por las Autoridades españolas. En relación con el primero, me parece que la justeza de lo aducido respecto a la absoluta carencia de relevancia constitucional del derecho de entrada ejercible por los no españoles no admite vuelta de hoja. Más matizable me parece esta opinión cuando quien pretende penetrar en nuestro país es un extranjero que RETORNA al mismo y dispone al efecto de las pertinentes credenciales administrativas que le adornan de la calidad de residente legal, hipótesis que difiere de forma ostensible de la anterior al quedar los funcionarios encargados del control de tal pretensión de acceso deducida por el mismo desapoderados del grueso de sus facultades adverbatorias al respecto, debiendo circunscribir su cometido competencial a la comprobación de que el extranjero eventualmente retornante es efectivamente un no nacional que acredita en debida forma la condición de residente en España, condición de aposentamiento territorial estrictamente instrumentalizada en obsequio al concreto *dictum* proveído por el artículo 13.4 de la LOE (“Sólo se considerarán extranjeros residentes las personas amparadas por un permiso de residencia”), limitación de competencias que resulta evidente, por lo tocante al requisito del visado, del artículo 5.3 (“Quedan exceptuados de la exigencia de visado para entrar en España los extranjeros que sean titulares de permisos de residencia en vigor ...”) del RLOE, allegándose a este supuesto de tenencia de tal título habilitante la situación de aquellos extranjeros pretendientes al retorno que comparezcan en la frontera con un permiso caducado y exhiban al propio tiempo el resguardo justificativo de su renovación, todo ello en obsequio a la lógica y a lo que sobre el particular dejé escrito en mis libros “Estudios sobre extranjería” antes citado y “Estudios sobre inversiones extranjeras en España”. Editorial José María Bosch. Barcelona. 1991.

Continuando con este mismo tema, tengo que poner de relieve que la vuelta a España de los extranjeros detentatarios de un permiso de residencia en vigor (o caducado y amparados en este caso con el pertinente resguardo acreditativo de su renovación) también queda sustraída del rigor funcional con que debe comprobarse en su *iter* la titularidad de los medios económicos de que disponga el extranjero peticionario del acceso iniciático al recinto nacional, en base a lo dispuesto por el artículo 11.1 de la LOE antes transcrito, precepto cuya reserva reglamentaria ha sido sublimada a través de la adopción de la Orden de 22 de febrero de 1989, texto de ejecución del mismo que tras imponer a todo extranjero que pretenda su acceso al territorio nacional la carga de justificar de la forma en ella prevista su solvencia económica (aunque disponga del correspondiente visado) permite a todo un conjunto de extranjeros pretendientes a tal acceso sortear tal compulsión generalizada, incluyéndose en esta lista de privilegiados a aquellos “Que sean titulares de permiso de residencia en España, en cualquiera de los países miembros de las Comunidades Europeas o en el Principado de Andorra”, ex, art. 3.1. ba), exclusión que, emparejada con la innecesariedad de que tales extranjeros residentes dispongan del correspondiente visado, viene a incentivar considerablemente su posición en cuanto eventuales ejercientes del derecho de entrada que estamos considerando.

Ahora bien, ¿quiere ello decir que tal extranjero retornante en su consideración de operador jurídico perfectamente bendecido por las Autoridades nacionales con competencias en este orden de cosas acredita el derecho constitucional de entrada que patrocina el artículo 19 CE, patrocinio eventualmente extensible a los meritados extranjeros por la vía remisoría materializada por el artículo 13 también de la CE?

Entiendo que no, y ello porque a pesar de que la normativa argüida en sus consecuentes labores de optimización del *status* del extranjero “legal” ha venido a aligerar de trámites el procedimiento funcional a seguir al efecto enriqueciendo así la tasa fructuaria de su derecho de ingreso en nuestro país, tal enriquecimiento continua sin alcanzar el techo constitucional ya que por lo tocante al contraste de las condiciones sanitarias del retornante las disposiciones antes referidas no sancionan la más mínima dispensa, con lo que con la normativa de extranjería en la mano un no nacional amparado con el oportuno permiso de residencia podría ver obstaculizada su entrada en España en el supuesto de que no acreditare las condiciones de salud requeridas.

Con abstracción de este dato, no deja de ser evidente que la fuente concreta de este derecho de acceso priorizado de los extranjeros residentes es un puro Reglamento –el de la LOE– y no la propia Ley, aunque si así fuera

tampoco ello sería excesivamente importante por cuanto que en todo lo referente a la regulación de los derechos de entrada, estancia, trabajo y expulsión, la pluricitada LOE no se adorna del etiquetado de ley orgánica, ex disposición final 2ª de la misma, con lo que la atribución de derechos que en su sede se efectúe no acredita en modo alguno carácter constitucional, pudiendo por ello ser objeto de ablación por vía de ley ordinaria ulterior, cosa que resultaría imposible si tal atribución normativa dispusiese del marchamo constitucional antes aludido.

Por otra parte, y tal vez éste sea el argumento de adverso más convincente, las prohibiciones concretas de entrada que resultan resignadas por el artículo 14 (“Prohibiciones de entrada. 1. Se considerará prohibida la entrada y se impedirá el acceso al territorio español, aunque reúnan los requisitos exigidos en el artículo precedente, a los extranjeros: a) Que hayan sido expulsados de España, dentro del plazo que se hubiere determinado en la orden de expulsión; b) Que encontrándose fuera de España, se hallaren incurso en los supuestos de los apartados c) o d) del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio; c) Que por conductos diplomáticos, a través de Interpol o por cualquier otra vía de cooperación internacional, judicial o policial, se tenga conocimiento de que se encuentran reclamados, en relación a causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países; d) Que, por sus actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas nacionales o internacionales, hayan sido objeto de prohibición expresa, en virtud de resolución del Director de la Seguridad del Estado. 2. A los efectos prevenidos en el párrafo 4 del artículo 9, las prohibiciones de entrada serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores por la Dirección General de la Policía”) del RLOE constituyen un valladar insuperable para que el derecho de ingreso de los extranjeros que resulten previamente amparados por las pertinentes credenciales homologadoras de la legalidad de su estancia en el territorio nacional pueda revestirse de sustancia constitucional, sobre todo si se esgrimen las relacionadas en el apartado d), fundadas todas ellas en conceptos jurídicos indeterminados cuya eventual aducción por la Administración española en cuanto impositivas de la entrada pretendida viene a vaciar de modulación y sintonía constitucional el derecho al que nos venimos refiriendo.

Sin embargo, y pese a la exactitud de todas estas consideraciones, entiendo que el TS no es ni mucho menos reacio a la idea de considerar al extranjero en cuanto titular efectivo de los derechos conferidos por el artículo 19 sólo a los españoles, si bien en su comportamiento jurisdiccional se observa cierto desnortamiento y en ocasiones una evidente confusión entre los

derechos en entrada en España y aquellos que posibilitan la fijación de la residencia en su territorio una vez entrados.

Teniendo en cuenta este elemental soporte propedéutico ya podemos continuar avanzando en el análisis de las características que acredita la entrada en España del indicado extranjero y en este sentido podemos destacar que lo que categoriza tal ingreso (siempre partiendo del dato de que el matrimonio se celebre fuera de España y de que el extranjero en cuestión no sea uno amparado por el permiso de residencia al que nos hemos referido precedentemente) es la falta de especialidad del trámite que le afecta, limitándose el Reglamento de ejecución de la LOE a instrumentar un tratamiento preferencial y urgente para la resolución de las peticiones de visado de residencia formuladas por determinados extranjeros –entre los que se incluyen los casados con españoles– que se propongan su reagrupamiento con un miembro de la familia instalado en España y con capacidad económica suficiente para su sostenimiento, *iter* de tipología más o menos singularizada establecido por la disposición adicional 3 del Real Decreto aprobatorio del Reglamento de la LOE y en el artículo 7 del propio Reglamento (precepto que examinaremos más tarde) que en realidad vienen a suponer una respuesta muy cutre por lo tocante a la instauración de un régimen privilegiado de entrada respecto a los extranjeros de los que nos venimos ocupando.

Decíamos hace un momento que lo más reseñable del régimen a aplicar a tales no nacionales en lo tocante al tratamiento a ofertar a sus hipotéticas pretensiones de entrada en España era la absoluta carencia de singularidad al efecto, debiendo los mismos impetrar tal ingreso en idénticas condiciones que los restantes extranjeros, queriendo ello decir, en suma, que su sometimiento a las normas comunes de control diseñadas por la LOE y su legislación de desarrollo es total e inflexible, constituyendo este estado inespecífico de cosas una clave definitoria para el entendimiento global de la cuestión, sometimiento desprovisto de singularidad que determina el que la pretensión de ingreso en España deducida por el no nacional casado con un español o española experimente los mismos rigores litúrgicos que las instadas por los extranjeros que no se hallen en tal peculiar situación, debiendo los mismos proporcionar a los funcionarios encargados de la instrucción y resolución del procedimiento administrativo *ad hoc* (de tipología especial, por su verbalidad y sumariedad) las correspondientes credenciales documentales que acrediten su identidad, instrumentos que en su caso deberán ir acompañados del pertinente visado, acervo documental cuya presentación constituye el desencadenante del meritado procedimiento (cuya competencia queda atribuida a los miembros del Cuerpo de Policía Nacional, ex art. 12: 1. A) b, de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, sobre Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado), y que dará paso a

los controles ulteriores a desplegar por los mismos de índole económica y sanitaria, controles que también se extienden a la comprobación de que el extranjero de que se trate no se halla infligido por alguna concreta prohibición de entrada en mérito a lo establecido en el artículo 14 RLOE (con anterioridad transcrito).

No creo que sea el momento oportuno, teniendo en cuenta el delimitado objetivo expositivo de esta aportación doctrinal, de aludir monográficamente a cada uno de los presupuestos dichos (los documentales de identificación y visado) y a los controles a activar como medio de depurar la justeza de las pretensiones de ingreso oportunamente deducidas, temas que acreditan un encaje evidente en las obras generales sobre la materia o en los ensayos sobre el derecho de entrada en general pero cuyo tratamiento especulativo resultaría perfectamente disfuncional en el seno de un trabajo como el presente.

Ahora bien, partiendo de esta consideración lo que sí debemos poner de relieve es que el extranjero casado con español o española no ha sido mínimamente considerado como un extranjero privilegiado por ninguno de aquellos preceptos que vienen a introducir variantes en cuanto al seguimiento de los trámites dichos, y ello es predicable tanto en lo referente a la exigencia del visado para entrar en el territorio nacional como en lo que concierne a la forzada justificación de los medios económicos de que disponga el mismo.

Así, y por lo tocante al punto relativo al visado, su obtención por parte del extranjero que nos ocupa deviene imprescindible, sin que ni en la LOE ni en su Reglamento exista la más leve relajación del régimen general al respecto siendo de destacar que ni siquiera el supuesto ha merecido la consideración del hacedor del RLOE, que en su tratamiento del tema, y tras poner de relieve la esencialidad de tal consecución general (ver al respecto lo que dije sobre el particular en mi obra “Estudios sobre Extranjería”, páginas 97 y ss. y 772 y ss.) confecciona un listado de supuestos en los que tal exigencia queda obviada, pormenorización que resulta del artículo 5.3 (“Quedan exceptuados de la exigencia de visado para entrar en España los extranjeros que sean titulares de permisos de residencia en vigor, los que hayan residido legalmente en España de forma continuada durante los doce meses precedentes y los que hayan residido durante veinticuatro meses, aunque no sea de forma continuada, durante los tres años anteriores”) del propio RLOE, batería de casos de los que se halla ausente el que estamos dilucidando.

Así pues, el cónyuge extranjero de un español deberá acudir al Consulado español del país de su domicilio e instar la consecución del pertinente visado de residencia, que le será discernido previo el seguimiento de los trámites

normales, aunque en su caso por la vía de urgencia y preferencia **delineada** por la antes indicada disposición adicional 3ª (“Reagrupación familiar.– Tendrán tratamiento preferente y se tramitarán por el procedimiento de urgencia las peticiones de visados, permisos de residencia y permisos de trabajo, formuladas por personas que se propongan su reagrupamiento con un miembro de la familia, debidamente instalado en España y con capacidad económica suficiente para su sostenimiento, siempre que acrediten encontrarse comprendidos en los supuestos determinados en cualquiera de los párrafos del artículo 7.2 del Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto”), diciendo, por su parte, el precepto citado *ut supra*, o sea, el art. 7.2 del RLOE, que (“Podrán solicitar este visado por causa de reagrupación familiar (el de residencia): a) El cónyuge de un español o de un extranjero residente en España. b) Los hijos menores de dieciocho años o mayores de edad, cuando dependan legal y económicamente de un español o de un extranjero residente en España. c) Los menores o incapacitados cuyo representante legal sea un español o extranjero residente en España. d) Los extranjeros que sean ascendientes o descendientes de un español o de un extranjero residente en España. Los solicitantes deberán probar el grado de parentesco, así como la dependencia económica de los familiares o pupilos que pretendan reagrupar”).

