

LA SITUACIÓN JURÍDICO-FAMILIAR
DE LA MUJER MARROQUÍ
EN ESPAÑA

ESTUDIOS

25



JUNTA DE ANDALUCÍA

Instituto Andaluz de la Mujer

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

LA SITUACIÓN
JURÍDICO-FAMILIAR
DE LA MUJER MARROQUÍ
EN ESPAÑA

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER
SEVILLA, 2008

Coordinan:

Carmen Ruiz Sutil

Ricardo Rueda Valdivia

Autoras y autores

Sergio Heredia Fernández

Juan Manuel Puerta Vílchez

Ricardo Rueda Valdivia

Mercedes Soto Moya

Carmen Ruiz Sutil

Sixto Sánchez Lorenzo

Nuria Marchal Escalona

Houda Zekri

G. Esteban de la Rosa

K. Ouald Ali

T. Saghir.

Mercedes Moya Escudero

Andrés Rodríguez Benot

Ángeles Lara Aguado

Edición:

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER

c/Doña María Coronel, 6. 41003 - Sevilla

Impresión:

Tecnographic, S.L. (Sevilla)

I.S.B.N.: 978-84-7921-142-4

Depósito Legal: SE-4.206/08

PRESENTACIÓN

La feminización de los movimientos migratorios viene generando un aumento en la demanda de información y asesoramiento jurídico en los centros de atención a la mujer, que exigen una mayor especialización de las personas profesionales, y que dispongan de herramientas que faciliten su trabajo.

En esta línea, la *Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía* dispone, en el artículo 10.2, el impulso de los estudios e investigaciones que contemplen la situación de desigualdad por razón de sexo y las necesidades de las mujeres, especialmente de aquellos colectivos de mujeres sobre los que influyen diversos factores de discriminación, así como, del mandato a los poderes públicos que realiza el artículo 39, para que promuevan la integración, participación y promoción de la mujer migrante, constituyendo el conocimiento de las leyes uno de los principales eslabones para promover su plena integración.

En este sentido, el Instituto Andaluz de la Mujer como organismo que promueve la igualdad efectiva de mujeres y hombres, publica este estudio cuyo objetivo es contribuir a una mejor comprensión de la situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España.

Presentamos un trabajo muy novedoso, que recoge de forma clara las normas de Derecho internacional privado español, y su excepcional remisión, en caso de conflicto, a la aplicación de realidades normativas distintas como sucede, a veces, con el Derecho de familia marroquí. Los contenidos abordan las posibles situaciones de permanencia de la mujer marroquí en España y el despliegue de derechos que le amparan, tratado desde la óptica de género y de la aplicación práctica del derecho, en tres ejes fundamentales de interés: la situación jurídico administrativa de la mujer marroquí en España; la mujer marroquí y el derecho de familia y de sucesiones; la mujer marroquí y nacionalidad española.

Estamos ante una obra de gran utilidad, tanto para las personas profesionales expertas juristas en la materia como para otras de los distintos ámbitos profesionales de atención a las mujeres, que contribuirá a seguir avanzando en la igualdad de género y en el reconocimiento de derechos a los colectivos de mujeres más vulnerables e invisibles.

Soledad Pérez Rodríguez
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

SUMARIO

PRIMERA PARTE: SITUACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DE LA MUJER MARROQUÍ EN ESPAÑA

1. LA ENTRADA EN ESPAÑA DE LA MUJER MARROQUÍ **Sergio Heredia Fernández** 13
I. Introducción: Especial referencia al acuerdo Schengen. II. Régimen Jurídico de la entrada. III. El visado. IV. La autorización de regreso. V. Denegación de la entrada. VI. Bibliografía.
2. LAS SITUACIONES DE LA MUJER MARROQUÍ EN ESPAÑA **Sergio Heredia Fernández** 33
I. Introducción. II. El tránsito. III. La situación de estancia. IV. La autorización de residencia. V. Bibliografía.
3. RESIDENCIA Y TRABAJO EN ESPAÑA DE LA MUJER MARROQUÍ **Juan Manuel Puerta Vilchez**..... 71
I. El hombre y la mujer en las relaciones laborales. II: El trabajo de la mujer marroquí independiente. III. Bibliografía/direcciones de internet.
4. EFICACIA EN ESPAÑA DE LOS TÍTULOS Y ESTUDIOS MARROQUÍES **Ricardo Rueda Valdivia**..... 105
I. Introducción. II. La homologación como presupuesto de la eficacia profesional y académica en España de los títulos marroquíes. III. La convalidación como presupuesto para la eficacia académica en España de los estudios parciales marroquíes. IV. Bibliografía.
5. MUJER INMIGRANTE MARROQUÍ: REAGRUPACIÓN FAMILIAR **Mercedes Soto Moya**..... 131
I. Introducción. II. Mujer marroquí iniciadora del proyecto migratorio. III. Mujer marroquí reagrupada por el marido. IV. Bibliografía.

SEGUNDA PARTE: MUJER MARROQUÍ Y DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES

6. MATRIMONIO DE LA MUJER MARROQUÍ **Carmen Ruiz Sutil y Ricardo Rueda Valdivia** 155

| | |
|--|-----|
| I. Introducción. II. Matrimonio de la mujer marroquí celebrado conforme a derecho español. III. Matrimonio de la mujer marroquí celebrado conforme a su derecho nacional. IV. Recomendaciones. V. Bibliografía. | |
| 7. LA MUJER MARROQUÍ ANTE EL MATRIMONIO DE CONVENIENCIA Sixto Sánchez Lorenzo | 181 |
| I. Introducción. II. El certificado de capacidad matrimonial del contratante español. III. Matrimonio celebrado en Marruecos. IV. Matrimonio celebrado en España y Melilla. V. Matrimonio de mujer marroquí con mujer española. VI. Conclusiones: cautelas básicas para la mujer marroquí. VII. Bibliografía. | |
| 8. RÉGIMEN ECÓNOMICO MATRIMONIAL DE LA MUJER MARROQUÍ RESIDENTE EN ESPAÑA Ricardo Rueda Valdivia | 193 |
| I. Introducción. II. Aproximación inicial al concepto de “régimen económico matrimonial” y a su reglamentación en los ordenamientos español y marroquí. III. Líneas básicas de la regulación material española y marroquí de las cuestiones comprendidas en la noción de “Régimen económico matrimonial”. V. Determinación del régimen económico matrimonial de la mujer marroquí residente en España. V. Publicidad en España del régimen económico matrimonial de la mujer marroquí. VI. Intervención de la autoridad judicial española en la resolución de los problemas de régimen económico matrimonial que afectan a la mujer marroquí. VII. Bibliografía. | |
| 9. NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO DE LA MUJER MARROQUÍ EN ESPAÑA Nuria Marchal Escalona | 219 |
| I. Introducción. II. Competencia judicial internacional en los supuestos de nulidad, separación y divorcio. III. Ley aplicable a la nulidad matrimonial, a la separación judicial y al divorcio. IV. Bibliografía. | |
| 10. LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL EN LAS RELACIONES BILATERALES HISPANO-MARROQUÍES Houda Zekri ... | 245 |
| I. Introducción. II. Reconocimiento en Marruecos de sentencias españolas de disolución del vínculo matrimonial. III. Reconocimiento en España de sentencias sobre disolución del vínculo matrimonial procedentes de Marruecos. IV. Propuestas. V. Bibliografía. | |
| 11. EL DERECHO DE <i>HADANA</i> DE LA MUJER MARROQUÍ CON RESPECTO A SUS HIJAS E HIJOS EN RELACIÓN CON EL DERECHO ESPAÑOL G. Esteban de la Rosa, K. Ouald Ali y T. Saghir | 269 |

I. Introducción. II. Regulación de la *Hadana* en el nuevo código de familia de Marruecos. III. Situaciones que se plantean en relación con la custodia y el derecho de visita cuando la mujer marroquí reside en territorio español. IV. La *Hadana* de la mujer marroquí que traslada su residencia a España. V. Reconocimiento en Marruecos de las decisiones españolas en materia de custodia y derecho de visita. VI. Bibliografía consultada. VII. Jurisprudencia citada.

12. DESPLAZAMIENTO “ILEGAL” A MARRUECOS DE LOS HIJOS E HIJAS DE MADRES MARROQUÍES **Mercedes Moya Escudero** 291
 I. La lucha contra la sustracción internacional de menores. II. Supuestos en los que el traslado se considera ilícito en el convenio hispano-marroquí. III. ¿Existen instrumentos para obtener el retorno? IV. Medidas a adoptar ante la ineficacia del convenio. V. Bibliografía.
13. DERECHO A ALIMENTOS DE LA MUJER MARROQUÍ EN ESPAÑA **Andrés Rodríguez Benot** 307
 I. El derecho a la obtención de alimentos. II. Ante qué autoridad solicitar el derecho a la obtención de alimentos. III. Qué ordenamiento determina el derecho a la obtención de alimentos. V. Cómo ejecutar en un estado los alimentos reconocidos por la autoridad judicial de otro estado. VI. Bibliografía.
14. LA MUJER MARROQUÍ EN ESPAÑA Y EL DERECHO DE SUCESIONES **Andrés Rodríguez Benot** 339
 I. La sucesión por causa de muerte en supuestos de carácter internacional. II. La mujer marroquí como causante de la sucesión. III. La mujer marroquí como heredera. IV. Aspectos procesales de la sucesión internacional. V. Bibliografía.

TERCERA PARTE: MUJER MARROQUÍ Y NACIONALIDAD ESPAÑOLA

15. ADQUISICIÓN POR MUJERES MARROQUÍES DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA **Ángeles Lara Aguado** 365
 I. Diez claves de la adquisición de la nacionalidad española por residencia. II. Requisitos que debe reunir la mujer marroquí para adquirir la nacionalidad española. III. Algunos problemas que se plantean tras recibir la orden de concesión de la nacionalidad española. IV. Bibliografía.

| | |
|--|-----|
| 16. NACIONALIDAD DE LOS NACIDOS EN ESPAÑA DE MADRES MARROQUÍES Mercedes Moya Escudero | 393 |
| I. Introducción. II. Inscripción de nacimiento y nacionalidad. III. Atribución de la nacionalidad por la sangre. IV. Hijos e hijas de madre marroquí nacida en España. V. Declaración de nacionalidad Española con valor de simple presunción. VII. Bibliografía. | |

**PRIMERA PARTE:
SITUACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA
DE LA MUJER MARROQUÍ EN ESPAÑA**

1. LA ENTRADA EN ESPAÑA DE LA MUJER MARROQUÍ

Sergio Heredia Fernández**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ESPECIAL REFERENCIA AL ACUERDO SCHENGEN. II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ENTRADA. 1. Documentación. 2. Acreditación de medios económicos. 3. Justificación del objeto y condiciones de la estancia. 4. Entrada por puesto habilitado. 5. Prohibiciones de entrada y condiciones sanitarias. III. EL VISADO. 1. Concepto y exigencia del visado. 2. Clasificación de los visados. 3. Procedimiento. IV. LA AUTORIZACIÓN DE REGRESO. V. DENEGACIÓN DE LA ENTRADA. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: ESPECIAL REFERENCIA AL ACUERDO SCHENGEN

La entrada de la mujer marroquí en España no presenta, con carácter general, ninguna especialidad o particularidad que la diferencien de la regulación de la entrada aplicable a nacionales de terceros Estados. Ello no es obstáculo para que en la exposición del régimen jurídico de la entrada en territorio español, se haga referencia a cuestiones y datos propios o característicos del colectivo al que va dirigido esta publicación. Trataremos, por tanto, de detenernos y particularizar en aquello que tenga especial incidencia en ciudadanas marroquíes, o, simplemente, profundizar en los aspectos que les pudieran afectar en mayor medida.

Tanto en España como en los países de nuestro entorno, se ha producido en los últimos años un incuestionable endurecimiento en la regulación de la entrada. Ante un marco jurídico preocupado fundamentalmente por el control y regulación de los flujos migratorios, el acceso al territorio nacional ha pasado a convertirse en objeto de atención de capital importancia. La adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985 (CAAS), relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado el 19 de junio de 1990¹, supuso el reforzamiento de nuestras fronteras exteriores y de los procedimientos de control de los extranjeros en el momento de la entrada, en un intento de canalizar la inmigración incontrolada en beneficio del conjunto de las Partes contratantes, cuyos intereses deberán tener en cuenta los agentes del Estado en cuyas fronteras exteriores se lleve a cabo el control. Estos compromisos originaron en su momento la necesidad de modificar normas de rango reglamentario y justificaron la aprobación del Real Decreto 155/1996², el cual introdujo importantes

** Jefe de Servicio de Asuntos Jurídicos de la Subdelegación del Gobierno en Granada.

¹ La incorporación de España se realizó mediante Protocolo de adhesión suscrito el 25 de junio de 1991, e Instrumento de 23 de julio de 1993, de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio Schengen de 14 de junio de 1985 (BOE núm. 81 de 3 de abril de 1994).

² Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio (BOE núm. 47 de 23 de febrero de 1996).

novedades en el sistema de visados y en el control de entrada de extranjeros. En esta misma línea, el Real Decreto 864/2001³, de 20 de julio, por el que se aprobó el anterior reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, dedicó su Capítulo I al régimen de entrada y salida del territorio nacional, con gran detalle y extensión, o, como dice su propia exposición de motivos, dando “*un nuevo vigor a la regulación de los controles fronterizos de personas*”. Actualmente, el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁴, regula en su Título I el régimen de entrada y salida. Antes de entrar en el estudio de la entrada de la mujer marroquí en España, es conveniente referirnos brevemente a los orígenes y al contenido del citado Acuerdo Schengen. Remontándonos a julio de 1984, con sólo dos países signatarios, Francia y Alemania, a los que se adhieren posteriormente el Benelux (1985), Italia (1990), España y Portugal (1991), Grecia (1992), Austria (1995), Dinamarca, Suecia y Finlandia (1996), así como Islandia y Noruega, partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992, el fin primordial de Schengen es la creación de un espacio común cuyos objetivos fundamentales son la supresión de fronteras entre estos países, la seguridad, la inmigración y la libre circulación de personas, bajo la premisa de que todo Estado miembro de la Unión Europea podrá convertirse en Parte del Convenio⁵.

Entre los Estados parte se aplican las siguientes medidas: a) la supresión de controles de personas en fronteras interiores, en particular la supresión de obstáculos y restricciones a la circulación en los pasos fronterizos de carretera en las fronteras interiores (excepto Grecia); b) la introducción y aplicación del régimen de Schengen en los aeropuertos y aeródromos; c) la realización de los controles en las fronteras exteriores y adopción de medidas destinadas a mejorar la seguridad de las mismas; d) una política común en materia de visados; e) lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; f) responsabilidad en materia de asilo; y g) la ejecución de las solicitudes de asistencia judicial internacional.

El Acuerdo distingue, por tanto, según se trate de fronteras interiores o exteriores. Se entiende por fronteras interiores las terrestres comunes de las Partes contratantes, así como los aeropuertos por lo que respecta a los vuelos interiores y sus puertos marítimos en lo que se refiere a los enlaces regulares de transbordadores con procedencia o destino exclusivamente en otros puertos de los territorios de las Partes contratantes y que no efectúen escala en puertos ajenos a dichos territorios. En principio, las fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar sin que se realice control alguno de las personas. No obstante, cuando así lo exija el orden público o la seguridad nacional, una Parte contratante podrá decidir que se efectúen durante un periodo limitado controles fronterizos nacionales adaptados a la situación. En cambio, son fronteras exteriores, las fronteras terrestres o marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos de las Partes contratantes, siempre que no sean fronteras inte-

³ BOE núm. 174 de 21 de julio de 2001.

⁴ BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005; corr. de errores BOE núm. 130, de 1 de junio de 2005.

⁵ Actualmente el Acuerdo Schengen se aplica en los siguientes Estados: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Polonia, Portugal, República Checa y Suecia.

riores, pudiendo cruzarse las mismas exclusivamente por los pasos fronterizos y durante el horario de apertura establecido. Los pasajeros de un vuelo procedente de terceros Estados que embarquen en vuelos interiores serán sometidos previamente, a la entrada, a un control de personas y a un control de equipajes de mano en el aeropuerto de llegada del vuelo exterior, observándose lo mismo con respecto a los pasajeros que embarquen en un vuelo con destino a terceros países. Por vuelo interior se entiende todo vuelo con procedencia o destino exclusivamente en los territorios de las Partes contratantes, sin aterrizar en el territorio de un tercer Estado.

De esta forma, la circulación en las fronteras exteriores se ha de realizar con arreglo a unos criterios o principios uniformes, y, en lo que se refiere al control de personas, éste incluye no sólo la comprobación de los documentos de viaje y de las restantes condiciones de entrada, de residencia y de trabajo, sino también la investigación y la prevención de peligros para la seguridad nacional y el orden público de los Estados contratantes. Téngase en cuenta que toda persona que haya entrado regularmente por una frontera exterior tendrá derecho, en principio, a circular libremente por el territorio de todas las Partes contratantes durante un periodo que no supere los tres meses por semestre (art. 11.1 CAAS), o, en su caso, por el periodo de validez del visado (art. 10.1).

Podemos afirmar que los requisitos para entrar en nuestro país que se establecen en el denominado acervo Schengen, integrado en el Derecho comunitario, constituyen una muestra importante de los intentos por armonizar la regulación de la entrada en parte del territorio comunitario.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ENTRADA

El art. 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre (en adelante LOE), acorde con la incorporación a nuestro derecho interno de los compromisos internacionales suscritos por nuestro país en virtud del Acuerdo de Schengen y el Tratado de Ámsterdam, establece los requisitos que han de concurrir para que el nacional de un tercer país, ciudadana marroquí en nuestro caso, pueda realizar su entrada en España de forma regular para una estancia que, en principio, no exceda de tres meses.

El citado Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 (en adelante Reg.LOE), realiza una pormenorizada regulación de tales requisitos, que no son otros que los recogidos en el artículo 5.1 del repetido CAAS, dedicando a ello sus primeros dieciséis artículos, incorporando normativa anterior de inferior rango y sistematizando, creemos que adecuadamente, su contenido. Ya en el primer párrafo de su artículo 1, sin perjuicio de lo dispuesto en convenios internacionales suscritos por España, apunta las exigencias generales para la entrada en el territorio nacional, las cuales son reiteradas y completadas en el artículo 4. Con carácter general, se podrá autorizar la entrada a las extranjeras y los extranjeros en quienes concurren los siguientes requisitos:

- a) Posesión de la documentación válida a tal fin.
- b) Acreditar recursos económicos o medios de vida suficientes.
- c) Justificar el objeto y las condiciones de la entrada.

- d) Realizar la entrada por puesto habilitado.
- e) No estar sujeto a prohibición de entrada, ni suponer peligro para el orden público, para la seguridad nacional, las relaciones internacionales de España o de otros Estados con los que España tenga un convenio en tal sentido o para la salud pública.
- f) Estar en posesión de visado válido cuando éste sea exigible.

En el supuesto de que no se reúnan tales requisitos, solo podrá autorizarse la entrada *“cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España”*⁶. En estos casos, a la ciudadana o al ciudadano extranjero se le hará entrega de una resolución acreditativa de la autorización de la entrada por cualquiera de las citadas causas. No obstante, la admisión quedará limitada al Estado que la ha acordado y no afectará al resto de Estados Schengen.

Los marinos que estén en posesión de un documento de identidad en vigor para la gente del mar en vigor, mientras dure la escala del buque, pueden circular por el recinto del puerto o por las localidades próximas en un entorno de diez kilómetros, sin la obligación de presentarse en el puesto fronterizo, siempre que figuren en la lista de tripulantes, sometida previamente al control de las autoridades o funcionarios responsables. Podrá denegarse el derecho a desembarcar al marino que represente una amenaza para el orden público, la salud pública o la seguridad nacional, o a aquel en el que concurran circunstancias objetivas de las que pueda deducirse su incomparecencia en el buque antes de su partida.

No olvidemos que nuestro legislador tiene el compromiso de acomodar el contenido de sus normas a las directrices comunitarias. De hecho, el Tratado de Maastrich de 7 de febrero de 1992 señala que *“para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas,..., los Estados miembros consideran entre los ámbitos de interés común..., las normas que rigen el cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados miembros y la práctica de los controles sobre esas personas; así como la política de inmigración y la política relativa a nacionales de terceros Estados. / En este último caso, en particular, es de interés común lo relativo a las condiciones de acceso al territorio de los Estados miembros y de circulación por el mismo de los nacionales de terceros Estados;...”* (art. K.1).

El artículo 11 del Reg.LOE detalla la forma de efectuar la entrada, a la llegada al puesto habilitado. Si la documentación es conforme y no existe prohibición, se estampará en el pasaporte o documento de viaje el sello, signo o marca de control establecido, si procede, quedando desde ese momento franco el paso al interior. Pudiera ocurrir que el documento que identifica y permite el acceso no admita estampación alguna, en tal caso se deberá cumplimentar un impreso para dejar constancia de la entrada.

Antes de entrar en el estudio pormenorizado de los citados requisitos, debemos de tener en cuenta dos extremos importantes. En primer lugar, que las extranjeras y los extranjeros que accedan a territorio español procedentes de un Estado con el que España haya firmado un acuerdo de supresión de controles fronterizos, han de efectuar, personalmente, en el puesto policial de la frontera una declaración de entrada. Si no se hubiese efectuado en el momento de la entrada, la declaración habrá de realizarse en el plazo de tres días hábiles a partir de aquella, en cualquier Comisaría

⁶ Art. 4.2 Reg.LOE.

de Policía u Oficina de Extranjeros⁷. Entendemos que el simple hecho de efectuar la declaración, no significa que, de no acreditar los requisitos para la entrada previstos en la normativa vigente, su permanencia en España sea regular. De esta obligación general de declarar la entrada, quedan exceptuados las nacionales y los nacionales de otros Estados respecto de los cuales España mantenga un compromiso internacional en tal sentido. Y, en segundo lugar, que el artículo 25.3 de la LOE excluye los requisitos que analizaremos cuando se trate de una extranjera o un extranjero que solicite acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica⁸.

1. Documentación

Con carácter general, para la entrada en España la mujer marroquí deberá encontrarse provista de pasaporte individual, familiar o colectivo, título de viaje u otros documentos que acrediten la identidad, que se consideren válidos a tal fin en virtud de compromisos internacionales asumidos por España, tales como salvoconductos para funcionarios de las Naciones Unidas, certificado de legitimación expedido por el Secretario General del Consejo de Europa, documento de identidad militar expedido por un Cuartel de la OTAN junto con una orden de misión, o documentos de viaje expedidos por la Organización Internacional de Trabajo o por la Organización de Estados Americanos.

Tanto los pasaportes como los títulos de viaje y demás documentos que se consideren válidos, deberán estar en vigor en el momento de efectuar la entrada y haber sido expedidos por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia de sus titulares o por las organizaciones internacionales habilitadas para ello por el Derecho Internacional y contener, en todo caso, datos suficientes para determinar la identidad y nacionalidad de los titulares. En este sentido, se consideran válidos los documentos de viaje que acrediten debidamente la identidad del titular, expedidos conforme a las normas de la práctica internacional por países o entidades territoriales reconocidos por todos los Estados partes en el CAAS; los pasaportes o documentos de viaje en los que esté garantizado el retorno, aunque hayan sido expedidos por países o entidades territoriales no reconocidas por todos los Estados miembros, siempre que el Comité Ejecutivo haya reconocido su validez a efectos de estampar en dichos documentos un visado común, aprobado por unanimidad; documentos de viaje para refugiados expedidos conforme a la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y Protocolo de Nueva York de 1967⁹; y documentos de viaje para apátridas conforme a la Convención de Nueva York de 1954 sobre el Estatuto de Personas Apátridas¹⁰. Respecto de esta últimas,

⁷ Art. 12 Reg.LOE

⁸ Art. 13.4 de la Constitución Española; Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (*BOE* núm. 74, de 27 de marzo de 1984), modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo (*BOE* núm. 122, de 23 de mayo de 1994); última modificación en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, Disposición Adicional 29ª (*BOE* núm. 71, de 23 de marzo de 2007) y Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero (*BOE* núm. 52, de 2 de marzo de 1995).

⁹ Instrumento de 22 de julio de 1978 de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 (*BOE* núm. 252 de 21 de octubre de 1978).

¹⁰ Instrumento de Adhesión de 24 de abril de 1997 (*BOE* núm. 159, de 4 de julio de 1997).

el Real Decreto 865/2001, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida¹¹, dispone en su artículo 13 que a los apátridas reconocidos se les expedirá una tarjeta acreditativa de tal condición, la cual habilita para residir y trabajar en España, así como un documento de viaje con una validez de dos años. Las y los menores de dieciséis años podrán figurar incluidos en el pasaporte de su padre, madre o tutor, cuando tengan la misma nacionalidad del titular del pasaporte y viajen con éste. Son admisibles los pasaportes colectivos, los cuales se ajustarán a los convenios internacionales que sobre ellos existan o se concierten por España, previo informe del Ministerio del Interior.

Con autorización del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, las misiones diplomáticas u oficinas consulares españolas pueden expedir documentos de viaje y salvoconductos a extranjeras y extranjeros cuya protección internacional haya sido asumida por España en aplicación de la legislación española o para proceder a su evacuación hacia países con los que existan acuerdos de cooperación a tal efecto.

2. Acreditación de medios económicos

La mujer marroquí que pretenda su entrada en España deberá acreditar la tenencia de recursos económicos o medios de vida suficientes para su sostenimiento y el de las personas a su cargo que viajen con ella, durante el tiempo que pretenda permanecer en España, o que está en condiciones de obtener legalmente dichos medios o recursos, así como, en su caso, para cubrir el traslado a otro país o el retorno al país de procedencia. En cuanto a las cantidades de referencia establecidas para el cruce de fronteras, éstas son fijadas por las autoridades nacionales de cada Estado. La Orden PRE/1282/2007, de 10 de mayo, sobre medios económicos cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España¹², ha derogado, por fin, la desfasada Orden de 22 de febrero de 1989¹³.

Sin olvidar que la citada Orden no es de aplicación a ciudadanas y ciudadanos miembros de la Unión Europea, de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de la Confederación Suiza o del Principado de Andorra, así como a los familiares de éstos que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo¹⁴; la misma establece que la exigencia de acreditación de recursos económicos se hará de modo sistemático y exhaustivo en las fronteras exteriores, en las entradas de transportes terrestres, marítimos y aéreos procedentes o con escala en terceros países, especialmente sobre nacionales de países estadísticamente más sensibles a la emigración irregular hacia España. Cabe apreciar que esta última circunstancia concurre en el caso de nacionales de Marruecos. De aquí que no extrañe que se someta a la mujer de esta nacionalidad a un riguroso control en el puesto fronterizo en cuanto a la acreditación de medios económicos suficientes.

¹¹ BOE núm. 174 de 21 de julio de 2001.

¹² BOE núm. 113, de 11 de mayo de 2007.

¹³ BOE núm. 55, de 22 de febrero de 1989.

¹⁴ BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007.

Las extranjeras y los extranjeros deberán acreditar, si son requeridos para ello por los funcionarios encargados de efectuar el control de entrada de personas en territorio español, que disponen de recursos económicos para su sostenimiento en una cantidad que represente en euros el 10% del salario mínimo interprofesional bruto¹⁵ o su equivalente legal en moneda extranjera multiplicada por el número de días que pretendan permanecer en España y por el número de personas que viajen a su cargo. Dicha cantidad será, en todo caso, de un mínimo que represente el 90% del salario mínimo interprofesional bruto vigente en cada momento o su equivalente legal en moneda extranjera por persona, con independencia del tiempo de estancia previsto¹⁶.

Igualmente, ha de justificar la disponibilidad de recursos económicos para regresar al país de procedencia o para trasladarse en tránsito a terceros países, mediante billete o billetes nominativos, intransferibles y cerrados, en el medio de transporte que pretenda utilizar.

La disponibilidad de los recursos económicos señalados deberá acreditarse mediante exhibición de los mismos, en el caso de que los posean en efectivo¹⁷, o por la presentación de cheques certificados, cheques de viaje, cartas de pago o tarjetas de crédito, que deberán ir acompañadas del extracto de la cuenta bancaria o una libreta bancaria puesta al día (no se admiten cartas de entidades bancarias ni extractos bancarios de Internet) o cualquier otro medio con el que se acredite fehacientemente la cantidad disponible como crédito de la citada tarjeta o cuenta bancaria.

Excepcionalmente, los funcionarios encargados del control de entrada podrán reducir el tiempo de estancia en proporción a la cuantía de los recursos de que se disponga, advirtiendo, en su caso, mediante diligencia en el pasaporte o documento análogo, de la fecha límite para abandonar el territorio español, a cuyos efectos deberá aportarse, con carácter previo a la entrada efectiva, un nuevo billete en el que la fecha de salida corresponda a la misma fecha en que realmente debe salir y que consta en la citada diligencia.

En el supuesto de que se compruebe que la extranjera o extranjero carece de recursos suficientes o que no dispone del billete o billetes nominativos, intransferibles y cerrados, se denegará su entrada en territorio español según lo establecido reglamentariamente y que se expondrá a continuación. Asimismo, aunque ciertamente discutible, los funcionarios responsables del control de entrada pudieran fundamentar la denegación en que el extranjero no puede acreditar la procedencia de los recursos económicos aportados, especialmente cuando se trata de dinero en efectivo, como medio de combatir la actuación de las “mafias” (préstamos de dinero a inmigrantes, que deben, cuanto menos, devolver en breve plazo y con elevados intereses)¹⁸.

¹⁵ Para 2008, el Real Decreto 1763/2007, de 28 de diciembre, fija el salario mínimo interprofesional en 600 Euros/mes.

¹⁶ Las referencias porcentuales de las cuantías económicas y/o los correspondientes porcentajes se podrán revisar, en caso necesario, mediante Orden del Ministerio de la Presidencia, a propuesta de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales (D. F. 1ª de la Orden PRE/1282/2007).

¹⁷ Debemos tener en cuenta que 1 Euro equivale aproximadamente a 11,20 Dirham marroquíes.

¹⁸ Véase DURAN RUIZ, F. J. “Requisitos para la entrada en territorio español” en Comentarios a la Ley de Extranjería, Tiran lo Blanch. Valencia 2005. La Sent. del TSJ de Madrid, de 23 de julio de 2002, por ejemplo, considera correcta esta actuación conforme a criterios de lógica y racionalidad, en el caso de no aportar tarjetas de crédito presentando exclusivamente dinero en metálico de origen no acreditado.

Es importante señalar que, en repetidas ocasiones, la Administración se ha pronunciado en el sentido de que las actas de invitación o certificados de alojamiento son documentos justificativos que no constituyen por sí prueba que exonere de la disponibilidad de medios económicos, dado que van propiamente referidos a justificar otro de los requisitos exigibles para realizar una entrada regular: el objeto, la finalidad y las condiciones de la entrada y, en consecuencia, la estancia.

3. Justificación del objeto y condiciones de la entrada

La ciudadana marroquí deberá especificar, si así se le requiere por los funcionarios responsables del control, el motivo de su solicitud de entrada en España, y presentar documentos para justificar la verosimilitud del motivo de entrada invocado. Sin perjuicio de la presentación de otros documentos, para los viajes de carácter profesional, deberá presentarse invitación de una empresa o de una autoridad para participar (“*en los términos fijados mediante Orden del Ministerio de la Presidencia, a propuesta de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales*”, según dispone el apartado 1º del artículo 7.2, letra a), del Reg.LOE) en reuniones de carácter comercial, industrial o vinculadas al servicio; tarjetas de acceso a ferias y congresos; u otros documentos de los que se desprenda claramente que existen relaciones comerciales o vinculadas al servicio. Para viajes de carácter turístico o privado, presentará carta de invitación de un particular, documentos justificativos del establecimiento de hospedaje, confirmación de la reserva de un viaje organizado, o billete de vuelta o de circuito turístico. Cuando se trate de viajes por otros motivos, se aportarán invitaciones, reservas o programas y, en su caso, certificados de participación en eventos relacionados con el viaje, tarjetas de entrada o recibos. Lo anterior, repetimos, se entiende sin perjuicio de que se puedan aportar otros documentos o medios de prueba que, a su juicio, justifiquen la verosimilitud de los motivos de entrada manifestados.

Especial atención merece “*la carta de invitación de un particular*” (apartado 1º del art. 7.2, letra b), Reg.LOE), en los supuestos de viajes de carácter privado o turístico. A diferencia de la invitación de una empresa o de una autoridad, aquella sí se encuentra perfectamente regulada en cuanto a los términos y requisitos para su expedición mediante Orden PRE/1283/2007, de 10 de mayo¹⁹. Efectivamente, ante la proliferación de invitaciones realizadas por particulares, tanto españolas y españoles como extranjeras y extranjeros residentes²⁰, esta norma regula el procedimiento que habrá de seguirse para la expedición de la carta de invitación así como la forma que ha de revestir el propio documento, sin olvidar que sus efectos se limitan a justificar el requisito relativo al hospedaje. También se ha de tener en cuenta que la carta de invitación se presentará, de ser exigida, en el puesto fronterizo, sin perjuicio de que ser aporte ante el consulado español, cuando se trate de nacionales de países sujetos al visado, como detenidamente veremos.

¹⁹ BOE núm. 113, de 11 de mayo de 2007.

²⁰ Entre éstos se encuentran las ciudadanas y los ciudadanos marroquíes residentes legalmente en España. 603.686 a 30 de junio de 2007 (88.991 en Andalucía), de los cuales el 36,31% son mujeres. Datos elaborados por el Observatorio Permanente de la Inmigración en su Informe periódico sobre extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia.

La solicitud de expedición de la carta de invitación de particulares a favor de extranjeros, por motivos de carácter turístico o privado, se debe dirigir a la Comisaría de Policía del lugar de residencia de la persona que la pretenda obtener, que será la competente para su tramitación y expedición. Se acompañará la documentación acreditativa de la disponibilidad de la vivienda (título de propiedad, contrato de arrendamiento u otros, de acuerdo con la legislación civil vigente). Si el instructor del procedimiento lo juzga pertinente, se podrá emplazar al solicitante para mantener una entrevista personal con el objeto de comprobar la identidad, la validez de la documentación aportada y la veracidad de la información contenida en la solicitud. La notificación de la resolución favorable de la solicitud surtirá efectos para que se proceda al abono de la tasa correspondiente en el plazo de un mes. La carta de invitación se expide en modelo oficial dotado de medidas de seguridad que impiden y dificultan su manipulación, falsificación o uso fraudulento. Podrá denegarse su expedición si no se aportan o no son veraces los datos contenidos en la solicitud.