En razón de la sinergia aplicativa de ambos preceptos, el extranjero cuyo *status* estamos debatiendo a la luz de su eventual ingreso en el territorio español, en su calidad de “miembro de la familia debidamente instalada en España” se halla legitimado para solicitar el visado de residencia que necesita por la vía preferencial y urgente erigida por la preceptiva que estamos viendo, posibilidad que el indicado artículo 7.2 viene a clarificar, incluyéndole específicamente en el grupo de familiares con aptitudes operativas en esta sede, clarificación que también actúa por lo tocante a la exigencia de que el extranjero a agrupar tuviese que depender forzosamente del familiar debidamente instalado en España, exigencia que concebida en términos generales por la calendada disposición 3ª no resulta requerible cuando se trata de cónyuges de conformidad con la interpretación que pueda ofertarse al encuentro del mencionado artículo 7.2 del RLOE (aun cuando en honor a la verdad su hacedor podía haberse esmerado algo más en cuanto al logro de la indicada clarificación).

Partiendo de la absoluta necesidad de que el extranjero concernido se provea del visado de residencia por causa de reagrupamiento familiar, lo que puede discutirse ahora es si el Cónsul de que se trate se halla o no obligado a la concesión de tal visado, cuestión que la normativa sobre la extranjería deja en la obsolescencia aun cuando entiendo que la respuesta afirmativa se impone, pero no porque así lo demande tal normativa sino por la simple entrada en

juego de los preceptos constitucionales a los que luego aludiremos cuando enfoquemos esta problemática desde el punto de vista del cónyuge español.

De todos modos, incluso desde el propio prisma del ordenamiento sobre la extranjería, se vislumbran claros indicios de que las solicitudes de visado deducidas por el extranjero casado con un nacional español deben ser resueltas positivamente (salvo, claro está, que exista una prohibición concreta que le atañe de conformidad con lo previsto en el artículo 14 RLOE antes visto, supuesto en el que previamente debería obtenerse por vía administrativa o judicial la revocación de tal prohibición, tema que retomaremos con ulterioridad) indicios que cristalizan en la ordinamentabilidad contenida en la Circular de 1 de julio de 1988, sobre criterios para la aclaración de las cuestiones surgidas en la aplicación de la LOE y del RLOE, dictada por los Ministerios de Asuntos Exteriores, de Interior y de Trabajo y Seguridad Social, texto (sobre el que volveremos luego) que al referirse a la exención de visado como trámite previo para el inicio del expediente regularizador que proceda, tras corroborar el carácter excepcional que tal exención debe revestir, apunta como uno de los casos en los que cabe que la misma sea solicitada con éxito siempre que se pueda suponer buena fe, aquel que se impulsa por “el cónyuge de un español ...”, criterio que analógicamente aplicado a las pautas por las que se rige el servicio exterior implica que el tratamiento de las solicitudes del visado materia de consideración en los respectivos Consulados deba recibir un trato de favor en cuanto automático.

De todos modos, y esto conviene advertirlo, cuando el extranjero de que se trate sea nacional de un país con el que medie un acuerdo de supresión de visados, es evidente que el mismo podrá desplazarse a España en cuanto amparado por el texto del Convenio y dentro del plazo de vigencia de su estancia legal (que no suele sobrepasar el de noventa días naturales) instar la pertinente exoneración del visado consular por razón de matrimonio con un nacional español, tema que nos introduce de lleno en la problemática de tal exoneración, aspecto que vamos a abordar de inmediato.

Una vez obtenido el visado de residencia consular (o sin él cuando se pretende hacer servir el sistema al que acabamos de aludir) el extranjero en cuestión deberá personarse en uno de los puestos fronterizos habilitados al efecto durante la franja horaria prevista *ad hoc*, y allí deberá demandar la entrada en el recinto nacional, que deberá serle permitida, previo el inicio y conclusión del procedimiento verbalizado y sumario consiguiente, conclusión positiva a la que se llegará una vez que se haya comprobado que su estado de salud es el requerido y que dispone de los medios económicos suficientes para sufragar sus gastos de sobrevivencia en España durante el período de estancia

autorizado, exigencia, sin embargo, que no deberá ser demandada si el extranjero en cuestión dispone del arquetípico visado de residencia laboral, siendo del propio modo reseñable, tal como hemos puntualizado anteriormente, que en la hipótesis de que se trate de un visado turístico o de una entrada intentada en virtud de uno de los acuerdos vigentes sobre supresión de visados, el hecho de que el pretendiente al acceso sea cónyuge de un español no ha sido mínimamente considerado ni por la LOE ni el RLOE así como tampoco por la Orden de 22 de febrero de 1989, dictada en ejecución del artículo 11 de la primera y del también artículo 11.3 del segundo, texto –el de la meritada orden– de minuciosa factura que no se refiere en ninguno de sus numerosos apartados al supuesto objeto de nuestra presente observación, cosa ciertamente chocante si tenemos en cuenta que podía perfectamente haberlo hecho en el tercero, disposición que contiene una larga serie de hipótesis en las que el extranjero no necesita acreditar en la frontera la tenencia efectiva de medios dinerarios efectivos o cartales como soporte de su ulterior sostenimiento en España, sino sólo demostrar por alguno de los procedimientos que tal apartado establece su solvencia económica, omisión que puede tener su raíz en el hecho de que para el hacedor de tal Orden lo procedente es que el extranjero de que se trate acceda al territorio nacional con un visado para reagrupamiento familiar, supuesto en el que el control a desplegar en el sentido que estamos viendo quedaría objetivamente fuera de lugar.

En último término, y como culminación del largo y alambicado proceso tendente al reconocimiento en favor del extranjero peticionario de su derecho al franqueo de la frontera española, deberá procederse a la comprobación de que el mismo no se halla afectado por ninguna de las prohibiciones que en su caso puedan concernirle, prohibiciones a las que se refiere de forma singularizada el artículo 14 del RLOE antes transcrito.

Tal es la concatenación seriada de controles a los que ha de supeditarse la entrada regular –legal– del extranjero a nuestro país, aunque ello no quiere decir que no pueda normalizarse lo que no sería sino un ingreso absoluta o relativamente anómalo, posibilidad que se reserva –y ello con notable desenvoltura– el Ministerio del Interior, manijero competencial supremo en todo el ecosistema jurídico de la extranjería, Departamento ministerial que puede autorizar, a base de su consideración de cancerbero hegemónico de las fronteras españolas, la entrada de cualquier extranjero, aun cuando no se conciten en su persona ninguno de los presupuestos y condicionantes a los que aluden los preceptos anteriormente explicitados, constituyendo la pieza maestra normativa de tal posibilidad el apartado 4, del artículo 12 (“El Ministerio del Interior podrá autorizar la entrada, tránsito o permanencia en territorio español a los extranjeros con documentación defectuosa o incluso sin ella, o que no

hubieren entrado por los puestos habilitados al efecto, siempre que medie causa suficiente, pudiéndose adoptar en tales supuestos las medidas cautelares precisas. También podrán adoptarse en el caso de extranjeros en tránsito, aun cuando posean documentación regular”) de la LOE, competencialidad de riguroso corte discrecional cuya delegación sólo se ha efectuado hasta ahora de modo general en beneficio del Director de la Seguridad del Estado y de los Gobernadores Civiles de Las Palmas y de Santa Cruz de Tenerife, constituyendo la fuente de la primera el artículo 13.2 (“Excepcionalmente, el Director de la Seguridad del Estado podrá autorizar la entrada en el territorio español a los extranjeros que pretendan hacerlo con documentación defectuosa o incluso sin ella, siempre que medie causa suficiente, conste su personalidad y se comprometan a subsanar los defectos existentes, si fuera posible, adoptándose, entre tanto, las medidas oportunas en cada caso. Esta facultad podrá ser delegada en órganos centrales o periféricos dependientes del Ministerio del Interior”) de la LOE y sustentándose la competencialidad de los segundos, sobre la base de lo consignado en el último inciso del precepto anteriormente transcrito, en la Orden de 5 de diciembre de 1985, constituyendo adecuado complemento de la habilidad concesional a la que nos estamos refiriendo lo dicho por el artículo 7.4 del RLOE (“Las autoridades gubernativas podrán eximir a un extranjero de la obligación de visado, si existieren razones excepcionales que justifiquen tal dispensa. La exención deberá hacerse constar en el pasaporte, en el título de viaje o en documento aparte”) y lo patrocinado de manera mucho más limitada, aunque en provecho de todos los Gobernadores civiles u órganos en quienes éstos deleguen, por el apartado 3 del antes indicado artículo 13 (“Los extranjeros que, en viaje colectivo, lleguen a cualquier puesto habilitado sin la adecuada documentación de entrada, pretendiendo realizar alguna visita de interés turístico o de naturaleza semejante, de duración inferior a cuarenta y ocho horas, podrán ser autorizados para ello por el Gobernador civil de la provincia u órgano en quien delegue, previa petición de la Empresa o representante del grupo, los que harán entrega de la relación de visitantes y formularán compromiso de regreso, en el plazo señalado, de la totalidad del grupo, bajo su responsabilidad”), competencialidades que en su caso podrían ser activadas en relación con el extranjero casado con un nacional que llegado a una frontera española no pudiese traspasarla precisamente por la carencia de visado o por incidir en más graves deficiencias instrumentales.

c) Situación de estancia.

aa) Hipótesis de un extranjero casado con español/a en situación de estancia ilegal que quiera regularizar la misma.

Presupuesto básico de todo lo que vamos a decir a lo constituye el dato de que el extranjero en cuestión haya franqueado las fronteras españolas y carezca de la correspondiente documentación identificativa o en caso de tenerla pretenda convertir su visado turístico en uno legitimador de una más estable situación residencial (para trabajar o no) o simplemente intente subsanar su carencia de tal visado (por no haberlo tenido nunca o por haber dejado caducar la vigencia del que tenía).

Vemos pues cómo las fuentes de la ilegalidad de estancia son plurales, pero a los efectos que nos interesan las vamos a clasificar en dos grandes grupos integrándose en el primero aquellos supuestos de entradas con documentación inauténtica o irregular o simplemente sin ella y aglutinándose en el segundo todos los casos en los que se trate de una estancia en territorio nacional sin el consiguiente visado de residencia, requisito que como sabemos constituye un condicionante de presencia inexorable para poder conseguir la oportuna autorización de residencia.

Cuando el cónyuge extranjero de un español o española no dispone de la pertinente documentación identificativa o ésta es defectuosa, entonces su pretensión de prórroga de estancia o de la propia autorización de residencia debe atemperarse respectivamente a lo que sobre el particular establecen para todos los supuestos de extranjeros indocumentados los artículos 19 y 27 del RLOE, preceptos que desde sus respectivas estrategias ejecutivas son los encargados de aportar cobertura a los pedimentos normativos básicos establecidos por el artículo 22 de la LOE, bloque de artículos cuyo análisis vamos a soslayar por no suponer los mismos ninguna especialidad en relación con el tema que estamos considerando, debiendo tal vez puntualizarse que el hecho de que el extranjero total o parcialmente indocumentado sea el cónyuge de un español es un dato que reviste considerable importancia a los efectos de que las autoridades competentes, en uso de sus correspondientes atribuciones, y en méritos al dispositivo discrecional que enseñoorea toda esta operativa, respondan afirmativamente a las pretensiones residenciales y de identificación oportunamente deducidas por el meritado extranjero.

Cuando lo que se intenta es paliar los defectos de una carencia del propio visado consular de residencia, entonces el extranjero cónyuge de un español o española que pretende iniciar los trámites para la obtención de una autorización para la misma (laboral o no) debe solicitar la exención del indicado visado, constituyendo fuentes concretas de esta posibilidad, para el supuesto de postulación ulterior de una residencia no lucrativa, el artículo 22.3 de la LOE (“La autoridad competente podrá eximir al solicitante de la presentación de alguno de los documentos señalados con las letras b), c) y d) en el punto

anterior, cuando existan razones excepcionales que justifiquen dicha dispensa”) pasaje normativo que alude, como supuesto exonerable, a la necesidad de aportar al expediente concesional de que se trate el documento al que se refiere el apartado b) del párrafo 2 del indicado artículo, apartado que hace expresa indicación del “Visado para residencia, en su caso, en estado de vigencia”, y para el caso de residencia lucrativa todo el conjunto de disposiciones a las que con anterioridad aludimos que permiten al Ministerio del Interior adoptar cualquier tipo de resolución discrecional permitiente de la regularización de situaciones absolutamente ilegales, resolución cuya adopción permite soslayar en el entorno de la tramitación de los permisos de trabajo la exigencia que vertebró el artículo 50 del RLOE, en su apartado 2 a) para el supuesto de permisos de trabajo por cuenta propia o autónomos, precepto que impone al extranjero que demande un permiso de trabajo de esta categoría del tipo “D” el deber de incluir en el acervo instrumental a aportar a la Administración laboral española “Copia autorizada del pasaporte en vigor, con el visado para trabajar en España incorporado, salvo que se encuentre ya residiendo legalmente en territorio español”, exigencia de presentación documental que el propio precepto reproduce en su apartado 5 para la obtención en su caso de un permiso de trabajo del tipo “A”, o inicial del tipo “B” (permitientes ambos del desempeño de un trabajo por cuenta ajena) al señalar en su apartado d) que entre la documentación a sustanciar por parte del demandante extranjero debe figurar, en el supuesto de que el mismo no tenga residencia legal en España, “duplicado de la solicitud del visado para trabajar, presentada en la Embajada u Oficina Consular correspondiente. No obstante, el visado debe estar incorporado al pasaporte, cuando se trate de personas incluidas en el ámbito de aplicación del apartado I del artículo 38, no residente legalmente en España”, pluralidad de alternativas que hacen sendamente referencia, en concreto, a una demanda de habilitación para trabajar en nuestro país proveniente de alguien situado fácticamente fuera de sus fronteras, caso subsumible en la primera de ellas, o a otra impulsada por un extranjero ya físicamente emplazado en él, supuesto acogible a la segunda posibilidad, eventualidad que es en realidad la única que nos interesa, ya que la exoneración del visado que estamos viendo afecta precisamente a aquellos extranjeros casados con españoles o españolas que no pueden regularizar su situación laboral en España por falta precisamente del visado laboral al que estamos haciendo mérito, pero que ya se encuentran ubicados dentro de nuestras fronteras.