4. Entrada por puesto habilitado

El CAAS dispone en su art. 3 que las fronteras exteriores sólo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas, siendo sancionable el cruce no autorizado de las fronteras exteriores fuera de los puestos fronterizos. Cada Estado parte determina los puestos fronterizos habilitados, en frontera aérea, marítima o terrestre, debiendo indicarse las horas de apertura mediante un cartel en el puesto fronterizo, y sólo excepcionalmente, casos de fuerza mayor y/o bajo control de los funcionarios competentes, se permite el cruce por lugar distinto al paso fronterizo o fuera del horario establecido. Tal es el caso del denominado tráfico fronterizo menor o tráfico de excursión, con arreglo a los acuerdos bilaterales que pudieran existir con un tercer Estado limítrofe. En nuestro país, la habilitación de puestos se realizará de conformidad con el interés nacional, teniendo en cuenta que en frontera terrestre se adoptará previo acuerdo con las autoridades del país limítrofe correspondiente, mediante Orden del Ministro de la Presidencia, a propuesta conjunta de los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Economía y Hacienda y del Interior. Cuando se trate de habilitación de puestos en puertos o aeropuertos, la Orden se adoptará a propuesta conjunta de los citados Ministros, previo informe favorable del Departamento Ministerial del que dependan el puerto o aeropuerto.

Mediante Orden del Ministro de la Presidencia puede acordarse el cierre temporal o indefinido de los puestos habilitados, cuando así resulte, bien de las disposiciones que deban regir a consecuencia de los estados de alarma, excepción o sitio, bien, en aplicación de leyes especiales, en supuestos en que lo requieren los intereses de la defensa nacional, la seguridad del Estado y la protección de la salud y seguridad de los ciudadanos, así como en supuestos de elevada presión migratoria irregular, sin perjuicio de la posibilidad de desconcentrar dicha competencia. Igualmente, si el puesto resultara innecesario o su ubicación inconveniente, podrá procederse a su cierre o traslado²¹. En cualquier caso, el cierre ha de ser comunicado a los países

²¹ Mediante Orden del Ministerio del Interior de 5 de febrero de 2001 (*BOE* núm. 41 de 16 de febrero de 2004), se suprimieron diversos puestos fronterizos existentes hasta ese momento en Badajoz, Cáceres, Huesca, Navarra, Orense y Zamora.

con los que España venga obligada a hacerlo como consecuencia de los compromisos internacionales suscritos con ellos.

5. Prohibiciones de entrada y requisitos sanitarios

El artículo 26.1 de la LOE dispone que no podrán entrar en España (ni obtener un visado a tal fin) los extranjeros que hayan sido expulsados mientras dure la prohibición de entrada, *“así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España”*. Por su parte, el Reg.LOE, en su artículo 4, establece que la entrada de cualquier extranjero está condicionada, entre otros requisitos, a que ello no suponga *“un peligro para la salud pública, el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de España o de otros estados con los que España tenga un convenio en tal sentido”*.

Asimismo, el Reg.LOE concreta los supuestos en los que se considerará prohibida la entrada y, consecuentemente, procede impedir el acceso a territorio español (aunque, en principio, se reúnan los requisitos): a) extranjeras y extranjeros que hayan sido previamente expulsados mientras dure el plazo de prohibición de entrada que se hubiera determinado en la resolución de expulsión, o cuando haya recaído sobre ellos una resolución de expulsión, salvo caducidad del procedimiento o prescripción de la infracción o sanción; b) hayan sido objeto de una medida de devolución y se encuentren dentro del plazo de prohibición de entrada que se hubiese determinado en el correspondiente acuerdo de devolución²²; c) cuando se tenga conocimiento, por conductos diplomáticos, a través de INTERPOL o por cualquier otra vía de cooperación internacional, judicial o policial, de que la extranjera o el extranjero se encuentra reclamado, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países, siempre que los hechos por los que figuran reclamados constituyan delito en España y sin perjuicio de su detención, en los casos en que ésta proceda; d) hayan sido objeto de prohibición expresa de entrada en virtud de resolución del Ministro del Interior, por sus actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas, nacionales o internacionales, u otras razones judiciales o administrativas que justifiquen la adopción de esta medida, sin perjuicio de su detención, en los casos en que ésta proceda; e) extranjeras o extranjeros que tengan prohibida la entrada en virtud de convenio internacional en los que España sea parte, salvo que se considere necesario establecer una excepción por motivos humanitarios o de interés nacional.

El CAAS establece como condición para la autorización de estancia *“no estar incluido en la lista de no admisibles”*. El control del cruce de fronteras exteriores incluirá, por tanto, la investigación y detección de infracciones, en particular, mediante la consulta directa de las descripciones de personas introducidas en el

²² Este es el caso de hombres y mujeres marroquíes que han sido objeto de devolución, por pretender entrar irregularmente en territorio español a través del litoral andaluz por medio de pequeñas embarcaciones. La devolución lleva aparejada la prohibición de entrada durante un plazo máximo de tres años. Véase Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992 (BOE núm. 100, de 25 de abril de 1992 y BOE núm. 130, de 30 de mayo de 1992).

denominado Sistema de Información de Schengen (SIS), el cual tiene por objeto “*preservar el orden y la seguridad públicos*”²³. Este sistema de información común permite que las autoridades designadas por las Partes, mediante un procedimiento de consulta automatizado, dispongan de descripciones de personas y objetos, al efectuar controles en la frontera, y comprobaciones y otros controles de policía y aduanas realizados dentro del país de conformidad con el Derecho nacional, a efectos de la expedición de visados, de la expedición de autorizaciones de residencia y de la admisión de extranjeras y extranjeros en el marco de la aplicación de las disposiciones sobre circulación de personas. El SIS²⁴ incluye personas buscadas para su detención a efectos de extradición, extranjeras y extranjeros incluidos en las listas de no admisibles, datos relativos a personas desaparecidas o que deban ser objeto de protección, datos relativos a testigos y personas citadas a comparecer ante las autoridades judiciales, datos relativos a personas o vehículos a efectos de vigilancia discreta o de control específico y, por último, datos relativos a objetos buscados con vistas a su incautación, o como pruebas en un procedimiento penal. Convine advertir, aunque no sea éste el momento para realizar un estudio riguroso de la devolución, que el artículo 58.2 de la LOE y el 157 del Reg.LOE establecen que, por Resolución del Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, podrá acordarse la devolución, sin necesidad de instrucción de expediente de expulsión, tanto de las extranjeras y extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, como de aquellas y aquellos, que habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada que toda orden de expulsión lleva aparejada, teniendo en cuenta que también se considera contravenida tal prohibición si la expulsión fue acordada por las autoridades de alguno de los Estados con los que España tenga suscrito convenio en este sentido (Schengen). En cuanto a los requisitos sanitarios, el citado artículo 4 del Reg.LOE exige la presentación, en su caso, de certificados médicos, y su artículo 9 dispone que, cuando así lo determine el Ministro del Interior, de acuerdo con los Ministerios de Sanidad y Consumo y de Trabajo y Asuntos Sociales, todas las personas que pretendan entrar en territorio español deberán presentar en los puestos fronterizos un certificado sanitario expedido en el país de procedencia por los servicios médicos que designe la misión diplomática u oficina consular española, o someterse a su llegada, en la frontera, a un reconocimiento médico por parte de los servicios sanitarios españoles competentes, para acreditar que no padecen ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena en el Reglamento sanitario internacional²⁵, así como en los compromisos internacionales sobre la materia suscritos por España, sin perjuicio de lo que se disponga, al efecto, por la normativa de la Unión Europea.

III. EL VISADO

La última, pero principal por su alcance y trascendencia, de las condiciones que han de concurrir para que la extranjera o el extranjero de un tercer Estado realice su

²³ Art. 93 del CAAS.

²⁴ Mediante Decisión del Consejo de 12 de junio de 2007 (*DOUE* núm. L 179/461 de 7 de julio de 2007), se ha acordado la aplicación de las disposiciones del acervo Schengen sobre el SIS, en los 10 países europeos incorporados a la Unión según acta de Adhesión de 2003.

²⁵ Cólera, peste y fiebre amarilla.

entrada en nuestro país de forma regular, nos conduce al estudio del visado, pues, salvo que se establezca lo contrario en convenio internacional, es exigible para el acceso al territorio español. Por ello, las extranjeras y los extranjeros que se propongan entrar en territorio nacional deberán ir provistos del correspondiente visado, válidamente expedido y en vigor, extendido en sus pasaportes o documentos de viaje o, en su caso, en documento aparte.

El artículo 27.2 de la LOE, en su redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, ha supuesto dotar al visado de una función adicional. Al tradicional efecto de habilitar al extranjero para presentarse en el puesto fronterizo y solicitar la entrada, hay que añadir el novedoso de habilitar para permanecer en España en la situación para la que hubiese sido expedido, sin perjuicio de la obligatoriedad de obtener, en su caso, la tarjeta de identidad de extranjero. Ello significa que el visado continúa teniendo eficacia después de efectuada la entrada e, incluso, sirve de acreditación documental de una previa autorización concedida.

1. Concepto y exigencia de visado

Podemos definir el visado como una declaración inserta en el pasaporte, título de viaje o documento aparte, por la que se hace constar que no existe inconveniente para que el interesado –ciudadana o ciudadano extranjero– pueda entrar en España, y que, una vez realizada la entrada, habilita a permanecer en territorio nacional en la situación para la que ha sido expedido. La posesión de un visado no supone un derecho de entrada, sino tan sólo un derecho a solicitar la entrada ante el puesto fronterizo.

Para estancias de hasta tres meses en un periodo de seis, no será necesario aportar visado por las y los nacionales de países con los que se haya acordado su supresión, en la forma y condiciones establecidas en el acuerdo correspondiente. En este sentido, enmarcado en la prolongación del acervo de Schengen y muestra de los intentos de armonización de las políticas de visados, el Reglamento (CE) núm. 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001²⁶, establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación²⁷. Tal y como el mismo señala, *“para determinar los terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado y los que están exentos de dicha obligación ha de recurrirse a una evaluación, ponderada caso por caso, de diversos criterios relativos en particular a la inmigración clandestina, al orden público y a la seguridad, así como a las relaciones exteriores de la Unión con los terceros países, teniendo también en cuenta las implicaciones de la coherencia regional y de la reciprocidad”*, de aquí las sucesivas actualizaciones que se han ido

²⁶ DOCE núm. L 081, de 21 de marzo de 2001.

²⁷ Marruecos se encuentra incluido entre los Estados cuyos nacionales necesitan visado para cruzar las fronteras exteriores de la Unión Europea y, por tanto, la mujer marroquí que pretenda entrar en España de manera regular deberá estar provista del correspondiente visado. No obstante, se ha de recordar que los ciudadanos y ciudadanas marroquíes pueden entrar en Ceuta y Melilla, sin necesidad de visado y siempre que no pernecten en territorio español, cuando son residentes en las zonas de influencia de Tetuán y Nador, acrediten esta condición y porten documento de viaje válido. Por supuesto, también pueden entrar en Ceuta y Melilla sin necesidad de visado, los titulares de autorización o permiso “F” (trabajador transfronterizo).

realizando en los últimos años. La inclusión de algunos Estados en la “*lista del anexo I*” contenida en el Reglamento (nacionales de terceros países que deberán estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores), ha obligado a algunos Estados miembros a denunciar los acuerdos bilaterales en vigor. Tal ha sido el caso de España en lo referente a la exigencia de visado a las y los nacionales de Colombia, Ecuador y Bolivia²⁸.

²⁸ I. Lista común de terceros países a cuyos nacionales se exige visado en los Estados miembros sujetos al Reglamento (CE) n.º 539/2001, modificado por el Reglamento (CE) n.º 2414/2001, por el Reglamento (CE) n.º 453/2003 y por el Reglamento (CE) n.º 1932/2006: A) ESTADOS: AFGANISTÁN, ALBANIA, ANGOLA, ARABIA SAUDÍ, ARGELIA, ARMENIA, AZERBAIYÁN, BAHRAIN, BANGLADESH, BELARÚS, BELICE, BENIN, BHUTÁN, BIRMANIA/MYANMAR, BOLIVIA, BOSNIA HERZEGOVINA, BOTSWANA, BURKINA FASO, BURUNDI, CABO VERDE, CAMBOYA, CAMERÚN, CHAD, CHINA, COLOMBIA, COMORAS, CONGO, COREA NORTE, COSTA DE MARFIL, CUBA, DJIBOUTI, DOMINICA, ECUADOR, EGIPTO, EMIRATOS ÁRABES UNIDOS, ERITREA, ETIOPIA, EX. RP. YUG. DE MACEDONIA, FILIPINAS, FIJI, GABÓN, GAMBIA, GEORGIA, GHANA, GRANADA, GUINEA, GUINEA BISSAU, GUINEA ECUATORIAL, GUYANA, HAITÍ, INDIA, INDONESIA, IRÁN, IRAQ, JAMAICA, JORDANIA, KAZAJSTÁN, KENIA, KIRGUISTÁN, KIRIBATI, KUWAIT, LAOS, LESOTO, LÍBANO, LIBERIA, LIBIA, MADAGASCAR, MALAWI, MALDIVAS, MALI, MARIANAS DEL NORTE (ISLAS), MARRUECOS, MARSHALL (ISLAS), MAURITANIA, MICRONESIA, MOLDOVA, MONGOLIA, MONTENEGRO, MOZAMBIQUE, NAMIBIA, NAURU, NEPAL, NÍGER, NIGERIA, OMÁN, PAKISTÁN, PALAU, PAPUA N. GUINEA, PERÚ, QATAR, REP. CENTROAFRICANA, REP. DEM. DEL CONGO, REP. DOMINICANA, RUSIA, RWANDA, SALOMÓN (ISLAS), SAMOA, S. VICENTE Y GRANADINAS, SANTA LUCÍA, STO. TOMÉ PRÍNCIPE, SENEGAL, SERBIA, SIERRA LEONA, SIRIA, SOMALIA, SRI LANKA, SUDÁFRICA, SUDÁN, SURINAME, SWAZILANDIA, TAILANDIA, TANZANIA, TAYIKISTÁN, TIMOR ORIENTAL, TOGO, TONGA, TRINIDAD TOBAGO, TÚNEZ, TURKMENISTÁN, TURQUÍA, TUVALU, UCRANIA, UGANDA, UZBEKISTÁN, VANUATU, VIETNAM, YEMEN, ZAMBIA, ZIMBABWE. B) ENTIDADES Y AUTORIDADES TERRITORIALES NO RECONOCIDAS COMO ESTADOS POR AL MENOS UN ESTADO MIEMBRO: TAIWÁN, AUTORIDAD PALESTINA. C) CIUDADANOS BRITANICOS QUE NO TIENEN LA CONDICIÓN DE NACIONALES DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE EN EL SENTIDO DEL DERECHO COMUNITARIO: British Overseas Territories Citizens (ciudadanos de los territorios británicos de ultramar) que no tienen el derecho a residir en el Reino Unido. British Overseas Citizens (ciudadanos británicos de ultramar). British Subjects (Súbditos británicos) que no tienen el derecho a residir en el Reino Unido. British Protected Persons (personas bajo protección británica).

II. Lista común de terceros países a cuyos nacionales no se exige visado en los Estados miembros sujetos al Reglamento (CE) n.º 539/2001, modificado por el Reglamento (CE) n.º 2414/2001, por el Reglamento (CE) n.º 453/2003 y por el Reglamento (CE) n.º 1932/2006. A) ESTADOS: ANDORRA, ANTIGUA Y BARBUDA (1), ARGENTINA, AUSTRALIA, BAHAMAS (1), BARBADOS (1), BRASIL, BRUNEI DARUSSALAM, CANADÁ, CHILE, COREA DEL SUR, COSTA RICA, CROACIA, EL SALVADOR, ESTADOS UNIDOS, GUATEMALA, HONDURAS, ISRAEL, JAPÓN, MALASIA, MAURICIO (1), MÉXICO, MÓNACO, NICARAGUA, NUEVA ZELANDA, PANAMÁ, PARAGUAY, SAN CRISTÓBAL Y NIEVES (1), SAN MARINO, SANTA SEDE, SEYCHELLES (1), SINGAPUR, URUGUAY, VENEZUELA. (1) Estarán exentos de visado a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de exención de visado celebrado por la Unión Europea con dicho Estado. B) REGIONES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES DE LA REPÚBLICA POPULAR DE CHINA: Región Administrativa Especial de HONG-KONG (La exención de la obligación de visado únicamente se aplica a los poseedores del pasaporte “Hong Kong Special Administrative Region”), Región Administrativa Especial de MACAO (La exención de la obligación de visado únicamente se aplica a los poseedores del pasaporte “Região Administrativa Especial de Macau”). C) CIUDADANOS

Para estancias de hasta tres meses en un periodo de seis o para tránsitos de menos de cinco días, no necesitarán visado las extranjeras y los extranjeros que tengan la condición de refugiados y estén documentados como tales por un país signatario del Acuerdo Europeo núm. 31, de 20 de abril de 1959, relativo a la exención de visado para refugiados; los miembros de las tripulaciones de barcos de pasaje y comerciales extranjeros, cuando se hallen documentados con un documento de identidad para la gente del mar en vigor y sólo durante la escala del barco o cuando se encuentre en tránsito para embarcar a otro país; los miembros de las tripulaciones de aviones comerciales extranjeros que estén documentados como tales mediante la tarjeta de miembro de la tripulación durante la escala de su aeronave o entre dos escalas de vuelos regulares consecutivos de la misma compañía aérea a que pertenezca la aeronave; las extranjeras y los extranjeros titulares de un permiso de residencia, una autorización provisional de residencia o una tarjeta de acreditación diplomática, expedidos por las autoridades de otro Estado con el que España haya suscrito un acuerdo internacional que contemple esta posibilidad; y, por último, las y los titulares de una tarjeta de identidad de extranjero, de una tarjeta de estudiante, de una tarjeta de acreditación diplomática, de una autorización de regreso o de una tarjeta de trabajador transfronterizo respecto a la entrada en el territorio español que forma frontera con el país del trabajador o trabajadora, siempre que las autorizaciones que acreditan dichos documentos hayan sido expedidas por las autoridades españolas y estén vigentes en el momento de solicitar la entrada.

2. Clasificación de los visados

El artículo 25 bis de la LOE, introducido por la citada Ley Orgánica 14/2003, ha elevado a rango de ley la clasificación de las modalidades de visado. Ésta es la siguiente:

– Visados de tránsito, que pueden ser de tránsito aeroportuario y habilitan a la extranjera o al extranjero a transitar por la zona internacional de tránsito de un aeropuerto español, sin acceder al territorio nacional, durante escalas o enlaces de la navegación o el vuelo, o de tránsito territorial, y que habilitan para atravesar el territorio español en viaje, de duración no superior a cinco días, desde un Estado tercero a otro que admita a dicha persona. Son los denominados tipos A y B, respectivamente, los cuales podrán ser concedidos como colectivos a favor de un grupo de extranjeros, no inferior a cinco ni superior a cincuenta, participantes de un viaje organizado, siempre que la entrada y la salida la realicen dentro del grupo²⁹.

BRITÁNICOS QUE NO TIENEN LA CONDICIÓN DE NACIONALES DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE EN EL SENTIDO DEL DERECHO COMUNITARIO: British Nationals (Overseas) [nacionales británicos (ultramar)].

Listas actualizadas el 19 de enero de 2.007.

²⁹ Marruecos no se encuentra entre los Estados a cuyos nacionales España exige visado de tránsito. Para acceder o permanecer a/en la sala de tránsito internacional necesitan estar provistos de este visado los nacionales y titulares de pasaportes de refugiados o apátridas expedidos por algunos de los Estados siguientes: AFGANISTÁN, ANGOLA, BANGLADESH, COSTA DE MARFIL, CUBA, ERITREA, ETIOPÍA, GHANA, GUINEA BISSAU, INDIA, IRAK, IRÁN, LIBERIA, MALÍ, NIGERIA, PAKISTÁN, REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO, SIERRA LEONA, SOMALIA, SRI LANKA, TOGO. Se exceptúan titulares de pasaporte diplomático, oficial o de servicio y titulares de un permiso de residencia en un país del Espacio Económico Europeo, Andorra, Canadá, EE.UU., Japón, Mónaco, San Marino y Suiza.

- Visados de estancia, que habilitan para una estancia ininterrumpida o estancias sucesivas por un periodo o suma de periodos cuya duración total no exceda de tres meses por semestre a partir de la fecha de la primera entrada (denominados de tipo C). Pueden ser: a) Visado para estancia de corta duración, habilitando a la extranjera o al extranjero para solicitar una estancia hasta un máximo de tres meses con una, dos o varias entradas. Excepcionalmente, para estancias no superiores a treinta días, puede ser concedido como colectivo a favor de un grupo de extranjeros participantes de un viaje, organizado social o institucionalmente. El número no será inferior a cinco ni superior a cincuenta y la entrada, estancia y salida deberá realizarse siempre dentro del grupo con, al menos, un responsable, que deberá ir provisto de pasaporte personal y, si fuera preceptivo, de visado individual. Caducará por el transcurso de la estancia concedida, cuando ésta se agote dentro del periodo de vigencia del visado o del número de entradas autorizado; y b) Visado de estancia múltiple, habilitando al extranjero a múltiples estancias, cuya suma no podrá exceder de noventa días por semestre, durante un año. Excepcionalmente podrá ser expedido para un periodo de varios años.
- Visados de residencia, que habilitan a residir en España sin ejercer actividad laboral o profesional. En este tipo de visado deberemos incluir los visados para reagrupación familiar.
- Visados de trabajo y residencia, que habilitan para ejercer una actividad laboral o profesional, por cuenta ajena o propia y para residir.
- Visados de estudios, que habilitan a permanecer en España para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación. La LOE, tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 14/2003, lo clasifica como un tipo de visado independiente, cuando anteriormente se consideraba un simple visado de estancia con ciertas peculiaridades.

3. Procedimiento

Respecto a la solicitud, procedimiento y expedición de los distintos tipos de visado, el artículo 27 de la LOE se limita a recordar que se solicitan y expiden en las misiones diplomáticas y oficinas consulares de España, remitiendo a la norma reglamentaria la regulación del procedimiento de concesión y expedición, “conforme a lo previsto en la disposición adicional undécima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”³⁰. Por su parte, el Reg.LOE no establece un único procedimiento aplicable a la concesión de los distintos tipos de visado, sino que, dependiendo de la situación que se trate (tránsito, estancia, residencia no lucrativa, residencia y trabajo por cuenta ajena, residencia y trabajo por cuenta propia o realización de estudios), incorpora alguna norma distinta en la ordenación e instrucción del procedimiento. Por ello, nos remitimos a los correspondientes apartados y comentarios, en los que se expondrán con detenimiento sus particularidades.

No obstante, es cierto que en su Disposición Adicional sexta, bajo el título “Procedimiento en materia de visados”, el Reg.LOE contiene algunas normas comunes que enumeramos a continuación:

³⁰ Esta disposición, en la redacción dada por Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 12, de 14 de enero de 1999), remite a la normativa específica de extranjería, incidiendo en que ésta se ha de adecuar a los compromisos internacionales asumidos por España, así como a los Convenios de Schengen y a las disposiciones que los desarrollen.

- La misión diplomática u oficina consular receptora de la solicitud de visado está obligada a facilitar copia sellada de ésta o acuse de recibo.
- La oficina consular y el solicitante pueden convenir el domicilio y el medio para efectuar los requerimientos, citaciones de comparecencia y notificaciones. Se admiten las citaciones y requerimientos a través de teléfono o telefax de contacto, y, si efectuadas por escrito no se han podido practicar, se procederá a su notificación mediante anuncio en el tablón de la propia oficina, pudiendo tener por desistido al solicitante de resultar desatendidos en su plazo los requerimientos o citaciones.
- La oficina consular puede requerir cuantos informes resulten necesarios para resolver la solicitud.
- Las resoluciones denegatorias han de ser notificadas con información de las normas que en derecho las fundamentan. Sólo las denegaciones de visados de residencia para reagrupación familiar y de residencia y trabajo por cuenta ajena, han de ser motivadas.
- Si el extranjero tiene prohibida la entrada como consecuencia de su inclusión en la lista de personas no admisibles y, por tanto, la resolución es denegatoria, sin perjuicio de la eficacia de ésta y con independencia de la interposición de recurso contra ella, el interesado puede encauzar a través de la oficina consular solicitud de acceso a sus datos o solicitar su rectificación o supresión de los mismos en el Sistema de Información de Schengen.

IV. LA AUTORIZACIÓN DE REGRESO

Se trata de un supuesto especial de autorización de la entrada en España que podrá expedirse a la extranjera o al extranjero cuya autorización de residencia o de estancia hubiera perdido vigencia. Será necesario para su concesión que la o el solicitante haya *“iniciado los trámites de renovación del título que le habilita para permanecer en España dentro del plazo legal fijado al efecto”*³¹. En definitiva, se trata de facilitar la entrada a aquellas extranjeras y extranjeros residentes regularmente en España (incluidos estudiantes, aunque su situación no sea la de residencia sino la de estancia), que han de salir del país cuando se encuentra en tramitación su solicitud de renovación de la autorización de residencia o estancia. Reglamentos anteriores exigían para su concesión la concurrencia de circunstancias excepcionales, requisito que ha desaparecido en la actualidad. Cuando se alegue como motivo del viaje una situación de necesidad, la autorización de regreso se tramitará con carácter preferente.

La autorización de regreso, que le permite la salida y posterior retorno a España dentro de un plazo no superior a noventa días, se concede por la autoridad gubernativa que conoce de la renovación del título que le autoriza a permanecer en España en situación de estancia o residencia, previa petición de la interesada o interesado, y se expide en documento normalizado,

Se admite la autorización de regreso, siempre que se acredite que el viaje responde a una situación de necesidad y concurren razones excepcionales, cuando se trata de una solicitud inicial de autorización de residencia o de autorización de estancia por estudios, una vez dictada la resolución favorable y en trámite la expedición de la tarjeta de identidad de extranjero o la tarjeta de estudiante.

³¹ Art. 18.6 Reg.LOE.

Desde siempre, y especialmente tras la entrada en vigor de la citada Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se discute la posibilidad de presentar la solicitud de autorización de regreso a través de tercera persona mediante fórmulas de representación voluntaria. En no pocas ocasiones han sido inadmitidas a trámite solicitudes formuladas mediante poder de representación otorgado al efecto. Sin embargo, el estudio de la LOE y su Reglamento nos conduce a la evidencia de que no existe cobertura legal para exigir la comparecencia personal y la inexistencia de base jurídica para impedir que las solicitudes de autorización de regreso puedan presentarse por medio de representante debidamente acreditado mediante acto jurídico u otorgamiento específico que deje constancia fidedigna, cuando éstas estén vinculadas a la renovación de un título que habilita a permanecer en España en la situación de residencia o de estancia por estudios. Sólo en los casos de que se trate de una solicitud inicial de residencia o estancia por estudios, una vez dictada la resolución favorable, cabe exigir la presentación personal.

En cambio, la Administración viene exigiendo que la entrega del documento que acredita la concesión de la autorización de regreso solicitada, se realice personalmente a la interesada o interesado, previa acreditación de su identidad, salvo minoría de edad o incapacidad, en cuyo caso la recogerá el representante legal, o concurrencia de una imposibilidad acreditada de comparecencia personal por enfermedad o impedimento físico transitorio, acreditados mediante certificado médico o informe hospitalario, supuesto éste en el cual deberá acudir al poder notarial.

Independientemente de la figura de la autorización de regreso, viene siendo habitual que, en determinados periodos (navidad y vacaciones estivales), la Comisaría General de Extranjería y Documentación se dirija a los distintos puestos fronterizos terrestres y marítimos comunicando que, excepcionalmente, durante unas determinadas fechas o un concreto periodo de tiempo, se podrá autorizar la entrada a las extranjeras y extranjeros que se presenten acompañando pasaporte o documento de viaje en vigor, autorización de residencia o de estancia por estudios caducada y solicitud de renovación. Si el viaje se realiza por vía aérea será necesario, en todo caso, la autorización de regreso, a fin de evitar que las compañías aéreas se nieguen a transportarlos. Esta medida excepcional, que viene siendo confirmada por la Dirección General de Inmigración, se adopta ante el notable incremento en determinadas fechas de las solicitudes de autorización de regreso, lo que a veces puede suponer una dificultad más en la tramitación de otras autorizaciones, y con el fin de optimizar los recursos disponibles por las unidades y oficinas de extranjería.

Esta posibilidad de que en determinadas fechas no se exija por los funcionarios responsables del control de entrada en el puesto fronterizo la autorización de regreso, tiene especial incidencia en inmigrantes marroquíes y estudiantes de esta nacionalidad, puesto que, además de la cercanía y la frecuencia de las entradas y salidas, habitualmente el regreso desde su país de origen se produce a través de puestos fronterizos marítimos.

V. DENEGACIÓN DE LA ENTRADA

El derecho a entrar en España sólo se reconoce constitucionalmente a los españoles y no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros y las extranjeras (sí los ciudadanos y ciudadanas comunitarias), lo cual no significa que el

derecho del o de la nacional de un tercer Estado a entrar en nuestro país conforme a lo regulado por la Ley carezca de protección. De ahí que el párrafo 2º del artículo 26 de la LOE disponga que: *“A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponerse contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo”*.

Este precepto hemos de ponerlo en relación con lo dispuesto en el actual artículo 60 del propio texto legal, el cual contempla el retorno de las extranjeras y los extranjeros a los que en frontera no se les permite el ingreso en territorio español. Nos encontramos ante la adopción de dos decisiones, la denegación de la entrada o rechazo en frontera y, como consecuencia de ésta, la resolución por la que se acuerda el retorno a su punto de origen. Ninguna de ellas tiene carácter sancionador. La extranjera o el extranjero ha de ser informado de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser incluso de oficio, y de intérprete, si ello resulta necesario. Con estas garantías contará desde el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo, o, como dispone el artículo 156 del Reg.LOE, *“a partir del momento en que se dicte el acuerdo de iniciación del procedimiento”*. La detención de la extranjera o del extranjero a efectos de retorno se comunicará a la embajada o consulado de su país.

A la mujer marroquí a la que se le deniegue el acceso al territorio nacional, mediante resolución motivada y notificada, en la que se exprese concretamente la causa por la que se deniega la entrada, se le estampará en el pasaporte un sello de entrada tachado con una cruz de tinta indeleble negra y deberá permanecer en las instalaciones destinadas al efecto en el puesto fronterizo hasta que, con la mayor brevedad posible, retorne al lugar de procedencia o continúe viaje hacia otro país donde sea admitida. Durante este tiempo, todos los gastos de mantenimiento que se ocasionen serán a cargo de la compañía o transportista.

El retorno se ha de ejecutar de forma inmediata y dentro del plazo de 72 horas desde que se hubiese acordado. Si no pudiera ejecutarse en este plazo, la autoridad gubernativa o, por delegación de ésta, el responsable del puesto fronterizo habilitado, se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde haya de ser internado la extranjera o extranjero hasta el momento en que se efectúe el retorno. Este lugar de internamiento no tendrá carácter penitenciario y deberá estar dotado de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Las extranjeras y los extranjeros internos estarán privados únicamente de su derecho ambulatorio y se encontrarán en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación con la situación de las personas internadas.

La resolución de retorno no agota la vía administrativa y, por tanto, será recurrible en alzada. Dado que es previsible que el retorno sea ejecutado de manera inmediata, la extranjera o el extranjero podrá interponer el correspondiente recurso a través de las representaciones diplomáticas o consulares españolas, quienes lo remitirán al organismo competente. Sobre los transportistas y empresas de transporte de viajeros pesan una serie de obligaciones y responsabilidades³². A fin de evitar rechazos en el puesto fronterizo,

³² Véase Resolución de 14 de febrero de 2007, por la que se dispone la publicación de la Resolución de los Secretarios de Estado, de Seguridad, del Ministerio del Interior, y de Inmigración y Emigración, del

el transportista, en el momento del embarque, fuera del territorio de los países en los que esté en vigor el CAAS, como es el caso de Marruecos, debe adoptar las medidas necesarias y realizar las oportunas comprobaciones en orden a garantizar que todos los pasajeros cumplen los requisitos necesarios para acceder al territorio español, y si no disponen de la documentación necesaria, no deberán ser admitidos a bordo del vehículo o medio de transporte. Incluso, “*si hubiera iniciado la marcha, deberá abandonarlo en la parada o lugar adecuado más próximos en el sentido de la marcha fuera de los países en los que está en vigor el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen*”³³. La empresa de transportes que hubiere traído a la frontera a la extranjera o extranjero rechazado por los funcionarios competentes del control, tiene la obligación de hacerse cargo de la persona extranjera inmediatamente y serán a cuenta de ella todos los gastos que se deriven del transporte para ejecutar el retorno, que será realizado directamente por aquélla o por medio de otra empresa de transporte con dirección al tercer Estado de procedencia, al Estado que hubiere expedido el documento de viaje, o a cualquier otro donde se garantice su admisión.

No es de extrañar, pues, que el artículo 54.2 de la LOE tipifique como infracciones muy graves: “*a) El incumplimiento de las obligaciones previstas para los transportistas en el artículo 66, apartados 1 y 2; b) El transporte de extranjeros por vía aérea, marítima o terrestre, hasta el territorio español, por los sujetos responsables del transporte, sin que hubieran comprobado la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, el correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los citados extranjeros; y c) El incumplimiento de la obligación que tienen los transportistas de hacerse cargo sin pérdida de tiempo del extranjero transportado que, por deficiencias en la documentación antes citada, no haya sido autorizado a entrar en España, así como del extranjero transportado en tránsito que no haya sido trasladado a su país de destino o que hubiera sido devuelto por las autoridades de éste, al no autorizarle la entrada.*”

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA, JUNCO, A.P., ALONSO-OLEA GARCÍA, B., MARTÍN DÉGANO, I. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: *Inmigración y Extranjería: Régimen jurídico básico*, Madrid, Colex. 2007.
- BENEYTO CALABUIG, D.: *Los trabajadores extranjeros. Análisis y comentario del nuevo reglamento de Extranjería de 30 de diciembre de 2004*, Madrid, 2005.
- DURÁN RUIZ, FRANCISCO, J.: “Artículo 25. Requisitos para la entrada en territorio español”, en C. ESPLUGUES MOTA, C. y ACÁRRAGA MONZONÍS, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F.: “Artículo 25 bis. Tipos de visados”, en C. ESPLUGUES MOTA, C. y ACÁRRAGA MONZONÍS, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se determinan las rutas sobre las que se establecen obligaciones de información por parte de las compañías, empresas de transporte o transportistas (BOE núm. 42, de 17 de febrero de 2007).

³³ Art. 14 Reg.LOE.

- MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L.: “El nuevo Reglamento de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Principales novedades”, *Actualidad Administrativa*, 2005 (6).
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE C.: *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería e Integración Social*, Granada, Comares, 2001.
- MOYA ESCUDERO, M. (coord.): *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, Comares, 2001.
- MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA. R.: *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid, La Ley, 2003.
- SAGARRA TRÍAS. E.: *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2002.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A. (coord.): *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España*, Murcia, Diego Marín, 2005.
- TRINIDAD GARCÍA, G. y MOLINA NAVARRETE, D.: *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Valladolid, Lex Nova, 2005.

2. LAS SITUACIONES DE LA MUJER MARROQUÍ EN ESPAÑA

Sergio Heredia Fernández**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL TRÁNSITO. III. LA SITUACIÓN DE ESTANCIA. 1. Prórroga de la estancia. 2. La estudiante marroquí. A) El visado de estudios. B) La autorización de estancia y su renovación. C) Familiares de los estudiantes e investigadores. D) Trabajo y régimen especial de los estudios de especialización en el ámbito sanitario. **IV. LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA. 1. Residencia temporal.** A) La denominada residencia no lucrativa y su renovación. B) Residencia temporal por circunstancias excepcionales. a) Razones de arraigo. b) Razones de protección internacional. c) Razones humanitarias. Especial referencia a la mujer víctima de violencia de género en el ámbito doméstico. d) Colaboración y razones de interés público o seguridad nacional. e) Procedimiento. **2. Residencia permanente. 3. Extinción de la residencia. V. BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 29 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre (en adelante LOE), se limita, en su primer párrafo, a enunciar el tradicional esquema de las dos situaciones en las que extranjeras y extranjeros pueden encontrarse, de forma regular, en nuestro país: la estancia y la residencia.

A tal afirmación conviene realizar tres puntualizaciones. En primer lugar, la LOE parece olvidar una tercera situación de legalidad que ella misma contempla. Entre los tipos de visado previstos en su artículo 25 bis, se encuentra el visado de tránsito, que habilita a transitar por la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español o a atravesar el territorio español y, consecuentemente, la persona que entra en nuestro país provista de este visado se encontrará, durante su permanencia, en situación de tránsito. Y ello es así, además, porque el Reglamento de la LOE, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (en adelante Reg.LOE), incluso define esta situación en su artículo 21, tal y como veremos a continuación. Por otra parte, la denominada situación de residencia legal presenta dos tipos claramente diferenciados: la residencia temporal y la residencia permanente. La propia LOE, en redacciones anteriores, distinguía tres situaciones: estancia, residencia temporal y residencia permanente. Como veremos, existen suficientes diferencias en cuanto al acceso, efectos y causas de extinción entre la residencia temporal y la residencia permanente, para considerar que se trata de situaciones claramente distintas.

** Jefe de Servicio de Asuntos Jurídicos de la Subdelegación del Gobierno en Granada

Pero, y es nuestra tercera puntualización, también olvida la LOE que la extranjera o el extranjero, en nuestro caso la mujer marroquí, puede encontrarse efectivamente residiendo en nuestro país, en su más amplio sentido, y no hallarse en ninguna de las tres situaciones citadas. Nos referimos a las personas que, en un momento determinado, se encuentran en situación irregular. Los distintos procesos de regularización que periódicamente se han desarrollado en España han puesto de manifiesto la existencia de un importante volumen de inmigrantes en esta situación, muy superior a cualquier valoración previa¹. No es el objeto de este comentario el estudio de las causas por las que esto es así, la problemática social que ello plantea, ni las “soluciones”; no obstante, sin olvidar el hecho de que constituye infracción grave, sancionable incluso con la expulsión, encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización sin haber solicitado su renovación², expondremos las vías o posibilidades existentes en nuestra legislación para que la mujer marroquí que permanece en nuestro país de forma irregular, en el supuesto de reunir los requisitos y condiciones exigidas, pueda obtener una autorización que le permita residir legalmente, y trabajar en su caso. Nos referimos a la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, que nos permitirá “legalizar” estas situaciones sin que sea exigible el visado. Es de advertir, en contra de una popular creencia, que no siempre la situación actual de irregularidad, en la que pudiera encontrarse una ciudadana o un ciudadano marroquí que se halle en España, deriva de una entrada incorrecta. Todo lo contrario, lo habitual es que tras una entrada regular (cumpliendo los requisitos, a través de puesto fronterizo y provista del preceptivo visado, en su caso), para un periodo de estancia limitado, no se produzca la salida y, en consecuencia, desaparecen las condiciones de legalidad y nace la nueva situación que puede calificarse de irregular. O, simplemente, que tras un periodo de estancia como estudiante o de residencia, debidamente documentada, la autorización no haya sido renovada y, sin embargo, esta persona continúa en territorio nacional.

Las situaciones “legales” en las que se pueden encontrar las extranjeras y los extranjeros (tránsito, estancia, residencia temporal o residencia permanente) podrán acreditarse, según corresponda, mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite la identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero. Como afirma un

¹ A lo largo de 2005 se produjo un importante incremento en el número de ciudadanas y ciudadanos extranjeros residentes en España con documentación en vigor. Dicho incremento se debió, principalmente, al proceso de normalización previsto en la Disposición Transitoria 3ª del Reg.LOE. A fecha 31 de diciembre de 2005 contaban con autorización de residencia en España 2.738.932 (326.831 en Andalucía, siendo la nacionalidad más numerosa Marruecos con el 22,22%), de los cuales 561.241 eran trabajadoras y trabajadores por cuenta ajena que habían obtenido su documentación a través del proceso extraordinario de normalización. Esta cifra de personas con autorización de residencia en vigor en base al proceso de normalización, representa el 73,69% del incremento en el número de extranjeros en situación regular a lo largo de 2005. Asimismo, cabe indicar que del total de extranjeros con autorización para residir en España en dicha fecha, el 20,49% obtuvieron la documentación en esta regularización. Datos elaborados por el Observatorio Permanente de la Inmigración. Boletín Estadístico de Extranjería e Inmigración. Enero 2006. Ello nos da idea del importante número de personas sin autorización para permanecer en España en 2005, y no pensamos que dos años o tres después la situación sea distinta.

² Art. 53, apartado a), Reg.LOE.

sector de la doctrina³, el tipo de documento que ampare la permanencia en nuestro país de una extranjera o un extranjero dependerá de cual sea la clase de ésta.

En nuestra exposición trataremos de referirnos a las particularidades que pudieran afectar especialmente a la mujer marroquí, tanto por su condición de mujer como por su nacionalidad, aunque deberemos tener en cuenta que nuestra legislación de extranjería no contempla, ni negativa ni positivamente, discriminación o distinción alguna por razón de sexo, salvo en su referencia a la mujer embarazada.

II. EL TRÁNSITO

El artículo 21 del Reg.LOE define la situación de tránsito como aquella en la que se encuentran las extranjeras y los extranjeros habilitados para atravesar el Espacio Schengen⁴ en viaje desde un tercer Estado hacia otro Estado que admita a estas personas, o para permanecer en la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español, sin acceder al territorio nacional, durante las escalas o enlaces de vuelos. Las y los nacionales de determinados Estados, entre los que no se encuentra Marruecos, precisan para la realización del tránsito en España, tanto territorial como aeroportuario, la previa obtención del correspondiente visado. Concretamente, para acceder o permanecer a/en la sala de tránsito internacional, necesitan estar provistos de este visado las y los nacionales y titulares de pasaportes de refugiados o apátridas expedidos por de los Estados siguientes: AFGANISTÁN, ANGOLA, BANGLADESH, COSTA DE MARFIL, CUBA, ERITREA, ETIOPÍA, GHANA, GUINEA BISSAU, INDIA, IRAK, IRÁN, LIBERIA, MALÍ, NIGERIA, PAKISTÁN, REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO, SIERRA LEONA, SOMALIA, SRI LANKA, TOGO. Se exceptúan los titulares de pasaporte diplomático, oficial o de servicio y titulares de un permiso o autorización de residencia en un país de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo, Andorra, Canadá, EE.UU., Japón, Mónaco, San Marino y Suiza.

Los visados de tránsito pueden permitir uno, dos o, con carácter excepcional, varios tránsitos, y pueden ser concedidos como visados colectivos a favor de un grupo no inferior a cinco ni superior a cincuenta, participantes en un viaje organizado, siempre que la entrada y salida la realicen dentro del grupo. Se clasifican de la siguiente manera:

- a) Visado de tránsito territorial: habilita para atravesar el territorio español en viaje, de duración no superior a cinco días, desde un Estado tercero a otro que admita a su titular.
- b) Visado de tránsito aeroportuario: habilita a la persona específica sometida a esta exigencia a permanecer en la zona de tránsito internacional de un aeropuerto, sin acceder al territorio español, durante escalas o enlaces de vuelos.

³ LORENZO SEGRELLES, J.M, “Art. 29. Enumeración de las situaciones”, en ESPLUGUES MOTA, C. y AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (coords.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 759-764.

⁴ Ver comentario precedente “LA ENTRADA DE LA MUJER MARROQUÍ EN ESPAÑA. I. INTRODUCCIÓN: ESPECIAL REFERENCIA AL ACUERDO SCHENGEN”. La incorporación de España se realizó mediante Protocolo de adhesión suscrito el 25 de junio de 1991, e Instrumento de 23 de julio de 1993, de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio Schengen de 14 de junio de 1985 –en adelante CAAS– (BOE núm. 81, de 3 de abril de 1994).

La solicitud de visado se presentará en la misión diplomática u oficina consular española en cuya demarcación resida la extranjera o el extranjero⁵, acompañando los documentos que acrediten los siguientes extremos:

- a) Las condiciones del tránsito.
- b) La disposición de medios de subsistencia en el periodo que se solicita.
- c) Las garantías de admisión en el país de destino.
- d) El periodo de vigencia del pasaporte.
- e) El seguro médico.
- f) Si la o el solicitante es menor, autorización para viajar de quien ejerza la patria potestad o la tutela.

Igualmente, se podrá requerir, con carácter complementario, la documentación relativa: a) la residencia en el lugar de la solicitud, así como los vínculos y arraigos en el lugar de residencia, y b) la situación profesional y socioeconómica de la o del solicitante.

En la tramitación del procedimiento se puede requerir la comparecencia del solicitante y mantener una entrevista personal, entendiéndose que si transcurren más de quince días desde la notificación del requerimiento sin que comparezca, desiste de su solicitud y, por tanto, se produce el archivo del procedimiento.

Si el visado es concedido, la extranjera o el extranjero deberá recogerlo personalmente o mediante representante debidamente acreditado, en el plazo máximo de un mes. Si no se efectúa la recogida en este plazo, se entenderá que renuncia al visado y se archivará el expediente. En el supuesto de resolución denegatoria, ésta se notificará con expresión de los recursos que contra ella proceden, plazo y órgano ante el que pueden interponerse.

Distinta es la posibilidad prevista en el artículo 24 del Reg.LOE de que, en supuestos excepcionales debidamente acreditados o por encomienda del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, los responsables de los servicios policiales a cargo del control de entrada de personas en territorio español puedan expedir en frontera autorizaciones de tránsito o visados⁶.

III. LA SITUACIÓN DE ESTANCIA

Se entiende por estancia aquella situación en la que se halla una extranjera o un extranjero que, no siendo titular de una autorización de residencia, se encuentra autorizado para permanecer en España por un periodo ininterrumpido o suma de periodos sucesivos cuya duración total, en principio, no exceda de noventa días por semestre a partir de la fecha de la primera entrada⁷.

⁵ No obstante, de conformidad con la normativa de la Unión Europea, los consulados españoles podrán expedir visados de tránsito en representación de otro país. Asimismo, las misiones diplomáticas u oficinas consulares de otro Estado parte podrán expedir visados uniformes de tránsito por el territorio español (párrafo 2º del art. 22.1 Reg.LOE).

⁶ Véase la Resolución de 4 de junio de 1998 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación del Acuerdo entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y el Ministerio del Interior sobre encomienda de gestión para la expedición de visados en frontera (BOE núm. 139, de 11 de junio).

⁷ Art. 30.1 LOE y art. 25.1 Reg.LOE.

La autorización de estancia es autorizada a través del correspondiente visado de estancia, salvo en los casos en que éste no se exija, o en su caso, como veremos a continuación, a través de la resolución de concesión de prórroga de la estancia⁸. En los supuestos en que se exija visado, la estancia deberá realizarse dentro del periodo de validez del mismo. Recordemos que los ciudadanos y las ciudadanas marroquíes precisan visado de estancia para permanecer en España en esta situación.

Es pues obligado referirnos al visado de estancia y al procedimiento para su obtención. Ya se expuso en el comentario anterior “LA ENTRADA DE LA MUJER MARROQUÍ EN ESPAÑA. III. EL VISADO. 3. Clasificación de los visados”, los dos subtipos de visados de estancia: visado de estancia de corta duración y visado de estancia múltiple. Por ello, pasamos directamente al análisis de los artículos 27 y 28 del Reg.LOE, donde, con detalles, se establecen el procedimiento de concesión y, en su caso, los efectos de la resolución denegatoria; y ello sin olvidar las normas comunes de procedimiento y resolución⁹.

La solicitud se presentará en modelo oficial, personalmente o mediante representante debidamente acreditado, ante la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida la mujer marroquí¹⁰. Sólo excepcionalmente, si media causa que lo justifique, podrá presentarse la solicitud en otro consulado español. Ello se entiende sin perjuicio de que, por la aplicación de acuerdos sobre régimen común de visados, los consulados españoles puedan expedir visados en representación de otro país y viceversa, que oficinas consulares de otro Estado parte puedan expedir visados uniformes de estancia válidos para el territorio español y en representación de España. Asimismo, como excepción y al igual que en el caso de los visados de tránsito, se admite la expedición de visados de estancia por los responsables de los servicios policiales del Ministerio del Interior a cargo del control de entrada de personas en territorio nacional.

Las solicitudes deberán acompañarse de los documentos que acrediten:

- a) La vigencia del pasaporte o documento de viaje durante la totalidad del periodo para el que se solicita la estancia.
- b) El objeto del viaje y las condiciones de la estancia prevista.
- c) La disposición de medios económicos de subsistencia suficientes para el periodo que se solicita.
- d) Un seguro médico que cubra, durante todo el periodo de su estancia y en la totalidad de los Estados que aplican los acuerdos internacionales de supresión de controles fronterizos en los que España sea parte, los gastos médicos y la repatriación asociados a un accidente o a una enfermedad repentina.
- e) La disposición de alojamiento en España durante la estancia¹¹.

⁸ En este punto nos remitimos a nuestro anterior comentario “LA ENTRADA EN ESPAÑA DE LA MUJER MARROQUÍ. III EL VISADO. 1. Concepto y exigencia de visado”. En él se enumeran, de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, y sus sucesivas modificaciones, la lista de países cuyos nacionales están exentos de la obligación de visado de estancia y la lista de los que están sometidos a dicha obligación.

⁹ D.D.A.A. 5ª y 6ª Reg.LOE, comentadas en “LA ENTRADA EN ESPAÑA DE LA MUJER MARROQUÍ. III. EL VISADO. 3. Procedimiento”.

¹⁰ En el caso de la mujer marroquí, si reside habitualmente en su país de origen, puede dirigirse, según corresponda, a los Consulados de España en Casablanca, Nador, Rabat, Tánger, Tetuán o Agadir.

¹¹ Al objeto de acreditar este extremo podrá aportarse carta de invitación de ciudadano español o extran-

Con carácter complementario podrán requerirse los documentos que acrediten: a) la residencia en el lugar de la solicitud, así como los vínculos o arraigo en el país de residencia; b) la situación profesional y socioeconómica; y c) el cumplimiento de los plazos de retorno en el caso de visados concedidos con anterioridad.

La misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia de la mujer marroquí y mantener una entrevista para comprobar la identidad, la validez de la documentación aportada, la regularidad de la permanencia en el país de residencia, el motivo, itinerario y duración del viaje y las garantías de retorno, así como la verificación de éste en plazo en el caso de visados concedidos con anterioridad. Si no comparece en el plazo fijado, que no podrá ser superior a quince días, se considerará a la interesada o interesado desiste en su petición. Si se concede el visado, deberá recogerlo personalmente o mediante representante debidamente acreditado, en el plazo de un mes desde su notificación, aportándose en ese momento el pasaporte o la documentación de viaje de que sea titular. En todo caso, la vigencia del visado será inferior a la del pasaporte, título o documento de viaje sobre el que se expida. De no efectuarse la recogida en el mencionado plazo, se producirá el archivo del procedimiento.

En el supuesto de resolución denegatoria por incumplimiento de alguno de los requisitos, incluido el de figurar como persona no admisible¹², aquélla se notificará con expresión del recurso que proceda, el órgano ante el que hubiera de plantearse y el plazo de interposición.

La mujer marroquí, una vez que se le ha expedido el visado sobre el pasaporte, título o documento de viaje, debe efectuar su entrada en España, dentro del periodo de validez del visado y a través, por supuesto, de puesto fronterizo habilitado. Desde ese momento comenzará a disfrutar del periodo de estancia legal durante el número de días que figure consignado (noventa como máximo) en la etiqueta de visado y con el límite del periodo de validez que, igualmente, figura en el propio visado. Antes de agotar el periodo legal de estancia deberá retornar a su país de origen, salvo solicitud en plazo de prórroga de la estancia.

jero residente legal, obtenida conforme a lo dispuesto en la Orden/PRE/1283/2007, de 10 de mayo (*BOE* núm. 113, de 11 de mayo de 2007), por la que se establecen los términos y requisitos para la expedición de la carta de invitación de particulares a favor de extranjeros que pretendan acceder a territorio nacional por motivos de carácter turístico o privado. Véase el comentario precedente, “LA ENTRADA DE LA MUJER MARROQUÍ EN ESPAÑA. II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ENTRADA. 3. Justificación del objeto y condiciones de la estancia”. En ningún caso, la carta de invitación sule la acreditación por el extranjero de los demás requisitos exigidos.

¹² El Reg.LOE concreta los supuestos en los que se considerará prohibida la entrada y, consecuentemente, debe denegarse el visado por esta causa (aunque, en principio, concurran el resto de requisitos): a) extranjeros que hayan sido previamente expulsados mientras dure el plazo de prohibición de entrada que se hubiera determinado en la resolución de expulsión, o cuando haya recaído sobre ellos una resolución de expulsión, salvo caducidad del procedimiento o prescripción de la infracción o sanción; b) hayan sido objeto de una medida de devolución y se encuentren dentro del plazo de prohibición de entrada que se hubiese determinado en el correspondiente acuerdo de devolución; c) cuando se tenga conocimiento, por conductos diplomáticos, a través de INTERPOL o por cualquier otra vía de cooperación internacional, judicial o policial, de que el extranjero se encuentra reclamado, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países, siempre que los hechos por los que figuran reclamados constituyan delito en España y sin perjuicio de su detención, en los casos en que ésta proceda; d) hayan sido objeto de prohibición expresa

Antes de abordar la prórroga de estancia, debemos enumerar dos “*supuestos excepcionales de estancia*”¹³ y un caso especial, la autorización de estancia por estudios. El primer supuesto excepcional es la posibilidad de que, por motivos humanitarios, de interés público u obligaciones internacionales, el Ministerio del Interior o el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales autoricen la estancia, por un máximo de tres meses en un periodo de seis, a las personas extranjeras que hubieran entrado con documentación defectuosa, o incluso sin ella, o por lugares no habilitados al efecto. El segundo caso excepcional de estancia sería el de las personas provistas de visado de cortesía¹⁴. La autorización de estancia por estudios se tratará en apartado independiente.

1. Prórroga de la estancia

Siempre y cuando la entrada en España no haya tenido como finalidad el trabajo y residencia en España¹⁵, y la mujer marroquí se encuentre en periodo de estancia legal, podrá solicitar prórroga de la estancia. Pero debemos de advertir que, puesto que la entrada se ha de realizar provista del correspondiente visado de estancia, ello será viable sólo cuando el número de días de estancia consignados en el visado sea inferior a noventa, puesto que la estancia y su prórroga en ningún caso podrá ser superior a tres meses en un periodo de seis¹⁶.

En los supuestos de entrada sin visado (nacionales de Estados a los que no se les impone la obligación de obtenerlo previamente), cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen, “*podrá autorizarse la estancia más allá de tres meses*”¹⁷.

de entrada en virtud de resolución del Ministro del Interior, por sus actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas, nacionales o internacionales, u otras razones judiciales o administrativas que justifiquen la adopción de esta medida, sin perjuicio de su detención, en los casos en que ésta proceda; y e) extranjeros que tengan prohibida la entrada en virtud de convenio internacional en los que España sea parte, salvo que se considere necesario establecer una excepción por motivos humanitarios o de interés nacional.

¹³ Arts. 31 y 32 Reg.LOE.

¹⁴ Agentes diplomáticos, funcionarios consulares, delegados y funcionarios de organizaciones internacionales, y sus familias, o titulares de pasaporte oficial diplomático o de servicio. En estos supuestos, la prórroga de la estancia corresponde al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

¹⁵ Salvo en los casos de ser titular de un visado para búsqueda de empleo. Este tipo de visado presenta especiales características, por cuanto autorizan a desplazarse al territorio español con la finalidad de buscar trabajo durante un periodo de estancia de tres meses, en los que podrá inscribirse en los servicios públicos de empleo. El contingente anual de trabajadores extranjeros aprobado por el Gobierno puede establecer un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a determinados sectores de actividad u ocupaciones y a hijos y nietos de español de origen (art. 39 LOE y arts. 81, 82 y 83 Reg.LOE).

¹⁶ En este punto existe una tradicional imprecisión, puesto que no siempre noventa días equivalen a tres meses. Llama la atención que el artículo 30.1 de la LOE defina la estancia como la permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a noventa días. En el apartado 3 del propio artículo 30, en cambio, se refiere a la estancia en los supuestos de entrada con visado con una duración inferior a tres meses. Lo mismo ocurre en el Reg.LOE, al referirse indistintamente a “*noventa días por semestre*” (art. 25.1) y a “*tres meses en un periodo de seis*” (art. 29).

¹⁷ Art. 30.4 LOE. Se aprecia que ni la LOE ni el Reg.LOE determinan hasta cuando se puede prorrogar la estancia. El anterior Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001), sí concretaba que la estancia y su

La solicitud ha de formalizarse en el modelo oficial previamente establecido y presentarse personalmente ante la oficina de extranjeros, jefatura superior o comisaría de policía de la localidad donde se encuentre. Si no se identifica personalmente en el momento de la presentación, deberá hacerlo posteriormente durante la tramitación cuando fuere requerido a tal efecto. A la petición se acompañarán los siguientes documentos:

- a) Pasaporte ordinario o documento de viaje, con vigencia superior a la de la prórroga de estancia que solicite, que se anotará en el expediente y se devolverá al interesado.
- b) Acreditación de las razones alegadas para la solicitud, que deberán ser excepcionales en el supuesto de nacionales de Estados a los que no se les exige visado para su entrada en España.
- c) Prueba suficiente de que dispone de medios de vida adecuados para el tiempo de prórroga que solicita, en los mismos términos establecidos para la entrada en España¹⁸.
- d) Un seguro de viaje con vigencia igual o superior a la prórroga solicitada, que cubra los gastos médicos y la repatriación asociados a un accidente o a una enfermedad repentina.
- e) Garantías de retorno al país de procedencia o, en su caso, de admisión en un tercer Estado, con anterioridad a la fecha de finalización de la prórroga solicitada. A estos efectos puede aportarse billete a nombre del solicitante con fecha de retorno cerrada.

prórroga no serían superiores a seis meses, lo que, en la práctica, se traducía habitualmente en las concesión de tres meses de prórroga.

¹⁸ Ello significa que es plenamente aplicable, tanto al procedimiento de expedición de visado de estancia como a la solicitud de prórroga de estancia, y no sólo al momento de efectuar el control de la entrada en el puesto fronterizo, la Orden PRE/1282/2007, de 10 de mayo, sobre medios económicos cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España (BOE núm. 113, de 11 de mayo de 2007), derogatoria de la desfasada Orden de 22 de febrero de 1989 (BOE núm. 113, de 11 de mayo de 1989). Por ello, deberá acreditarse al solicitar la prórroga que se disponen de los recursos económicos necesarios para su sostenimiento, en una cantidad que represente en euros el 10% del salario mínimo interprofesional bruto o su equivalente legal en moneda extranjera multiplicada por el número de días que pretendan permanecer en España y por el número de personas que viajen a su cargo. Dicha cantidad será, en todo caso, de un mínimo que represente el 90% del salario mínimo interprofesional bruto vigente en cada momento o su equivalente legal en moneda extranjera por persona, con independencia del tiempo de estancia previsto. Para 2008, el Real Decreto 1763/2007, de 28 de diciembre, fija el salario mínimo interprofesional en 600 Euros/mes. Igualmente, ha de justificar la disponibilidad de recursos económicos para regresar al país de procedencia o para trasladarse en tránsito a terceros países, mediante billete o billetes nominativos, intransferibles y cerrados, en el medio de transporte que pretenda utilizar. La disponibilidad de recursos económicos señalados deberá acreditarse mediante exhibición de los mismos, en el caso de que los posean en efectivo, o por la presentación de cheques certificados, cheques de viaje, cartas de pago o tarjetas de crédito, que deberán ir acompañadas del extracto de la cuenta bancaria o una libreta bancaria puesta al día (no se admiten cartas de entidades bancarias ni extractos bancarios de Internet) o cualquier otro medio con el que se acredite fehacientemente la cantidad disponible como crédito de la citada tarjeta o cuenta bancaria.

Si la extranjera o el extranjero aporta la documentación conforme a lo preceptuado y no está incurso o incurso en prohibición de entrada, expulsión o devolución, la autoridad competente¹⁹ podrá conceder la prórroga de estancia, que se hará constar en el pasaporte, título de viaje o documento aparte, previo abono de las tasas fiscales legalmente establecidas, y amparará a su titular y a los familiares que, en su caso, figuren en dichos documentos y se encuentren en España.

Por el contrario, si la solicitud es desestimada, se le notificará la resolución denegatoria y, sin perjuicio de la interposición del recurso procedente²⁰, dispondrá su salida del territorio nacional antes de finalizar el periodo de estancia legal o, de haber transcurrido éste, en el plazo fijado en la resolución, que no podrá ser superior a setenta y dos horas. El plazo de salida (se trata de una salida obligatoria) se hará constar en el pasaporte o título de viaje.

La vigencia de la prórroga de estancia se extinguirá por el transcurso del plazo para el que hubiera sido concedida y por hallarse su titular incurso en causa de prohibición de entrada.

2. La estudiante marroquí

El artículo 33 de la LOE, bajo el título “*Régimen especial de los estudiantes*”, en su apartado 1, define al estudiante extranjero como aquél cuya venida a España tiene como único o principal fin el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente, en cualesquiera centros docentes o científicos españoles, públicos o privados, oficialmente reconocidos. Para ello deberá disponer, en todo caso, y cualquiera que sea su nacionalidad, del correspondiente visado de estudios, el cual le habilitará a permanecer en España en situación de estancia, que no de residencia, durante el curso para el que esté matriculado o, en su caso, durante el trabajo de investigación que desarrolle, sin perjuicio, como se expondrá, de prorrogar anualmente la autorización. No obstante, es de advertir que el cese en la actividad para la que fue concedido es causa de extinción de la vigencia, tanto del visado de estudios como de las renovaciones de la autorización de estancia.

Nos encontramos ante un concepto amplio de estudiante, que como afirma R. Rueda Valdivia²¹ desborda claramente el sentido habitual del término, puesto que incluye a aquellos investigadores que vienen a España con el fin único o principal de realizar un trabajo de investigación no remunerado laboralmente, o a quienes se desplazan a nuestro país para realizar un trabajo de formación, igualmente no remunerado. Esta circunstancia puede provocar cierta confusión en las propias oficinas consulares y en las unidades y oficinas de extranjeros, puesto que en ocasiones es difícil diferenciar cuándo se está ante un estudiante–investigador y cuándo se trata

¹⁹ Subdelegados del Gobierno o Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, y Comisario General de Extranjería y Documentación, a propuesta de la jefatura superior o comisaría de policía.

²⁰ Puesto que la resolución agota la vía administrativa, podrá interponerse recurso contencioso–administrativo o, potestativamente, recurso de reposición (ver D.A. 10ª del Reg.LOE).

²¹ “Régimen de los estudiantes extranjeros en España (Art. 33)”, en MOYA ESCUDERO, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada, Comares, 2001, pp. 73–107.

de una excepción a la autorización para trabajar de un técnico o científico extranjero invitado o contratado para una investigación e, incluso, de un profesor invitado²². La inexistencia de una contraprestación económica o, si ésta existe, que no pueda equipararse a una remuneración laboral, será el único elemento que nos permitirá distinguir en algunos casos las distintas situaciones.

La realización de trabajo en una familia para compensar la estancia y mantenimiento en la misma mientras se mejoran los conocimientos lingüísticos o profesionales, se regularán de acuerdo con lo dispuesto en los acuerdos internacionales sobre colocación “*au pair*”²³.

A) El visado de estudios

La ciudadana marroquí que desee realizar trabajos de investigación o formación no remunerados laboralmente, o cursar o ampliar estudios en España, debe dirigirse a la misión diplomática u oficina consular española en cuya demarcación tenga su residencia al objeto de presentar personalmente²⁴ su solicitud de visado de estudios en el modelo oficial. Los requisitos para su obtención son los siguientes:

- a) Cumplir todos los requisitos para la entrada en España.
- b) Haber sido reglamentariamente admitida en cualesquiera centros docentes o científicos españoles, públicos o privados, oficialmente reconocidos, para cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente, con indicación, según proceda, de un horario que implique asistencia y/o de un plan de estudios, investigación o formación aprobado.
- c) En el supuesto de que sea menor de edad, cuando no venga acompañada de sus padres o tutores, se requerirá, además, la autorización de éstos para el desplazamiento a España para realizar los estudios, en la que conste el centro y el periodo de estancia previsto.
- d) Tener garantizados los medios económicos necesarios para sufragar el coste de sus estudios, así como los gastos de estancia y regreso a su país, y, en su caso, los de sus familiares²⁵.

²² Art. 41.1, apartados a) y b) LOE. Ver comentario en esta misma publicación de J. M. PUERTA, “RESIDENCIA Y TRABAJO EN ESPAÑA DE LA MUJER MARROQUÍ. II. EL TRABAJO DE LA MUJER MARROQUÍ INDEPENDIENTE. 3 RÉGIMEN ESPECIALES.

²³ Acuerdo del Consejo de Europa sobre colocación “*au pair*”, de 24 de noviembre de 1968. Instrumento de ratificación de 24 de julio de 1988 (BOE núm. 214, de 6 de septiembre de 1988). En vigor en España desde el 12 de septiembre de 1988, define la colocación “*au pair*” como “*la acogida temporal de una familia y a cambio de determinados servicios, de jóvenes de países extranjeros que desean mejorar sus conocimientos lingüísticos, y tal vez profesionales, así como su cultura general, adquiriendo un mejor conocimiento del país en el que son acogidos*”.

²⁴ Caben dos excepciones a la presentación personal: a) menores de edad, en cuyo caso se presentará por sus padres o tutores o por un representante debidamente acreditado, y b) cuando el interesado no resida en la población en la que tenga su sede la misión diplomática u oficina consular y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento, como la lejanía o dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso. En este caso, podrá acordarse la presentación de la solicitud de visado por representante debidamente acreditado.

²⁵ Salvo que la convocatoria excluya a los estudiantes o investigadores en situación de estancia, éstos tienen derecho al acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles [art. 86, apartado d) Reg.LOE].

A la petición se acompañarán los documentos que acrediten:

- a) La vigencia del pasaporte o documento de viaje del solicitante para el periodo para el que se solicita el visado.
- b) La admisión en un centro docente, público o privado, oficialmente reconocidos, para cursar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, en la que deberá constar, cuando proceda, el número de código asignado a dicho centro en el Registro nacional de universidades, centros y enseñanzas o en el Registro estatal de centros docentes no universitarios, ambos dependientes del Ministerio de Educación y Ciencia, así como a los centros de investigación reconocidos como tales por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio o por el Ministerio de Educación y Ciencia.
- c) El contenido del plan de estudios, formación o investigación que se vaya a realizar.
- d) Un seguro médico que cubra, durante todo el tiempo de estancia en España, los gastos médicos y la repatriación asociados a un accidente o a una enfermedad repentina.
- e) La disposición de medios de subsistencia y alojamiento para el periodo que se solicita y, en su caso, para garantizar el retorno al país de procedencia²⁶.
- f) Si es menor de edad, la correspondiente autorización de los padres o tutores.
- g) Certificado médico con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena (cólera, peste y fiebre amarilla) previstas en el Reglamento sanitario internacional.
- h) Para los mayores de edad penal, acreditar carecer de antecedentes penales mediante el certificado o documento correspondiente expedido por las autoridades del país de origen, en nuestro caso Marruecos, o del país en el que haya residido durante los últimos cinco años y en que no deben constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español.