Precisados ya los supuestos en los que cabe impetrar la dispensa dicha, tengo que poner de manifiesto que su competencia corresponde, previo el seguimiento del consiguiente procedimiento administrativo, a los Gobernadores Civiles o Delegados del Gobierno, considerándose como fuentes normativas de

segunda generación en el orden de cosas relacionado con la materia que nos ocupa la Circular conjunta antes indicada procedente de los Ministerios de Asuntos Exteriores, de Interior y de Trabajo y Seguridad Social, disposición de neta orientación instructoria *ad intra* (en cuanto no publicada en el BOE) que parte de una visión muy estricta de los supuestos en los que es dable acceder a la exención materia de análisis, siendo su idea-guía básica la encarnada en el texto de su siguiente enunciación programática: “El criterio debe ser sumamente restrictivo, en cuanto a trabajadores, aplicando únicamente la exención respecto de personas de las que existe constancia se encontraban en España desde hace años y no han podido acceder a procedimientos de regularización, o bien aquellas que habrían podido obtener automáticamente dicho visado por tratarse de personas incluidas en los supuestos del artículo 38.1 del Reglamento”.

Tras esta reflexión fundamental que viene a ser el resultado de una tendencia generalizada a “encarecer” la permanencia de determinados extranjeros en su calidad de huéspedes no deseados del territorio nacional, la propia Circular se encarga de la explicitación de supuestos que en caso de plantearse deben merecer una respuesta positiva por parte de las indicadas autoridades, señalando al efecto que puede eximirse de la obligación general de visados “al solicitante de un permiso de residencia que se encuentre en alguna de las siguientes circunstancias y siempre que se pueda suponer buena fe: a) El cónyuge de un español/a, o de un extranjero/a con permiso de residencia en España; el hijo/a, de un español o el hijo/a de un extranjero con permiso de residencia en España, cuando el solicitante sea menor de 21 años o viva a expensas del español o del extranjero residente; el padre/madre de un español/a, o de extranjero/a con permiso de residencia en España, cuando dicho familiar justifique que vive a expensas del residente; el extranjero enfermo, impedido o incapaz; e) el extranjero que haya sido titular de un permiso de residencia cuando ese permiso haya caducado en los dieciocho meses anteriores a la nueva solicitud; y f) El extranjero que haya sido español”.

Vemos, pues, que entre los supuestos que se arropan de ciertas dosis de privilegio en estas áreas se encuentran los extranjeros casados con españoles o españolas, privilegio no obstante eventualmente modulable a la baja debido a la necesidad de que en los mismos “se pueda suponer buena fe”, concepto jurídico indeterminado por excelencia cuya hipotética –aunque potencial– utilización por parte de las Autoridades encargadas del muñimiento de tales exenciones viene a introducir una tilde de incertidumbre en cuanto al éxito definitivo de la pretensión deducida al efecto, utilización que en última instancia encuentra su razón de ser en la necesidad de evitar en la medida de lo posible que en base a los denominados matrimonios blancos, de favor o de conveniencia se puedan

discernir las referidas exenciones, matrimonios a los que luego aludiré de forma monográfica.

ab) Privilegios del extranjero casado con español/a en cuanto a su eventual asentamiento regular en España.

Una vez conseguida la exoneración del visado consular para la residencia en España o disponiendo *ab origine* de este último, bien obtenido por causa de reagrupación familiar o bien por las vías normales, el no nacional casado con un nacional podrá regularizar su situación de contacto territorial con el suelo español mediante la consecución de la oportuna autorización de residencia, acompañada o no del correspondiente permiso de trabajo, dilema operacional cuya concreta practicidad va a depender en definitiva de que el visado consular que se tenga *ab initio* o la dispensa gubernativa que del mismo se consiga legitime un tipo de estancia en el recinto nacional en un sentido o en otro, matiz que requiere la explicación de que una vez obtenida la primera credencial administrativa al efecto el pase de una situación territorial laboral a una homóloga no laboral (o a la inversa) siempre es posible.

Sobre la base de tal principio, la LOE se ha ocupado en perfilar de forma singularizada la posición jurídica en España de los extranjeros objeto de constante alusión en su artículo 18 al hacerlos tributarios, junto con otro número considerable de categorías, de un trato personalizado, aunque es de notar que el mismo, en cuanto objeto de imputación jurídica singularizada por el meritado precepto legal, sólo opera en relación con “la obtención y, en su caso, renovación del permiso de trabajo”, y en modo alguno respecto a la propia autorización de residencia, circunstancia que da cuerpo al primer repunte de perplejidad a detectar en esta sede y que a mi juicio responde a un deliberado criterio normativo orientado a no menoscabar en modo alguno las ya tradicionales y omnímodas facultades de la Administración policial en cuanto manijera suprema y hegemónica en este orden de cosas, facultades sólo en mínima parte mitigadas al respecto por lo que establece el RLOE en su artículo 21 al que luego haremos un expresa alusión.

Pues bien, partiendo de este planteamiento, que viene a proporcionar ya una acabada panorámica de la absoluta cicatería funcional del sistema instaurado al efecto, podemos ya decir que la médula del mismo consiste en que la preferencia referenciada podrá ser impulsada, según concreta prédica del meritado artículo, apartado 3. b), por los “Que se hallen casados con español o española y no estén separados de hecho o de derecho”, sin que en realidad tal precepto concrete en mínima medida en qué consiste el contenido real de la misma, contenido para cuyo conocimiento resulta necesario acudir al estudio de

los patrones ordinamentales agavillados al respecto por el RLOE, texto que al interponer sus correspondientes oficios de intermediación en este orden de cosas, se encarga, a través de su artículo 38, en delimitar la sustancia del aludido “privilegio” señalando literalmente en su apartado 1 que “Tendrán preferencia para la concesión de un permiso de trabajo “B”, sin considerar la situación nacional de empleo, los extranjeros que acrediten hallarse en cualquiera de los supuestos siguientes”, supuestos entre los que incluye en su párrafo c) el “Hallarse casado con español o española y no estar separado de hecho o de derecho”.

Vemos, pues, que la preferencia otorgada por esta normativa se traduce en la práctica en la posibilidad de ser contratado el extranjero “preferente” por un empleador –español o extranjero– de forma absolutamente libre, es decir, sin que tal contratación pueda resultar bloqueada, mediatizada, condicionada o intervenida administrativamente de conformidad con lo previsto en el artículo 52 del RLOE, deviniendo por lo tanto automática la concesión del permiso de trabajo solicitado y no siendo por ello necesario en ningún caso que el susodicho empleador –que opte por contratar a un extranjero– tenga que cumplimentar la exigencia garantista que para los trabajadores nacionales –considerados en su genericidad más absoluta– impone el artículo 37.1 del propio RLOE (“La autoridad laboral podrá exigir del empleador que solicite un permiso, justificación de que ha publicado en la prensa un anuncio con la oferta de empleo correspondiente, debidamente visado por la Oficina del INEM que corresponda, y que remita a los eventuales candidatos a dicha Oficina”), no siendo tampoco de recibo la entrada en juego del apartado 4, a) del meritado precepto en cuanto impositor al organismo competente del deber de denegar la concesión del permiso de trabajo solicitado por el empleador en cuestión cuando “lo aconseje la situación nacional del empleo, a juicio de la autoridad laboral ...”, quedando aligerado el entrafamiento del procedimiento obsecratorio que deba seguirse al efecto, ya que en aras a todo lo explicado tampoco será necesario que por parte de dicha Autoridad se dé curso a los apremios procedimentales requeridos por el artículo 51.I del pluricitado Reglamento, precepto regulador de los informes que han de ser tenidos en cuenta como soporte del caudal de decisionabilidad que deba dimanar del iter en cuestión, informes que en lo que nos interesa (de concesión de permisos de trabajo de tipo B) encarnan en los que deba emitir el INEM de la provincia o provincias en cuyo territorio pretenda trabajar el extranjero, informes que en la hipótesis considerada devienen totalmente superfluos por toda la serie de reflexiones que han antecedido.

A fin de aquilatar adecuadamente la justeza de estas consideraciones, tengo que puntualizar que el sistema preferencial que conforma la LOE y su

Reglamento, y que se traduce, en definitiva, en lo que acabamos de evidenciar, no resulta plenamente comprensible sin hacer especial hincapié en la presencia de la parte empleadora, parte que es sobre la que recae el grueso de la operatividad a desplegar, siendo ésta, en suma, la que activa el sistema establecido al elegir en concreto al extranjero “preferente”, elección que se absolutiviza frente a todo tipo de trabajadores (extranjeros y también españoles) no encajando por ello en los cánones metodológicos generales establecidos por el meritado art. 37.1 RLOE y cuyo definitivo desenlace funcional también se arroja de excepcionalidad por cuanto que la oferta lanzada por tal empleador y aceptada por el extranjero “preferente” asume una evidente autonomía frente a la potencial actitud censoria de la Administración a desplegar en este orden de ideas, debiendo únicamente limitarse ésta a verificar que se dan *ad casum* los presupuestos necesarios para la entrada en juego del régimen de privilegio reseñado pero no a resolver el procedimiento iniciado *ad hoc* en un sentido u otro a base de la traída a la palestra decisonal de la denominada “situación nacional de empleo”, concepto jurídico indeterminado por excelencia cuya aducción se constituye en el Moloch principal del rechazo de las pretensiones laborales deducidas por los extranjeros comunes en nuestro país, y que en la eventualidad sujeta a debate no acredita por todo lo explicado la más mínima beligerancia.

Así pues, y sintetizando, el esquema preferencial instaurado por la normativa de extranjería en beneficio de las categorías personales integrantes del rosario de supuestos elaborado al alimón por los artículos 18 de la LOE y 38 del RLOE no es comprensible, cuando se trata de la potencial obtención de permisos de trabajo “B” (por cuenta ajena), sin la necesaria actuación del empresario, el cual cuando contrate efectivamente a un trabajador extranjero de los incluidos en las listas resignadas por tales preceptos ni necesita dirigir previamente una oferta de empleo a los eventuales interesados españoles ni puede ver rechazada su pretensión a base de la argumentación por parte de las autoridades laborales competentes de que la contratación de tal extranjero agravaría la situación de los trabajadores españoles, razones que abonan la tesis de que en realidad el verdadero operador jurídico privilegiado en esta sede es tal empresario, acreditando el no nacional concernido –en este caso, el casado con español o española– sólo una preferencia indirecta o refleja que sin la necesaria colaboración del anterior no tiene ningún sentido, y que en cualquier caso es efectivizable no sólo frente a los otros extranjeros, sino también, y en esto radica la singularidad del supuesto, frente a los españoles (trabajadores en paro).

Si de los permisos de trabajo por cuenta ajena tipo “B” pasamos a los de por cuenta propia (tipo D), resulta evidente que al no poder operar respecto de

ellos la figura del empleador, la eficacia del sistema instaurado por la normativa vigente adolece de graves brumosas, limitándose a decir el artículo 40 del RLOE, en su apartado 2, que “Salvo en los supuestos que solamente sean aplicables a los trabajadores por cuenta ajena, se reconocerá a los trabajadores por cuenta propia preferencia para la obtención de permisos de trabajo “D” en los casos descritos en los apartados 3 y 4 del artículo 18 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio”, precepto que se limita a enunciar en línea con lo también previsto por el indicado artículo 18 LOE la vertebración de tales preferencias, pero sin aportar la más mínima sustantividad a las mismas, circunstancia que obliga a una labor de integración de este vacío normativo.

En este sentido, tengo que poner de manifiesto que con el discernimiento de tales permisos de trabajo por cuenta propia también puede agravarse la “situación nacional de empleo de los trabajadores autónomos españoles, cosa que efectivamente sucederá cuando los extranjeros solicitantes de los mismos pretendan desarrollar sus actividades en sectores empresariales de convergencia personal masificada, circunstancia que puesta en conexión con el conjunto de la problemática objeto de análisis podría llevarnos a la conclusión de que las preferencias a las que alude el indicado artículo 40.2 RLOE se traducen en la imposibilidad de que la autoridad laboral, una vez debidamente cerciorada de la concurrencia en el peticionario extranjero de alguno de los presupuestos que le convierten en “preferente”, pueda legítimamente proceder a la denegación del permiso tipo “D” que éste solicite por la simple constatación de que exista más o menos inflación empresarial en el sector económico de directo impacto con el permiso peticionado, materializándose todo ello en el dato de que las Autoridades laborales se hallan compelidas a su forzoso otorgamiento, y ello sin necesidad de pedir el informe al que alude el artículo 51.2 (“Asimismo, la autoridad laboral, antes de proceder a la concesión del permiso de trabajo solicitado y tratándose de extranjeros que pretendan establecerse por cuenta propia, en calidad de comerciantes, industriales, artesanos o agricultores, podrá solicitar el informe correspondiente a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación o a la Cámara Agraria de la provincia en la que pretenda establecerse el extranjero, y además, deberá solicitar el informe de los servicios competentes del Ayuntamiento correspondiente”) del pluricitado RLOE.

Tal es el binomio preferencial que en este entorno de los permisos de trabajo –por cuenta propia y ajena– establece el ordenamiento común sobre extranjería, esquema de gran simplicidad y de muy poca consistencia, tal como acabamos de ver, y que por otra parte no acredita el más mínimo eco en el ámbito de las propias autorizaciones de residencia que deben ser discernidas por los servicios administrativos dependientes del Ministerio del Interior, quienes en el ejercicio de su consiguiente dosis competencial, se hallan

hurtados a cualquier tipo de circunstancia mediatizadora de lo soberano de su decisión.

De todos modos, no podemos rematar el análisis de esta temática sin poner de relieve que el esquema del que acabamos de hacer razón no es activable por cualquier extranjero casado con español o española sino sólo por lo que además de tal condición no se hallen separados legalmente o de hecho de su cónyuge nacional, exigencia que estribando su *ratio* en la necesidad de evitar en la medida de lo posible la toma en consideración en este orden de cosas de los matrimonios blancos, de favor o de complacencia, es decir, aquellos celebrados con la sola prevaleciente finalidad de conseguir el permiso de trabajo al que nos venimos refiriendo, suscita el congruo y espinoso problema de precisar a quién corresponde la prueba de la falta de convivencia fáctica, dato que una vez suficientemente averado se convierte en desmedulador del sistema cuyo diseño acabamos de pergeñar, problema que sólo puede tener una respuesta coherente y es la que enlazando con la virtualidad ecuménica de la presunción contenida en el artículo 69 del Cc (“Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos”) desemboca en la conclusión de que tal carga corre a cargo de la Administración, no siendo del caso relatar aquí los medios de que la misma puede valerse, dato al que haremos una alusión explícita cuando en el curso de esta obra nos refiramos al procedimiento sancionador en general y a aquel que orbita en torno a la figura del extranjero en su consideración de administrado especial, bastándonos con decir ahora que cualquier exigencia impuesta por vía administrativa en el sentido de obligar a la aportación por parte del no nacional concernido de la prueba de su efectiva convivencia con el español o extranjero resulta ilegal por suponer la misma una flagrante violación del indicado artículo 69 del Cc y de todos aquellos preceptos que tanto desde este cuerpo normativo como desde la Ley de Enjuiciamiento Civil se encargan en disciplinar los efectos probatorios de las presunciones legales (*iuris et de iure o iuris tantum*).

Por lo tocante a las propias autorizaciones de residencia no laborales, también resulta detectable la misma menesterosidad preferencial de la que hace gala la normativa hasta ahora analizada, aunque en honor a la verdad expositiva tal desvalimiento sólo resulta pleno cuando se trata de discernimiento de las iniciales, es decir, de aquellas que se adornan de la característica de la pristinidad y cuya duración oscila, tal como previene el art. 21 del RLOE, en su apartado 1,b) entre tres meses a dos años, credenciales primigenias para cuya concesión las Autoridades dependientes del Ministerio del Interior no se hallan encorsetadas por ningún tipo de condicionantes optimizadores de situaciones personales que vinieren a mitigar, aunque fuere en mínima medida, sus prácticamente ilimitadas facultades al respecto, criterio, sin embargo, que

experimenta una cierta lenificación por la vía de lo dispuesto en el indicado artículo para el supuesto en el que se pretenda la consecución de un permiso de residencia especial, que es aquel que acredita una duración máxima de diez años y que en cualquier caso tiene que seguir a uno inicial u ordinario (siendo la duración máxima de éste la de cinco años) supuesto únicamente concedible cuando converjan en el postulante las determinaciones previstas para su obtención en el antes meritado art. 21, en su apartado 1,c) precepto que permite la concesión de tal permiso, ciertamente de vigencia excepcional, a aquellos extranjeros que reuniendo determinadas calidades (encontrarse legalmente arraigados en España) “acrediten su permanencia, legal y de forma continuada, durante más de dos años” incluyéndose entre los extranjeros beneficiarios de los permisos especiales dichos aquellos “que se hallen casados con español o española, que residan en España, y no estén separados de hecho o de derecho”, fórmula que aparte de la exigencia bastante obvia de que el cónyuge nacional deba residir en España (exigencia que puede perfectamente refundirse en la más general de la convivencia a la que venimos aludiendo constantemente) coincide en un todo con las que integran los supuestos de hecho de las preferencias ya explicitadas operativas en el ámbito de los permisos de trabajo.

Tal es, en esquema, el cuadro, ciertamente magro, de preferencias que pueden ser esgrimidas por el extranjero casado con español o española, marco del que se halla absolutamente ausente la concesión al mismo no sólo de un derecho constitucional de estancia en el territorio nacional, en absoluto previsto por nuestra Carta Magna, sino también de una potencialidad del mismo orden de origen legal ordinario o reglamentario, circunstancia que viene a hacer diverger por completo nuestro ordenamiento sobre extranjería de otros adventicios, ausencia motivada seguramente por la obsesión que sienten los legisladores españoles de que se haga un uso masivo –y torticiero– de la categoría ya explicitada de los matrimonios de complacencia a los que luego aludiremos –tal como hemos advertido previamente– de forma singularizada.

Concluyo este punto poniendo de relieve dos cosas. La primera, que con ulterioridad haré una referencia a la posición jurisprudencial que el TS mantiene en relación a la incidencia del matrimonio en el ámbito de la extranjería. En segundo lugar, que la preferencia más importante que puede hacer valer el no nacional casado con un nacional halla su ratio no en el ordenamiento común sobre la extranjería, sino en el comunitario y en especial en el texto que ha traspuesto este último a las áreas nomotésicas domésticas, texto que es concretamente el Real Decreto 1.099/1986, de 26 de mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de Estados miembros de las Comunidades Europeas, disposición que sorprendentemente, y cuando

utilizo este calificativo estoy pensando en una valoración técnico-jurídica de la figura, se ocupa de los extranjeros casados con españoles (con abstracción de la concreta nacionalidad de los primeros) en su artículo 2, precepto que decreta la aplicación de la normativa considerada a tales extranjeros, en su calidad de cónyuges de los nacionales, sea cual fuere la ciudadanía (comunitaria u otra) de los mismos, aplicación a la que luego haremos concreta referencia cuando aludamos al problema objeto de debate desde vertientes estrictamente comunitarias.

d) *El extranjero casado con español/a y la expulsión.*

El extranjero, huésped en suma de nuestro país, se halla sujeto, en su consideración de administrado especial singularmente afectado por un componente de funcionariedad que le abrumba, a un derecho sancionador civil asimismo especial, caracterizado sobre todo por el amplio abanico de posibilidades que puede provocar su deportación de España, abanico de cuyas más que estimables dimensiones da cumplida cuenta la policromía y magnitud de la lista de ilícitos en la que puede incidir el mismo y cuyo detalle no corresponde conformar ahora.

Partiendo de esta reflexión, el extranjero casado con español o española es un extranjero más para el derecho sancionador operativo en el entorno del derecho que específicamente le atañe, radicando en ello precisamente la absoluta singularidad del supuesto, en la concreta falta de personalización de esta hipótesis, en la carencia del más mínimo adobo de privilegio a requerir en el “cocinado” de su caso, ausencia que contrasta vivamente con lo proveído al efecto por los ordenamientos jurídicos ajenos en los que partiéndose de planteamientos idénticos, se llega a soluciones normativas completamente diferentes.

Siendo ello así, la instrucción de un expediente sancionador a un extranjero cónyuge de un español no difiere una coma de la que puede seguirse respecto a cualquier otro no nacional, pudiendo el mismo ser infligido con la, a mi juicio, inconstitucional detención que prevé el artículo 26 de la LOE (y con el internamiento administrativo-judicial de hasta 40 días asimismo descrito en tal artículo) y ser objeto de algunas de las medidas jurisdiccionales administrativas reguladas en el art. 21 de la LOE (medidas que acreditan como habilidad suprema el fracturar la coherencia del Derecho Penal sustantivo y procedimental a instaurar en este orden de cosas un estado de desigualdad que prima a los delincuentes extranjeros en detrimento de sus homólogos españoles).

Ésta es, en definitiva, la situación actual que permite, con la LOE en la mano, consumir la deportación de cualquier extranjero, hállese o no casado con español o española, conviva o no realmente con el nacional, simplemente por no tener los “papeles” en regla, o sea, por no haber obtenido la autorización de residencia o no haberla prorrogado en su justo momento, es decir, por puros injustos administrativos, sin la menor relevancia delictual, situación cuya liviandad y falta de peso específico se desprende de su propia realidad ontológica en la que no es del caso insistir.

C) El matrimonio mixto y el ordenamiento comunitario de extranjería.

a) *Idea general.*— Si la labor legisfahaciente al respecto se hubiere desplegado en base a ritmos de coherencia, es evidente que tal normativa tendría poco que decir al respecto, siendo así que el *status* del nacional español en España debe gobernarse íntegramente por las correspondientes normas domésticas y no por las consignadas en el Derecho Comunitario, cuyo interés preceptivo debe polarizarse de modo exclusivo sobre la figura del extranjero comunitario y su familia pero no sobre la del español (y la suya) respecto de su propio territorio, materia acerca de la cual tal normativa carece por completo de competencias.

Sin embargo, y sorpresivamente, el hacedor del Real Decreto ya relacionado 1.099/1986, de 26 de mayo, (texto que acometió la tarea de trasponer al orden normológico español los criterios rectores básicos resultantes de la preceptiva eurocomunitaria), vino a extravasar su propio objetivo competencial y destinó parte de su artículo 2 a la regulación del estatuto del cónyuge extranjero de un español, engendrando tal forma de proceder ordinamental una evidente perplejidad en el ánimo de los intérpretes de su sentido.

Así, los autores que se ocupan de la hermeneusis de tal artículo (cuya concepción literal dice así: “1. El presente Real Decreto se aplicará también según los casos, a los familiares de los ciudadanos de otros Estados miembros contemplados en el artículo anterior, lo que incluye, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 del Reglamento CEE, número 1.612/68, y en la directiva 73/148/CEE: a) su cónyuge y sus descendientes menores de veintiún años, o que vivan a sus expensas. b) Sus ascendientes que vivan a sus expensas, así como los de su cónyuge. 2. También se aplicarán las normas de este Real Decreto a los familiares de españoles, que sean ciudadanos de Estados miembros de la CEE o de terceros países”) no dejan de exteriorizar su

extrañeza ante el contenido del mismo, siendo buena prueba de tal forma de interpretar el significado del último apartado del artículo que acabamos de transcribir la visibilizada por José Luis IGLESIAS, en su trabajo publicado en la revista jurídica "La Ley" (Comunidades Europeas) suplemento nº 19 de 31 de diciembre de 1986, titulado "Entrada, permanencia y trabajo en España de nacionales de Estados miembros de la Comunidad Europea", ensayo en el que el citado autor dice literalmente sobre el particular que:

"4. Se benefician también de las disposiciones del Real Decreto, según su art. 2 párr. 2, "los familiares de españoles, que sean ciudadanos de Estados miembros de la CEE o de terceros países". Es decir, todos los familiares de españoles que, como es lógico, no tengan esta nacionalidad. Esta disposición es de aquellas que, como decíamos al principio, no sólo son incongruentes, sino que hacen sumamente difícil conocer los objetivos del legislador. En efecto, en primer lugar, el legislador va más allá de la obligación asumida en virtud del Derecho Comunitario, por cuanto el derecho a ejercer una actividad económica, asalariada o por cuenta propia sólo es invocable por los nacionales, y sus familiares, de los demás Estados miembros de la Comunidad y no por estos nacionales en su propio Estado. Ciertamente que los familiares de españoles que sean nacionales de un Estado comunitario podrán invocar tales derechos en España a título propio, pero no, en virtud del Derecho Comunitario, en cuanto familiares de españoles; en esa condición, su derecho nace exclusivamente en relación con cualquier otro Estado miembro; en segundo lugar, aun cuando el legislador haya querido eliminar la hipotética discriminación en que se encontrarían los familiares de españoles en relación con los familiares nacionales de otros Estados miembros, lo cierto es que el medio para conseguirlo no es este Real-Decreto, que sólo se justifica en función de las obligaciones asumidas por el ingreso de España en la Comunidad, entre las que no está la que aquí se comenta, sino la Ley de Extranjería, y resulta que esta Ley, precisamente a efectos de concesión y renovación del permiso de trabajo, considera con derecho preferente a los extranjeros "que se hallen casados con español o española y no estén separados de hecho o de derecho" (art. 18 párr. 3b). Así que, en materia de cónyuges, un Real-Decreto contradice a una Ley Orgánica y, en materia de los otros familiares, habida cuenta de que los hijos de español o española son españoles de origen (art. 17 CC), nos queda solamente los ascendientes del español y, eventualmente, los nacidos de madre española con anterioridad a la Ley 51/1982, de 13 de julio, que modifica las disposiciones del Código Civil en materia de nacionalidad, y todos ellos vivan o no a expensas del español, puesto que el Real-Decreto, en este punto, no lo exige; de otra parte, como tampoco vuelve a contemplarlos en ninguna de sus disposiciones, que sólo se refieren –y expresamente– a los nacionales de los

demás Estados miembros, el familiar del español no tiene norma concreta alguna en la que amparar su eventual solicitud”.