Si la duración de los estudios, formación o investigación que pretende realizarse en España tiene una duración inferior a seis meses, sólo deberá presentarse la documentación relacionada en los apartados a), b), c), d) e) y f) precedentes, no siendo preceptivo aportar el certificado médico ni el certificado o documento relativo a los antecedentes penales.

La misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia de la estudiante marroquí y mantener una entrevista para comprobar la identidad, la validez de la documentación aportada, la regularidad de la permanencia en el país de residencia, la naturaleza de los estudios o la investigación que se vaya a realizar y las garantías de de retorno. Si no comparece en el plazo fijado, que no podrá ser superior a quince días, se considerará a la interesada desistida en su petición.

Si realizado un primer estudio de la solicitud y documentación, la oficina consular considera acreditadas las condiciones personales exigidas, requerirá informe de la Delegación o Subdelegación del Gobierno correspondiente sobre el cumplimiento de los requisitos para la permanencia de la estudiante en España. Es importante

²⁶ A diferencia de la tramitación de los visados de estancia, que sí cuentan con la Orden PRE/1282/2007, de 10 de mayo, sobre medios económicos cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España, no contamos con una norma equivalente para la concesión del visado de estudios.

señalar que el plazo máximo para la comunicación de este informe, a través de los órganos centrales del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, es de tan sólo siete días desde la recepción de la solicitud de informe si el centro docente cuenta con el citado número de código o se encuentra reconocido como centro de investigación, o, en caso contrario, de quince días, transcurridos los cuales sin haber obtenido respuesta, se entenderá que el sentido del informe es favorable a la concesión del visado. En la práctica, dada la brevedad de los plazos, las unidades u oficinas de extranjeros se limitan habitualmente a comprobar que la solicitante no tienen prohibida la entrada, que carece de antecedentes policiales o penales desfavorables, el funcionamiento y legalidad del centro y que, efectivamente, se encuentra admitido en el mismo. Tras la recepción del informe en plazo o transcurrido éste, el consulado resolverá sobre la solicitud y expedirá, en su caso, el visado en el plazo máximo de un mes.

Notificada la concesión, nuestra estudiante deberá recogerlo en el plazo máximo de dos meses. Si transcurre éste y no se ha efectuado la recogida, se entenderá que ha renunciado al visado concedido y se producirá el archivo del procedimiento.

B) La autorización de estancia y su renovación

Expedido el visado de estudios en el pasaporte, título o documento de viaje, la interesada deberá efectuar su entrada regular en España en el plazo consignado en la etiqueta de visado (noventa días) a través de puesto fronterizo. Desde ese momento se encontrará en situación de estancia por estudios en nuestro país²⁷. Debemos tener presente que el artículo 27.2 de la LOE, en su redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, ha venido a dotar al visado de una función adicional. Al tradicional efecto de habilitar a la extranjera o extranjero para presentarse en el puesto fronterizo y solicitar la entrada, se ha añadido el novedoso de habilitar a estas personas para permanecer en España en la situación para la que hubiese sido expedido, sin perjuicio de la obligatoriedad de obtener, en su caso, la tarjeta de estudiante extranjero. Ello significa que el visado de estudios continúa teniendo eficacia después de efectuada la entrada e, incluso, sirve de acreditación documental de la autorización concedida.

La cuestión que ha de plantearse es hasta cuando se extiende el periodo de vigencia de esta autorización inicial de estancia plasmada en el visado. A la vista de lo dispuesto en los artículos 85.2 y 88.1 del Reg.LOE, parece claro que la duración de la estancia será igual a la del curso para el que la estudiante marroquí se encuentre matriculada o, en su caso, del trabajo de investigación que desarrolle, con un

²⁷ El “Anuario estadístico de Extranjería 2006”, elaborado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (<http://extranjeros.mtas.es>), recoge gran número de datos sobre extranjeros matriculados durante los tres últimos cursos académicos. Asimismo, contiene los datos relativos a los extranjeros con tarjeta de autorización de estancia por estudios vigente a 31.12.2006. En esta fecha, el número de este tipo de autorizaciones ascendía a 33.293, de las cuales 31.377 correspondían a estudiantes (94,25%) y 1.916 a familiares (5,75%). Estas cifras muestran un incremento del 8,53 % respecto a diciembre de 2005. Según sexo, el 53,29% eran mujeres y el 46,71% varones. A ciudadanos marroquíes correspondían 2.257. (1.095 mujeres y 1.162 varones). El 73,10% del total de estudiantes se localizaban en Cataluña, Madrid y Andalucía. A esta última Comunidad, Andalucía, correspondían 3.567 tarjetas, destacando Granada con 1.637, seguida de Sevilla con 783. De las 3.567 tarjetas vigentes en dicha fecha, 1.420 tenían como titular a un ciudadano o ciudadana marroquí.

máximo de un año, puesto que la autorización se puede prorrogar “*anualmente*”. Ello tiene consecuencias, puesto que sobre nuestra estudiante marroquí pesa la obligación de solicitar personalmente la correspondiente tarjeta de estudiante extranjero en el plazo de un mes desde la entrada efectiva en España, la cual consignará la validez de la autorización, y, por tanto, una fecha concreta de caducidad, a la vista de los estudios, la formación o la investigación que vaya a realizar.

De esta obligación de solicitar la tarjeta de identidad de estudiante extranjero queda exceptuada la estudiante marroquí cuando su estancia por estudios no tenga una duración superior a seis meses. Se discute si en estos supuestos, en los que se expide un visado específico, que habilita y documenta una autorización de estancia máxima de seis meses y para cuya concesión no se aportó certificado médico ni certificado o documento acreditando carecer de antecedentes penales, es posible la prórroga de la estancia por estudios. No es extraña esta situación. Cuando solicita el visado, nuestra estudiante puede tener prevista la realización de un curso por un tiempo inferior a seis meses, pero, cursado éste, puede ofrecérsele la posibilidad de continuar estudios.

Como ya apuntamos, la autorización podrá prorrogarse anualmente cuando la estudiante marroquí acredite:

- a) Que sigue reuniendo los requisitos establecidos para la obtención del visado de estudios.
- b) Que ha superado las pruebas o requisitos pertinentes para la continuidad de sus estudios o, en su caso, que la investigación desarrollada progresa adecuadamente²⁸.

La solicitud de renovación o prórroga de la autorización deberá presentarse en el plazo de sesenta días previos a su expiración, y su tramitación se realizará conforme a lo establecido en las normas que regulan la prórroga de estancia, pudiendo requerir el órgano competente la comparecencia personal de la interesada en caso necesario. Ello es importante, puesto que la incomparecencia en el plazo fijado (no indica el Reg.LOE un plazo concreto, mínimo ni máximo) producirá el efecto de considerarla desistida en la solicitud, con archivo del procedimiento.

C) Familiares de estudiantes e investigadores

Las estudiantes marroquíes que hayan solicitado un visado de estudios o que se encuentren en España en régimen de estudios, podrán solicitar los correspondientes visados de estancia para que sus familiares entren y permanezcan legalmente en España. Se entiende por familiares, a estos efectos, el cónyuge e hijos menores de dieciocho años o sometidos a su patria potestad o tutela.

A diferencia del ejercicio del derecho de reagrupación familiar por las extranjeras residentes, no se exige un periodo previo de estancia a la estudiante o investigadora marroquí, pudiendo ésta, incluso, solicitar tales visados simultáneamente con la solicitud de visado de estudios. Obtenido el visado y efectuada la entrada en España, los familiares podrán permanecer legalmente en territorio nacional durante el mismo periodo y con idéntico estatuto que la estudiante. Su permanencia estará siempre vinculada a dicho estatuto, con la obligación de solicitar la correspondiente

²⁸ Esta exigencia puede acreditarse a través de la realización de estudios o investigaciones en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea, en el marco de programas temporales promovidos por la propia Unión.

tarjeta de estudiante extranjero en el plazo de un mes desde su entrada, si su estancia fuera superior a seis meses.

D) Trabajo y régimen especial de los estudios de especialización en el ámbito sanitario.

Aunque en otros comentarios de esta misma obra se tratarán con más profundidad, nuestra exposición no sería completa si no se mencionan, al menos, los siguientes extremos (arts. 90, 91 y 95 Reg.LOE):

- a) Las estudiantes marroquíes, pero no los familiares de ellas dependientes, podrán realizar actividades lucrativas laborales compatibles con la realización de los estudios. Los contratos deberán formularse por escrito y se ajustarán a la modalidad de contrato a tiempo parcial. En el supuesto de ser a jornada completa, su duración no podrá ser superior a tres meses ni coincidir con periodos lectivos. Los ingresos obtenidos no podrán tener el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia. Se concederá una autorización para trabajar coincidente con el contrato y, en todo caso, no superior en su vigencia a la duración del visado o autorización de estudios. La situación de la estudiante continuará siendo la de estancia.
- b) No será preciso solicitar la autorización a que hemos hecho referencia en el apartado a), para aquellas prácticas en entidades públicas o privadas que formen parte del plan de estudios para el que se otorgó el visado y se produzcan en el marco de los correspondientes convenios de colaboración entre dichas entidades y el centro docente de que se trate.
- c) Las licenciadas en Medicina y Cirugía, Farmacia, Psicología, Ciencias Químicas y Ciencias Biológicas que estén en posesión del correspondiente título español o extranjero debidamente homologado y realicen estudios de especialización en España, según regulación específica, podrán realizar las actividades lucrativas laborales derivadas o exigidas por dichos estudios de especialización, sin que sea necesario que dispongan de la correspondiente autorización de trabajo, sin perjuicio de la necesidad de comunicación de esta circunstancia a la autoridad competente. Su situación, por tanto, continúa siendo la de estancia. En el pasado, existió cierta confusión y estos supuestos fueron documentados en distintos momentos con autorización de trabajo y residencia o excepción a la obligación de obtener autorización para trabajar.
- d) El Reg.LOE ha previsto la posibilidad de acceder a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena desde la situación de estudiante, sin necesidad de obtener visado de residencia y trabajo, siempre que la estudiante haya permanecido en España durante al menos tres años en la situación de estancia por estudios, haya cursado éstos con aprovechamiento y no haya sido becada o subvencionada por organismos públicos o privados dentro de programas de cooperación o de desarrollo del país de origen.

Mención especial merece la situación de las estudiantes marroquíes que son beneficiarias de un programa de ayuda a la investigación en el marco del Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el estatuto del personal investigador en formación²⁹. Nos referimos a aquellas graduadas universitarias que son benefi-

²⁹ BOE núm. 29, de 3 de febrero de 2006.

ciarias de programas de ayuda dirigidos al desarrollo de actividades de formación y especialización científica y técnica a través, como mínimo, de los correspondientes estudios oficiales de doctorado. Durante los dos primeros años, el programa de ayuda se articula a modo de beca. Transcurridos éstos y una vez obtenido el Diploma de Estudios Avanzados (o el documento administrativo que lo sustituya de acuerdo con la nueva estructura de enseñanza adaptada al Espacio Europeo de Educación Superior), se concierta un contrato laboral en prácticas, formalizado entre el organismo, centro o universidad de adscripción y la persona en formación, con la finalidad de realizar la correspondiente tesis doctoral. Dado que a partir del tercer año se percibe una cantidad conceptuada como salario, esta actividad laboral debe ser objeto de previa autorización en base a lo previsto en el artículo 90 del Reg.LOE. No obstante, su situación continuará siendo la de estudiante-investigador titular de una autorización de estancia renovada.

IV. LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA

La LOE, en el artículo 30 bis, define la situación de residencia como aquella de la que gozan los extranjeros que se encuentran en España y son titulares de una autorización para residir³⁰. No basta, pues, la permanencia o presencia física en territorio español, o el empadronamiento en un determinado municipio español, sino que estamos ante una definición jurídica: sólo residen en España las ciudadanas y los ciudadanos extranjeros que han obtenido una autorización de residencia concedida por la autoridad competente, cuando se cumplen unas determinadas condiciones³¹.

Las circunstancias que pueden fundamentar la concesión de una autorización para residir y, en su caso, trabajar en España, pueden ser las siguientes:

- a) Posesión de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, si procede, la de su familia, durante el periodo de tiempo por el que se solicite, sin necesidad de realizar actividad laboral. Es la denominada residencia no lucrativa.
- b) Que se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena. Necesitará una autorización administrativa para trabajar, la cual habilitará para residir durante el tiempo de su vigencia.
- c) Que sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar ejercido por otra extranjera u otro extranjero residente legal.
- d) Concurrir razones de índole humanitaria, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias determinadas. Hablamos de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

³⁰ El artículo 1 del CAAS conceptúa el permiso o autorización de residencia como “*toda autorización expedida por una Parte contratante que dé derecho a permanecer en su territorio. No se incluye en esta definición la autorización temporal de residencia en el territorio de una Parte contratante expedida durante el examen de una solicitud de asilo o de una solicitud de permiso de residencia.*”.

³¹ A fecha 31 de diciembre de 2007 residían en España con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor 3.979.014 extranjeros (45,65% mujeres). De ellos, 504.122 en Andalucía. Por nacionalidades, Marruecos es a la que corresponden mayor número de extranjeros, 648.735 en España y, de ellos, 95.311 en Andalucía (37.914 Almería, 5.466 Cádiz, 2.524 Córdoba, 9.054 Granada, 6.317 Huelva, 6.450 Jaén, 21.273 Málaga y 6.313 Sevilla).

- e) Por el reconocimiento de la condición de refugiado o el estatuto de apátrida, supuestos regulados en sus normativas específicas.

Conviene advertir que, durante el estudio y análisis de la autorización para residir, se ha de tener presente la figura del visado de residencia. La regla general en nuestro Derecho de extranjería es que el disfrute de la residencia concedida, conlleva la expedición de un previo visado de residencia, puesto que la beneficiaria o el beneficiario se encuentra fuera del territorio nacional, al menos en teoría. Como veremos en los distintos comentarios, la eficacia de las resoluciones por las que se concede la residencia o, en su caso, autorización para trabajar (que habilita para residir), queda condicionada a la obtención y expedición del correlativo visado de residencia, que se plasmará en el pasaporte, título o documento de viaje y que facilitará la entrada en España. Igualmente, tendremos siempre presente el efecto adicional del visado de habilitar a su titular para permanecer en España en la situación (residencia) para la que ha sido expedido, a la vez que servirá de acreditación de la situación (sin perjuicio de la obligatoriedad, en su caso, de solicitar la tarjeta de identidad de extranjero). Al margen del reconocimiento de la condición de refugiada o refugiado y del estatuto de apátrida, cuyo estudio no procede en este momento, esta regla general de exigencia de visado quiebra ante los supuestos que pueden justificar el otorgamiento de residencia por circunstancias excepcionales, puesto que la extranjera o el extranjero ya se encuentra (habitualmente de forma irregular) en España.

Pero la situación de residencia, como ya apuntamos, no es una, sino dos, y podemos distinguir residencia temporal y residencia permanente. Y aunque en la mayoría de las ocasiones, como veremos, la residencia permanente pudiera considerarse como una mera tercera renovación de la residencia temporal, una vez concedida coloca a la extranjera o al extranjero es un *status* claramente más ventajoso, incluso privilegiado, en cuanto al disfrute de derechos.

En los siguientes apartados abordaremos, en primer lugar, el comentario de la residencia temporal y, en concreto, el subtipo que hemos denominado no lucrativa; seguidamente, los supuestos de residencia temporal por circunstancias excepcionales (con cierto detenimiento el llamado “*arraigo social*”) y la residencia permanente, y finalizaremos haciendo referencia a las causas de extinción de las autorizaciones de residencia.

1. Residencia Temporal

El artículo 31.1 de la LOE conceptúa la residencia temporal como la situación que autoriza a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años. Si es inferior a cinco años, podrá renovarse, a petición de la interesada o interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión.

Como condición para autorizar la residencia, independientemente de la causa o supuesto que fundamente su concesión (autorización para trabajar por cuenta propia o ajena, reagrupación familiar, posesión de recursos económicos suficientes sin necesidad de realizar actividad lucrativa o circunstancias excepcionales), será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Sólo

en los procedimientos de renovación de las autorizaciones de residencia cabe la posibilidad de valorar, en función de las circunstancias de cada supuesto y siempre que conste el cumplimiento de la pena, indulto o situación de remisión condicional de la pena, la posibilidad de conceder la renovación solicitada. Los antecedentes penales en España se solicitan de oficio por la unidad u oficina de extranjería al Registro Central de Penados y Rebeldes, a través de las Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia; en cambio, para las autorizaciones iniciales de residencia es necesario que la interesada o el interesado acredite que no cuenta con antecedentes penales en sus países anteriores de residencia, mediante la presentación del certificado o documento correspondiente, bien junto con la solicitud de visado de residencia en los supuestos de residencia no lucrativa, reagrupación familiar y autorización para trabajar, o bien al presentar la solicitud de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

La denominada residencia no lucrativa y su renovación

La mujer marroquí que desee residir temporalmente en España sin realizar actividades laborales, deberá dirigirse a la misión diplomática española de su demarcación de residencia³² y solicitar, en modelo oficial, el correspondiente visado, acompañando los siguientes documentos:

- a) Pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de un año.
- b) Certificado de antecedentes penales, o documento equivalente, en el caso de mayoría de edad, expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años y en el que no deben constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español.
- c) Certificado médico, para acreditar que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena (cólera, peste y fiebre amarilla).
- d) Los documentos que acrediten medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el periodo de tiempo por el que se desee residir en España, sin necesidad de desarrollar ninguna actividad.

La misión diplomática u oficina consular, durante la sustanciación del expediente, podrá requerir la comparecencia de la solicitante marroquí y mantener una entrevista para comprobar la identidad, la validez de la documentación aportada y la veracidad del motivo de la solicitud. En la entrevista estarán presentes, al menos, dos representantes de la Administración española y un intérprete si resulta necesario, y deberá quedar constancia de su contenido mediante acta firmada por los presentes. Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos, o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión. Si no comparece en el plazo fijado, que no podrá ser superior a quince días, se considerará a la interesada o el interesado desistida en su petición, salvo fuerza mayor.

La oficina consular puede acordar la inadmisión o denegación del visado, o el archivo del procedimiento, circunstancias que serán notificadas a la interesada o el interesado. En caso contrario, remitirá toda la documentación a la Delegación o

³² Cuando la interesada o el interesado no resida en la población en la que tenga su sede la misión diplomática u oficina consular y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento, como la lejanía o dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso, podrá aceptarse la presentación de la solicitud de visado por representante debidamente acreditado.

Subdelegación del Gobierno que corresponda, la cual, en el plazo máximo de un mes desde la recepción, resolverá la concesión o denegación de la autorización de residencia temporal de forma motivada, previo informe de los servicios policiales relativo a las razones que pudieran impedirla (prohibiciones de entrada o antecedentes desfavorables). La resolución se comunicará al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y a la oficina consular receptora de la solicitud.

Si la resolución es desfavorable o transcurre el citado plazo de resolución (un mes) sin comunicar resolución alguna (silencio administrativo negativo), el consulado resolverá la denegación del visado.

Si se concede la autorización de residencia, el consulado, en atención al cumplimiento del resto de los requisitos, resolverá y expedirá, si procede, el visado. La solicitante o el solicitante debe recogerlo personalmente en el plazo de un mes desde la notificación, dado que, de no hacerlo así, se entenderá que renuncia al visado concedido y se archivará el procedimiento. A continuación, deberá entrar en el territorio español en el plazo de vigencia del visado (máximo de tres meses), a través de puesto habilitado, y solicitar en el plazo de un mes desde la entrada la tarjeta de identidad de extranjero.

Comprobamos cómo la autorización inicial de residencia temporal concedida por la Delegación o Subdelegación del Gobierno queda supeditada a la concesión y expedición del visado y a la efectiva entrada en territorio español. Asimismo, debemos reiterar que el visado incorpora la autorización e incluso documenta la misma, sin perjuicio de la obligación de solicitar la tarjeta. La autorización inicial comenzará su vigencia desde la fecha de entrada, la cual deberá constar obligatoriamente en el pasaporte o título de viaje, y tendrá una validez de un año.

La cuestión que debemos plantearnos es que se entiende por *“disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia”*. El artículo 31 de la LOE nos remite a normas reglamentarias que deberán establecer *“los criterios a los efectos de determinar la suficiencia de los medios de vida”*. El Reg.LOE tampoco determina estos criterios ni establece ningún tipo de cuantía económica ni porcentajes de referencia. Pero no creamos que esta cuestión se suscita tan sólo en la tramitación de solicitudes de residencia temporal no lucrativa. Continúan sin establecerse cantidades de mínimas de referencia para ejercer el derecho a la reagrupación familiar o, como hemos visto, para la concesión de las autorizaciones de estancia por estudios.

Ya dijimos que las autorizaciones de duración inferior a cinco años podrán renovarse, a petición de la interesada o interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión. Por ello, si la mujer marroquí desea la renovación de su autorización, el artículo 37 del Reg.LOE dispone que debe *“solicitarla personalmente ante el órgano competente para su tramitación, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de la autorización”*³³. No obstante, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en que se hubiese incurrido, también se admitirá la solicitud de renovación presentada dentro de los tres meses posteriores a la caducidad de la

³³ Sin embargo el propio Reg.LOE, en sus Disposiciones Adicionales 3ª y 4ª admite, respectivamente, la presentación de *“las solicitudes de modificación o renovación de las autorizaciones de residencia y de trabajo”* en cualquier otro registro y mediante fórmulas de representación voluntaria a través de actos jurídicos u otorgamientos específicos. Entendemos que estas disposiciones hacen referencia tanto a las

autorización. Tanto en caso de presentación en plazo, como en los citados tres meses posteriores, queda prorrogada la validez de la autorización hasta la resolución del procedimiento.

La solicitud se ha de presentar en modelo oficial, acompañando la documentación que acredite que se reúnen las circunstancias que permiten la renovación:

- a) Pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, así como la tarjeta de identidad de extranjero en vigor.
- b) Los documentos que acrediten los recursos económicos o los medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención, así como el seguro médico, durante el periodo de tiempo por el que se pretenda renovar la residencia en España sin desarrollar actividad laboral.

La resolución favorable se notificará a la interesada o interesado con indicación de las cantidades que corresponda abonar en concepto de tasas por la concesión de la renovación solicitada, así como la expedición de la nueva tarjeta de identidad de extranjero. Las autorizaciones de residencia temporal renovadas tendrán una vigencia de dos años, salvo que corresponda obtener autorización de residencia permanente.

El plazo de resolución es de tres meses desde la presentación de la solicitud. Si la Administración no resuelve en este plazo, se entenderá que la resolución es favorable y, previa expedición de certificado que acredite la renovación por este motivo (silencio administrativo positivo), la interesada o interesado deberá solicitar su nueva tarjeta de identidad de extranjero en el plazo de un mes desde la notificación de dicho certificado.

B) Residencia temporal por circunstancias excepcionales.

El artículo 31.3 de la LOE, desarrollado por los artículos 45, 46 y 47 del Reg.LOE, contempla la posibilidad de que la Administración pueda conceder autorizaciones de residencia temporal, sin dejar que sea exigible el visado, *“por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente”*.

Esta posibilidad, que, al igual que los procesos de regularización, rompe con la obligatoriedad o exigencia de obtener visado de residencia para poder disfrutar de residencia legal en España, no es nueva. Tradicionalmente, nuestro ordenamiento jurídico ha regulado la posibilidad de acceder a la residencia y, en su caso trabajo, por parte de extranjeras y extranjeros que, permaneciendo de forma irregular en España, han acreditado encontrarse incurso en un determinado supuesto o causa, ya fuese mediando una previa exención de visado u obteniendo una autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

autorizaciones de residencia como a las autorizaciones de trabajo. A la vista de lo dispuesto en el artículo 36 de la LOE, según el cual la autorización de trabajo habilita para residir durante el tiempo de su vigencia, carece de sentido pensar que cuando se habla de *“autorizaciones de residencia y de trabajo”*, el Reg.LOE tan sólo se refiere a la autorización para desarrollar actividades lucrativas, puesto que en tal caso bastaría haber hecho referencia a *“autorizaciones de trabajo”*, o incluso *“autorizaciones de residencia y trabajo”* o *“autorizaciones de trabajo y residencia”*, pero no *“autorizaciones de residencia y de trabajo”*. Lo contrario, es decir, la obligatoriedad de presentación de la solicitud de renovación de la autorización de residencia temporal personalmente ante el órgano competente para su tramitación, nos conduciría a la inadmisión a trámite de las solicitudes de renovación presentadas ante otros órganos administrativos o a través de representante debidamente acreditado, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 4ª de la LOE.

La regulación actual tiene su origen en la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de modificación de la LOE. Afirma su exposición de motivos que si se anuda al visado el efecto novedoso de habilitar a la extranjera o extranjero a permanecer en España en la situación para la que ha sido expedido, carece de sentido mantener la exención del mismo, ya que su concesión no sólo serviría para eximir de un requisito de entrada en nuestro país, sino, también, para eximir de la necesaria concesión de autorización para residir. Ello no significa, continúa, que los supuestos de hecho contemplados que anteriormente se amparaban bajo la figura de la exención de visado queden sin reflejo legal, “*ya que los mismos se incluyen ahora en el ámbito de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales*”. Ello tuvo como consecuencia la desaparición de la figura de la exención de visado, pero, sin embargo, como veremos, no todas las causas que anteriormente podían justificar su concesión constituyen actualmente supuestos de autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales en el Reg.LOE.

Antes de exponer tales supuestos, es conveniente plantearnos las siguientes cuestiones:

—¿Tiene justificación eludir la exigencia de visado como medio de control de los flujos migratorios? En contra, se alega que la existencia de las vías permanentes de regularización que suponen los distintos supuestos de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, especialmente el arraigo laboral y el arraigo social, pueden dar al traste con cualquier política de inmigración e incentivar la inmigración clandestina hacia nuestro país con la esperanza de legalizar la permanencia unos años después. Otros consideran que fórmulas dirigidas a normalizar la situación de las extranjeras y extranjeros que ya se encuentran en España, vigentes en todo momento, evitan la aparición de grandes bolsas de inmigrantes indocumentados que, periódicamente, hacen imprescindible un procedimiento masivo de regularización.

—¿Estamos ante una enumeración exhaustiva y tasada de los supuestos? ¿Existen otras circunstancias excepcionales distintas a las explicitadas en el Reg.LOE? Este será el gran caballo de batalla en los próximos años y, nos tememos que la solución tardará en llegar. La Administración defiende que sólo estos supuestos pueden justificar la concesión, sin tener en cuenta que el Reg.LOE no ha respetado la afirmación realizada en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 14/2003, y que algunas de las antiguas causas de exención de visado han desaparecido y otras han sido modificadas, haciendo más difícil y complicada su aplicación al caso concreto. Serán los Tribunales los que decidirán la existencia de razones humanitarias o de arraigo distintas a las contempladas reglamentariamente. No obstante, no debemos cometer el error de pensar que el Reg.LOE contempla los supuestos excepcionales tan sólo en su artículo 45. La Disposición Adicional 19^a 34 (“*Facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadano de un estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico*”).

³⁴ Esta Disposición ha sido introducida por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el espacio Económico Europeo (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007).

Europeo, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, ...) prevé la concesión de residencia por circunstancias excepcionales cuando concurra uno de los siguientes supuestos: a) familiar con parentesco hasta segundo grado, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con la ciudadana o ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o cuando por motivos graves de salud o discapacidad, sea estrictamente necesario que dicha ciudadana o ciudadano se haga cargo de su cuidado personal, y b) pareja con la que la ciudadana o ciudadano de la Unión o del Espacio Económico Europeo mantiene una relación estable, debidamente probada mediante acreditación documental expedida por las autoridades del país de origen o procedencia que certifique que está a cargo, o prueba de la existencia de motivos graves de salud o discapacidad³⁵. Pero repetimos, la Administración competente en la materia entiende que esta Disposición Adicional 19ª no introduce ningún supuesto adicional de autorización de residencia por circunstancias excepcionales distinto a los que se contemplan en el repetido artículo 45 del Reg.LOE. Más aún, aunque el Reg.LOE no los califique de residencia por circunstancias excepciones, existen dos supuestos de concesión de residencia que podrían haber sido contemplados como dos circunstancias excepcionales más, puesto que tampoco se exige visado para la concesión de la autorización de residencia³⁶. Estamos hablando de los hijos nacidos en España de residentes legales, los cuales adquieren automáticamente la misma autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores, y los menores de edad o incapacitados no nacidos en España que o bien sean hijos de españolas o españoles o de extranjeras o extranjeros residentes legales en España, o bien estén sujetos legalmente a la tutela de una ciudadana o un ciudadano o institución españoles o de una extranjera o extranjero residente legal en España³⁷.

—¿Es preceptivo que la solicitante o el solicitante se encuentre de forma irregular en España en el momento de la solicitud? La respuesta no es sencilla. La condición de que la extranjera o el extranjero se halle en España, la no exigencia de visado de residencia y el estudio de los supuestos nos conducen a considerar que estamos ante una especie de posibilidad de “regularización permanente”; es decir, una vía siempre vigente que permitirá la obtención de autorización de residencia y, si procede, de trabajo, si se acredita debidamente la situación de que se trate. Por ello, en una primera lectura pensaremos que estamos hablando de ciudadanas o ciudadanos que se encuentran irregularmente en nuestro país. No obstante, es cierto que

³⁵ Estos dos nuevos supuestos, que obligan a la Administración a estudiar detenidamente las circunstancias personales y, en su caso, justificar la denegación, tienen una redacción bastante confusa, planteando graves problemas de interpretación. No queda claro si pueden alegar la concurrencia de estas circunstancias los familiares de españolas o españoles (“*esté a cargo o viva con el ciudadano de otro Estado miembro*”) y parece probable que sólo se aplique a familiares o pareja estable que han convivido, previamente a su entrada en España, a cargo de la ciudadana o ciudadano comunitario (“*en el país de procedencia*”, o “*autoridad competente del país de origen o procedencia*”).

³⁶ Art. 94 Reg.LOE.

³⁷ En este segundo caso, no nacidos en España, se exige permanencia continuada en territorio nacional durante un mínimo de dos años, y sus padres o tutores han de acreditar los requisitos de medios de vida y alojamiento exigidos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar.

en ningún momento el artículo 45 y siguientes del Reg.LOE obligan a que la extranjera o el extranjero se encuentre en situación irregular. Nuestra conclusión es que, dependiendo del supuesto que puede fundamentar la concesión, será exigible o no que la interesada o el interesado esté irregular. ¿Es congruente exigir irregularidad a la víctima de delito por conducta violenta ejercida en el entorno familiar? Si goza, por ejemplo, de autorización de estancia por estudios ¿le está vedada la posibilidad de acceder a la residencia por este motivo? Pensamos que, salvo en el supuesto de arraigo social, que detalladamente comentaremos a continuación, carece de sentido la exigencia de situación irregular. Otra cuestión es aquella que se suscita cuando el supuesto exige entre sus requisitos un periodo previo de permanencia en nuestro país. ¿Es necesario que en todo momento la solicitante o el solicitante se haya encontrado en situación irregular? Claramente ello no es preciso ni exigible.

No faltarán opiniones en contra. Unos alegando que literalmente ni la LOE ni su Reglamento realizan mención alguna a la necesidad de que el solicitante deba estar de forma irregular en nuestro país. Y llegarán a la conclusión de que los titulares de autorización de estancia por estudios, que no gozan de la condición de residentes, pueden obtener autorización de residencia y trabajo por razones de arraigo social, olvidando que el régimen especial de las y los estudiantes extranjeros ya establece la posibilidad de desarrollar trabajos durante la realización de los estudios, y de que reglamentariamente se regula el pase de la situación de estancia por estudios a la situación de residencia y trabajo, como vimos en el apartado correspondiente de este comentario. Y otros, exigiendo que en cualquier caso se exija irregularidad en el momento de la solicitud, olvidando que en determinados supuestos excepcionales ello no tiene sentido. Pensemos en una enfermedad sobrevenida, colaboración con autoridades administrativas o, como apuntamos, víctimas de determinados delitos.

Pasamos a exponer los supuestos, no sin antes realizar la siguiente consideración: La LOE, literalmente, habla de que la “*Administración podrá conceder*” y el Reg.LOE, además, condiciona la resolución favorable a la inexistencia de mala fe por parte de la o del solicitante. Ello no significa que la Administración pueda decidir con entera libertad o discrecionalidad absoluta; por el contrario, está obligada a la búsqueda de una solución correcta y justa, después de valorar, suficientemente, los hechos probados. Como afirma la Sent. del TS de 12 de junio de 1998³⁸, “*la inclusión de un concepto indeterminado a la hora de aplicar la legalidad sobre la materia no significa que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a una solución justa del caso*”.

a) Razones de arraigo

La mujer marroquí que se halle en España y se encuentre en alguno de los tres supuestos siguientes podrá obtener una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, la cual, salvo que se trate de menores de edad, llevara aparejada autorización de trabajo en España durante su vigencia.

–Arraigo laboral³⁹: Deberá acreditarse la permanencia continuada en España

³⁸ RAJ 1998 núm. 5250.

³⁹ Indudablemente este supuesto pretende tanto evitar la explotación como hacer aflorar relaciones sumergidas de trabajo, en la medida de lo posible.

durante un periodo mínimo de dos años⁴⁰, carecer de antecedentes penales en España y en el país de origen o de anterior residencia por delitos existentes en el ordenamiento español, no tener prohibida la entrada en España ni figurar como rechazable en el espacio territorial de los Estados miembros del CAAS y demostrar la existencia de relaciones laborales en España cuya duración no sea inferior a un año, mediante la aportación de la resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite⁴¹.

La solicitud se ha de presentar personalmente y en modelo oficial ante el órgano competente para su tramitación (salvo minoría de edad o incapacidad), acompañando pasaporte en vigor o título de viaje, documentación acreditativa de su permanencia continuada en España durante el indicado plazo de dos años, certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las autoridades del país o países en los que haya residido los últimos cinco años anteriores a su entrada en España, debidamente traducido, en su caso, y legalizado⁴², y la documentación relativa a la existencia de la relación laboral en los términos expuestos.