Por mi parte, y en mi antes calendado libro “Estudios sobre Extranjería”, al ocuparme de la exégesis del precepto en cuestión, tuve ocasión de sentar literalmente, en sus páginas 863 y 864, que:

“El artículo transcrito viene a especificar quiénes son los destinatarios del régimen de favor que la normativa del Real Decreto 1.099/1986 (en lo sucesivo R/D 1.099) propicia, cuando su régimen no es de directa aplicación al extranjero comunitario laborante, sino a determinadas personas que acreditan un derecho de estancia no laboral en virtud de su íntima conexión con el súbdito comunitario, trabajador autónomo o asalariado.

El precepto que nos ocupa enlaza directamente con los artículos 10 del Reglamento comunitario indicado en el apartado 1 del mismo, y con el 1 de la Directiva en el mismo lugar mencionada. De todos modos, tengo que reseñar que la acomodación del artículo que nos entretiene interpretativamente con los preceptos contenidos en el eurosistema jurídico no es absoluta, por cuanto que las reglas de las normas comunitarias antes dichas sientan, por su parte, que los Estados integrantes de las Comunidades favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie del régimen antes dicho, si se encontrase a su cargo o viviese en el país de origen con el trabajador antes mencionado. Pues bien, de tal exigencia comunitaria no existe ni asomo en el artículo que estamos comentando, generando así una improcedente disfunción normativa que puede resultar pródiga en responsabilidades internacionales para España.

Por otra parte, es de notar que el párrafo segundo del artículo cuya glosa estamos efectuando me produce hondas perplejidades interpretativas –hasta el punto de tener que confesar mi insapiencia en su elucidación– al enfocar el significado, para mí cabalístico, de la expresión “o de terceros países” que se contiene en el último inciso de dicho apartado.

Literalmente interpretado tal pedimento, resultaría que el régimen de privilegio que el Decreto en cuestión pregona, sería de aplicación a los familiares (definidos en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo expuesto) de los españoles, con los que todas las reservas que han quedado vertidas en las páginas precedentes acerca de la escualidez del derecho de estancia conferido por la LOE (y su Reglamento) a los padres y cónyuges extranjeros de ciudadanos españoles quedarían en entredicho, dada la atribución a los mismos, por la vía de este artículo, de un auténtico derecho

público subjetivo de entrada y residencia en España a dichos allegados de súbditos nacionales.

De todos modos –y con ello concluyo–, sea cual fuere el valor normativo de los fonemas legales antes dichos, lo que es cierto es que el sistema de mezquindad atributiva que reluce en la LOE (y su Reglamento de ejecución) en cuanto a tales extranjeros –padres o cónyuges de españoles– forzosamente tendrá que ser sometido a revisión puesto que en virtud de la normativa europea, dichos individuos no nacionales, partiendo de lo imperativamente establecido por los preceptos comunitarios aludidos, van a acreditar, precisamente por su relación con un español –tomado en su calidad de súbdito comunitario– más derechos de entrada y permanencia en los territorios sujetos a las soberanías de los países miembros, que sobre el solar nacional de su íntimo allegado; cosa literalmente absurda, siendo así que la fuente directa de tales derechos privilegiados de acceso a los distintos Estados coaligados en las Comunidades es pura y simplemente dicha conexión familiar con un español, respecto a cuyo país debería ostentar, como mínimo, idénticas facultades de ingreso y permanencia que aquellos que le son conferidos, por sus vínculos familiares “españolizados”, sobre los territorios de los otros Estados comunitarios”.

En aras a este planteamiento normativo, que a la postre ha sido rotundamente consagrado por la *praxis* funcional y jurisdiccional, resulta que los extranjeros cónyuges de españoles o españolas quedan sustraídos en su integridad de la normativa común sobre extranjería y extravasados en bloque al *factum* sobre el que incide la ordinalidad especial que estamos viendo, trasvase, sin embargo, que no opera en relación con todos los meritados extranjeros, sino sólo con aquellos que unan sus destinos matrimoniales con un español trabajador por cuenta propia o ajena, es decir, con un nacional productivo que en caso de hallarse en un país comunitario distinto de España devendría sujeto pasivo de los postulados comunitarios, quedando por lo tanto al margen de la preceptiva especial que estamos considerando y en consecuencia sometidos íntegramente al ordenamiento común sobre la extranjería resultante de la LOE y de su preceptiva de ejecución aquellos ciudadanos de otros países, cónyuges de españoles o españolas cuando estos últimos no se arropan de la condición de trabajadores por cuenta propia o ajena (es decir, sean parados, jubilados, indigentes, estudiantes etc.) aunque en esta hipótesis, si el extranjero en cuestión (el casado con español o española) es un trabajador comunitario podrá hacer valer su condición de tal y exigir que le sea aplicable la normativa comunitaria con preferencia a la de la LOE.

Vemos, pues, la complejidad de la situación, ya que un mismo tipo matrimonial –que cristaliza en las bodas de un extranjero con un español o española– puede hallarse sometido por lo relativo a la normativa de extranjería a aplicar al cónyuge no nacional a una dual preceptiva, o sea, a la común materializada en la LOE y RLOE (que se aplicará cuando el extranjero no comunitario de que se trate case con un español no trabajador) o a la especial representada por la legislación comunitaria y por el Real Decreto 1.099/1986, de 26 de mayo, que deberá ser tenido en cuenta cuando tal extranjero (comunitario o no) contraiga bodas con un nacional trabajador (por cuenta propia o ajena) o cuando sin acreditar el cónyuge español tal *status* laboral, el extranjero en cuestión sea un comunitario trabajador a quien le es aplicable, *ex iure officis*, tal legislación especial, complejidad que ha venido a pulverizar cualquier intento de conseguir un mínimo de congruencia y unicidad en una cuestión tan delicada como la que estamos debatiendo.

En base de todo ello, cuando el extranjero (comunitario o no) quede sometido a la preceptiva últimamente evidenciada, es obvio que el sistema preferencial que le atañía según la LOE queda sobrepasado en su totalidad por el diseñado por esta última, preceptiva de solapamiento y recambio que sí que establece, aunque sin absolutizarlo, un derecho de estancia en España en beneficio de los sujetos a su régimen, derecho del que podrá prevalecerse el extranjero no comunitario en cuanto operador jurídico alcanzado por la frazada de vigencia y aplicación desplegada sobre el mismo por el indicado artículo 2.2 del Real Decreto 1.099/1986, derecho que se extiende a sus facetas instrumentales relativas a la entrada y alcanza también al derecho de no ser expulsado sino en supuestos límites, aspectos que vamos a considerar de inmediato,

b) *Entrada en España del extranjero casado con un nacional a la luz de la preceptiva del R/D 1.099/1986, de 26 de mayo.*

aa) Idea general.– Los extranjeros sujetos a tal disposición, y a los que genéricamente aludimos con anterioridad al hacer la exégesis de su artículo 2.2, pueden ser tanto comunitarios como de otra progenie nacional, dilema que obliga a distinguir ahora entre sus dos alternativas a fin de adquirir las mayores dosis de cognoscibilidad sobre esta materia.

ab) Caso de extranjeros comunitarios.— En esta hipótesis, los mismos quedan sujetos a la aludida preceptiva no sólo en su calidad de tal, sino también por exigencias del indicado precepto, con lo que es de tener en cuenta que su tasa de privilegio queda estribada además en su aludida condición de cónyuge de un español, haciéndose especialmente patente esta fuente preferencial en aquellos supuestos en los que de no concurrir la misma, el indicado extranjero no acreditaría derecho alguno sobre el territorio nacional, sucediendo ello concretamente cuando éste no pretenda desplazarse al mismo para el ejercicio de ningún tipo de actividad laboral, caso que por el momento queda al margen de los apremios ordinamentales de procedencia comunitaria, pero que simplemente por así imponerlo el artículo 2.2 del Real Decreto que nos ocupa queda asimilado al supuesto en el que tal extranjero comunitario pasivo acompaña en calidad de cónyuge a un nacional activo de la misma condición.

Ahora bien, es evidente que el extranjero comunitario —cónyuge de un español— puede desplazarse a España con la finalidad de ejercer en ella cualquier tipo de actividad laboral (con independencia de la que en tal caso despliegue el nacional con el que esté casado) supuesto en el que la fuente de privilegio para su eventual traspaso de la frontera española no es ya propiamente el artículo 2.2 que estamos considerando sino todo el grueso de la normativa comunitaria sobre el libre desplazamiento que le es directamente aplicable, con absoluta independencia de cual sea la condición nacional (española o extranjera) de su cónyuge.

En obsequio a esta reflexión general es evidente que en el primero de los casos dichos, el nacional comunitario no laborante deberá acomodarse a lo que sobre los cónyuges de los extranjeros comunitarios establece la propia preceptiva de la CEE, normativa que impone para los mismos la no necesidad de visado, requisito cuya exigencia fue suprimida para tales sujetos por la Directiva 73/148/CEE, del Consejo, de 21 de mayo de 1973, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, a los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, disposición que procede a la referida supresión en su artículo 3, precepto que se encarga de sentar al respecto, que (“1. Los Estados miembros admitirán en su territorio a las personas mencionadas en el artículo 1 con la simple presentación de una tarjeta de identidad o de un pasaporte válido. 2. No podrá exigirse ningún visado de entrada ni otra obligación equivalente, salvo a los miembros de una familia que no posean la nacionalidad de ninguno de los Estados miembros. Los Estados miembros darán a dichas personas todas las facilidades para obtener los visados que precisan”) precepto que ha sido traspuesto, aunque perdiendo dosis de imperiosidad y rigor en el punto relativo a la supresión de la exigencia aludida, por el artículo 5 (“1. La entrada en

territorio español se efectuará mediante presentación de Tarjeta de Identidad o de Pasaporte en período de validez, en que conste la nacionalidad del titular. 2. Los familiares que no posean la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la CEE, necesitarán además visado de entrada en España, siempre sin perjuicio de lo previsto en Tratados y Convenios Internacionales. Su expedición será gratuita”) del Real Decreto 1.099/1986, de 26 de mayo, siendo suficiente, para que se le franquee la cancela nacional, la exhibición del meritado carnet de identidad o del pasaporte en vigor en donde conste su calidad de ciudadano de un Estado de la CEE.

Continuando por esta misma línea considerativa hemos de remarcar que la exoneración de visado a la que hemos aludido no es la única medida tendente a flexibilizar la entrada de tales extranjeros no laborantes, ya que los mismos, en su condición de familiares de súbditos comunitarios (los españoles de quienes son cónyuges) tampoco necesitan acreditar la tenencia de medios económicos que permitan su sostenimiento en España, exigencia que no figura en ninguna parte de la preceptiva comunitaria ni de la doméstica de trasposición pudiendo impedirse su entrada sólo en los supuestos a los que se refiere el artículo 22 del Real Decreto 1.099/1986, tantas veces mencionado, disposición que en línea con lo urgido al efecto por el artículo 8 de la antes indicada Directiva 73/148/CEE, del Consejo, de 21 de mayo de 1973, señala que “1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes: –Impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten los documentos previstos en el artículo 5 ...”, posibilidad cuya eventual toma en consideración debe partir de la base de su carácter excepcional, de lo limitado de su factura preceptual (ver al efecto el apartado 2 del mismo artículo 22 parcialmente transcrito) y de su más que ajustada aplicación jurisdiccional por parte del Tribunal de las Comunidades Europeas, que en una serie de importantes decisiones sobre el particular ha ido esculpiendo una teoría general de restricción acerca de la hipotética aplicación de tales medidas en cuanto impeditivas de la entrada en los países constituyentes de la CEE de los ciudadanos de los otros países asimismo integrados.

ac) Caso de extranjeros no comunitarios.– En este supuesto, y en aras a lo que reza al efecto el artículo 2.2 del Real Decreto 1.099/1986, anteriormente explicitado, el extranjero no comunitario, casado con español o española, acredita la condición de comunitario asimilado siempre y cuando su supradicho cónyuge español sea un trabajador por cuenta ajena o propia, calidad, la del extranjero, que comporta su sujeción a todos los cánones de la europeceptiva al respecto, que en relación con el tema que estamos viendo imponen la necesidad de que el mismo obtenga el pertinente visado que legitime su entrada

y ulterior estancia en España (bien con derecho a trabajar o bien sin él), visado requerible en virtud de lo que sienta el anteriormente indicado artículo 5.2 del ya pluricitado Real Decreto 1.099/1986, visado cuya obtención por parte del operador no nacional de que se trate deviene prácticamente automática, en virtud de la doctrina legal que resulta del artículo 3 de la Directiva 73/148/CEE, disposición a la que venimos haciendo constante referencia en estas páginas, que al apuntar al tema que nos ocupa –el de la consecución del meritado visado por parte de los familiares no comunitarios de los ciudadanos que acrediten tal condición– señala en el inciso último de su apartado 2 que “Los Estados darán a dichas personas todas las facilidades para obtener los visados que precisen”, enunciación de la que se infiere con toda lógica el aludido automatismo.

Con independencia de lo hasta aquí explicado, el régimen de entrada de los referenciados extranjeros no comunitarios casados con español o española que ejerza funciones laborales se atiene a las normas generales a las que hemos hecho acabada alusión en las líneas precedentes, circunstancia que determina la situación de evidente privilegio con que los mismos se arropan y que contrasta vivamente con el que afecte a aquellos extranjeros no comunitarios que casen con españoles en paro, jubilados, estudiantes o inactivos en general, sujetos no nacionales que pese a contraer matrimonio con un ciudadano español quedan íntegramente sujetos al régimen oportunamente proveído al efecto por la LOE y su normativa de desarrollo.

c) Situación de estancia.

aa) Idea general.– El derecho a la permanencia estable de los extranjeros comunitarios en España –entre los que se incluyen los asimilados a los que alude el párrafo 2 del artículo 2 del Real Decreto 1.099/1986– acredita unas características de sustancialidad que lo hacen diferir considerablemente del oportunamente titularizado por los no comunitarios, todo ello como consecuencia del soporte que a tal derecho prestan las distintas normas de la preceptiva europea que se ocupan de su instrumentación.

Ahora bien, su concreta encarnadura depende en gran parte de si su ejercicio se activa por los propios extranjeros comunitarios, o sea, por los que acrediten la ciudadanía de alguno de los Estados integrados en la CEE o por sus familiares no comunitarios, circunstancia que impone una escisión especulativa al respecto y que nos obliga a dividir este epígrafe en dos compartimentos, díptico compartimental que vamos a destinar sendamente al estudio de tal derecho en relación con unos y otros, en cuanto cónyuges de un español o española.

ab) Hipótesis de extranjero comunitario casado con español/a.

En esta hipótesis, el régimen que gobierna el disfrute de tal derecho por parte del mismo queda tutelado íntegramente por las normas del Real Decreto objeto de consideración que en línea con lo resignado *ad hoc* por la normativa comunitaria incentiva de forma más que estimable la posición jurídica de los mismos en cuanto a sus pretensiones residenciales sobre el territorio nacional, no siendo del caso penetrar en su concreta sustanciación ya que de hacerlo nos estaríamos refiriendo a esta cuestión desde vertientes absolutamente generales, aunque tal vez sea conveniente poner de relieve que la secuencialidad del procedimiento a seguir al efecto es distinta según que las pretensiones residenciales del mismo sean laborales o no. En el primero de los casos dichos, cuando el trabajo a desempeñar es por cuenta propia, el extranjero comunitario en cuestión obtendrá su autorización de residencia de conformidad con el régimen de privilegio diseñado por los artículos 6 y 7 del Real Decreto objeto de especial evidencia, sin necesidad de obtener permiso de trabajo y sin que la tramitación de tal autorización requiera la consecución del pertinente visado consular.

Por el contrario, si lo que intenta obtener el extranjero comunitario casado con un español o española es una autorización de residencia para trabajar por cuenta ajena, entonces, y teniendo en cuenta las medidas transitorias convenidas en el Acta de Adhesión de España a la CEE, el mismo deberá proveerse del oportuno permiso de trabajo, pero éste será de expedición automática en méritos a lo establecido por los artículos 12 y ss. del meritado Real Decreto, preceptos que resultan de aplicación a tal cónyuge siempre que se parta de la concepción —que auspicia el pluricitado artículo 2.2 del mismo— de que el español es considerado por la preceptiva alojada en tal texto como “ciudadano de un Estado miembro de la CEE”, respecto a su propio país, calidad que conlleva la atribución a su cónyuge extranjero del derecho a obtener de la forma que instrumenta el bloque ordinamental dicho el consiguiente permiso de trabajo por cuenta ajena.

En cualquier caso, es de tener en cuenta que el discernimiento de tales credenciales administrativas sólo puede ser rehusado en los supuestos previstos en el ya indicado artículo 22 del Real Decreto en cuestión cuando legitima para denegar por razones de orden público, seguridad y salud pública “la expedición o la renovación de las tarjetas de residencia o los permisos de trabajo y de residencia regulados en el capítulo III”, tema antes abordado y que materializa un importante venero de privilegio al respecto, como también conforman otro aquellos preceptos que sancionan el carácter declarativo de tales habilitaciones, carácter que queda claro en el apartado 7 (“La tramitación de la solicitud de

expedición de las tarjetas de residencia no será obstáculo a la permanencia provisional de los interesados en España, ni al desarrollo de sus actividades, que quedarán amparadas por una tarjeta provisional de residencia, expedida con un plazo máximo de validez de seis meses, dentro de los diez días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, con el documento de entrada en España y el certificado médico prevenido”) del artículo 9 y del artículo 20 (“En los casos de trabajadores que tienen derecho a la obtención del Permiso de Trabajo, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo, los trámites relativos a su expedición y a la del correspondiente permiso de residencia no impedirán la inmediata ejecución del contrato de trabajo concluido por el solicitante”) ambos del Real Decreto antes citado, preceptos cuya normativa contrasta severamente con la proveída por la LOE y su Reglamento que únicamente autorizan el ejercicio de la prestación laboral por parte del trabajador extranjero de que se trate cuando éste se halle en la posesión material del correspondiente permiso de trabajo, y no antes, ex artículo 33 del RLOE.

En la hipótesis de que el extranjero comunitario casado con español o española –y por ello favorecido por el régimen de privilegio pilotado por el apartado 2.2 del Real Decreto 1.099/1986– pretenda residir en nuestro país sin gozar del derecho a trabajar en él, entonces el mismo deberá postular la consecución de la credencial a la que alude al apartado 4 (“Si alguno de los miembros de la familia no ostenta la nacionalidad de uno de los Estados miembros, se le expedirá un documento de residencia de idéntica vigencia que el correspondiente a la persona de la que dependa”) del artículo 6 del Real Decreto 1.099/1986, credencial de tipología estrictamente declarativa y cuyas cuadernas básicas de instrumentación se sustentan sobre los mismos criterios a los que acabamos de hacer mérito en relación con las pretensiones territoriales laborales de los extranjeros que estamos viendo.

ac) Hipótesis de extranjero no comunitario casado con español/a.– En este supuesto se detecta la variante respecto al régimen anteriormente delineado de que en absoluta sintonía con todos los planteamientos normativos que hemos dejado desgranados a lo largo de esta parte expositiva, tal extranjero –si bien sujeto al régimen de privilegio erigido por el apartado 2.2 del Real Decreto objeto de permanente alusión en este trabajo– necesita, como presupuesto de su entrada y ulterior permanencia legítima en España, obtener el correspondiente visado consular, con lo que su tenencia se constituye en un *prius* indispensable para todo el desarrollo y consumación de tal proceso, aunque en la hipótesis de que el extranjero en cuestión carezca de él –y se encuentre fácticamente ubicado en España– es obvio que su exoneración merecerá una respuesta favorable por parte de los órganos competenciales encargados de la misma (Gobernadores Civiles y Delegados del Gobierno) siendo así que si su

consecución consular resulta prácticamente automática, su eventual dispensa por vía gubernativa, también debe serlo.

Hecha abstracción de esta peculiaridad, el resto de reflexiones que han antecedido resultan perfectamente traspolables al supuesto que estamos viendo, divergiendo, por tanto, el procedimiento a seguir según que el trabajo a desarrollar en nuestro país sea por cuenta propia o ajena, debiendo destacarse en todo caso la no necesidad de que tal extranjero –traslaticamente comunitario por mor del dispositivo asimilacionista activado por el apartado 2.2 del Real Decreto en cuestión– postule la consecución del permiso de trabajo por cuenta propia, exigencia que de requerirse por parte de la Administración devendría absolutamente oficiosa y atentatoria de la legalidad impuesta por vía del meritado precepto.

d) *El extranjero comunitario (o asimilado) casado con español/a y la expulsión.*

En línea con lo antes explicado acerca del engrosamiento del derecho de estancia que acreditan tales extranjeros en relación con el territorio nacional, el Real Decreto 1.099/1986, extrayendo las pertinentes consecuencias y traduciendo a efectos domésticos lo prescrito en la europeceptiva (en especial en la Directiva 64/221/CEE) permite sólo con carácter excepcional la deportación de los mismos, al postular al efecto en su apartado I que “Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrán adoptar alguna de las medidas siguientes: ... ordenar la expulsión del territorio español del extranjero concernido”, alternativa sancionatoria únicamente imponible mediante la instrucción del expediente expiativo *ad hoc* en el que deberán observarse las disposiciones garantistas que resultan del propio articulado del Real Decreto en cuestión (ver al efecto su artículo 24) y siempre teniendo en cuenta el carácter restrictivo que reluce en la tipificación penológica impuesta por dicho texto que dispone de su clave de bóveda fundamental en el dato de que frente al listado de injustos civiles elaborado por el artículo 26 de la LOE, que incluye como supuestos sancionables con el extrañamiento del infractor aquellas hipótesis en las que el ilícito cometido tome cuerpo en no disponer de los pertinentes permisos de trabajo y autorización de residencia o hallarse los mismos caducados, tales supuestos de carencias documentales no son susceptibles de ser infligidos con una medida de deportación, imposibilidad que resulta del apartado 3 (“La caducidad del documento de identidad o pasaporte que haya amparado la entrada en España y la expedición, en su caso, de la tarjeta o permiso de residencia no podrán ser causa de expulsión del territorio español”) del meritado artículo 22 y del apartado 2 (“La omisión de la solicitud de la tarjeta

de residencia, así como de los permisos de trabajo y residencia en los casos en que exista derecho a su obtención, durante el período transitorio regulado en el capítulo III y la de sus renovaciones ... sólo podrá ser sancionada con multa, que deberá ser proporcionada a la gravedad de la infracción, teniendo en cuenta el grado de voluntariedad, la reincidencia, en su caso, y la capacidad económica del infractor, y no podrán dar lugar a la expulsión del territorio español”) del artículo 23, ambos del Real Decreto 1.099/1986, preceptos que vienen a certificar el carácter puramente declarativo o confirmatorio del hecho de la expedición de tales credenciales, circunstancia que implica una tajante –y optimizada– diferencia de trato en relación con la normativa sobre la extranjería común, rama jurídica que carga todo su peso sancionador en el hecho de la eventual comisión por parte del extranjero involucrado en la peripecia aflictiva de que se trate de alguno de los “crímenes” documentales que los preceptos mencionados sólo permiten castigar con multa, privilegio del propio modo extensible a lo estrictamente procedimental ya que en ningún caso la potencial deportación de que pueda ser objeto el extranjero comunitario (o asimilado) podrá imponerse por la vía del expeditivo cauce rituario regulado por el artículo 36.2 de la LOE, siendo así que el primer apartado del artículo 23 se encarga en señalar al efecto que “las personas a que se refiere el presente Real Decreto no podrán ser objeto de devolución por entrada ilegal en territorio español”.

Ahora bien, en lo que existe plena coincidencia entre la normativa incorporada a la LOE y la que queda cristalizada en el Real Decreto 1.099/1986, en cuanto texto oportunamente trasvasador de la preceptiva comunitaria sobre el particular al ordenamiento doméstico español, es en el hecho de que ninguno de tales conjuntos normativos singulariza, a los efectos de la deportación indicada, el caso del extranjero casado con español o española, considerándolo, por omisión descriptiva, como un supuesto más con todas sus consecuencias.

D) Relaciones parentales y paternofiliales mixtas.

La superación del principio de unidad familiar en el contexto aplicativo del derecho de la nacionalidad ha provocado la posibilidad de que la situación que da pie a este epígrafe surja con relativa frecuencia, circunstancia que determina, dadas sus características, una evidente especialidad por lo tocante a su subsunción en el de la extranjería, especificidad que en nuestro ordenamiento resulta descolante y hace aflorar determinadas imputaciones jurídicas de inequívoco –aunque muy limitado– signo preferencial.

En cualquier caso, todo el acervo de criticismo que hemos dejado evidenciado en las páginas precedentes respecto a la labor del hacedor de normas en este sector en el sentido de que en sus labores jurisdicentes ha olvidado por completo el conferir un auténtico derecho de estancia en España a los extranjeros casados con nacionales, es perfectamente traíble a colación en esta sede, en la medida en que tales extranjeros, en cuanto padres o hijos de españoles, quedan sometidos al régimen común –y excesivamente cutre– de la extranjería, vislumbrándose sólo muy leves pinceladas de privilegio en las normas que le son de aplicación personalizada.

Ello dicho, también es recalable que incluso tal régimen es más pacato en relación con los mismos, ya que, y así atino a la fase prodrómica de su entrada en nuestro país, mientras que los extranjeros casados con españoles pueden hacer uso con cierta frecuencia del régimen preferencial y urgente para la consecución del visado consular de residencia por agrupamiento familiar, tal cosa no sucede respecto a los padres extranjeros de hijos españoles menores de edad, excepto cuando estos últimos acrediten medios de fortuna suficientes para el sostenimiento de los primeros, hipótesis en la que sí se dan los condicionantes necesarios para la activación del aludido régimen.