La autorización concedida por esta causa tendrá una duración de un año y, como avanzamos, lleva aparejada una autorización de trabajo por cuenta ajena en España, sin limitación a ámbito geográfico ni a sector de actividad alguno. En el plazo de un mes desde la notificación de la concesión (puesto que a diferencia del arraigo social su eficacia no está condicionada a la posterior afiliación y alta en la Seguridad Social), deberá solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero.

–Arraigo social: de conformidad con el artículo 31 de la LOE y el artículo 45.2.b) del Reg.LOE se podrá conceder una autorización de residencia temporal por razones de arraigo a la mujer marroquí que acredite la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años (por los mismos medios que la permanencia en el arraigo laboral), cualquiera que hubiera sido la situación administrativa de la solicitante, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

1) Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o de anterior residencia por delitos existentes en el ordenamiento español. Por ello a su solicitud

⁴⁰ La secuencia de una permanencia continuada durante ese periodo se acreditará documentalmente mediante cualquier medio de prueba admitida en Derecho. Se consideran preferentes por la Administración los documentos emitidos y/o registrados por una Administración Pública española, que sean orinales o copias debidamente compulsadas y que contengan los datos de identificación de la interesada o del interesado. Documento fundamental, por consiguiente, lo constituye el certificado de empadronamiento en un municipio español.

⁴¹ La Administración viene considerando que el acta de conciliación judicial tiene igual valor que la sentencia judicial, resultando suficiente lo acordado en ella para acreditar la relación laboral en los supuestos de autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo laboral, en las que uno de los requisitos exigidos es demostrar la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año.

⁴² La legalización se realizará por la oficina consular española con jurisdicción en el país en el que se ha expedido y por el Ministerio español de Asuntos Exteriores y de Cooperación, salvo en los casos en los que el certificado o documento equivalente haya sido apostillado por la Autoridad competente del país emisor signatario del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, por el que se suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros (*BOE* núm. 229, de 25 de septiembre de 1978)

deberá acompañar certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las autoridades del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años anteriores a su entrada en España, en el que no deberán constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español, debidamente traducido, en su caso, y legalizado (en la forma expuesta en el apartado correspondiente al arraigo laboral).

2) No tener prohibida la entrada en España y no figurar como rechazable en el espacio territorial de los Estados parte en el CAAS. El órgano instructor efectuará las correspondientes consultas y gestiones a estos efectos.

3) Contar en el momento de la solicitud con un contrato de trabajo firmado por la interesada y por la empresaria o el empresario e, incluso, la empleadora o empleador, cuya duración no sea inferior a un año. Sus efectos estarán condicionados a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitada. Este requisito puede quedar eximido, siempre y cuando se acrediten medios de vida suficientes y el Ayuntamiento correspondiente realice la pertinente recomendación en este sentido⁴³. Asimismo, se admite que tales medios se deriven de un proyecto de actividad por cuenta propia, en cuyo caso se concederá una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia que comenzará su vigencia cuando conste la afiliación y/o alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.

4) Acreditar vínculos familiares con otros extranjeros residentes (cónyuge, ascendientes o descendientes, exclusivamente) mediante documento que reúna los elementos necesarios para producir efectos en España, traducido, en su caso, y legalizado, o, alternativamente, acreditar su arraigo mediante informe municipal favorable de inserción social. Tal informe deberá ser expedido por el Ayuntamiento en el que la interesada tenga su domicilio habitual, en modelo normalizado en el que constará el tiempo de permanencia en dicho municipio, su grado de conocimiento de la lengua o lenguas oficiales en la Comunidad Autónoma de que se trate, la inserción en las redes sociales de su entorno, los programas educativos o de formación laboral en instituciones públicas o privadas en las que haya participado o participe, y cuantos otros extremos puedan servir para determinar su grado de arraigo, incluyendo los referidos a la vivienda en la que tiene su domicilio. El Ayuntamiento que emite el informe, que no tendrá carácter vinculante, podrá además, tal y como anteriormente señalamos, recomendar que se exima a la extranjera o extranjero del requisito de contar con un contrato de trabajo en oficio dirigido al Delegado o Subdelegado competente.

La solicitud se presentará personalmente ante el órgano competente para su tramitación, en modelo oficial, acompañando los documentos citados que procedan, según el caso y, por supuesto, el pasaporte en vigor o título de viaje.

La autorización de residencia temporal inicial que se concede tendrá una duración de un año y lleva aparejada la autorización de trabajo, limitada, con carácter general, al ámbito geográfico y sector de actividad a que se refiera el contrato de

⁴³ Aunque la situación de extranjeras y extranjeros que conviven como pareja estable no casada con residentes extranjeros e, incluso, españoles (siempre que no esté incluidos en el ámbito de aplicación del régimen comunitario), a cargo de éstos y/o con hijos comunes menores de edad, no se contempla específicamente ni en la LOE ni en el Reg.LOE, cabe la posibilidad de que a través de la figura del arraigo social accedan a la situación de residencia legal.

trabajo. La eficacia está condicionada a la posterior afiliación y/o alta de la trabajadora o del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación. Cumplida esta premisa, la autorización comenzará su periodo de vigencia. Por supuesto, en los casos en que se conceda por acreditar medios de vida y se exima de la obligatoriedad de acompañar a la solicitud contrato de trabajo, la vigencia de la autorización de residencia temporal no lucrativa no queda supeditada a la afiliación y/o alta. No obstante, quien obtenga autorización por esta vía podrá presentar una solicitud de autorización de trabajo durante el periodo de vigencia de aquella.

En cualquiera de los casos, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la autorización debe solicitarse personalmente la tarjeta de identidad de extranjero.

– Arraigo Familiar: cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles, circunstancia que deberá acreditarse mediante las oportunas certificaciones que, en su caso, deberán encontrarse debidamente legalizadas en los términos ya expuestos, y si es necesario, traducidas. Este supuesto de arraigo, en el que no se exige un periodo previo de permanencia, persigue la documentación de las hijas e hijos de española y/o español de origen, que ya no lo eran cuando aquéllos nacieron.

Al igual que el arraigo social y laboral, la solicitud se realizará personalmente ante el órgano competente en modelo oficial, acompañando el pasaporte o título de viaje y la documentación que acredite el parentesco y la condición de española o español de origen de la o del ascendiente.

La autorización concedida lleva aparejada la autorización para trabajar y tendrá una duración de un año. En el plazo de un mes desde la notificación de la concesión, la interesada o interesado deberá solicitar la expedición de la tarjeta de identidad de extranjero.

b) Razones de protección internacional

Se podrá conceder autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razones de protección internacional a las siguientes personas:

– Aquellas a las que el Ministerio del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, haya autorizado la permanencia en España conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado⁴⁴, en los términos previstos en el artículo 31.3 de su Reglamento de aplicación, aprobado por Real Decreto 203/1995, en su redacción dada por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio⁴⁵, por el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio⁴⁶, por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre⁴⁷ y por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre⁴⁸. Nos encontramos en el supuesto de solicitantes de asilo cuya solicitud

⁴⁴ BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984. Ha sido modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1984) y por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo –D.A. 29ª– (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

⁴⁵ BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001.

⁴⁶ BOE núm. 174, de 21 de julio 2001.

⁴⁷ BOE núm. 256, de 25 de octubre, 2003.

⁴⁸ BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005.

ha sido inadmitida a trámite o denegada, pero que por razones humanitarias o de interés público son autorizadas para permanecer en territorio nacional y solicitar la preceptiva autorización de residencia temporal si lo desean⁴⁹.

–Extranjeras y extranjeros desplazados en el sentido regulado por el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, aprobado por Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre⁵⁰. El artículo 16 de este Reglamento señala que a los beneficiarios de la protección temporal se les concederá un permiso de residencia al amparo de lo dispuesto en el Reg.LOE y sus renovaciones serán anuales, previo informe de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio sobre la vigencia del régimen de protección temporal. A fin de obtener el permiso de residencia regulado en el apartado anterior, así como cualquiera de sus renovaciones, los interesados deberán solicitarlo mediante comparecencia personal ante las oficinas de extranjeros o, en su defecto, la comisaría de policía de la localidad donde pretenda fijar o tenga fijada su residencia.

–Aquellas a las que le sea de aplicación lo previsto en los artículos 31.4 y 34.1 del citado Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo. El artículo 31.4 establece que “*el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, podrá autorizar la permanencia del interesado en España y, en su caso, recomendar la concesión de una autorización de residencia conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, siempre y cuando la concurrencia de dichas razones humanitarias quede acreditada en el expediente de solicitud de asilo. Dicha autorización de permanencia revestirá la forma de autorización de estancia*”. Por su parte, el artículo 34.1 dispone, como una excepción a la extensión familiar del asilo, que “*cuando el matrimonio o convivencia estable se constituyan con posterioridad al reconocimiento de la condición de refugiado, el interesado no podrá solicitar la extensión del asilo para sus dependientes, sino el trato más favorable con arreglo a la normativa vigente de extranjería.*”

c) Razones humanitarias. Especial referencia a la mujer víctima de violencia de género en el ámbito doméstico.

En su apartado 4, el artículo 45 del Reg.LOE que comentamos, contempla la posibilidad de conceder autorización temporal a las personas que se encuentren en uno

⁴⁹ El art. 31.3 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984 dispone: “*El Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, podrá autorizar la permanencia en España, conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, siempre que se aprecien motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado. / Dicha autorización revestirá la forma de autorización de estancia. En el plazo de un mes, contado desde la notificación de la resolución, salvo retrasos por causa justificada, el interesado deberá solicitar la autorización de residencia temporal prevista en el apartado 3 del artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Una vez solicitada esta autorización, la resolución del Ministro del Interior por la que se autoriza la permanencia del interesado en España surtirá efectos de autorización de trabajo y permitirá, en su caso, el alta del interesado en la Seguridad Social, hasta que recaiga resolución expresa sobre la solicitud formulada. Estas circunstancias se harán constar expresamente en la propia resolución del Ministro del Interior*”.

⁵⁰ BOE núm. 256, de 25 de octubre de 2003.

de los siguientes supuestos, siempre que exista una sentencia (entendemos que ha de haber adquirido firmeza) que lo acredite:

–Víctimas de los delitos tipificados en los artículos 311 a 314 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)⁵¹. Dentro del Título XV, “*De los delitos contra los derechos de los trabajadores*”, tales artículos castigan a los que realicen las siguientes conductas: los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual; los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en el apartado anterior, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro; los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra; quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual; el que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España; el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país; y los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado.

–Víctimas de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación, tipificada en el artículo 22.4^a del Código Penal (“*Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca*”).

–Víctimas de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, en los términos previstos en la Ley 27/2003, de 31 de julio, Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica⁵², siempre que haya recaído sentencia (entendemos que firme) por tales delitos.

En 2006, 18.770 mujeres extranjeras dieron el paso de denunciar su maltrato, según los datos del Instituto Nacional de Estadística. Las nacionalidades más relevantes de las víctimas extranjeras son Ecuador (3.415), Colombia (1.951), Rumanía (1.941), Marruecos (1.831) y Bolivia (1.623). En cuanto al número de mujeres asesinadas por sus parejas o exparejas, en términos absolutos, entre 2002 y 2006 fueron asesinadas 321 mujeres mayores de catorce años, una media de 64 cada año,

⁵¹ (BOE núm 281, de 24 de noviembre de 1995; c. de errores BOE núm 54, de 2 de marzo de 1996).

⁵² BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003.

El 75,31% de ellas eran españolas, frente al 24,69% que provenían de otros países (Iberoamérica 10,31%, Unión Europea 5,31%, Países del Este 3,44%, África 5,00% y Asia 0,63%). En cuanto al agresor, el 76% de los asesinos de mujeres en este periodo eran españoles y el 23,82% restante eran extranjeros. El Consejo General del Poder Judicial (Servicio de Inspección) en su Informe sobre muertes violentas en el ámbito de la violencia doméstica y de género en el año 2007, señala que en dicho ejercicio se produjeron 99 muertes violentas de mujeres en este ámbito. En 33 casos (30%) tanto el agresor como la víctima eran extranjeros. En 40 de los sucesos la víctima era extranjera. Las ONGs coinciden en insistir que las mujeres inmigrantes se encuentran más indefensas, ya que muchas de ellas “no tienen papeles” y eso crea una condición de miedo y de inseguridad. Una mujer maltratada tiene hoy en su mano más posibilidades que hace unos años de salir de la espiral de terror en la que se ha convertido su vida, aunque aún quedan profundas carencias asistenciales y legales⁵³.

La complejidad y gravedad del fenómeno de la violencia de género y doméstica ha sido abordada por el legislador a través de sucesivas reformas, culminando en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁵⁴. Su artículo 17 garantiza los derechos reconocidos en ella a todas las mujeres víctimas de violencia de género con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Cuando una mujer extranjera comparece ante dependencias policiales por haber sufrido actos de violencia de género, es prioritaria e inmediata la asistencia y protección que pueda demandar o necesitar, debiéndose facilitar por el funcionario policial, información de sus derechos. Entre estos derechos está el de solicitar autorización de residencia tan pronto como le sea concedida la medida judicial de protección⁵⁵.

⁵³ El Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2006 aprobó el Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género así como un Catálogo de Medidas Urgentes en esta materia. Entre las medidas adoptadas se encuentra la puesta en marcha de un nuevo servicio telefónico de información y asesoramiento adecuados a la situación personal de las víctimas de violencia de género, derecho básico imprescindible para asegurar su atención, el ejercicio de sus derechos y el acceso a los recursos puestos a su disposición. El servicio 016 ofrece atención especializada las 24 horas los 365 días del año, su carácter es gratuito y se encuentra operativo desde el 3 de septiembre de 2007. Baste señalar que desde dicha fecha hasta el 29 de febrero de 2008 se atendieron 142.426 llamadas, y aunque algunas de ellas pueden calificarse de no pertinentes (bromas, insultos e incluso amenazas), diariamente se han atendido 160 llamadas demandando información y ayuda en materia de violencia de género. Desde Andalucía se realizaron en dicho periodo 4.555 llamadas (16,00%), correspondiendo 352 a Almería, 486 a Cádiz, 330 a Córdoba, 562 a Granada, 254 a Huelva, 293 a Jaén, 887 a Málaga y 1.391 a Sevilla. Informe 016, de 5 de marzo de 2008, de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la mujer.

⁵⁴ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

⁵⁵ Instrucción núm. 14/2005, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de la violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular. Asimismo, los funcionarios deben cumplir con las obligaciones que la normativa de extranjería les impone si la denunciante se encuentra en situación irregular. Debe, por tanto, procederse a la iniciación de procedimiento sancionador, pero éste quedará en suspenso, en tanto se dictan la resolución judicial sobre la orden de protección y la resolución administrativa sobre la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

Al igual que en el resto de los casos expuestos, la mujer marroquí que se encuentre de forma irregular en España puede obtener una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales cuando sea víctima de violencia doméstica⁵⁶. La solicitud podrá presentarla cuando se haya dictado a su favor, como víctima, una orden judicial de protección, pero no podrá resolverse el procedimiento hasta que haya recaído sentencia por los delitos (no faltas) de que se trate. Pero este supuesto no sólo será de aplicación a mujeres extranjeras que se encuentren en España de forma irregular. Nada impide, como ya se apuntó, que si la mujer maltratada se encuentra en periodo de estancia legal o en situación de autorización de estancia por estudios, pueda solicitar residencia temporal por circunstancias excepcionales si cuenta, por supuesto, con una orden judicial de protección. Asimismo, entendemos que las mujeres extranjeras que son titulares de autorización de residencia no lucrativa por motivo de reagrupación familiar, pueden formular solicitud de autorización de residencia temporal independiente si cuenta con orden de protección, cuando el agresor es el propio reagrupante.

Si cuenta con un contrato de trabajo⁵⁷, puede presentar, de manera simultánea con la solicitud de autorización de residencia o, posteriormente, durante el periodo de vigencia de la residencia la autorización para trabajar⁵⁸. En ningún caso se tendrá en cuenta si la situación nacional de empleo permite la contratación (supuesto preferente). Sí exige el Reg.LOE que deba acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en los párrafos b), c), d) y e) de su artículo 50. Por consiguiente, ha de garantizarse a la solicitante una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización de trabajo que se pretende, la empresa ha de estar inscrita en la Seguridad Social y al corriente de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad

⁵⁶ Aunque no corresponda a este comentario, nos permitimos apuntar que una persona que se sienta amenazada debe huir y pedir ayuda. Son muy diversas las puertas a las que puede tocar una mujer maltratada en caso de urgencia: Policía, Departamentos de Asuntos Sociales, Guardia Civil, Juzgados, Hospitales y, principalmente, los Centros de Emergencia. Desde cualquiera de éstos se pondrá en marcha la red social de asistencia, en la que representan un papel clave las Casas de Acogida repartidas por toda España. La inmediatez en la asistencia a una mujer que corre peligro es un factor esencial para garantizar su protección. El objetivo de la orden de protección es unificar los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de malos tratos, y se dicta tras un rápido y sencillo procedimiento judicial cuando se denuncia un delito o una falta relacionada con la violencia de género. Además de las medidas cautelares, como el alejamiento, se pueden solicitar otras de vivienda, el régimen de custodia y visitas a los hijos, o el régimen de prestación de alimentos. Ante la realidad social que se nos presenta, es urgente la creación de más y mejores servicios de atención e información inmediata a la mujer, más centros de emergencia para asistir a las mujeres y a sus hijos, medidas para apoyar a las víctimas a la hora de reorientar su vida, así como ayudas económicas que les permitan independizarse y formarse para el empleo. El “Cuaderno Informativo de Violencia de Género”, editado por el Instituto Andaluz de la Mujer (www.juntadeandalucia.es/iam), ofrece a las mujeres una información práctica, legal, psicológica, social y de salud para ayudarlas a salir de una situación de violencia. En nuestra Comunidad Autónoma el teléfono 900 200 999 atiende cualquier llamada en relación con los derechos de las mujeres extranjeras víctimas de la violencia de género.

⁵⁷ Creemos que nada impide que, de contar con un proyecto viable de actividad por cuenta propia, pueda solicitar autorización para esta actividad.

⁵⁸ Ver “RESIDENCIA Y TRABAJO EN ESPAÑA DE LA MUJER MARROQUÍ” en esta misma obra.

Social⁵⁹, las condiciones fijadas en la oferta de trabajo se han de ajustar a las establecidas en la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad y debe poseer la titulación, en su caso, debidamente homologada o que se acredite la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión.

Aunque la inscripción como demandantes de empleo en los servicios públicos de empleo y en las agencias de colocación se trata más ampliamente en esta obra, estimamos conveniente reiterar en este apartado que la mujer marroquí en edad laboral que sea titular de autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razones humanitarias, puede inscribirse acreditando con la tarjeta de identidad de extranjero o con la resolución por la que se concede dicha autorización.

d) Colaboración y razones de interés público o seguridad nacional

Podrán también concederse autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, o cuando concurren razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar dicha residencia en España.

Sin perjuicio de que se acuerde la delegación de la competencia, ésta corresponde:

- a) A la Secretaría de Estado de Seguridad (Ministerio del Interior) cuando estemos ante colaboración con las autoridades policiales, fiscales y judiciales y en los casos de seguridad nacional.
- b) A la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) en los casos de colaboración con las demás autoridades administrativas y por razones de interés público.

Podemos apuntar, como ejemplo de colaboración, el caso de mujeres víctimas redes de prostitución que denuncian su situación y colaboran con las autoridades para el esclarecimiento y persecución de delitos.

e) Procedimiento

En la exposición de los distintos supuestos ya se han señalado algunas de las especialidades previstas en el Reg.LOE, desde el punto de vista de la presentación y tramitación de las solicitudes. Incluso cuando reiteremos alguna de ellas, es conveniente su enumeración:

- La solicitud ha de presentarse personalmente ante el órgano correspondiente para su tramitación.
- A la solicitud se han de acompañar, además del pasaporte o título de viaje con una vigencia mínima de cuatro meses: certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades del país o países en que haya residido durante los cinco últimos años anteriores a su entrada en España; la documentación acreditativa de alguna de las situaciones que dan derecho a la obtención de este tipo de residencia, a la cual ya hemos hecho referencia, y, en los casos en que se exija, contrato de trabajo firmado por trabajador y empresario con una duración mínima de un año.
- El órgano competente podrá requerir la aportación de la documentación preceptiva u otros documentos que sean necesarios para justificar los motivos de la solicitud, en el plazo máximo de un mes, con la advertencia de que, de no hacerlo, se le tendrá por desistido, con archivo del procedimiento.

⁵⁹ La Administración, de oficio, recabará informe de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social (art. 50.7, párrafo segundo, Reg.LOE, en relación con el art. 51.3).

- Asimismo, podrá requerirse la comparecencia personal y mantener una entrevista. En ésta deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración, además del intérprete, en caso necesario, y quedará constancia de su contenido mediante un acta firmada por los asistentes, de la que se entregará copia al interesado o interesada. Si surgieran dudas sobre el criterio a seguir, el órgano competente deberá elevar la consulta correspondiente a la Dirección General de Inmigración (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).
- Las autorizaciones iniciales de residencia por circunstancias excepcionales tienen una vigencia de un año. No obstante, recordar que en el supuesto de “arraigo social”, la eficacia está condicionada a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación.
- La tarjeta de identidad de extranjero se ha de solicitar personalmente en el plazo de un mes desde la notificación, o, en su caso, entrada en vigor.
- La autorización puede renovarse siempre que permanezcan las razones que motivaron su concesión, mediante solicitud presentada durante los sesenta días previos a la fecha de expiración de la misma⁶⁰. No obstante, incluso si han desaparecido las causas, queda abierta la posibilidad de solicitar autorización de residencia o de residencia y trabajo⁶¹.
- Cuando estemos ante razones de protección internacional, la renovación se regirá por la normativa de asilo y protección temporal aplicable.

2. Residencia permanente

Define la LOE la residencia permanente como aquella situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles (artículo 32.1).

Hasta la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero⁶², no existía en nuestro Derecho positivo la figura de la residencia permanente. La LOE facilitó el acceso a la misma exigiendo sólo cinco años de residencia temporal continuada en territorio español, cuando anteriormente se requería un periodo de seis años, e, incluso, realizando la previsión de que, excepcionalmente, podrán establecerse criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España. También fue novedad la posibilidad de que su titular desarrolle actividad laboral por cuenta propia o ajena sin necesidad de obtener autorización de trabajo, desapareciendo el llamado hasta entonces permiso de trabajo permanente. Ello significa que no existe un pronunciamiento de carácter laboral, sino que simple y llanamente el residente permanente puede ejercer, sin más, actividad lucrativa.

⁶⁰ La presentación de la solicitud de renovación de la autorización en plazo proroga su validez hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará cuando la solicitud se presente dentro de los tres meses siguientes a la caducidad, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador.

⁶¹ Ver art. 98 Reg.LOE.

⁶² BOE núm. 47, de 23 de febrero de 1996

La mujer marroquí, al igual que el resto de extranjeras y extranjeros, tendrá derecho a obtener autorización de residencia permanente cuando acredite haber residido legalmente de forma continuada en territorio español durante cinco años⁶³. La cuestión fundamental se centra en determinar que debe entenderse por residencia continuada. El Reg.LOE, en desarrollo del artículo 32.2 de la LOE, establece que la continuidad no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses, siempre que la suma de éstas no supere el total de un año dentro de los cinco años referidos. Esto será así siempre que las correspondientes salidas se hayan efectuado de forma regular, puesto que, en caso contrario, entendemos que no podrá obtenerse la autorización de residencia permanente.

Junto a esta vía de acceso a la residencia permanente por residencia continuada, el artículo 74.3 del Reg.LOE contempla otras siete circunstancias en las que procede su concesión:

- Residentes que sean beneficiarios de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social.
- Residentes que sean beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social o de prestaciones análogas a las anteriores obtenidas en España y consistentes en una renta vitalicia, no capitalizable, suficiente para su sostenimiento.
- Que hayan nacido en España y al llegar a la mayoría de edad acrediten haber residido de forma legal y continuada durante, al menos, los tres años consecutivos anteriores a la solicitud.

⁶³ La Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003 (*DOCE* núm. L 016, de 23 de enero de 2004), relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, debería haberse incorporado, a más tardar, el 23 de enero de 2006. Sin embargo, ello no se ha producido y la Administración ha mantenido el criterio de que hasta tanto no se lleve a cabo la transposición deberá seguirse aplicando la normativa actualmente en vigor en materia de inmigración, sin posibilidad de aplicación directa. En contra de esta opinión, cabe recordar el efecto vertical que algunas disposiciones de la Directiva pueden desplegar, una vez transcurrido el plazo de que dispone el Estado miembro para integrarla en su ordenamiento nacional. Para que se produzca tal efecto directo es necesario que las disposiciones sean completas, jurídicamente perfectas e incondicionadas, permitiendo en tal caso que los derechos y obligaciones que en ellas se contienen puedan ser invocadas por los particulares. Recientemente, una Instrucción de la Dirección General de Inmigración de 10 de abril de 2008, ha aclarado la aplicación directa de la Directiva a la vista de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido el efecto vertical de las Directivas comunitarias, y más concretamente, la posibilidad de que los derechos contemplados en las mismas puedan invocarse directamente por los particulares frente a los poderes públicos, siempre que los preceptos que los contienen satisfagan los requisitos generales de la doctrina del efecto directo de las normas comunitarias, entre los que se encuentran que el precepto que pretenda invocarse sea lo suficientemente claro, preciso e incondicional. Por ello, cuando una mujer marroquí ha sido reconocida como residente de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea e invoque la referida Directiva 2003/109/CE, se concederá autorización inicial de residencia temporal, o, en su caso, autorización inicial de residencia y trabajo. Asimismo, podrá ejercer el derecho de reagrupación familiar.

- Que hayan sido españolas o españoles de origen y hayan perdido la nacionalidad española⁶⁴.
- Que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva.
- Apátridas o refugiadas o refugiados que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España.
- Extranjeras o extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España, o a la proyección de España en el exterior. En estos supuestos, corresponderá al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales la concesión de la autorización de residencia permanente, previo informe del Ministerio del Interior.

El procedimiento para su concesión se inicia con la presentación⁶⁵ de la solicitud en modelo oficial, acompañada de la documentación que acredite la residencia legal previa en España durante cinco años, o, en su caso, la concurrencia de alguna de los siete supuestos expuestos. El órgano competente recabará de oficio el correspondiente certificado de antecedentes penales, así como los informes que estime pertinentes, y deberá resolver la solicitud en el plazo máximo de tres meses. Los

⁶⁴ Especial relevancia tiene la discusión sobre la posibilidad de considerar españoles de origen a los extranjeros, cualquiera que sea su nacionalidad actual, naturales del Sáhara Occidental durante el periodo colonial. En contra de la opinión de que estas personas (súbditos), aunque pudieran existir algunas diferencias entre la condición jurídica de los españoles del territorio nacional y los naturales de las colonias (denominados en algunos textos legales “españoles indígenas” o “nativos”), tenían la condición de españoles, la Administración generalmente entiende que, para que una persona nacida en el Sahara Occidental antes de la entrada en vigor de la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, de descolonización del Sáhara, pueda ser española, si no optó en su momento a la nacionalidad española, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sáhara, es necesario que haya consolidado la nacionalidad española al amparo del artículo 18 del Código Civil. Tal consolidación podrá acreditarse por medio de una sentencia judicial o mediante un expediente de nacionalidad con valor de simple presunción, al que se refiere al artículo 96.2 de la Ley de Registro Civil, que decide en primera instancia el Encargado del Registro Civil del domicilio de acuerdo con lo establecido en el artículo 355 del Reglamento de Registro Civil. En ambos casos, la sentencia o el expediente favorable (auto) habrán de ser anotados en el Registro Civil Central, según dispone el artículo 340 del citado Reglamento, cuya certificación literal será prueba de la nacionalidad española de origen. Por ello, hemos de concluir que, conforme a lo dispuesto en el citado Real Decreto 2258/1976, ningún extranjero originario del territorio del Sáhara Occidental goza de nacionalidad española de origen, a menos de que acredite este extremo de forma fehaciente. Sí sería aplicable el supuesto fijado por la letra d) del artículo 72.3 del Reg.LOE a aquellas personas que, en su día, y al amparo de lo previsto en el repetido Real Decreto 2258/1976, hubiesen obtenido la nacionalidad española y posteriormente la hubiesen perdido.

⁶⁵ Cuando la mujer marroquí se encuentre en España, como será en la mayoría de los casos, la presentación no necesariamente tiene que ser personal. La generalidad de las solicitudes que se presentan habitualmente responden a previas autorizaciones de residencia temporales durante cinco años, y, por tanto, pueden ser consideradas como solicitudes de renovación. Sin embargo, cuando la extranjera o el extranjero no se encuentre en territorio nacional, la solicitud sí ha de presentarse personalmente ante la oficina diplomática o consular en cuya demarcación se resida, puesto que en este caso no estaremos ante una renovación de una solicitud anterior, sino ante uno de los supuestos en los que no se exige un periodo previo de residencia legal.

efectos de la falta de resolución en plazo (silencio administrativo) son distintos dependiendo del supuesto alegado. Si la interesada o interesado fundamenta su solicitud en la previa residencia legal por un periodo de cinco años o en ser beneficiaria o beneficiario de pensión de jubilación, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez en los términos señalados, si la Administración no resuelve la solicitud en plazo de tres meses, se entenderá que la resolución es favorable. En el resto de los supuestos, ante la carencia de resolución en plazos, se entenderá denegada la solicitud. Al igual que en el resto de concesiones, el beneficiario de una resolución de concesión de autorización de residencia permanente debe solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero en el plazo de un mes desde su notificación.

Aunque este tipo de residencia otorga una autorización indefinida, el documento que la acredita, la tarjeta de identidad de extranjero, ha de renovarse cada cinco años. La solicitud de renovación ha de presentarse durante los sesenta días inmediatamente anteriores a la fecha de expiración de la vigencia de la tarjeta, entendiéndose prorrogada la validez de la autorización hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará en el supuesto de presentación dentro del plazo de tres meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiere incurrido. Parece, por tanto, que si la solicitud se presenta de forma extemporánea, transcurridos los tres meses desde la caducidad de la anterior tarjeta de identidad de extranjero o, simplemente, no se presenta solicitud de renovación del documento, no procede expedir nuevo documento, lo que en la práctica constituiría un supuesto de extinción de la residencia permanente. Sin embargo, como veremos, esta situación no se contempla expresamente como causa de extinción en el artículo 76 del Reg.LOE. Entendemos, en contra de algunas opiniones, que al tratarse de una residencia cuyo derecho a la misma es de carácter permanente y lo único que se renueva es el documento identificativo de su titular, donde se acredita la situación en la que se encuentra en España, cuando se produzca la solicitud de renovación de la tarjeta de identidad fuera de plazo, deberá renovarse, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador y siempre que no concurra causa de extinción prevista legal o reglamentariamente.

3. Extinción de la residencia

En cuanto a la extinción, entendida como pérdida de vigencia, de las autorizaciones de residencia, deberemos distinguir entre residencia temporal y residencia permanente.

La vigencia de las autorizaciones de residencia temporal se extinguirá sin necesidad de pronunciamiento administrativo, en los siguientes supuestos:

- Transcurso del plazo para el que se hayan expedido.
- Renuncia expresa o tácita de su titular. Llama la atención que el propio Reg.LOE prevea una renuncia tácita: cuando la interesada o el interesado es requerido para tramitar o recoger su tarjeta de identidad de extranjero y no se presente en el plazo de tres meses, salvo causa justificada.
- Por venir la extranjera o el extranjero obligada u obligado a la renovación extraordinaria en virtud de lo dispuesto por las autoridades competentes en estados de excepción o de sitio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de

la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio⁶⁶.

- Por la inclusión en alguno de los supuestos de prohibición de entrada previstos en el Reg.LOE, bien por no haberse conocido dicha circunstancia en el momento de su entrada, bien por haberse producido durante su permanencia en España.

Asimismo se extinguirán, previa resolución motivada de la autoridad competente para su concesión, cuando se constate la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- Cuando deje de disponer de recursos económicos o medios de vida suficientes, de asistencia sanitaria garantizada, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 12 de la LOE⁶⁷, o de vivienda adecuada, sin que pueda disponer de ellos en un plazo de tres meses contados a partir de la notificación en relación con tal circunstancia.
- Cuando cambie o pierda su nacionalidad, sin perjuicio de que pueda adquirir otra autorización de residencia en atención a las nuevas circunstancias.
- Cuando desaparezcan las circunstancias que sirvieron de base para su concesión. Nuevamente, el Reg.LOE recoge expresamente uno de estos casos: cuando en las autorizaciones iniciales de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, en el plazo de un mes desde su entrada en España y, en todo caso, en el momento de su solicitud de la tarjeta de identidad de extranjero, no exista constancia de que la persona autorizada inicialmente a residir y trabajar ha sido afiliada y/o dada de alta en la Seguridad Social.
- Cuando se compruebe la inexactitud grave de las alegaciones formuladas para obtener la autorización.
- Cuando deje de poseer pasaporte, documento análogo o, en su caso, cédula de inscripción, válidos y en vigor, salvo que pueda justificar que ha realizado los trámites necesarios para su renovación o recuperación del pasaporte o documento análogo.
- Por la permanencia fuera de España durante más de seis meses en un periodo de un año⁶⁸.

Por su parte, la autorización de residencia permanente se extinguirá, sin necesidad de pronunciamiento administrativo:

- Por venir la extranjera o el extranjero obligada u obligado a renovación extraordinaria en virtud de lo dispuesto por las autoridades competentes en

⁶⁶ BOE núm. 134, de 5 de junio de 1981.

⁶⁷ “Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residen habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. / Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. / Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. / Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.”

⁶⁸ Esta circunstancia no es de aplicación a los titulares de una autorización de residencia que permanezcan en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea para la realización de programas temporales de estudios promovidos por la propia Unión.

estados de excepción o de sitio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio.

- Por la permanencia fuera de España durante más de doce meses consecutivos o más de treinta meses en el cómputo global de los cinco años de residencia.