Por otra parte, es de notar que la Circular antes mencionada de 1 de julio de 1988, sobre criterios para la aclaración de las cuestiones surgidas en la aplicación de la LOE y RLOE, dictada conjuntamente por los Ministerios de Asuntos Exteriores, de Interior y de Trabajo y Seguridad Social contempla especialmente los supuestos actualmente objeto de debate señalando que la exoneración del visado consular para la tramitación de la ulterior autorización de residencia en España es factible, (siempre que en el supuesto a dirimir se pueda suponer buena fe), cuando el petionario de tal exención sea “el hijo/a de un español” o “el padre o madre de un español/a”, dualidad de eventualidades que abarcan las que estamos presentemente considerando si bien es de hacer constar que la cortadad del régimen normativo propuesto por la LOE y su Reglamento queda suficientemente patentizada en el dato de que sólo se hace visible cuando el español ligado familiarmente con el extranjero de que se trate se halla “a cargo” del mismo, exigencia que resulta en su estricta mismidad de lo previsto al efecto en el párrafo c) del apartado 3 del artículo 18, pasaje normativo que al elaborar el listado de extranjeros sustraídos del común por lo tocante al régimen preferencial operativo en el área de los permisos de residencia considera como tales a los “que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española”, enunciación asimismo reproducida *ad litteras*, a los efectos de la eventual obtención por parte de tales sujetos de alguno de los denominados “permisos de residencia especiales” por el artículo 21 del RLOE en uno de los párrafos de su apartado 1, así como en lo

referente a la consecución del permiso de trabajo de tipo "B" sin consideración a la situación nacional de empleo por el párrafo d) del apartado 1, del artículo 38 del propio RLOE, exigencia que sólo resulta coherentemente entendible atribuyendo a la expresión clave materializada en la meritada necesidad de que el español (hijo o ascendiente) se halle a cargo del extranjero beneficiado en sentido amplio, sobre todo tratándose de hijos, ya que de lo contrario se produciría el contrasentido de que los padres extranjeros de hijos españoles cuando los primeros no desarrollaren ninguna actividad laboral o no tuvieran medios de fortuna no acreditarían el más mínimo derecho preferente a permanecer con ellos en España, cosa que tratándose de hijos menores de edad sujetos a su patria potestad resultaría de una procacidad evidente.

Si del derecho de extranjería común pasamos al especial, vemos cómo tampoco en esta vertiente la situación mejora teniendo en cuenta que la condición de extranjeros comunitarios por asimilación que resulta propugnable por la vía del artículo 2.2 del Real Decreto 1.096/1986 para determinadas categorías de nacionales de terceros países en la medida en que los mismos resulten vinculados familiarmente con españoles sólo es predicable cuando tales extranjeros dependen de estos últimos, cosa que sustrae del círculo de privilegiados delineado por este precepto a aquellos ascendientes y descendientes que o bien disponen de medios de fortuna propios o bien desempeñan algún tipo de actividad laboral o empresarial.

Evidentemente, cuando los susodichos ascendientes o descendientes de españoles dispongan de una ciudadanía comunitaria, entonces su *status* se gobierna en su integridad por las normas propias del ordenamiento europeo y, en definitiva, por las reglas contenidas en el Real Decreto 1.099/1986, bloque del que resulta un régimen absolutamente diferencial del ordinario y cuyo estudio no sería de recibo en estos momentos.

2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO A LAS SITUACIONES FAMILIARES DESCRITAS

Ante todo tenemos que poner de relieve que su comportamiento decisorio en este orden de cosas se ha proyectado en exclusiva sobre el tema de los matrimonios mixtos, sin que hasta el presente haya sido objeto de su alta consideración jurisdiccional el punto relativo a las relaciones parentales entre ascendientes y descendientes, aunque tangencialmente la existencia de una materno filial ha sido objeto de evidencia en la *ratio decidendi* incorporada a la Sentencia que luego veremos de 3 de abril de 1991.

Partiendo de esta observación tengo que puntualizar que hasta ahora se han dictado en relación con la problemática de los matrimonios mixtos considerados a la luz del derecho de extranjería cinco sentencias, habiéndome ocupado de las tres primeras en mi libro “Estudios sobre Inversiones Extranjeras en España”, anteriormente indicado, en su tomo I, vol. II. obra en la que al abordar esta cuestión dije literalmente que:

“Recensión jurisprudencial al respecto.— Introducción.— La normativa sobre la extranjería objeto de estas reflexiones especulativas constituye una obra de ingeniería jurídica nueva cuyas piezas más importantes requieren la necesidad de un acople consistente y reposado, hecho que no ha tenido lugar, lo que ha determinado que el tratamiento jurisdiccional de la problemática relacionada con los derechos de los extranjeros casados con españoles o con hijos españoles no sea todavía frecuente ni cohesionado, faltando por completo una respuesta coherente y sistemática a la problemática suscitada que merezca el “*nomen iuris*” de Jurisprudencia.

Por otra parte, y ello tal vez sea a mi juicio lo más destacable, el planteamiento pretensional sobre el particular aparece, en términos generales, mal articulado, teniendo en cuenta que, y ello exige ser subrayado, el extranjero concernido no acredita ningún derecho —ni constitucional ni ordinario— a residir establemente en España, siendo así que quien titulariza uno de tal porte, es más bien su cónyuge extranjero o su hijo español. En base de ello las resoluciones administrativas o judiciales que impongan (o corroboren) la hipotética deportación de su cónyuge o padre extranjero “deben” ser atacadas utilizando los pertinentes recursos (incluso el de amparo) por los súbditos nacionales concernidos (o por sus representantes legales) alegando unos y otros la presunta infracción por tales resoluciones expatriadoras de su fundamental derecho a la igualdad, ya que tal deportación resulta atrozmente discriminatoria para ellos al convertirlos de modo inexorable en ciudadanos españoles de segunda categoría, cuyos maridos, mujeres, padres o madres extranjeros pueden ser deportados por vía administrativa, eventualidad que en modo alguno deviene acaecible respecto a los correlativos cónyuges e hijos con padres españoles (siempre partiendo del dato de que los españoles —bajo ningún concepto— pueden ser expulsados de España).

En función de estas consideraciones, entiendo que el capítulo jurisprudencial al que estamos haciendo alusión debería haberse enriquecido con la presencia en estas áreas de algún recurso de amparo, posibilidad de justicia constitucional que en mi antes citado libro, página 420, entendí de factible acceso al extranjero y a sus próximos españoles.

Repito que todavía no se ha dictado ninguna Sentencia de amparo en este ámbito –aunque es augurable que lo será pronto– y ello viene a privar de perspectivas el seguimiento analítico de la cuestión, seguimiento no obstante que ya cuenta con un tríptico de resoluciones jurisdiccionales al respecto que pasamos a referenciar en sus grandes niveles de decisión.

Sentencia de 25 de noviembre de 1985.– En ella, y frente a la pretensión abrogatoria planteada por la representación letrada de una ciudadana extranjera, respecto a la decisión administrativa de expatriación que le afectaba (extranjera que en la fase subsiguiente a la adopción de la misma, motivada funcionalmente por su presunta implicación en un delito de trata de blancas (entre otros ilícitos imputados) contrajo matrimonio con un súbdito español), el TS anuló la supradicha decisión administrativa de extrañamiento, aduciendo entre otras cosas, las siguientes consideraciones:

“Que propuesta por la Jefatura Superior de Policía de Valencia y decretada por el Gobierno Civil la expulsión del territorio nacional de la recurrente, súbdita dominicana Belkys Amanlys F.R., entre otras circunstancias por supuesta implicación en un delito de trata de blancas, el haber contraído matrimonio con posterioridad con súbdito español, lo que aparece legal y suficientemente acreditado, crea una situación jurídica nueva y da vida a un estado civil al que para darle efectividad y adecuado cumplimiento, se hace rigurosamente incompatible con las aludidas medidas policiales que dejarían sin el adecuado contenido a este estado generador de derechos y de obligaciones de las cuales es la convivencia o vida en común la primera de ellas y se dejaría para que ésta tenga lugar, sin ejercicio inicial de un derecho consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos; matrimonio al que por otra parte no sería correcto imputar en su voluntad de llevarlo a cabo, un posible fraude en cuanto concebido para evitar se produzcan situaciones en la recurrente derivadas de su propia conducta y antecedentes, por cuanto que estamos ante una situación inicial legal de la que habrán de deducirse los oportunos efectos”.

Sentencia de 7 de diciembre de 1987.– En esta Sentencia, en la que se debatía la pretensión de que se declarase nulo o improcedente el despido de una ciudadana alemana casada con español que inició su actividad en España sin haber obtenido el correspondiente permiso de trabajo, el TS dijo, entre otras cosas que ahora no nos interesan que:

“La actora, con independencia del derecho que tiene de adquirir la nacionalidad española de acuerdo a lo establecido en el art. 22 CC, puede hacer uso de lo que sobre el particular se establece en el R.D. 1.099/1986 de 26 de

mayo –fecha posterior a la de presentación de la demanda–, que desarrolla la LO 7/1985 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de extranjeros en España, y el art. 395 Acta del Tratado de Adhesión. Real Decreto que se ha pronunciado, como se expone en su E. de M., con la finalidad de abolir toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros y, consecuentemente, relativos a la libre circulación de personas que pretenden desplazarse y residir en España a efectos de trabajo, por cuenta propia o ajena. En su virtud, el art. 2.2 establece que sus normas también se aplicarán a los familiares de españoles, que sean ciudadanos de Estados miembros de la CEE o de terceros países; añadiendo el art. 14 que a los trabajadores comprendidos en los apas. a) y b) del artículo que le precede –entre los que se encuentra el caso de la actora–, “se les concederá, si lo solicitan reglamentariamente, un Permiso de Trabajo válido para 5 años y no sujeto a limitación por razón de territorio, sector o actividad profesional y un Permiso de Residencia por la misma duración”.

Sentencia de 20 de febrero de 1989.– En esta sentencia, frente a la pretensión instada por el extranjero recurrente –ciudadano senegalés, condenado previamente a la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor por un delito contra la salud pública con la agravante de reincidencia– de que se anulase la decisión administrativa de expulsarle, pretensión cancelatoria basada en el hecho de haber contraído ulterior matrimonio con una española, el TS apuntó entre otras cosas, que:

II. Conforme al Art. 22 CC, el matrimonio por sí sólo no determina que el extranjero adquiera la nacionalidad de su cónyuge español, lo que implica, a su vez, que en líneas generales su régimen jurídico continúa siendo el previsto en el art. 13 CE y LO 7/1985 de 1 de julio (derechos y libertades de los extranjeros en España) en tanto no concurran las condiciones legales para adquirir la nacionalidad española, pero ello no obsta a que, tanto la Administración como los Tribunales en su caso, puedan y deban tener en cuenta la nueva situación para evitar en lo posible dificultades extraordinarias en la convivencia matrimonial, ponderando tanto las circunstancias de los contrayentes o de las personas de que de ellos dependan como la trascendencia y entidad de la causa legal tenida en cuenta para acordar la expulsión.– III. No media en el caso ninguna circunstancia especial en ninguno de los cónyuges que haya de valorarse con un sentido tan cualificado que deba prevalecer sobre la gravedad del hecho contrastado de que el marido ha practicado actividades contrarias a la salud pública cumpliendo así el presupuesto de su expulsión de España, que normalmente no puede ser enervado por la simple alegación de haber contraído matrimonio el extranjero afectado por la misma con española, ya que no es ésta la previsión legal, ni constan circunstancias especiales en los interesados que

aconsejen aceptar que su convivencia haya de tener lugar, en todo caso, en su actual lugar de residencia”.

Valoración crítica de estas Sentencias.— Partiendo del dato de la evidente antinomia decisional que media entre la primera de las sentencias dichas y la última, las conclusiones a las que debemos llegar, en base a lo relacionado en las mismas, son las siguientes:

—Indudable aplicación en España de la norma contenida en el artículo 2.2 del Real Decreto 1.099/1986, de 26 de mayo sobre entrada, permanencia y trabajo en España de los ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, artículo que según concreta exigencia del TS se aplica también a los familiares de españoles ciudadanos de Estados miembros de la CEE o de terceros países, aplicación que para mí resultaba paradójica (aunque necesaria) y de la que me ocupé con anterioridad aportando mi visión personal al efecto (al relacionar un pasaje sobre el particular de mi libro “Estudios sobre Extranjería”) y la de IGLESIAS BUHIGES, y que a juicio del aludido Tribunal, en la Sentencia dicha de 7 de diciembre de 1987 no acredita ningún tipo de problema.

—Falta de un criterio uniforme al respecto, conclusión a la que se llega sólo con contemplar los respectivos “dictums” de las Sentencias de 25 de noviembre de 1985 y la de 20 de febrero de 1989, diferencia criterial que implica el que en la primera de ellas se enerve la entrada en juego de la expulsión ya decretada administrativamente por el subsiguiente matrimonio de la extranjera implicada (instituto matrimonial que en tal Sentencia se potencia adecuadamente atribuyéndole, como hemos visto, el carácter de acto genético de “una situación jurídica nueva” y de “un estado civil”, estado de oportuna y trascendente localización jurídico-personal cuya plena maximización operatoria “es incompatible con las aludidas medidas policiales (de expulsión) que dejarían sin el adecuado contenido a ese estado generador de derechos y obligaciones”) mientras que en la segunda de las relacionadas no acontezca ello, percibiéndose en su concreto *dictum* una actitud acertadamente tildable de decrementista del significado del acto matrimonial en relación con la extranjería (“... cumpliéndose así el presupuesto de su expulsión de España que normalmente no puede ser enervado por la simple alegación de haber contraído matrimonio el extranjero afectado por la misma (la medida de expulsión) con española ...”).

—La consideración, que constituye el único común denominador decisional importante de las Sentencias referidas, de que el caso de extranjeros casados con súbditos españoles no es —ni burocrática ni jurisdiccionalmente—

un “caso más”, actitud que resulta lucífera en la Sentencia primeramente referida de su propio sentido veredictivo, pero que también es fácilmente constatable en la segunda y a la que tampoco se sustrae la arquitectura decisonal de la última, en la que, y a pesar de rechazarse en concreto la pretensión residencial del extranjero expulsado casado con española, no deja de remarcarse con incuestionable énfasis que “tanto la Administración como los Tribunales en su caso puedan y deban tener en cuenta la nueva situación para evitar en lo posible dificultades extraordinarias en la convivencia matrimonial, ponderando tanto las circunstancias de los contrayentes o de las personas que de ellos dependen como la trascendencia y entidad de la causa legal tenida en cuenta para acordar la expulsión”, criterio jurisdiccional impositor a la Administración de una actitud de prudencia y comedimiento valorativo individualizador cuando se trate de los supuestos de los extranjeros que estamos viendo.

En cualquier caso, mi criterio, que resulta plenamente coincidente con el texto decisonal –apodíctico, convencido e infisurado– de la Sentencia primeramente referida (y en consecuencia absolutamente discrepante del que se desprende de la última) no ha recibido todavía el contraste constitucional del TC, cosa que, entiendo, encarnará una enfilada de veredictibilidad que se constituirá, en suma, en la clave de bóveda del tratamiento jurisdiccional de esta trascendente problemática, que –y es justo decirlo– recibe un tratamiento administrativo tan anómalo que el mismo resulta posiblemente único en el mundo occidental, mundo cuyos países otorgan sin excepción –a los efectos que estamos viendo– un peculiar valor al supradicho vínculo matrimonial”.

Como complemento de lo que allí expliqué tengo que poner de relieve que el goteo de Sentencias del TS sobre el particular ha continuado, constituyendo las últimas manifestaciones de este proceder jurisdiccional al respecto las de 7 de febrero de 1991 y la de 3 de abril del mismo año, Resoluciones que continúan inscribiéndose en la misma línea que las anteriores, indagando con minucia de orfebre el caso concreto y resolviendo los supuestos objeto de contienda de forma diferente, sirviendo toda la suerte de reflexiones emitidas en relación con las tres primeras para valorar estas dos últimas, aunque tras una visión panorámica de la cuestión me encuentro en condiciones de afirmar que el TS ha renunciado a constituir por vía interpretativa lo que podía haberse convertido en un sucedáneo jurisdiccional de un inexistente derecho de estancia, legal o reglamentario, del extranjero casado con español o española, limitándose a exigir que el sopesamiento *ad casum* y la ponderación administrativa al respecto actúe de la forma más meditada y cuidadosa posible pero sin que ello presuponga en lo más mínimo una pérdida del poder decisorio detentado en este orden de magnitudes por el Ministerio del Interior.

En cualquier caso, lo que resulta fuera de toda duda es que la idea de que por la vía de los matrimonios blancos puede burlarse la normativa sobre la extranjería subyace de forma insescentable en el quid sustancial de esta forma de entender la cuestión que nos ocupa, circunstancia que nos obliga a hacer una breve disgresión sobre los mismos, y en tal sentido podemos decir que tales matrimonios son una realidad evidente a través de la figura de las bodas simuladas, categoría en la que una o ambas partes emiten en forma pertinente pero de modo putativo o ficticio en el fuero interno, su consentimiento vincular, situación que para el Derecho canónico provoca una realidad patológica hipotéticamente desvirtuable por nula (canon 1.086), solución a la que también puede llegarse en relación con el matrimonio civil y ello no sólo por exigencias del artículo 53 del Cc sino, y sobre todo, por lo postulado al efecto por el 73.1, del mismo cuerpo legal que predica la nulidad “cualquiera que sea su forma de celebración” del “matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”.

Todo esto es evidente, pero a partir de aquí empiezan las dificultades ya que si hay algún negocio jurídico en el macrocosmos del derecho que se resiste a su anulación por esta vía éste es precisamente el matrimonial, teniendo en cuenta su carácter de acto oficial (demandante de un puntilloso expediente funcional que culmina con la inscripción del acto en un Registro Público) y la circunstancia de que su pervivencia tolera incluso la infracción por parte de los cónyuges de su deber de convivencia, circunstancia que evidentemente modaliza el instituto pero no lo desnaturaliza, todo ello con independencia de que en la legitimación para demandar la nulidad matrimonial por la causa indicada sólo resulta discernida de la forma prevista por el artículo 74 del Cc, no siendo en modo alguno de instrumentación pública.

De todos modos, la anulación del matrimonio por esta causa –aunque difícil– siempre es posible, pero la misma no puede ser sino producto de la pertinente decisión judicial firme y en absoluto resultado de presuposiciones más o menos fundadas por parte de la correspondiente Autoridad administrativa para la que todos los matrimonios, mixtos o no mixtos, deben acreditar idéntico valor en tanto subsistan –oficialmente– como tales.

Siendo ello así, lo que deben valorar las Autoridades competentes en este orden de cosas es si los cónyuges conviven o no, dato que en méritos a lo previsto en la normativa sobre la extranjería se convierte en la piedra de toque de todo el sistema incentivador articulado por la misma y siempre teniendo en cuenta que de la pura celebración matrimonial brota automáticamente la presunción de convivencia entre los contrayentes instaurada a estos efectos por el artículo 69 del Cc, no siendo legítimo que la Administración traslade sobre sus espaldas (la de los cónyuges) la carga de su prueba sino que compete

precisamente a la misma (a la Administración) la tarea de su potencial desvirtuación mediante la práctica de una contraprueba en contrario, tema que –y ello es destacable– aparece totalmente ausente de la reseña jurisprudencial efectuada.

3. POSICIÓN DEL CÓNYUGE Y DEL HIJO ESPAÑOL AL EFECTO

Siendo el matrimonio una comunidad de vida es evidente que el español casado con un extranjero tiene jurídicamente mucho que decir respecto a la situación jurídica de éste en relación con el territorio nacional, ya que de ella va a depender la plenitud efectiva de su propio *status* de casado, circunstancia que imprime una acusada especialidad a la figura del matrimonio mixto que no sólo resulta adecuadamente contemplable desde la foraneidad del no nacional (y su régimen) sino también desde la españolidad del otro cónyuge (y del suyo).

Ésta es la idea matriz de todo lo que voy a explicar, tesis que en definitiva parte de la base de que el cónyuge español es un interesado de pleno derecho en todas las peripecias funcionariales que en este orden de cosas afecten a su cónyuge ya que de su éxito o fracaso va a depender la calidad y alcance de su propia condición de casado/a y, en suma, la plenitud de los efectos que deben derivar de su propio *status* matrimonial, discurso cuya certeza acredita como corolario lógico el que tal español/a pueda –e incluso deba– firmar con su cónyuge extranjero todas las instancias e instrumentos relacionados con la regularización de la situación territorial de este último en nuestro país, tanto aquellos referentes a la consecución del visado consular permitiente de su ingreso en España y ulterior inicio del procedimiento orientado al logro de la bendición administrativa de su residencia en ella, como en defecto de éste todos los conectados con el procedimiento seguible para la exoneración del visado, firma que implica el tenerse como parte directamente concernida y procesal y materialmente legitimada en todas las tesituras relacionadas con tales procedimientos.

Con abstracción de esta vertiente, y ya adentrándonos en el *sancta sanctorum* del procedimiento sancionador materializado en la eventual expulsión de España del extranjero infractor, su cónyuge nacional acredita el derecho de impedir que ésta se consume, siempre que conviva efectivamente con el mismo (convivencia que se presume tal como advertimos anteriormente y cuya demostración de adverso compete a la Administración) ya que de

consumarse tal extrañamiento, el nacional español advendría ineluctablemente a la condición de viudo o viuda administrativo (en feliz frase de MEZQUITA DEL CACHO) situación absurda que conllevaría de inmediato una flagrante violación en su contra del derecho subjetivo a la igualdad consagrado a nivel constitucional por el artículo 14 CE, en su alternativa interdictiva de toda arbitrariedad, circunstancia que sobrevendría al ser su matrimonio objeto de una tasa de imputación jurídica sancionadora de la que se hallan totalmente ausentes los matrimonios de sus connacionales, siendo así que éstos, por el mero hecho de hallarse casados con otros españoles, acreditarían un derecho absoluto a convivir con ellos, circunstancia, por el contrario, que en relación con su caso dependería de que la Administración lo consintiese, siempre teniendo en cuenta que con la expulsión del cónyuge extranjero quedaría gravemente penalizado el español que sin comerlo ni beberlo se vería desprovisto de una convivencia matrimonial en España que se considera sustancial para su doble condición de casado y español.

Así pues, si la Administración pudiere privar a un nacional de su cónyuge extranjero, el primero quedaría en grave situación de discriminación respecto a todos los demás españoles casados con otros españoles, siendo de hacer constar que la foraneidad de su cónyuge es un dato accesorio en relación con la igualdad sustancial que mantienen entre sí todos los matrimonios a efectos de su regulación jurídica, regulación que acredita como uno de los soportes de su propia funcionalidad la convivencia en el territorio nacional –si así lo desea el cónyuge español– siempre partiendo de la base de que el mismo no puede ser extrañado forzosamente (ni ser obligado indirectamente a ello, cosa que sucedería si su cónyuge extranjero pudiere ser expulsado), todo ello en base a la interpretación a ofertar al encuentro del art. 19 CE.

En méritos de lo hasta aquí explicado, frente a una concreta orden de deportación que pueda ser infligida a su cónyuge extranjero, el nacional casado con el mismo acredita perfecto derecho a interponer todo tipo de recursos administrativos y contencioso-administrativos, tanto por la vía ordinaria como por la trazada por la Ley 62/1978 (pudiendo acceder también al recurso de amparo) debiendo delimitar el objeto procesal del recurso que en su caso interponga invocando la vulneración por parte del órgano administrativo o judicial correspondiente de su derecho a no ser discriminado por el mero hecho de haber contraído matrimonio con un no nacional, consistiendo la discriminación denunciada en hurtarle la convivencia a la que tiene derecho con su cónyuge en el territorio español constituyendo el elemento comparativo a aducir al efecto, como fundamento procedimental de su pretensión, el resto de matrimonios contraídos por sus connacionales y poniendo de relieve en la traída a la palestra de tal elemento parangonal la identidad sustancial que media

entre todos los matrimonios y el carácter accesorio que acredita el que su marido o mujer sea español o extranjero, acceso a la tutela jurisdiccional que no sólo es planteable en esta instancia deportativa sino también en todas aquellas hipótesis en las que se imposibilite la aludida convivencia con lo que también serán perfectamente residenciables en sede judicial y en amparo las denegaciones de visados consulares o dispensas del mismo o las eventuales denegaciones de las autorizaciones de residencia o permisos de trabajo.

Otro tanto puede decirse respecto de los padres extranjeros en relación con sus hijos españoles, siempre que éstos se hallen sujetos a su patria potestad (y lo están mientras que el Juez no diga lo contrario)*, situación que impone la presencia de los primeros en España, pudiendo acudir el representante de tales hijos (o en su caso el Ministerio Fiscal) a las pertinentes instancias de recurribilidad (administrativas, judiciales y constitucionales) alegando también la conculcación del principio antidiscriminatorio en perjuicio del hijo, ya que éste por pura decisión administrativa se vería privado del derecho a ser asistido –moral y económicamente– por su padre extranjero, debiendo traerse a colación, como elemento comparativo a tener en cuenta en la sustanciación procedimental del litigio de que se trate, el resto de relaciones paternofiliales en las que los otros hijos españoles por el mero hecho de que su padre sea también español detentan un derecho absoluto a su asistencia en España, sin que sea legítimo que las autoridades administrativas procedan a su ablación, cosa que por el contrario sí que puede suceder respecto del mismo.

En cualquier caso, y con ello concluyo, se da en estas áreas una colisión normativa absoluta entre la LOE y la Constitución. La primera permite que el Estado, en el ejercicio de su legítimo *ius puniendi* ejercible sobre los extranjeros pueda impedirles la entrada y asimismo provocar su salida forzosa. En virtud de la segunda, los cónyuges españoles convivientes con sus homólogos extranjeros y los representantes de los hijos de la misma nacionalidad (mientras se hallen sujetos a la patria potestad de sus padres extranjeros) pueden obstaculizar tal ejercicio, ya que el mismo supone convertirlos en ciudadanos de segunda categoría, debiendo instrumentarse la estrategia letrada a seguir en este orden de cosas a base de la denuncia judicial de la violación del derecho a no ser discriminados, alternativa que implica considerar la expulsión no desde el lado del extranjero sino del español.

(*) O sin patria potestad cuando el progenitor extranjero acredita judicialmente el derecho de visita. Ver STS del TS de 30 de abril de 1991.