Por el contrario, será preciso, para la extinción de la autorización de residencia permanente, resolución motivada del órgano competente para su concesión, en los casos siguientes:

- Cuando se compruebe la inexactitud grave de las alegaciones formuladas por la o el titular para obtener la autorización.
- Cuando se encuentre incluido en alguno de los supuestos de prohibición de entrada previstos en el Reg.LOE, puesto este supuesto en relación con el artículo 57.5 de la LOE⁶⁹.

V. BIBLIOGRAFÍA

– ABARCA, JUNCO, A.P., ALONSO-OLEA GARCÍA, B., MARTÍN DÉGANO, I. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: *Inmigración y Extranjería: Régimen jurídico básico*, Madrid, Colex. 2007.

– BENEYTO CALABUIG, D.: *Los trabajadores extranjeros. Análisis y comentario del nuevo reglamento de Extranjería de 30 de diciembre de 2004*, Madrid, 2005.

– DE LORENZO SEGRELLES, J.M.: “Art. 29. Enumeración de las situaciones”, en ESPULGUES MOTA, C. y AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirand lo Blanch, 2006, pp. 759–764.

– MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L.: “El nuevo Reglamento de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Principales novedades”, *Actualidad Administrativa*, 2005 (6).

– MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería e Integración Social*, Granada, Comares, 2001.

⁶⁹ El art. 57.5 de la LOE dispone que la sanción de expulsión no podrá ser impuesta (salvo que se trate de infracción muy grave por la participación en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, o suponga reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión) al extranjero que tenga reconocida la residencia permanente, su cónyuge, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo cuando hayan residido legalmente en España durante más de dos años. La duda que se plantea es la posibilidad de acordar la expulsión del residente permanente, o de los familiares citados, cuando concurre la causa de expulsión (no calificada ni graduada como infracción) prevista en el art. 57.2 de la LOE: “Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes hubieran sido cancelados”.

- MOYA ESCUDERO, M. (coord.): *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada, Comares, 2001.
- MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA, R.: *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid, La Ley, 2003.
- SAGARRA TRÍAS, E.: *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2002.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A. (coord.): *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, Murcia, Diego Marín, 2005.
- TRINIDAD GARCÍA, G. y MOLINA NAVARRTE, D.: *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Valladolid, Lex Nova, 2005.

3. RESIDENCIA Y TRABAJO EN ESPAÑA DE LA MUJER MARROQUÍ*

Juan Manuel Puerta Vílchez**

SUMARIO: I. EL HOMBRE Y LA MUJER EN LAS RELACIONES LABORALES. 1. El principio de igualdad por razón de sexo. 2. Igualdad formal e igualdad real. 3. La mujer y la normativa de extranjería. II. EL TRABAJO DE LA MUJER MARROQUÍ INDEPENDIENTE. 1. El derecho al trabajo y la autorización laboral. 2. Las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena y cuenta propia. A) Requisitos para el trabajo por cuenta ajena. B) Procedimiento para el trabajo por cuenta ajena. C) Requisitos para el trabajo por cuenta propia. D) Procedimiento para el trabajo por cuenta propia. 3. Regímenes especiales. A) Trabajo y circunstancias excepcionales. B) Autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales sin autorización de trabajo. Víctimas de violencia de género. C) Trabajo de duración determinada. D) Contingente y temporada. Acuerdo Migratorio con Marruecos: a) Procedimiento. b) Visados de búsqueda de empleo. E) El trabajo y régimen especial de los estudiantes. F) Trabajos transfronterizos y transnacionales: a) Trabajos transfronterizos. b) Prestación transnacional de servicios. 4. Compatibilidad de autorizaciones, modificaciones y cambios de régimen. A) Compatibilidad de autorizaciones de trabajo por cuenta propia y ajena. B) Modificación de la autorización de trabajo. C) De la situación de residencia (sin trabajo) a la residencia y trabajo. D) De la situación de residencia por circunstancias excepcionales a la residencia y trabajo. E) De la situación de estancia por estudios a la de residencia y trabajo. 5. Excepciones a la obligación de obtener autorización de residencia y trabajo. III. BIBLIOGRAFÍA/DIRECCIONES DE INTERNET.

I. EL HOMBRE Y LA MUJER EN LAS RELACIONES LABORALES

El corpus normativo de los países que se rigen por el denominado *Estado de Derecho*, entre los que se destacan los Estados miembros de la UE y, significativamente, España, no puede acoger normas que regulen realidades de forma discriminatoria, bien sea por razón de nacionalidad, bien sea por la condición sexual de las personas o por cualquier otra circunstancia. Por este motivo, el régimen jurídico de los trabajadores y las trabajadoras extranjeras en nuestro país se dirige a los y las nacionales de terceros Estados, cualquiera que sea su nacionalidad o su sexo.

* La presente investigación se enmarca en el Proyecto de Excelencia SEJ 820 “Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza”, subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

** Jefe de sección de autorizaciones laborales de la Subdelegación del Gobierno en Granada

Este hecho nos muestra una realidad nueva cuando es contemplado desde la perspectiva de la mujer de nacionalidad marroquí. En efecto, desde el momento mismo en que la mujer marroquí tiene intención de emigrar a España, se convierte automáticamente en sujeto de aplicación de nuestras normas jurídicas, y, esto es lo más relevante, en condición de igualdad con el hombre. Por esta misma causa, además, será beneficiaria de todas las medidas de discriminación positiva dirigidas a potenciar la igualdad real, y no sólo la formal.

Así pues, es muy importante que la mujer marroquí tome conciencia del abanico de posibilidades que se le ofrecen, basadas todas ellas, en el principio de igualdad, consagrado como principio fundamental.

1. El principio de igualdad por razón de sexo

El principio de igualdad que se recoge en el artículo 14 de la Constitución española de 1978¹ (en adelante CE), adopta una forma poliédrica, en su afán de generalidad, y se refiere a diversos aspectos, como la igualdad ante la ley y la no discriminación, además de por razón de sexo, por otros motivos, como son la raza, la religión, la opinión, etc. Hemos de hacer notar, sin embargo, que este artículo se predica solamente de los españoles. Ello nos obliga a acudir a otros preceptos para fijar adecuadamente la situación en la que se encuentran las personas extranjeras en España en relación con el principio de igualdad. Así, el artículo 13.1 de la CE nos advierte que *“los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.”* La propia LOE parafrasea en su artículo 3.1 el texto del artículo 13.1 CE y nos aclara que *“como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.”* Es decir, el manto jurídico bajo el que los ciudadanos y ciudadanas extranjeras – y, en especial, las mujeres extranjeras – encuentran la protección al principio de igualdad se halla en los tratados suscritos por España y en sus leyes.

De los tratados internacionales nos detendremos, por su importancia en relación con la igualdad de trato entre hombres y mujeres y la normativa migratoria, en el ámbito comunitario². El artículo 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea³ (en adelante TCE) establece como un principio fundamental del Derecho comunitario la igualdad entre el hombre y la mujer⁴. Por lo que se refiere al

¹ “Los *españoles* son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, *sexo*, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

² No obstante, sí nos gustaría destacar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983. Asimismo, las conferencias mundiales monográficas, como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995.

³ Firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

⁴ Este mismo principio se recogía en el artículo I-2 de la propuesta de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: *“Valores de la Unión. La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres.”*

Derecho derivado, y ahora sí, en relación con la igualdad en el trabajo, la UE ha adoptado varias directivas entre las que destacamos la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo⁵, y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro⁶.

2. Igualdad formal e igualdad real

Es quizá, en el ámbito laboral, donde se evidencia con mayor nitidez la justificación de medidas que potencien la igualdad de trato de hombres y mujeres. Temas como el acceso al empleo, las retribuciones, la formación, los derechos laborales ofrecen datos objetivos en los que se observa la situación de desventaja de la mujer respecto del hombre.

En efecto, en el ámbito de la UE las mujeres procedentes de terceros países encuentran especiales dificultades para encontrar empleo, por lo que su tasa de ocupación es siempre inferior: más del 20% en el caso de mujeres con alto nivel de cualificación – en el caso de los varones extracomunitarios esta tasa se sitúa en un 12%⁷–. El mismo panorama puede encontrarse en España, donde la tasa de empleo de las mujeres – españolas y extranjeras – se situó en un 54.1% en el tercer trimestre de 2006, siendo una de las más bajas de Europa. Sin embargo, se observó un aumento considerable del 4.9%, lo que nos acerca al objetivo establecido en Lisboa de alcanzar el 60% de tasa de ocupación para el empleo femenino. La contribución de las mujeres inmigrantes a esta subida es significativa, pero siguen manteniendo unas tasas inferiores de empleo a las españolas. A ello puede contribuir también el hecho de que la tasa de empleo es superior entre mujeres que cuentan con estudios superiores frente a las que no los poseen, como sucede, habitualmente, con las mujeres inmigrantes⁸.

Por lo que se refiere a las diferencias en las retribuciones, las mujeres siguen percibiendo un 15% menos que los hombres por el mismo trabajo – media en la UE, en algunos países supera el 33%⁹, acentuándose en el caso de los colectivos menos favorecidos, como es el caso de las mujeres inmigrantes. Esclarecedoras son las palabras del Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo sobre el tema “Las mujeres y la pobreza en la UE”¹⁰: “*Las trabajadoras poco cualificadas profesionalmente, las trabajadoras no declaradas, las minorías o las trabajadoras inmigrantes con una situación jurídica de escasa o nula autonomía se ven particular-*

⁵ Cfr. la Directiva 2006/54/CE de 5 de junio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombre y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), (DOUE núm. L 204/23, de 26 de julio de 2006).

⁶ (DOCE núm. L 373/37, de 21 de diciembre de 2004).

⁷ “El empleo en Europa 2006. Tendencias demográficas y migración”, Comisión Europea, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Colección Informes y Estudios*, 2007, págs. 78 – 84.

⁸ Cfr. “Panorama sociolaboral de la mujer en España”, *Boletín elaborado por el área de estudios y análisis del Consejo Económico y Social*. Número 46, cuarto trimestre 2006.

⁹ EUROSTAR 2004.

¹⁰ Dictamen 2006/C24/18, DOCE núm. C 24/95, de 31 enero de 2006.

mente expuestas al riesgo de pobreza, ya que dichos trabajos suelen estar mal remunerados y asociados a un bajo estatus social con inseguridad laboral. Hay estudios que muestran que, en casos extremos, estas mujeres se exponen a la trata, a la prostitución y a la violencia¹¹.”

El propio TCE prevé la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo y la – muy significativa – aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras por un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor (arts. 137 y 141, respectivamente, del TCE).

Sin embargo, tal y como ya se ha puesto de manifiesto, aún no se han alcanzado los objetivos propuestos en la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975 – hace ya más de 30 años – sobre la igualdad de retribución¹², lo que ha provocado la indignación expresada por la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo.

Mirando hacia el futuro, las perspectivas de un acercamiento de la situación de hombres y mujeres en las relaciones laborales son favorables, y se deben alcanzar, probablemente, mayores cuotas de igualdad. La propia Comisión Europea ha elaborado un plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006 – 2010 en el que incluye como áreas de actuación prioritaria alcanzar los objetivos de empleo fijados en Lisboa – *ut supra* –, eliminar la diferencia salarial entre hombres y mujeres, la igualdad de género en la protección social y la lucha contra la pobreza, y, muy especialmente, combatir la discriminación múltiple, sobre todo la que afecta a las mujeres inmigrantes o a minorías étnicas¹³.

En nuestro país, el avance más reciente y significativo lo constituye la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LIMH)¹⁴. Esta Ley Orgánica incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, de 26 de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo¹⁵; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. La propia exposición de motivos de la LIMH, participando de la obligación positiva de promover la

¹¹ Dictamen 2006/C24/18, DOCE núm. C 24/95 de 31.01.06.

¹² DOCE núm. L 45/19, de 19 de febrero de 1975.

¹³ “La UE se ha comprometido a eliminar todas las formas de discriminación y a crear una sociedad integradora para todos. A menudo, las mujeres que forman parte de grupos desfavorecidos se hallan en una situación peor que la de sus compañeros. **La situación de las mujeres de minorías étnicas o inmigrantes es emblemática: sufren a menudo una doble discriminación. Por ello es preciso fomentar la igualdad de género en las políticas de inmigración e integración a fin de defender los derechos de la mujer y su participación cívica, la utilización plena de su potencial de empleo y la mejora de su acceso a la educación y al aprendizaje permanente.**” Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006–2010, Bruselas, 1.3.2006.

¹⁴ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

¹⁵ DOCE núm. L 269/15, de 5 de octubre de 2002

igualdad del hombre y la mujer en todas las actividades, y basándose en el artículo 9.2 CE que consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas, se compromete a hacer una consideración especial “*con los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son las personas que pertenecen a minorías, mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad*”. Esta referencia directa a la mujer migrante es una declaración de intenciones que necesitará plasmarse en *medidas de acción positiva* por parte de los poderes públicos¹⁶. Sin embargo, ya es muy importante, a nuestro parecer, la identificación del grupo de las mujeres migrantes como un colectivo concreto susceptible de ser beneficiario de medidas de discriminación positiva. Esta ley establece de modo inequívoco que su ámbito de aplicación se extiende a todas las personas y, por ende, a las ciudadanas extranjeras, cualquiera que sea su nacionalidad¹⁷. Ni qué decir tiene la importancia que pueden llegar a adquirir las posibles medidas adoptadas en este sentido para las mujeres marroquíes en España.

2. La mujer y la normativa de extranjería

La otra dimensión que determina el escenario en el que se desenvuelve la mujer marroquí, en relación con su residencia y trabajo en España, es la nacionalidad. Sobre el concepto de extranjero, habría que señalar que su definición legal es de carácter excluyente, es decir, es extranjera la persona que carezca de nacionalidad española; lo cual nos conduce inevitablemente a contemplar las normas de la CE y del C.c. sobre la nacionalidad española¹⁸. Pero lo que aquí conviene destacar es que la dimensión de la nacionalidad es dinámica: una persona puede cambiar de nacionalidad a lo largo de su vida e, incluso, poseer más de una nacionalidad. Y así, según la nacionalidad de que disfrute una persona en un determinado momento, le serán de aplicación unas normas u otras: las que se aplican exclusivamente a los nacionales españoles, las que se aplican a las ciudadanas y ciudadanos extranjeros que se encuentran dentro del ámbito comunitario o las que se aplican a los y las nacionales de terceros Estados. Nos centraremos en las normas que afectan a la mujer marroquí mientras conserve esta nacionalidad¹⁹.

¹⁶ Art. 14.6 LIMH: “La consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las **mujeres migrantes**, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las **mujeres víctimas de violencia de género**, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva.”

¹⁷ Art. 2 LIMH: “1. Todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la **prohibición de discriminación por razón de sexo**. 2. Las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, **cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia**.”

¹⁸ Vid. MOYA ESCUDERO, M.: “Comentario al artículo 1 de la LOE”, en ESPLUGUES MOTA, C. y AZCARRAGA MONZONÍS, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 53 – 85.

¹⁹ Vid. los capítulos sobre “ADQUISICIÓN POR MUJERES MARROQUÍES DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA” y “NACIONALIDAD DE LOS NACIDOS EN ESPAÑA DE MADRES MARROQUÍES”.

En el caso de la emigración laboral de la mujer independiente de nacionalidad marroquí, el corpus normativo que le es de aplicación es, fundamentalmente, la LOE y el Reg.LOE., que desarrollamos en el apartado segundo de este estudio. Cuando de la mujer dependiente se trate, habremos de tener en cuenta, además, la nacionalidad de la persona de la que depende la mujer – también el hombre – de nacionalidad marroquí. Así, si su vínculo familiar la une a un nacional de tercer Estado, le serán de aplicación las normas del régimen general (LOE y Reg.LOE), mientras que si está vinculada – con determinados requisitos– a un nacional de un Estado miembro de la UE o del AEE residente en España, su situación jurídica cambiará sustancialmente, siéndole de aplicación el régimen comunitario²⁰.

II. TRABAJO DE LA MUJER MARROQUÍ INDEPENDIENTE

1. El derecho al trabajo y la autorización laboral

El artículo 35 de la CE reconoce el derecho al trabajo y la obligación de trabajar solamente a los españoles. Este derecho, incluido en el Título I de nuestra Constitución, es aplicable también a los y las extranjeras, pero en los términos que establezcan las leyes y los tratados internacionales que España haya suscrito (art. 13.1. CE)²¹. Dejando a un lado los países de la UE y del EEE, esta regulación se ha desarrollado en la LOE: “*los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como el acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente*” (art. 10.1. LOE). Como podemos observar, el ejercicio del derecho al trabajo para la mujer marroquí está sometido al cumplimiento de una serie de requisitos.

Tales requisitos vienen a plasmarse en la exigencia de una autorización previa para poder trabajar en España: “*Los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar. Esta autorización habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia...*” y deberá ser solicitada por la empresa que pretenda la contratación de una trabajadora marroquí (art. 36 LOE). La autorización para trabajar que se concede, lejos de ser una autorización *general* que permite el acceso al mercado laboral en igualdad de condiciones que los españoles y españolas, es una autorización *limitada* tanto en su proceso de obtención – condicionada por el cumplimiento de unos requisitos –, como en su forma y características – pues conlleva una serie de limitaciones de dependencia laboral, sector de actividad, ámbito geográfico y duración. Por este motivo, no existe un solo tipo de autorización para trabajar, ni tampoco un único procedimiento para su obtención. La propia LOE distingue entre autorización de trabajo por cuenta propia (art. 37) y por cuenta ajena (art. 38), el régimen especial de los trabajadores de temporada (art. 42), los trabajadores transfronterizos y la prestación transnacional de servicios (art. 43).

²⁰ Vid. el capítulo sobre “MUJER INMIGRANTE MARROQUÍ: REAGRUPACIÓN FAMILIAR.

²¹ Tal y como aclara la jurisprudencia del TC la configuración del derecho al trabajo de los extranjeros es de base legal, y no constitucional. Vid. STC de 23 de noviembre de 1984 (RAJ 1984, 107).

Antes de examinar los diferentes tipos de autorizaciones de residencia y trabajo, hemos de aclarar que no todas las personas extranjeras necesitan dicha autorización. Algunas, por unos motivos u otros, están autorizadas a trabajar. Éste es el caso de las que han alcanzado la condición de refugiado – también sus familiares – al amparo de lo dispuesto en la legislación de asilo²², pues pueden trabajar mientras disfruten del derecho de asilo en igualdad de condiciones que los españoles (art. 34.3 LOE). En la misma situación se encuentran los y las apátridas²³. Sin embargo, éstos son supuestos muy excepcionales en el caso de las mujeres marroquíes. Finalmente, recordar que la LOE excluye de su ámbito de aplicación a los diplomáticos y a sus familiares que, en virtud de normas internacionales estén exentos de las obligaciones relativas a la obtención de autorización de residencia (art. 2 LOE).

2. Las autorizaciones de residencia y trabajo. Requisitos y procedimiento²⁴

A continuación exponemos una clasificación de las autorizaciones de residencia y trabajo basada en la relevancia cuantitativa – número de autorizaciones tramitadas de cada tipo – y cualitativa – importancia de la producción normativa de cada una de ellas –: *trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia*; donde encontraremos dos apartados: a) requisitos, donde se interpretan las cuestiones de índole jurídica y b) procedimiento, en el que se podrán encontrar las pautas para la correcta tramitación y obtención de la autorización en cuestión. En un próximo epígrafe lo dedicaremos al estudio de los *regímenes especiales*, en el que se analizarán las características distintivas de cada supuesto.

A) Requisitos para el trabajo por cuenta ajena²⁵

La limitación de las autorizaciones laborales en función de la dependencia laboral es, quizá, la principal característica de éstas, dado que los requisitos para la obtención de una autorización para trabajar por cuenta ajena nada tienen que ver con los exigidos para la cuenta propia, o trabajo no asalariado. Se exigen una serie de requisitos objetivos, relativos a la relación laboral, y otros subjetivos, relativos a las partes interesadas en la autorización. Entre los requisitos objetivos se encuentran la

²² Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados y Protocolo de 31 de enero de 1967 (BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978); Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984), modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo (BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994); última modificación en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, Disposición Adicional 29ª (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007) y Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero (BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995).

²³ Convención de Nueva York de 28 de septiembre de 1954, sobre el Estatuto de Apátridas (BOE núm. 159, de 4 de julio de 1997). El Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida (BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001).

²⁴ En 2006 se concedieron en España un total de 827.130 autorizaciones de trabajo, de las que 113.337 lo fueron a ciudadanos marroquíes (13.70%). De estas autorizaciones 91.229 (80.55%) fueron concedidas a hombres y 22.038 (19.45%) a mujeres marroquíes. Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

²⁵ En 2006 se concedieron 112.075 autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena a ciudadanos y ciudadanas de nacionalidad marroquí, lo que supone un 99,4% del total de autorizaciones concedidas. Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

valoración de la situación nacional de empleo y el cumplimiento de la normativa socio-laboral por parte de la empresa y en la oferta de trabajo que se formule. Y entre los subjetivos, los trabajadores y trabajadoras extranjeras deben reunir los requisitos necesarios para la obtención de una autorización de residencia y la empresa debe de estar legalmente constituida y autorizada para contratar (art. 50 Reg. LOE).

La situación nacional de empleo, esto es, la existencia o no de demandantes de empleo disponibles y adecuados, debe ser considerada para la obtención de una autorización de trabajo por cuenta ajena con carácter inicial (art. 38.1 LOE). Con esta medida, se aplica el principio, de protección de la mano de obra desempleada en territorio nacional, bien sea esta de nacionalidad española, comunitaria o extranjera residente en España (esta última autorizada a inscribirse en el Servicio Andaluz de Empleo como demandante)²⁶. No hemos de olvidar que la media de demandas de empleo de trabajadores extranjeros durante 2006 fue de 202.512 (de las que 46.888 corresponden a ciudadanos marroquíes: 33.673 a hombres y 13.215 a mujeres²⁷).

Así pues, la empresa o empleador que pretenda contratar a una mujer marroquí deberá hacerlo en una ocupación en la que quede acreditada la inexistencia de trabajadoras o trabajadores desempleados disponibles y adecuados para cubrir la oferta de trabajo. Para valorar la situación nacional de empleo, el Servicio Público de Empleo Estatal elabora con una periodicidad trimestral el denominado *catálogo de ocupaciones de difícil cobertura* basándose en la información de que disponen los servicios públicos de empleo autonómicos [art. 50 a) Reg. LOE]²⁸. La elaboración de este catálogo es una de las piezas fundamentales de la regulación de la emigración laboral en nuestro país, y podemos considerarlo como el *filtro* que determina a la postre si se concederá o no la autorización de trabajo. Por ello no es de extrañar que se cuente con la colaboración – aunque sólo sea a nivel de consulta – de los interlocutores sociales en su elaboración a través de la Comisión Laboral Tripartita, en la que participan, además de la Administración, las organizaciones empresariales y sindicales²⁹. En este catálogo, que, curiosamente no se publica en ningún diario oficial y solamente se puede consultar en la dirección electrónica del Servicio Público de Empleo Estatal: www.inem.es, podemos encontrar las ocupa-

²⁶ Cfi: Orden TAS/3698/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación (BOE núm. 291, de 6 de diciembre de 2006).

²⁷ Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

²⁸ Cfi: Resolución de 8 de febrero de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establece el procedimiento para la elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura regulado en el artículo 50.a) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2005) y la Resolución de 14 de noviembre de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establece un nuevo procedimiento de elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura (BOE núm. 292, de 7 de diciembre de 2005).

²⁹ La Comisión Laboral Tripartita se crea en la D.A.15ª del Reg.LOE y su composición y régimen de funcionamiento han sido fijados en la Orden TAS/1713/2005, de 3 de junio, por la que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración (BOE núm. 138, de 10 de junio de 2005).

ciones en las que está *permitido* contratar a personas extranjeras con un nivel de precisión que consideramos, cuando menos, exagerado, pues la clasificación desciende a un nivel de desagregación de ocho dígitos en la Clasificación nacional de ocupaciones vigente en cada momento. Se elabora una lista para cada provincia y para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

Sin embargo, la no inclusión de una ocupación en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura no impide por sí misma la tramitación de la autorización de trabajo. La empresa deberá acreditar que ha buscado y no ha encontrado demandantes de empleo adecuados. Para ello debe presentar ante los servicios públicos de empleo autonómicos la oferta de trabajo y éstos deberán certificar la inexistencia, dentro de su ámbito territorial competencial, de demandantes disponibles³⁰. En caso contrario, el servicio de empleo le proporcionará los desempleados o desempleadas disponibles para atender la oferta, con lo que se entiende cubierta la necesidad de contratación, en este caso, por la mano de obra desempleada en territorio nacional. No obstante, en todos los casos no se ha de considerar la existencia de desempleados disponibles. La LOE relaciona una serie de supuestos en los que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando la oferta vaya dirigida a trabajadores y trabajadoras extranjeras en las que concurren determinadas circunstancias³¹. Por lo que se refiere a las mujeres marroquíes, unos casos les afectarán más que otros. Así, no habrá que considerar la existencia de desempleados cuando la mujer marroquí sea cónyuge o hija, bien de un extranjero con autorización de residencia ya renovada, bien de un español nacionalizado o de un comunitario, siempre que éstos últimos lleven como mínimo un año residiendo legalmente en España y a la hija, bien no le sea de aplicación el régimen comunitario³².

³⁰ *Vid.* la Orden TAS/1745/2005, de 3 de junio, por la que se regula la certificación acreditativa del requisito establecido en el artículo 50 a) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (*BOE* núm. 140, de 13 de junio de 2005).

³¹ Art. 40 LOE: "No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigido a: a) La cobertura de puestos de confianza en las condiciones fijadas reglamentariamente; b) El cónyuge o hijo de extranjero residente en España con una autorización renovada, así como el hijo de español nacionalizado o de comunitario, siempre que éstos últimos lleven como mínimo un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario; c) Los titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación; d) Los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos; e) Los que hubieran gozado de la condición de refugiados durante el año siguiente a la cesación de la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de refugiados por los motivos recogidos en su artículo I.C.5; f) Los que hubieran sido reconocidos como apátridas y los que hubieran perdido la condición de apátridas el año siguiente a la terminación de dicho estatuto; g) Los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española; h) Los extranjeros nacidos y residentes en España; i) Los hijos o nietos de español de origen; j) Los menores extranjeros; k) Los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por el procedimiento previsto en el artículo 31.3 de la presente Ley. Dicha autorización tendrá la duración de un año; l) Los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante cuatro años naturales, y hayan retornado a su país.

³² Hemos de tener en cuenta que de los 603.686 marroquíes (219.198 mujeres) con autorización de residencia en vigor a 30 de junio 2007, 506.185 eran titulares de una autorización ya renovada (un 88.27%). Fuente: Observatorio Permanente de Inmigración. Informe estadístico de junio de 2007.

Otro supuesto es el de las marroquíes que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española. En efecto, debido a que la emigración marroquí en España cuenta ya con varias décadas de historia³³, no son pocos los casos de adquisición, por diversas vías, de la nacionalidad española³⁴. Por el mismo motivo, las marroquíes nacidas y residentes en nuestro país obtendrán la autorización de trabajo directamente, sin necesidad de consultar el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.

También disfrutan de esta preferencia, las niñas marroquíes en edad laboral con autorización de residencia que sean tuteladas por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, aunque este supuesto se dé con mucha mayor incidencia en el caso de los menores varones marroquíes.

Otro colectivo preferencial que contempla la LOE es el de los y las titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada que hayan venido a España y retornado a su país durante cuatro años naturales. Debido a que el Acuerdo sobre mano de obra entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid, 25 de julio de 200³⁵ y que entró en vigor el 1 de septiembre de 2005³⁶, las trabajadoras marroquíes aún no se pueden ver beneficiadas por este supuesto, pero, sin duda tendrá un gran impacto en el futuro.

Tampoco se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo en el caso de las mujeres marroquíes que obtengan una autorización de residencia por arraigo, razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales (art. 31.3 LOE). Estos supuestos merecen una especial atención, por lo cual se les dedica un epígrafe completo y al cual nos remitimos.

El resto de requisitos objetivos que se exigen para la concesión de la autorización de residencia y trabajo inicial por cuenta ajena incluyen la garantía de ocupación a la trabajadora por un período igual a la autorización solicitada – en el caso de las iniciales de trabajo, un año –; que las condiciones fijadas en la oferta se ajusten, en su totalidad, a la normativa vigente y que se acredite, por parte de la trabajadora, la capacitación exigida para el ejercicio concreto de la ocupación.

Entre los requisitos subjetivos que debe acreditar la ciudadana marroquí se encuentra el hecho de carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y que no se encontrarse irregularmente en España. Por parte de la empresa, ésta debe estar inscrita en la Seguridad Social y encontrarse al corriente en sus obligaciones, tanto tributarias como de la propia Seguridad Social.

Acreditado el cumplimiento de todos estos requisitos, se concederá la autorización de trabajo, que tendrá una duración de un año en su concesión inicial y de dos años en sus sucesivas renovaciones. La primera autorización podrá estar limitada a un

³³ *Vid. Atlas de la inmigración magrebí en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Observatorio Permanente de la Inmigración, 1996 y 2004.

³⁴ *Vid.* el capítulo “ADQUISICIÓN POR MUJERES MARROQUÍES DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA”.

³⁵ *BOE* núm. 226, de 26 de septiembre de 2001.

³⁶ *BOE* núm. 144, de 13 de mayo de 2005.

ámbito geográfico y a una actividad concreta³⁷. Las renovaciones no tendrán limitación alguna en este sentido (art. 38 LOE).

En el caso de que no se cumplan los requisitos de concesión se denegará la autorización solicitada por la empresa, por lo que la trabajadora marroquí no tendrá posibilidad de solicitar el visado de residencia para trabajar. El Reg.LOE ha establecido un número concreto de causas de denegación en su artículo 53 que podemos agrupar en: *a) causas debidas a la trabajadora*, como son, que tenga antecedentes penales en España o en sus países de residencia anteriores, que carezca de la titulación exigida para la concreta profesión, que concurra una causa de inadmisión a trámite – como el hecho de que se encuentre irregularmente en España –, o que conste un informe gubernativo desfavorable para la obtención de la autorización de residencia; *b) causas debidas a la empresa*, como el hecho de que la empresa tenga deudas con la Seguridad Social o la Hacienda Pública, que haya sido sancionada mediante resolución firme durante los 12 meses anteriores por infracciones graves o muy graves a la LOE, que en este periodo de tiempo haya amortizado puestos de trabajo por un procedimiento inadecuado, que haya presentado o formulado alegaciones inexactas o, incluso, que haya sido condenado el empleador por delitos contra los derechos de los trabajadores o contra ciudadanos extranjeros y *c) causas debidas a la relación laboral*, por exigirle la situación nacional de empleo, o porque las condiciones de trabajo sean inferiores a las establecidas por la normativa vigente o no se garantice al trabajador una actividad continuada durante un año.

B) Procedimiento para el trabajo por cuenta ajena

- Organismos competentes

El artículo 149.1.2ª de la CE atribuye competencia exclusiva sobre nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo al Estado³⁸. La actual organización de la Administración Central dispone de una Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración dentro del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que es el órgano de nivel nacional encargado de la regulación de la inmigración. Bajo su dependencia se encuentra la Dirección General de Inmigración. Sin embargo, otros órganos de otros ministerios también tienen competencias sobre extranjería: en el Ministerio del Interior, la Dirección General de la Policía y en el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, la Dirección General de Asistencia y Asuntos

³⁷ La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales determinará los criterios para esta limitación, sin que hasta la fecha lo haya hecho (art. 49.2 Reg.LOE).

³⁸ Con la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2007) se ha incluido entre sus competencias, en el artículo 62, la “inmigración”, y más concretamente, en su apartado 1.b), “la competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, en necesaria coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia y de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado. Esta competencia incluye *la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y la aplicación del régimen de inspección y sanción*”.

Consulares, sin olvidar de ejercer la representación del Estado español que aquél ejerce en el exterior a través de la red de embajadas y consulados. A nivel autonómico y provincial, los Delegados y los Subdelegados del Gobierno representan al Gobierno estatal en su ámbito territorial. Se han creado, por otro parte, en casi todas las provincias españolas, las Oficinas Únicas de Extranjeros, con el objetivo de centralizar todos los procedimientos en materia de extranjería y facilitar los trámites administrativos³⁹.

Más concretamente, la Disposición Adicional 1ª del Reg. LOE atribuye las competencias en materia de informes, resoluciones y sanciones, cuando no estén expresamente atribuidas a otros órganos, a los Delegados del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales y a los Subdelegados del Gobierno en las provincias en las pluriprovinciales. En el caso de que la actividad laboral se vaya a desarrollar en varias provincias, será el competente el órgano de la provincia donde se inicie la actividad.

Como podemos observar, las autorizaciones de residencia y trabajo se presentarán y tramitarán en las Oficinas Únicas de Extranjeros, donde se hayan constituido, y se resolverán por el Delegado o Subdelegado del Gobierno correspondiente.

- Legitimación, personación y representación

La exigencia de que la persona legitimada para iniciar la tramitación de los procedimientos en materia de extranjería se persone en los registros de los organismos competentes fue introducida en la última modificación de la LOE, que, entre otras, también modificó, añadiendo una Disposición Adicional, la LRJAP-PAC. Con esta medida, en palabras de la exposición de motivos de la propia Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, se pretende “ordenar adecuadamente los flujos migratorios y evitar el uso fraudulento de aquéllos”. Así pues, la propia Disposición Adicional 3ª de la LOE y las Disposiciones 3ª y 4ª del Reglamento, exigen la comparecencia personal de los empleadores en los registros de los órganos competentes en el momento de presentar las solicitudes de las autorizaciones iniciales de residencia y de trabajo por cuenta ajena. El incumplimiento de esta exigencia conllevaría la inadmisión a trámite de la solicitud⁴⁰. Por esta misma razón, tampoco cabe para estos supuestos actuar mediante representación, en los términos previstos en la normativa común⁴¹.

- Documentación

Las empresas o los empleadores que deseen contratar a una trabajadora marroquí deberán, pues, presentar la solicitud correspondiente en el modelo normalizado (modelo EX 01)⁴², así como la documentación exigida en el artículo 51 del Reg.LOE:

³⁹ Las Oficinas de Extranjeros se crearon por el Real Decreto 1521/1991, de 11 de octubre, sobre creación, competencias y funcionamiento de las Oficinas de Extranjeros (BOE núm. 267, de 26 de octubre de 1991) y su regulación vigente la encontramos en el Título XIII, Capítulo I, artículos 159 a 162 del Reg.LOE. Actualmente se han creado Oficinas de Extranjeros en todas las provincias de Andalucía, a excepción de Granada.

⁴⁰ Apartado 1 de la D.A. 4ª LOE.

⁴¹ Art. 32 LRJAP-PAC.

⁴² Todos los modelos de solicitudes de extranjería en: www.extranjeros.mtas.es.

- 1.– DNI o CIF y documento de inscripción de la empresa en la Seguridad Social⁴³.
 - 2.– Oferta de trabajo en modelo oficial (modelo EX-06) o contrato de trabajo. Cabe recordar que no existe ninguna limitación relativa a la modalidad de contratación que oferte la empresa, a excepción del requisito de que la ocupación debe garantizar a la trabajadora la ocupación durante la vigencia de la autorización de residencia que se solicita, esto es, un año. Por este motivo, los empleadores podrán utilizar modalidades de contratación beneficiadas con medidas de fomento del empleo, en especial, las dirigidas a mujeres desempleadas⁴⁴ o que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género o doméstica⁴⁵.
 - 3.– Pasaporte completo y en vigor. En caso de imposibilidad de proveerse de un pasaporte, éste será sustituido, bien por un documento de viaje, bien por una cédula de inscripción⁴⁶.
 - 4.– En el caso de que el trabajo ofrecido exija capacitación para su ejercicio, deberá presentarse la correspondiente titulación, debidamente homologada si es necesario, y, en su caso, colegiación.
 - 5.– Si la trabajadora marroquí se encuentra en alguno de los supuestos previstos en el artículo 40 de la LOE para los que no es necesario considerar la situación nacional de empleo – *ut supra* –, deberá presentarse la documentación que acredite este extremo.
 - 6.– En el caso de que sí haya que considerar la situación nacional de empleo y el puesto de trabajo no se encuentre entre los recogidos en el trimestre correspondiente por el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, el empleador deberá presentar la certificación de los servicios públicos de empleo que acredite la inexistencia de trabajadores desempleados adecuados y disponibles, previa gestión de la oferta de trabajo por los citados servicios de empleo.
 - 7.– La administración podrá solicitar, expresa y motivadamente, los documentos que estime necesarios para asegurar que el empresario podrá hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo ofertado⁴⁷.
- Por último, consideramos conveniente recordar que todos los documentos públicos extranjeros, para su validez en España, deben estar legalizados. La legalización consiste en una serie de *verificaciones* de diversas autoridades del país de origen y de nuestros servicios consulares, que finalizan con el reconocimiento de la Sección de Legalizaciones del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, con sede en Madrid. Para los países que hayan suscrito el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 sobre supresión de la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros⁴⁸. Esta sucesión de sellos y firmas se suprime y se sustituye por la apostilla, legalización única que efectúa la autoridad del país en

⁴³ O documento acreditativo de hallarse exenta la empresa de esta obligación. Si la empresa es persona jurídica, documento público que otorgue la representación legal a favor de la persona física que presente la solicitud, debido a la exigencia de comparecencia personal.

⁴⁴ Ley 43/2006, de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y el empleo (BOE 312, de 30 de diciembre de 2006).

⁴⁵ Cfr. en este mismo trabajo el epígrafe “Trabajo y circunstancias excepcionales”.

⁴⁶ Vid. art. 34 LOE y arts. 107 y 108 Reg.LOE.

⁴⁷ Artículo 51.2.c) y 4 Reg.LOE.

⁴⁸ BOE núm. 220, de 25 de septiembre de 1978.

cuestión. Marruecos no ha suscrito el Convenio de la Haya, por lo que los documentos públicos de este país deberán presentarse debidamente legalizados, además de traducidos⁴⁹. El Convenio entre el Reino de Marruecos y el Reino de España relativo a la asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y el Reino de Marruecos⁵⁰ sólo afecta a los documentos presentados ante la Administración de Justicia.

- Plazos

La autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena inicial deberá solicitarse por la propia empresa con anterioridad a la contratación de cualquier trabajador o trabajadora extranjera y deberá ser concedida para que pueda iniciarse la relación laboral⁵¹. Por su parte, el órgano competente para resolver dispondrá de un plazo máximo de tres meses, que es, por otra parte, el plazo general establecido en nuestro Derecho administrativo⁵².

- Efectos

Una vez concedida la autorización de residencia y trabajo, deben cumplirse una serie de requisitos para su plena efectividad. Con carácter general, hemos de observar que las autorizaciones de trabajo tienen una eficacia demorada y condicionada a la exigencia del alta y, en su caso, afiliación de la trabajadora extranjera autorizada al correspondiente régimen de la Seguridad Social. En el caso de que no se produzca el alta en la Seguridad Social, se podrá extinguir la autorización siguiendo los trámites oportunos⁵³.

En los casos en los que la trabajadora marroquí no sea residente en España, una vez que sea concedida la autorización de trabajo solicitada por la empresa, deberá solicitar el correspondiente visado de residencia y trabajo. Para solicitar el visado dispondrá del plazo de un mes desde la notificación a la empresa de la resolución de su solicitud. Comienza aquí un nuevo procedimiento, el de la solicitud del visado de residencia y trabajo, paralelo al de la autorización, y que compete en su totalidad a la trabajadora.

La solicitud del visado debe presentarse personalmente por la trabajadora marroquí en el consulado que le corresponda según su domicilio en Marruecos (Casablanca, Nador, Rabat, Tánger, Tetuán o Agadir⁵⁴), junto con el pasaporte, con una vigencia mínima de cuatro meses, el certificado de antecedentes penales y el certificado médico correspondiente, además de una copia de la autorización de residencia y trabajo condicionada, que le debe haber remitido con anterioridad la empresa. El consulado deberá resolver sobre la solicitud de visado en el plazo máximo de un mes y, concedido éste, la traba-

⁴⁹ No resultan aplicables las exenciones de legalización previstas en el El Convenio entre el Reino de Marruecos y el Reino de España relativo a la asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (*BOE* núm. 150, de 24 de junio de 1997). Tampoco es aplicable el Convenio entre ambos Estados de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, firmado también en Madrid, el 30 de mayo de 1997 (*BOE* núm. 151, de 25 de junio de 1997).

⁵⁰ Firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (*BOE* núm. 150, de 24 de junio de 1997).

⁵¹ Art. 36.1 y 3 LOE y 51.1 Reg. LOE.

⁵² D.A. 1ª LOE y 8ª Reg. LOE.

⁵³ Arts. 51.14 y 75 Reg. LOE.

⁵⁴ Este último consulado creado recientemente por la Orden AEC/2353/2007, de 27 de julio, por la que se eleva la categoría de la Oficina Consular en Agadir a la de Consulado General (*BOE* núm. 148, de 2 de agosto de 2007).

jadora dispondrá de igual plazo, un mes, desde su entrada en España, para proceder a su alta en la Seguridad Social y solicitar su tarjeta de identidad de extranjero⁵⁵.

- Renovación

La autorización de residencia y trabajo inicial, con una vigencia de un año⁵⁶, debe renovarse antes de su caducidad, concretamente durante los sesenta días previos a la misma. Una vez caducada la autorización, y hasta tres meses después, cabe la posibilidad de solicitar la renovación, pero en este caso se incurre en una infracción leve que puede ser sancionada con una multa de hasta 300 €⁵⁷. La solicitud puede ser presentada tanto por la trabajadora como por la empresa y ante cualquier registro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.4 de la LRJAP-PAC. Podemos afirmar que se relajan las exigencias de procedimiento en el caso de las renovaciones y se vuelve al procedimiento administrativo común, al menos en estos aspectos.

La LOE exige el cumplimiento de dos requisitos para la renovación de la autorización de trabajo: acreditación de actividad laboral y contar con trabajo en el futuro (art. 38.3). Es el Reg.LOE el encargado de regular estos requisitos. Si lo seguimos en este punto (art. 54), observamos tres niveles de exigencia a la hora de renovar la autorización, cuyo cumplimiento produce la renovación de la misma:

1. Continuidad en la misma actividad para la que se concedió la autorización inicial.
2. Haber trabajado al menos seis meses y contar con un contrato de trabajo o una nueva oferta de empleo
3. Haber trabajado al menos tres meses y contar con un contrato de trabajo, en este último caso, siempre que se hubiese roto la relación laboral previa por causas ajenas a la voluntad del trabajador y éste haya buscado activamente empleo.

También ha previsto la LOE la renovación automática de la autorización de trabajo en los casos en los que la trabajadora marroquí sea beneficiaria de una prestación contributiva por desempleo o de una prestación económica asistencial de carácter público [art. 38 b) y c) LOE].

Cumplidos estos requisitos, la autorización se renovará por dos años y, a su caducidad, por otros dos, sin limitación alguna de sector de actividad o ámbito geográfico. Una vez alcanzados los cinco años con autorización de residencia y trabajo, es decir, tras dos renovaciones, se puede obtener la autorización de residencia permanente, la cual permite trabajar en cualquier actividad por cuenta propia o ajena, al quedar exceptuada la obligación de obtener autorización de trabajo (art. 41.3 LOE). Desde el año 2006 la Administración General del Estado implantó el Plan para la automatización de las renovaciones de las autorizaciones de residencia y trabajo y las autorizaciones de residencia permanente con el objetivo de agilizar los trámites administrativos de las mismas. El Plan consiste, fundamentalmente, en remitir una carta informativa a los y las extranjeras que, según los datos que constan a la Administración – en las bases de datos del Registro Central de Extranjeros y de la

⁵⁵ Art. 51.14 y 105 del Reg.LOE. *Vid.* el comentario precedente “LA ENTRADA EN ESPAÑA DE LA MUJER MARROQUÍ. III. EL VISADO”.

⁵⁶ Que comienza a contarse desde el día de la fecha de entrada en España por el puesto fronterizo y con el visado correspondiente.

⁵⁷ Art. 52.b) y 55 LOE.

Seguridad Social – estén en condiciones de renovar, junto con el formulario de solicitud cumplimentado y la documentación que debe presentarse en cada caso, adelantándose al plazo de presentación de la renovación.

C) Requisitos para el trabajo por cuenta propia⁵⁸

La realización de actividades lucrativas por cuenta propia exige en España la obtención de una previa autorización de residencia y trabajo. Sin embargo, tradicionalmente la preocupación del legislador se ha volcado en la regulación de las autorizaciones por cuenta ajena, descuidando el trabajo por cuenta propia de trabajadoras y trabajadores autónomos, empresarios o profesionales. Por este motivo, encontraremos continuamente referencias a las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena.

Tan sólo un artículo de la LOE, el 37, hace referencia a la exigencia de este tipo de autorización, y en él se recogen, escuetamente, los tres requisitos necesarios para su obtención: la acreditación de suficiencia económica para afrontar el proyecto de actividad empresarial; la potencial creación de puestos de trabajo, y el cumplimiento de todos los requisitos que la legislación exige a los nacionales españoles para la apertura y funcionamiento de la actividad. Remite este artículo al desarrollo reglamentario para la exigencia de otros requisitos adicionales. Así, el artículo 58 del Reg. LOE ha incluido las exigencias habituales para la obtención de la autorización de residencia, tales como el hecho de no contar con antecedentes penales en España o en los países de residencia previos, no encontrarse irregularmente en nuestro país (apartados f y g), y otras relacionadas con la actividad económica concreta, tales como la exigencia de titulación y colegiación, en su caso, o la previsión de obtención de ingresos suficientes durante el primer año para la manutención y alojamiento, una vez descontados los gastos de desarrollo de la actividad (apartados b, d y e).

Podemos observar, pues, que si en el caso de las autorizaciones por cuenta ajena la situación nacional de empleo es la que determina a la postre la posibilidad de su obtención, en el caso de las autorizaciones por cuenta propia lo es la suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo. La valoración de estos requisitos es discrecional y su concreción debe venir desarrollada por una Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que no ha sido dictada hasta la fecha. Ante esta falta de concreción de los requisitos esenciales para la obtención la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia se corre el riesgo de caer en arbitrariedad por parte de la Administración. Recientemente se ha firmado un convenio entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Unión Profesional de Trabajadores Autónomos⁵⁹ que tiene como objetivo contar con más criterios de valoración de los proyectos de actividad económica que se presentan con las solicitudes de autorización por cuenta propia.

⁵⁸ En 2006 se concedieron 632 autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia a trabajadoras y trabajadores de nacionalidad marroquí, lo que supone el 0,6% del total de autorizaciones concedidas a ciudadanos de esta nacionalidad (113.337). Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

⁵⁹ Convenio entre la Administración General del Estado – Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos sobre los informes a evacuar por ésta relativos al cumplimiento de determinados requisitos para la concesión de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, hecho en Madrid el 29 de junio de 2007.

Las causas de denegación de este tipo de autorizaciones pueden dividirse en dos grupos. Por un lado, el hecho de que no se cumplan los requisitos anteriormente expuestos para su concesión: suficiencia de la inversión económica, potencial creación de puestos de trabajo, previsión de ingresos insuficientes para el alojamiento y manutención de la trabajadora, y posibilidad de obtener las autorizaciones necesarias para el funcionamiento de la actividad. Por otro, y al igual que ocurre con las autorizaciones por cuenta ajena, también se podrá denegar si consta la existencia de antecedentes penales, se constata la concurrencia de alguna causa de inadmisión a trámite de la solicitud, existe un informe previo gubernativo desfavorable a la concesión de la residencia, se hayan formulado alegaciones inexactas o no se cuenta con la capacitación exigida.

D) Procedimiento para el trabajo por cuenta propia

- Organismos competentes

La competencia para la resolución de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia recae en los mismos órganos administrativos que en las de cuenta ajena, a cuyo apartado nos remitimos. Sin embargo, adquieren una especial relevancia los consulados, toda vez que las solicitudes de las marroquíes que no sean residentes en España deberán presentarse en el consulado de Marruecos correspondiente⁶⁰.

- Legitimación, personación y representación

Son las trabajadoras marroquíes las únicas legitimadas para la presentación de las solicitudes de trabajo, puesto que, obviamente, al tratarse de una autorización para trabajar por cuenta propia, no existe una relación laboral de ajenidad y, por tanto, la empresa es la propia trabajadora extranjera. Por lo que se refiere a la exigencia de personación ante los consulados, el Reg.LOE es más flexible que en el caso de las autorizaciones por cuenta ajena, permitiendo la presentación en un consulado diferente del que corresponda por razón de la residencia; eso sí, si media causa que lo justifique y en el consulado que determine el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (art. 59.1 y D.D.A.A. 4ª y 5ª Reg. LOE). En estos casos también cabe la presentación de la solicitud por representación.

- Documentación

Junto con la solicitud de autorización de residencia y trabajo (Modelo EX-01) deberá presentarse la documentación exigida en el artículo 59 del Reg. LOE:

- 1.- Pasaporte completo y en vigor. En caso de imposibilidad de proveerse de un pasaporte, éste será sustituido, bien por un documento de viaje, bien por una cédula de inscripción.
2. Certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades marroquíes o de los países en los que haya residido durante los cinco últimos años.
3. Certificado sanitario que acredite que no ha contraído ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena por el Reglamento sanitario internacional.
4. Titulación o capacitación exigida para el ejercicio de la actividad laboral, incluida, en su caso, la correspondiente colegiación.
5. Acreditación de que se cuenta con la inversión económica necesaria para el ejercicio de la actividad económica proyectada.

⁶⁰ Casablanca, Nador, Rabat, Tánger, Tetuán o Agadir.

6. Proyecto de establecimiento, con indicación de la inversión necesaria, rentabilidad prevista y posible creación de empleo.

7. Relación de todas las autorizaciones necesarias para la instalación, apertura y funcionamiento de la actividad proyectada y, en su caso, el estado de tramitación de las correspondientes solicitudes.

Como puede observarse, la documentación que hay que presentar es muy exhaustiva y requerirá, cuando menos, un gran conocimiento de la normativa estatal, autonómica y local sobre el ejercicio de actividades económicas. Por este motivo, la mayoría de los trabajadores ya se han desplazado anteriormente a España o son residentes en nuestro país o bien contratan servicios de asesoramiento especializados.

Cabe señalar la posibilidad de limitar la autorización en cuanto al ámbito geográfico (provincial) y de sector de actividad, siendo ésta la práctica habitual de la Administración en las solicitudes iniciales, puesto que, generalmente, los requisitos de funcionamiento de la actividad, tales como licencias y autorizaciones municipales y autonómicas, así lo aconsejan.

- Plazos

Las solicitudes deben formularse y obtenerse siempre con antelación al inicio de la actividad económica, y la concesión de la autorización de trabajo es un documento imprescindible para la posterior solicitud del visado de residencia y trabajo. Por su parte, la Administración dispone de un plazo de tres meses para resolver y, en caso de que no resuelva en este plazo, el sentido del silencio administrativo será negativo. Una vez que la autorización ha sido resuelta favorablemente, la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente comunicará tanto a la interesada como al consulado correspondiente la concesión de la autorización de trabajo. Desde esta notificación, la trabajadora dispone de un plazo de un mes para presentar la solicitud del visado, que deberá resolver el consulado en igual plazo.

- Efectos

La autorización concedida está condicionada a la obtención del visado de residencia correspondiente, a la entrada efectiva en España, y al alta y, en su caso, afiliación a la Seguridad Social. Una vez realizados estos trámites, debe solicitar la tarjeta de identidad de extranjero en la comisaría de policía. Para la trabajadora marroquí la realización de todos estos trámites dispone de un mes desde la entrada en España.

- Renovación.

La renovación de la autorización de residencia y trabajo debe formularse durante los 60 días previos a la caducidad de la misma. También se admite hasta transcurridos tres meses desde su caducidad, si bien, en este caso, se incurre en infracción leve sancionable con multa de hasta 300 €. Como requisitos la trabajadora debe acreditar que existe continuidad en la actividad y que se encuentra al corriente en sus obligaciones de Seguridad Social y tributarias. La renovación de estas autorizaciones no se ha incluido dentro del Plan de automatización de renovaciones emprendido en 2006, pensado en un principio para las renovaciones del proceso de normalización de 2005, que solamente contemplaba el trabajo por cuenta ajena, por lo que las trabajadoras marroquíes que deban solicitar su renovación por cuenta propia no serán advertidas de ello por la Administración.

3. Régímenes especiales

A) Trabajo y circunstancias excepcionales⁶¹

En este epígrafe recogemos los supuestos de residencia temporal concedida en casos excepcionales, pero solamente en lo que afecta al derecho al trabajo. Hemos de aclarar que este tipo de autorización se concede a los extranjeros y extranjeras que se encuentren en España en situación irregular y cumplan determinados requisitos. Se trata, pues, de una *regularización a título individual* que se inserta en el texto del articulado de la LOE y que, a diferencia de las *regularizaciones colectivas*, no tiene un plazo determinado para solicitarla y tramitarla, si no que se puede acceder a ella en cualquier momento, siempre que se cumplan los requisitos fijados en la norma.

La LOE recoge en su artículo 31.3 cuatro supuestos en los que puede concederse la residencia en circunstancias excepcionales: los supuestos de arraigo, de colaboración con la Justicia, de carácter humanitario y otros, que ha desarrollado el Reg.LOE, como es el caso de las razones de protección internacional (modelo EX-00). En general, el punto de partida es la situación de permanencia irregular en España, por lo que se suprime la exigencia de la tramitación del visado de residencia, lo que supondría en la práctica el previo retorno al país de residencia legal anterior. Dentro de las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales no todas llevan aparejada la con autorización de trabajo⁶². Entre las que sí conllevan dicha autorización se encuentran las concedidas por arraigo. El Reg.LOE, concretamente, ha fijado tres supuestos de arraigo (art. 45 Reg. LOE): el laboral, el social y el dirigido a los hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

Para acceder a la residencia por arraigo laboral [art. 45.2.a) Reg. LOE] será necesario acreditar la permanencia en España durante al menos dos años con anterioridad a la solicitud de la autorización y haber trabajado, como mínimo, un año en situación irregular – de ahí el nombre de arraigo laboral –. La dificultad estriba en que, para acreditar el trabajo irregular, se precisa una resolución judicial en este sentido o una resolución administrativa confirmatoria de un acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social [art. 46.2.b) Reg.LOE], resoluciones que, en la práctica, son muy improbables de conseguir por la dificultad que existe en la comprobación de tan largo período de tiempo de trabajo en situación irregular.

Sin embargo, el arraigo social [art. 45.2.b) Reg.LOE] se obtendrá mediante el cumplimiento de tres requisitos: la permanencia en España por un período de al menos tres años, contar con un contrato o una oferta de trabajo de al menos un año y, o bien tener vínculos familiares con otros residentes en nuestro país – cónyuges, ascendientes o descendientes en línea directa –, o bien disponer de un informe de inserción social del ayuntamiento de residencia. La mayoría de los casos en los que las mujeres marroquíes accedan a la residencia por circunstan-

⁶¹ Vid. el comentario precedente “LAS SITUACIONES DE LA MUJER MARROQUÍ EN ESPAÑA. IV. LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA. 1. Residencia temporal. B) Residencia temporal por circunstancias excepcionales”.

⁶² Vid. Instrucción de 22 de junio de 2005, de la Dirección General de Inmigración, sobre las autorizaciones de residencia en supuestos de arraigo social y la Instrucción de 29 de julio del mismo año sobre supuestos de arraigo laboral.

cias excepcionales serán los supuestos de arraigo social, como puede desprenderse de los requisitos fijados para su obtención, habida cuenta de la amplia colonia de ciudadanos y ciudadanas marroquíes residentes en nuestro país – 603.686 marroquíes con autorización de residencia en vigor a 30 de junio de 2007 –. Por otra parte, la necesidad de contar con un contrato de trabajo de un año es el mismo requisito que se exige para la autorización de trabajo por cuenta ajena en el denominado régimen general. En el caso de que no se cuente con un contrato, cabe la posibilidad de presentar un informe del ayuntamiento correspondiente que exima de esta necesidad, lo que permite perfectamente el acceso a esta autorización de residencia a los familiares de otros extranjeros que cuenten con medios económicos suficientes para el sustento de toda la familia o bien los que presenten un proyecto de actividad económica viable por cuenta propia. Finalmente, hemos de recordar que la permanencia durante tres años en nuestro país puede ser en cualquier situación, regular o irregular, por lo que podrán acceder por esta vía a la residencia tanto las marroquíes que hayan disfrutado de una autorización previa de residencia o de un período legal de estancia y no lo hayan renovado, como aquéllas que han estado durante todo este tiempo en situación irregular, admitiéndose, además, ausencias que no superen 120 días, y 90 días para el caso del arraigo laboral.

El último supuesto de acceso a la residencia por arraigo está dirigido a los hijos e hijas de los que hubieran sido originariamente españoles [art. 45.2.c) Reg.LOE]. En este apartado tendrán cabida los descendientes de los antiguos españoles residentes en las colonias españolas en Marruecos, en su mayoría de origen saharauí, nacidos después de 1975. Sin embargo, en la práctica existe una gran dificultad de tipo documental en acreditar esta circunstancia. Por su parte, los que acrediten ser españoles de origen por haber nacido en territorio español antes de 1975 podrán acceder a la residencia permanente [art. 75.2.d) Reg.LOE]⁶³.

La obtención de la autorización de la residencia por circunstancias excepcionales en casos de arraigo lleva aparejada, como se ha apuntado, la autorización de trabajo (art. 45.7 Reg.LOE). No obstante, se exceptúa la concedida a los menores de edad, por lo que sus titulares podrán trabajar durante la vigencia de aquella – un año en la concesión inicial –. La autorización estará limitada a un sector de actividad y un ámbito geográfico concreto en los casos en que su efectividad esté condicionada al alta y/o afiliación a la Seguridad Social – como expresamente requiere el Reg.LOE en el caso del arraigo social (art. 46.7) –. En los demás supuestos, es decir, cuando no sea necesaria la presentación de contrato de trabajo, la autorización, a nuestro parecer, no debe estar sujeta a los criterios generales de limitación que debe establecer la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (art. 49.2 Reg.LOE). En los supuestos de arraigo, además, el Reg.LOE faculta a trabajar a quienes obtengan una autorización de residencia por razones de protección internacional tras haber sido autorizadas por el Ministerio del Interior a permanecer en España conforme a lo previsto en el artículo 17.2. de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado, o según lo previsto en los artículos 31.4 y 34.1 de su Reglamento de aplicación. Difícilmente encontraremos

⁶³ *Vid.* el capítulo en esta investigación A. LARA AGUADO, “ADQUISICIÓN POR MUJERES MARROQUÍES DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA”.

supuestos en que esto último resulte aplicable al colectivo marroquí. En cualquier caso, conviene destacar que si una mujer marroquí que accede a la residencia por esta vía, contará igualmente con autorización de trabajo.

B) Autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales sin autorización de trabajo. Víctimas de violencia de género.

El resto de las de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales, como son las concedidas por razones humanitarias y de colaboración, interés público o seguridad nacional⁶⁴, no llevan aparejada autorización de trabajo. Mención especial merece la apuesta que se ha hecho por aquellas mujeres que hayan sido víctimas de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar siempre que se haya dictado sentencia en tal sentido [art. 45.4.b Reg. LOE]⁶⁵.

El Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero⁶⁶ ha introducido una novedosa modificación del Reg.LOE, al incorporar en éste último una nueva Disposición Adicional, la 19ª, en la que se contempla la posibilidad de conceder autorización de residencia por circunstancias excepcionales en supuestos distintos a los previstos en el artículo 45 del Reg.LOE. En concreto: a) cuando la mujer marroquí sea familiar de un nacionales de la UE, del EEE o Suiza con parentesco⁶⁷, por motivos graves de salud o discapacidad sea necesario que esté a su cargo, y b) cuando aquélla sea la pareja estable, debidamente acreditada, de un nacional de la UE, EEE o de Suiza. Estos supuestos, siendo excepcionales, no pueden ser considerados supuestos de arraigo, por lo que su autorización de residencia no conlleva autorización para trabajar.

En cualquier caso, el hecho de no conllevar autorización de trabajo no imposibilita el acceso al mercado de trabajo de las personas documentadas con las referidas autorizaciones de residencia. Tales personas tienen la posibilidad de inscribirse como demandantes de empleo⁶⁸, y si consiguen una oferta de trabajo, solicitar la correspondiente autorización de trabajo, siempre con carácter previo al inicio de la actividad laboral. La solicitud (modelo EX-05) debe presentarse simultáneamente a la de autorización de residencia o cuando se cuente con la oferta de trabajo, y para su concesión no es necesario considerar la situación nacional de empleo (arts. 45.7 y 98 Reg.LOE). El procedimiento de tramitación y la documentación que se ha de presentar es la descrita en el apartado correspondiente a las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena.

⁶⁴ Para un análisis más detallado *vid.* el capítulo de esta investigación S. HEREDIA FERNÁNDEZ, “LAS SITUACIONES DE LA MUJER MARROQUÍ EN ESPAÑA”

⁶⁵ Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica (BOE núm.183, de 1 de agosto de 2003).

⁶⁶ BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007.

⁶⁷ Hasta segundo grado en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con él nacional de la UE, EEE o de Suiza o, cuando por motivos graves de salud o discapacidad, sea estrictamente necesario que dicho ciudadano se haga cargo de su cuidado personal.

⁶⁸ Art. 6 Orden TAS/3698/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación (BOE núm. 291, de 6 de diciembre de 2006).

La autorización concedida en estos supuestos tendrá la misma duración que reste a la autorización de residencia, y se limitará siguiendo los criterios generales.

C) Trabajo de duración determinada

A pesar de que la LOE no ha establecido un régimen diferenciado para los trabajos de duración determinada – excepción hecha del régimen de temporada (art.42 LOE), la sección segunda del capítulo segundo del Reg.LOE, bajo el epígrafe “*residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada*”, ofrece una regulación específica para este tipo de autorizaciones.

El propio Reg.LOE distingue en cuatro tipos de autorizaciones de trabajo de duración determinada (art. 55 Reg. LOE): las correspondientes a actividades de temporada o campaña, las de obras o servicios para el montaje de infraestructuras, las de personal de alta dirección, deportistas⁶⁹, artistas en espectáculos públicos, etc., y aquéllas destinadas a la formación y realización de prácticas profesionales – sujetas a la modalidad de contratación de formación y prácticas–. La principal característica de este tipo de autorizaciones estriba en que, al tratarse de actividades de duración determinada y concreta, no es posible su renovación, por lo que no se podrá fijar definitivamente la residencia en España. En cambio, sí es posible prorrogar estas autorizaciones, esto es, ampliar su vigencia en el tiempo, en el supuesto de que las actividades para las que hubieran sido concedidas no hubiesen concluido, y siempre conforme a la legislación laboral. La vigencia de las autorizaciones de trabajo, de duración determinada coincidirá con la del contrato de trabajo con el límite máximo de un año. Por otra parte, debido a la corta duración de algunas de estas actividades, no será necesario solicitar la tarjeta de identidad de extranjero cuando la duración del trabajo sea inferior a seis meses, bastando con el visado de residencia y trabajo de duración determinada, en el que se hará constar su vigencia (art. 57.9 Reg.LOE).

Como requisito común para la obtención de la autorización de trabajo de duración determinada, es necesario que los trabajadores y trabajadoras extranjeras para las que se solicite este tipo de autorización se comprometan, por escrito, a retornar a su país de procedencia. Esta obligación de retorno quedará acreditada con la presentación, una vez terminado el período de trabajo en España, en la representación consular correspondiente. Su incumplimiento se sanciona con la denegación de ulteriores autorizaciones de trabajo en los tres años siguientes (art. 56. Reg.LOE).

El procedimiento para su solicitud (modelos EX–02 y EX–06) y concesión es similar al expuesto para las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, con la peculiaridad de que las ofertas de trabajo deben cumplir los requisitos de actividad de duración determinada que acabamos de referir.

D) Contingente y temporada. Acuerdo migratorio con Marruecos

Con el objetivo de canalizar los flujos migratorios y facilitar el acceso de los trabajadores y trabajadoras extranjeras a un contrato de trabajo en origen, el artículo 39

⁶⁹ Vid. la Resolución de 12 de agosto de 2005, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 15 de julio de 2005, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la residencia y el desarrollo de actividades laborales deportivas profesionales por extranjeros (BOE núm. 200, de 22 de agosto de 2005).

de la LOE autoriza al Gobierno para que apruebe “...un contingente anual de trabajadores extranjeros teniendo en cuenta la situación nacional de empleo al que sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España.” El contingente consiste en la determinación de un cupo anual de ofertas de trabajo con una distribución concreta por ocupaciones y por ámbito geográfico. El primer contingente se fijó en España por primera vez en el año 1993 y, desde entonces, se han venido aprobando con una periodicidad anual, a excepción de los años 2000 y 2005, en los que hubo procesos de regularizaciones colectivas.

Sin embargo, no parece que haya alcanzado éxito del procedimiento establecido tanto para su determinación –un largo proceso de tres meses en el que participan las organizaciones empresariales y sindicales, tanto a nivel nacional como provincial, la Comisión Laboral Tripartita, el Consejo Superior de Política de Inmigración y las Administraciones estatal y autonómica –como para su cobertura– siempre insuficiente y lento –, a pesar de las continuas *puestas a punto*. En efecto, el contingente se aprueba mediante un Acuerdo del Consejo de Ministro, que tiene carácter anual, y en él, además de establecer el número de autorizaciones de trabajo y residencia por cuenta ajena de carácter estable y de temporada, se fijan las normas de procedimiento para su cobertura⁷⁰.

Las ofertas que los empresarios formulen al amparo del contingente se dirigen preferentemente a los ciudadanos y ciudadanas de aquellos países con los que España tenga suscrito un acuerdo sobre regulación y ordenación de flujos migratorios. En concreto, los suscritos con Colombia, Ecuador, Marruecos, República Dominicana, Rumanía, Polonia y Bulgaria⁷¹. Los trabajadores y trabajadoras de estos países se han beneficiado de estos acuerdos, incluso, algunos después del ingreso de sus países en la UE.

a) Procedimiento

La tramitación de las autorizaciones de residencia y trabajo que se solicitan al amparo del contingente de trabajadores extranjeros se gestiona por el procedimiento específico que se establece en el Acuerdo del Consejo de Ministros previsto para cada ejercicio concreto. No obstante, existen unas pautas comunes que han sido establecidas en el artículo 80 del Reg.LOE, y que, naturalmente, deben observarse. Pero, respetando éstas, el Acuerdo correspondiente puede ir más allá e introducir modificaciones y previsiones novedosas en el procedimiento que se fije (art. 79.4 Reg.LOE). Por otra parte, el artículo 78.3 del Reg.LOE autoriza la inclusión de algunas peculiaridades en el procedimiento de tramitación de las autorizaciones

⁷⁰ Vid. la Resolución de 26 de diciembre de 2006, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 22 de diciembre de 2006, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2007.

⁷¹ Acuerdo entre España y Colombia de 21 de mayo de 2001 (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2001); Acuerdo entre España y Ecuador de 29 de mayo de 2001 (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001); Acuerdo entre España y Marruecos de 25 de julio de 2001 (BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 2001); Acuerdo entre España y República Dominicana de 17 de diciembre de 2001 (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2002); Acuerdo entre España y Rumanía de 23 de enero de 2002 (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2002); Acuerdo entre España y Polonia de 21 de mayo de 2002 (BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 2002) y Acuerdo entre España y Bulgaria de 28 de octubre de 2003 (BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2003).

de residencia y trabajo de duración determinada tanto en los supuestos de actividades de temporada o campaña como en los de obras o servicios para el montaje de nuevas instalaciones. De ello se hace precisamente eco el Acuerdo entre España y Marruecos en sus artículos 11 a 14, en los que remite a las previsiones generales para este tipo de autorización.

Por lo que respecta concretamente a las autorizaciones de trabajo de temporada, que incluyen la obligación de retorno al país de origen, hay que tener presente que la LOE prevé que, cuando se haya disfrutado de las mismas durante cuatro años naturales, consecutivos o no, las solicitudes de autorización de residencia y trabajo que las personas en cuestión pueden presentar serán examinadas “*con especial benevolencia*”⁷². Y, además, en estas situaciones la LOE exime de la obligación de considerar la situación nacional de empleo (art. 40, apartado 1).

Las solicitudes de autorización de residencia y trabajo⁷³ deberán presentarse personalmente por las empresas. Para este caso en concreto se considera que las organizaciones empresariales ostentan la representación legal. Esta previsión se complementa con lo dispuesto en la Disposición Adicional 3^a.3 de la LOE, que exime del requisito de comparecencia personal en los procedimientos de contratación colectiva en los supuestos previstos en un acuerdo o convenio internacional. No olvidemos que estas organizaciones ¿junto con los sindicatos? tienen un papel activo en la elaboración del contingente.

Una característica fundamental de este tipo de solicitudes es que son, en general, solicitudes genéricas⁷⁴. Por este motivo, la actuación de la Administración, en un primer momento, está dirigida a valorar si la empresa y la oferta de empleo cumplen los requisitos exigidos. Las empresas deberán estar inscritas en el correspondiente régimen de Seguridad Social y encontrarse al corriente tanto frente a éstas como en sus obligaciones fiscales y, en su caso, acreditar los medios económicos, materiales y personales necesarios para afrontar la contratación de los trabajadores solicitados. Las ofertas de empleo deberán contener como mínimo los aspectos previstos en el artículo 2.2 del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo⁷⁵, y respetar las condiciones establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad. También deberán garantizar una actividad continuada durante período de vigencia de la autorización para residir y trabajar, un año en el caso de las ofertas de trabajo estable⁷⁶.

⁷² Art. 13 Acuerdo entre España y Marruecos.

⁷³ Los modelos de solicitudes para el procedimiento de contingente son específicos y vienen recogidos en los Anexos del Acuerdo del Consejo de Ministros de cada año. Para el año 2007 se recogen hasta 11 formularios diferentes según se trate de ofertas de empleo estable o de temporada, genéricas, nominativas, contratos, designación de representantes en la comisión de selección, etc.

⁷⁴ En el caso de trabajadores y trabajadoras que repitan para otra temporada o campaña, las solicitudes serán nominativas y no se remitirán a la Comisión de Selección.

⁷⁵ BOE núm. 192, de 12 de agosto de 1998

⁷⁶ Art. 3.2. Acuerdo entre España y Marruecos: “Para cada candidato, la oferta de empleo deberá indicar:

–El nombre o razón social y el domicilio del empleador u organización de empleadores.

–El sector y la zona geográfica de la actividad.

–El número de trabajadores a contratar.

Las ofertas de empleo valoradas favorablemente se remitirán, a través de la de la Embajada de España en Rabat, a las autoridades marroquíes —Ministerio de Empleo, Formación Profesional, Desarrollo Social y Solidaridad—, que facilitarán trabajadores y trabajadoras disponibles a la Comisión de Selección hispanomarroquí —en la que podrán participar representantes de las empresas—.

Las trabajadoras seleccionadas firmarán un contrato de trabajo en origen que supondrá la aceptación de las condiciones laborales ofrecidas y la manifestación de su voluntad de emigrar a España y obtener el visado de residencia y trabajo. Las misiones diplomáticas u oficinas consulares correspondientes recibirán la documentación prevista con carácter general para la tramitación de los visados de residencia —pasaporte en vigor o título de viaje con una vigencia mínima de un año, certificado de antecedentes penales, certificado médico—, junto con el contrato de trabajo. Si no existe inconveniente a la vista de la documentación aportada y de los informes correspondientes, se concederán los visados de forma individual. El visado incorporará la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena que comenzará a contar desde la entrada en España. Esta autorización, de un año para trabajos estables y menor de 9 meses para los de temporada, se limitará a un ámbito territorial y sector de actividad determinado. Aunque no se afirme expresamente en el artículo 80.6 del Reg.LOE, la autorización estará condicionada a la afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social y, cuando su vigencia sea superior a seis meses, se deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero.

b) Visados de búsqueda de empleo

El artículo 39 de la LOE ha introducido por vez primera en nuestra normativa la figura de los visados de búsqueda de empleo, que, además, se vinculan al procedimiento del contingente. Las dos únicas diferencias de procedimiento respecto del que venimos describiendo residen, por un lado, en el proceso de selección para los visados y, por otro, en el tipo de visado concedido.

Los visados para búsqueda de empleo destinados a sectores de actividad u ocupaciones concretas estarán sujetos a un proceso de selección similar al establecido con carácter general para el contingente, con la particularidad de que las posibles candidatas o de los candidatos deben tener conocimiento de que viajan a España sin trabajo y de que disponen de tres meses para encontrarlo, eso sí, en una ocupación y ámbito geográfico concretos. Los servicios públicos de empleo buscarán trabajo a estas personas gracias a programas de intermediación laboral. Junto a los citados visados se contemplan asimismo que los visados de búsqueda de empleo dirigidos a los descendientes —hijos e hijas o nietos y nietas de nacionales españoles de origen, que se otorgarán mediante procedimientos de selección nuevos y diferentes de los anteriores y se regularán en el correspondiente acuerdo de contingente (art. 82 Reg.LOE). Esta última modalidad tendrá poca repercusión para las marroquíes.

—La fecha límite de selección.

—La duración del empleo.

—La información general sobre condiciones laborales, salarios, alojamiento y remuneración en especie.

—Las fechas en que los trabajadores seleccionados deberán presentarse en su lugar de trabajo en España.

—El nombre, apellido y domicilio del trabajador, en caso de que las ofertas de empleo sean nominales.”

El visado de búsqueda de empleo autoriza la permanencia en España en situación de estancia, pero permite la posibilidad de obtener una autorización de residencia y trabajo si, durante su vigencia, que es de tres meses, la trabajadora encuentra un empleo, para lo que está autorizada por el visado obtenido⁷⁷. La empresa presentará un contrato de trabajo-solicitud de autorización, junto con la documentación prevista con carácter general para las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, y la Administración resolverá en el plazo máximo de diez días. Si ésta es concedida, se procederá de igual forma que con el resto de autorizaciones: afiliación y alta en la Seguridad Social y solicitud de la tarjeta de identidad de extranjero.

Dado que el visado de búsqueda de empleo permite la emigración a España sin contar con una oferta de trabajo, puede suceder que en el plazo de estancia permitido de tres meses no se encuentre empleo. En este supuesto, el o la titular del visado debe abandonar el país pues de lo contrario, incurre en la infracción prevista en el artículo 53.a) LOE ¿encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o carecer de autorización de residencia?, con sanción de no poder obtener una nueva autorización de trabajo en el plazo de dos años (artículo 39.5 LOE).

E) Trabajo y régimen especial de los estudiantes⁷⁸

El artículo 33 de la LOE define la permanencia de los estudiantes en España como una situación de estancia y no de residencia legal. A diferencia de la situación de estancia general, que autoriza la permanencia en España por un período de 90 días (art. 30 LOE), en el caso de los estudiantes la duración será igual a la del curso en el que estén matriculados, pudiendo prorrogarse una vez que se verifique la realización y continuidad de los estudios.

Así pues, las marroquíes con visado de estancia por estudios no estarán autorizadas para realizar actividades lucrativas por cuenta ajena ni por cuenta propia (art. 33.4 LOE). No obstante, la propia LOE ha dispuesto que se pueda autorizar la realización de determinados trabajos compatibles con el estudio.

El trabajo autorizado en estos casos no podrá ser por cuenta propia, y solamente podrá ser por cuenta ajena en las modalidades de jornada a tiempo parcial – compatible con el horario lectivo, incluidas las clases prácticas – o a tiempo completo, en este caso de duración determinada, en período no lectivo, y con una duración máxima de tres meses (art. 90 Reg.LOE). Para su concesión se deberán cumplir los requisitos generales fijados para la obtención de la autorización de trabajo por cuenta ajena, a excepción de la consideración de la situación nacional de empleo, y los ingresos obtenidos por estos trabajos no podrán tener el carácter de recursos

⁷⁷ En el supuesto de que se presente una oferta para otra ocupación o ámbito territorial la solicitud será inadmitida a trámite o denegada. Sólo excepcionalmente la Dirección General de Inmigración, ante circunstancias imprevistas en el mercado laboral, podrá autorizar que la autorización sea concedida para ámbitos geográficos y de actividad diferentes de los inicialmente autorizados (art. 83.3 *in fine* Reg.LOE).

⁷⁸ A 31 de diciembre de 2006, de las 33.293 autorizaciones de estancia por estudios vigentes, 2.257 correspondían a nacionales de Marruecos (1.095 a hombres y 1.162 a mujeres, la mayoría dentro del grupo de edad comprendido entre 19 y 24 años). La mayoría de estos estudiantes se encuentran Andalucía: 1.420. Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

necesarios para su estancia en España, por lo que habrán de acreditar que disponen de otros medios económicos.

Las empresas deberán presentar personalmente las solicitudes de autorización de trabajo para estudiantes (modelo EX-05) junto con la misma documentación que para las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena, además de la que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para su concesión, como son la certificación expedida por el centro académico del horario lectivo y de las prácticas y la acreditación de disponer de medios económicos adicionales.

La autorización de trabajo concedida no tendrá limitaciones geográficas, salvo que coincida con períodos lectivos, y su duración se limitará a la del contrato de trabajo, no pudiendo en ningún caso podrá superar la vigencia de la autorización de estancia por estudios. Cabe la posibilidad de solicitar la renovación de la autorización de trabajo en las mismas circunstancias y previa prórroga de la estancia por estudios. Los licenciados y licenciadas que estén en posesión del correspondiente título en Medicina y Cirugía, Farmacia, Psicología, Ciencias Químicas y Biológicas, pueden realizar sus periodos de formación especializada, aunque incluyan la realización de actividades laborales, sin necesidad de solicitar la autorización de trabajo. Sólo existe la obligación de comunicar esta circunstancia a la autoridad competente (art. 91 Reg. LOE). En la misma situación se encuentran los investigadores e investigadoras en posesión del diploma de estudios avanzados que sean contratados dentro de un programa de investigación inscrito en el Registro correspondiente⁷⁹.

F) Trabajos transfronterizos y transnacionales

Bajo este epígrafe recogemos, siguiendo el articulado de la LOE, dos tipos de autorizaciones de trabajo que tienen muy poco en común entre sí, quizá el hecho de que en la relación objetiva de la actividad intervengan sujetos – trabajadores o empresas – que tienen su residencia en otro Estado.

a) Trabajos transfronterizos⁸⁰

Este tipo de autorización se concede a aquellas personas que residen en un país limítrofe con España y que trabajan en nuestro país, pero regresan diariamente a su domicilio, que se encuentra en un país vecino (art. 43 LOE). La práctica totalidad de las autorizaciones concedidas a trabajadores y trabajadoras fronterizas lo son a nacionales marroquíes que trabajan en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y que regresan diariamente a las poblaciones vecinas de Tetuán y Nador, entre otras, en las que residen. Por esta razón, quienes sean titulares de este tipo de autorizaciones no están autorizados a residir en España, precisamente, por su condición de trabajadores fronterizos.

Los requisitos para su obtención y el procedimiento para su tramitación son los generales ya expuestos anteriormente (art. 84 Reg. LOE), según se trate de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, con la salvedad de que habrá de acreditarse la residencia en el país limítrofe, en nuestro caso Marruecos. La autorización tendrá una duración inferior a cinco años y, evidentemente, estará limitada a un ámbito geográfico concreto, pudiendo renovarse bajo las mismas circunstancias.

⁷⁹ Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el estatuto del personal investigado en formación (BOE núm. 29, de 3 de febrero de 2006).

⁸⁰ En el año 2004, últimos datos a los que hemos podido acceder, de las 1.461 autorizaciones de trabajo transfronterizas concedidas, 1.450 se concedieron a marroquíes: 1.429 para cuenta ajena y 24 para cuenta propia. Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

b) Prestación transnacional de servicios

La prestación de servicios entre empresas, o entre empresas y particulares, es una práctica habitual dentro de la actividad económica. Concretamente, hablaremos de una prestación transnacional de servicios cuando la empresa que preste los servicios esté radicada fuera de España. Con frecuencia, la prestación de tales servicios conlleva el desplazamiento de trabajadores y trabajadoras de la empresa a España para poder llevar a cabo los trabajos contratados. Pero hemos de hacer una diferenciación muy importante entre la prestación de servicios por empresas radicadas en la UE y en el EEE y la efectuada por empresas que no lo están.

En el primer caso, en las que la prestación de servicios es intracomunitaria, y para el desplazamiento de los trabajadores, cualquiera que sea su nacionalidad, no se necesita autorización de trabajo, al estar reguladas este tipo de prestaciones en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional⁸¹. Por consiguiente, la mujer marroquí que trabaje para una empresa radicada en la UE o EEE y sea desplazada a España por su empresa para realizar un trabajo dentro del marco de una prestación de servicios, podrá hacerlo sin que sea necesario solicitar autorización de trabajo, aunque la empresa deberá comunicar a la autoridad laboral española competente el desplazamiento de sus trabajadores (art. 5 Ley 45/1999).

En cambio, cuando la prestación de servicios se efectúe por una empresa no ubicada en un país de la UE o del EEE, será necesaria la obtención de una autorización de residencia y trabajo de prestación de servicios transnacional para los trabajadores desplazados (art. 43 LOE y D.A. 5ª Ley 45/1999). Para la concesión de esta autorización se deben cumplir los requisitos generales para las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, incluida la valoración de la situación nacional de empleo, y los específicos relativos a la prestación de servicios (art. 64 Reg.LOE):

- Que la residencia del trabajador o trabajadora en el país donde radica la empresa sea estable y regular.
- Que la actividad de las personas que se desplazan sea habitual, como mínimo un año, y en la empresa, al menos nueve meses.
- Que la empresa prestataria del servicio cumpla los requisitos y condiciones de trabajo aplicables (Ley 45/1999, de 29 de noviembre).

Las solicitudes (modelo EX-03) deben presentarse por la empresa que va a desplazar a los trabajadores, bien ante el consulado correspondiente, bien ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno del lugar donde se vaya a prestar el servicio. La documentación que debe adjuntarse a la solicitud es la general prevista para las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, además de la que acredite el cumplimiento de los requisitos específicos para este tipo de autorización, en concreto, (art. 65 Reg.LOE):

- Contrato de trabajo entre la empresa que desplaza y las personas desplazadas.
- Certificado de desplazamiento de la autoridad o institución competente del país de origen que acredite que el trabajador continúa sujeto a su legislación en materia de Seguridad Social, si existe instrumento internacional de Seguridad Social aplicable. En el caso de Marruecos será aplicable el Convenio hispano-marroquí de Seguridad Social de 1979.
- Contrato de prestación de servicios.

⁸¹ BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 1999.

La autorización de residencia y trabajo concedida al amparo de una prestación transnacional de servicios se limita a un ámbito geográfico y de actividad concretos. Su duración es la necesaria para la correcta prestación del servicio, con el límite de un año, aunque puede ser prorrogada por igual período de tiempo si es necesario.

4. Compatibilidad de autorizaciones, modificaciones y cambios de régimen

A) Compatibilidad de autorizaciones de trabajo por cuenta propia y ajena

Como hemos observado, una de las principales características de la autorización de trabajo es la neta separación entre las que autorizan para trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia, uno y otro tipo de actividad hasta que se obtiene la autorización de residencia permanente, que permite trabajar en igualdad de condiciones que los españoles (art. 32.1 LOE).

No obstante, el Reg.LOE (art. 97) permite la obtención de ambos tipos de autorización laboral, por cuenta ajena y por cuenta propia, si se cumplen los requisitos de ambas y se demuestra la posibilidad real de compatibilizar ambos trabajos – características, duración y jornada laboral.

En concreto, la mujer marroquí que pretenda realizar simultáneamente trabajos por cuenta ajena y propia, deberá solicitar las correspondientes autorizaciones de trabajo (modelo EX-01) en la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente, aportando la documentación ya descrita, para uno y otro tipo de autorización. La autorización administrativa mediante la que se conceda la compatibilidad del ejercicio de actividades laborales y profesionales tendrá una duración equivalente al periodo de vigencia de la autorización de trabajo de la que fuera titular el trabajador o la trabajadora extranjera, salvo en el caso de que se solicite autorización por cuenta ajena presentando una oferta de empleo de duración inferior. En este caso la autorización se limitará a la duración del contrato de trabajo.

B) Modificación de la autorización de trabajo

El trabajador o la trabajadora marroquí titular de una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena o propia limitada, como se ha indicado, a una actividad y a un ámbito geográfico concretos, va a poder solicitar (modelo EX-01) al órgano competente que le concedió la autorización, durante la vigencia de la misma, el cambio de ésta última en lo que se refiere a algunas de las circunstancias antes mencionadas o a las dos. En el caso concreto de las autorizaciones iniciales por cuenta ajena, si lo que se solicita es el cambio de actividad, deberá volver a considerarse la situación nacional de empleo, por lo que si la nueva ocupación no figura en catálogo de ocupaciones de difícil cobertura correspondiente, deberá obtenerse una certificación negativa de los servicios públicos de empleo (art. 99.1 Reg.LOE). La Administración podrá solicitar que se justifiquen las circunstancias por las cuales no se desarrolló la actividad laboral para la que se autorizó en principio a la trabajadora, sobre todo si tenemos en cuenta que se exigió a la empresa una garantía de trabajo de un año y que se prevé la posibilidad de extinguir la autorización concedida si desaparecieron las circunstancias sirvieron de base para su concesión [art. 75.2.c) Reg.LOE].

También cabe la posibilidad de que el trabajador o la trabajadora marroquí de solicitar el cambio de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o

ajena de la que sea titular, respectivamente, por una autorización por cuenta ajena o propia. Este cambio se debe demandar en el momento en que le corresponda solicitar la renovación de la que es titular, esto es, durante los sesenta días previos a la caducidad de la misma o en los tres meses posteriores (art. 99.2 Reg.LOE). En estos casos, en los que podríamos hablar de *mutación* de la autorización de trabajo, se deben acreditar el cumplimiento de los requisitos de renovación de la autorización vigente en ese momento de los exigidos para la concesión de aquella por la que solicita el cambio (modelo EX-01). Por este motivo, nos remitimos a los epígrafes correspondientes a las autorizaciones por cuenta ajena y propia, según corresponda.

C) De la situación de residencia (sin trabajo) a la de residencia y trabajo

Las personas marroquíes que cuenten con una autorización de residencia sin autorización de trabajo podrán solicitar una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, si cuentan con una oferta de trabajo, o por cuenta propia, si tienen un proyecto empresarial, siempre que lleven residiendo en España como mínimo un año. Ahora bien, si la autorización de residencia fue concedida por reagrupación familiar – lo que sucede en la mayoría de los casos –, el período de residencia previo de un año no será exigible. Tampoco será necesario considerar la situación nacional de empleo si lo que se solicita es una autorización por cuenta ajena, lo que facilita considerablemente su obtención (artículo 96.1 Reg.LOE).

Los requisitos, solicitud (modelo EX-01) y documentación serán los previstos con carácter general. La autorización de residencia y trabajo que se conceda dependerá del período de residencia previo (art. 49.3 Reg. LOE), y en todo caso quedará condicionada a la afiliación y/o alta de la trabajadora en la Seguridad Social.

D) De la situación de residencia por circunstancias excepcionales a la de residencia y trabajo

Generalmente, a la caducidad de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, se deberá solicitar, bien una autorización de residencia no lucrativa, bien una autorización de residencia y trabajo, ya que el legislador pretende encauzar dentro del régimen general a las personas que consiguieron la residencia en supuestos excepcionales. Sólo se contempla la renovación de estas autorizaciones excepcionales en casos muy limitados –en los supuestos de asilo y refugio y en aquéllos en que fueron concedidas por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (art. 47 Reg. LOE).

Por lo que se refiere a la solicitud de autorización de residencia y trabajo, el tratamiento es idéntico al expuesto anteriormente para el tránsito de la autorización de residencia no lucrativa a la de residencia y trabajo, con dos salvedades. En primer lugar, cabe la posibilidad de solicitar una autorización de trabajo compatible con la autorización de residencia por circunstancias excepcionales durante la vigencia de ésta, como se comentó en el epígrafe correspondiente. Y, en segundo lugar, si la autorización de residencia por circunstancias excepcionales llevaba aparejada la autorización de trabajo, el tratamiento será igual que si nos encontrásemos ante un supuesto de renovación de una autorización de trabajo, incluyendo la posibilidad del cambio a cuenta propia o a cuenta ajena.

E) De la situación de estancia por estudios a la residencia y trabajo

Nada tiene que ver este caso con la autorización de trabajo compatible con los estudios, destinada a ayudar a sufragar el sustento de los y las estudiantes con el trabajo

mientras realizan estudios en España. El paso de la situación de estancia por estudios a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena supone un cambio radical de régimen jurídico, bien diferenciado de los casos anteriores, aunque no se admite la posibilidad de acceder a la residencia y trabajo por cuenta propia. En efecto, en los casos descritos se parte de una situación de residencia legal. En cambio, la situación jurídica de los estudiantes, en lo que afecta a su permanencia en España, no es de residencia, sino de estancia. De ahí que, mediante esta modificación, el estudiante acceda a la situación de residencia, sin necesidad de obtener el correspondiente visado, lo que sólo sucede en los supuestos de residencia excepcional.

El Reg.LOE (art. 95) exige para poder solicitar este cambio el cumplimiento de una serie de requisitos específicos:

Haber permanecido en España durante, al menos, tres años en situación de estancia por estudios⁸².

Haber realizado los estudios o el trabajo de investigación con aprovechamiento, requisito éste diferente del exigido para la prórroga de estancia por estudios, en la que sólo se exige la continuidad en los estudios.

No haber sido becado por organismos públicos o privados dentro de programas de cooperación o de desarrollo del país de origen.

El resto de requisitos exigidos serán los estipulados para la concesión de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, requiriéndose la comparecencia personal de la empresa para la presentación de la solicitud (modelo EX-01) y de la documentación preceptiva. Sin embargo, el plazo para la presentación de estas solicitudes es de tres meses antes de la caducidad de las autorizaciones de estancia por estudios.

5. Excepciones a la obligación de obtener autorización de residencia y trabajo⁸³

No necesitan autorización de trabajo las marroquíes que vengan a realizar determinadas actividades u ocupaciones que la LOE ha considerado exentas de esta obligación, tales como investigadoras, científicas y profesoras universitarias, miembros de misiones científicas internacionales, funcionarias, religiosas, artistas para actuaciones concretas, que hubieran sido españolas de origen, menores tuteladas, corresponsales de medios de comunicación, militares, y las que formen parte de los órganos de preestación, gobierno y administración de sindicatos (art. 41 LOE).

A pesar de que estas actividades están exceptuadas de la obligación de obtener una autorización de residencia y trabajo, quienes estén interesadas en ejercerlas necesi-

⁸² Excepcionalmente, previo informe favorable de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, podrá reducirse el plazo de tres años cuando se trate de extranjeros cuya residencia en España se considere oportuna por razón de la relevancia excepcional de los méritos profesionales y científicos acreditados por aquellos (art. 95.3 Reg.LOE).

⁸³ *Vid.* la Resolución de 28 de febrero de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 16 de febrero de 2007, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se det docentes que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural).

tarán de un reconocimiento de tal exceptuación. De ahí que el artículo 68 del Reg.LOE desarrolle con precisión las circunstancias que deben darse, así como los medios para acreditar tales situaciones, para que cada una de las actividades descritas sea considerada dentro de esta categoría.

La solicitud del referido reconocimiento (modelo EX-04) deberá ser presentada por el extranjero o extranjera, bien en el consulado, si no es residente en España, bien en la Delegación o Subdelegación del Gobierno, si lo es, junto con la documentación general descrita para las autorizaciones laborales por cuenta ajena, y, además, aquella que indica el artículo 68 Reg.LOE para acreditar que la actividad en cuestión se halla exceptuada de la autorización de trabajo. La duración del reconocimiento se adaptará a la duración de la actividad que se vaya a desarrollar, con el límite máximo de un año, pudiendo renovarse por períodos sucesivos de dos años. En el supuesto de que, posteriormente, se solicite una autorización de residencia y trabajo del régimen general, no se tendrá en cuenta haber sido titular de una excepción de autorización previamente.

Para finalizar, conviene recordar que, una vez alcanzada la autorización de residencia permanente, normalmente tras cinco años de residencia ininterrumpida, tampoco es necesaria la autorización de trabajo (art. 41.3 LOE)

III. BIBLIOGRAFÍA/DIRECCIONES DE INTERNET

BIBLIOGRAFÍA

- AGUELO NAVARRO, P.: *Manual del Inmigrante*, Barcelona, Océano, 2003.
- ANDREU TUDELA, J.C.: *III Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Sevilla, Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación, 2003.
- AA.VV.: *Atlas de la inmigración magrebí en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Observatorio Permanente de la Inmigración, 2004.
- AA.VV.: *Panorama sociolaboral de la mujer en España*, núm. 46, Madrid, Consejo Económico y Social, Área de Estudios y Análisis del CES, 2006.
- AA.VV.: *Panorama económico-social de España*, núm. 143, Madrid, Consejo Económico y Social, Área de Estudios y Análisis del CES, 2007.
- AA.VV.: *La inmigración y el mercado de trabajo en España, Informe 2/2004, de 28 de abril*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2004.
- BLÁQUEZ RODRÍGUEZ, I. (coord) y ADAM MUÑOZ, M^a.D.: *Inmigración mabregí y derecho de familia*, Sevilla, Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación, 2005.
- ESPLUGES MOTA, C. y AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (coord.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- LÓPEZ GARCÍA, B. (dir.) y otros: “Desarrollo y pervivencia de las redes de origen en la inmigración marroquí en España”, *Hacia la actualización del Atlas de la inmigración magrebí en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Observatorio Permanente de la Inmigración, 2004.
- MOYA ESCUDERO, M. (coord.): *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada, Comares, 2001.
- MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA, R.: *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid, La Ley, 2003.

- PÉREZ-DÍAZ, V., ÁLVAREZ-MIRANDA, B. y CHULIÁ, E., *La inmigración musulmana en Europa. Turcos en Alemania, argelinos en Francia y marroquíes en España*, Barcelona, Colección de Estudios de la Fundación la Caixa, núm. 15, 2004.
- RAMÍREZ, A.: *Migraciones, género e Islam: mujeres marroquíes en España*, Madrid, Agencia Española de Cooperación Internacional, 1998.
- ULLOA, M. (coord.), CARRASQUILLA, M.C. y CACHARRÓN, M.C. (invest.): *Entre el Magreb y España. Voces y miradas de mujeres*, Madrid, ACSUR-Las Segovias, 2001.

DIRECCIONES DE INTERNET

Unión Europea: www.europa.eu.int
Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: www.mtas.es
Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración: www.extranjeros.mtas.es
Secretaría de Estado de la Seguridad Social: www.seg-social.es
Secretaría General de Políticas de Igualdad: www.mtas.es/igualdad
Servicio Público de Empleo Estatal: www.inem.es
Instituto de la Mujer: www.mtas.es/mujer
Ministerio del Interior: www.mir.es
Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación: www.mae.es
Ministerio de Administraciones Públicas: www.map.es
Consejo Económico y Social: www.ces.es
Junta de Andalucía: www.juntadeandalucia.es
Instituto Andaluz de la Mujer: www.juntadeandalucia.es/iam
Servicio Andaluz de Empleo: www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo

Direcciones de interés.

Real Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza: www.reicaz.es
Mujeres mediterráneas: www.mediterraneas.org
Aranzadi: www.westlaw.es
Real Instituto Elcano: www.realinstitutoelcano.org

4. EFICACIA EN ESPAÑA DE LOS TÍTULOS Y ESTUDIOS MARROQUÍES*

Ricardo Rueda Valdivia**

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA HOMOLOGACION COMO PRESUPUESTO DE LA EFICACIA PROFESIONAL Y ACADEMICA EN ESPAÑA DE LOS TÍTULOS MARROQUÍES. 1. Títulos marroquíes de educación universitaria. A) Homologación del título marroquí al correspondiente título español de Grado o de Postgrado. a) Autoridad competente. b) Solicitud y documentación. c) Instrucción del procedimiento. d) Resolución. B) Homologación del título marroquí al correspondiente grado académico español. a) Autoridad competente. b) Solicitud y documentación. c) Instrucción del procedimiento y resolución. **2. Títulos marroquíes de educación no universitaria.** A) Normativa reguladora. B) Autoridad competente. C) Solicitud y documentación. D) Volante para inscripción condicional en centros docentes o en exámenes oficiales. E) Instrucción del procedimiento y resolución. **III. LA CONVALIDACION COMO PRESUPUESTO PARA LA EFICACIA ACADEMICA EN ESPAÑA DE LOS ESTUDIOS PARCIALES MARROQUÍES. 1. Estudios marroquíes de educación superior.** A) Normativa aplicable. B) Autoridad competente. C) Solicitud y documentación. D) Instrucción del procedimiento y resolución. **2. Estudios marroquíes de educación no universitaria.** A) Normativa aplicable. B) Estudios no sujetos a convalidación. **IV. BIBLIOGRAFIA.**

I. INTRODUCCION

Una de las principales dificultades con que se encuentra las mujer marroquí que, habiendo cursado estudios en su país, desea, o bien trabajar en España, por cuenta propia o ajena, en una actividad para la que se requiera la posesión de un título, o bien cursar nuevos estudios en nuestro país, en un centro docente español, público o privado, viene sin duda constituida por la exigencia, prevista en nuestro ordena-

* La presente investigación se enmarca en el Proyecto de Excelencia SEJ 820 "Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza", subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

** Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

¹ A dicho trámite quedarán igualmente sujetos los títulos obtenidos y los estudios parciales cursados por la mujer marroquí en cualquier otro país extranjero. Aquél, sin embargo, no resultará exigible ni a los títulos obtenidos, ni a los estudios cursados por una ciudadana marroquí en un centro educativo español, ya se encuentre éste en España, en Marruecos o en cualquier otro país, pues no constituyen títulos o estudios extranjeros, sino españoles.

miento, de que los títulos que a tal efecto aporte, o los estudios parciales (cuando éstos no hayan culminado con la obtención de un título) cuya realización acredite, se sometan, como presupuesto para su eficacia en España, a un trámite administrativo previo¹, trámite que, como es obvio, implica para la interesada una demora en la obtención del efecto pretendido del título o de los estudios parciales cuya existencia haga valer.

El trámite en cuestión puede ser de dos tipos: “homologación” y “convalidación”, pudiéndose en principio afirmar, con carácter general, que la “homologación” procede cuando lo que la interesada hace valer en España es un título extranjero, ya pretenda del mismo el efecto profesional o el académico, estando la “convalidación” prevista para el caso de estudios parciales realizados en el extranjero y no culminados con la expedición de un título, cuando aquéllos se hagan valer en orden a la continuación de estudios en nuestro país, o lo que es lo mismo, a efectos académicos². No obstante, es preciso advertir que esta afirmación no es del todo exacta. En primer lugar, por cuanto es posible hablar de “homologación” de estudios parciales extranjeros, como sucede en aquellos casos en que los estudios cursados, pese a ser parciales en el sistema educativo extranjero al que corresponden y, por tanto, no dar lugar en él a la expedición de un título, den sin embargo derecho en el sistema educativo español a la expedición un título (posibilidad que, hay que resaltar, únicamente se admite en el caso de estudios de educación no universitaria). Y, en segundo término, por cuanto cabe también la posibilidad de una “convalidación” parcial de estudios cursados en el extranjero y culminados con la expedición de un título, convalidación ésta última (únicamente admitida en el ámbito de la educación superior) que, en unas ocasiones, solicitará la interesada por propia iniciativa, mientras que otras veces traerá causa de una resolución denegatoria a la solicitud de homologación que de su título hubiera aquélla formalizado (esto es, cuando solicitada por aquélla la “homologación” de su título a un concreto título español, las autoridades competentes para ello hayan estimado que, ante la falta de equivalencia entre aquél y éste, no procede tal homologación, dejando sin embargo abierta la posibilidad de una “convalidación” parcial de los estudios cursados en Marruecos por estudios parciales españoles que haga factible la prosecución en España de los estudios conducentes a la obtención del correspondiente título español). De ahí que, en realidad, la clave para distinguir cuándo procede la “homologación” y cuándo la “convalidación” no estribe tanto en que sea un título o un estudio parcial extranjero lo que se haga valer en España, como en el hecho de que la pretensión de la interesada sea la declaración de equivalencia de aquéllos a un título o grado académico español (“homologación”) o a estudios parciales españoles (“convalidación”). De este modo, la “homologación” implicaría la declaración de equivalencia de un título o de unos estudios parciales extranjeros a un título o grado académico español, mientras que la “convalidación” supondría la declaración de equivalencia de unos estudios parciales extranjeros (hayan o no culminado con la obtención de un título) a estudios parciales españoles. En cualquier caso, a efectos de esta exposición, vincularemos el expediente de “homologación” a los títulos y el de “convalidación” a los estudios parciales.

² Como se puede apreciar, mientras que el efecto profesional solo se predica de títulos, el efecto académico se predica tanto de títulos como de estudios parciales.

Así pues, la mujer marroquí que pretenda el ejercicio en nuestro país de una actividad laboral o profesional para la que se requiera la posesión de una determinada titulación y que, a tal efecto, haga valer un título obtenido en su país, sea de educación superior o de enseñanza no universitaria, necesariamente deberá someter éste último, con carácter previo, al trámite de la “homologación”, trámite que, además, en el marco de la legislación general de extranjería vigente (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre³ –LOE– y Reglamento de desarrollo⁴ –Reg.LOE–), deviene requisito indispensable para la obtención por parte de la interesada de la correspondiente autorización administrativa para trabajar (arts. 36.2º LOE y 50.1º e), 51.2º f), 58 b), 59.2º d) y 65 b) 4º Reg.LOE).

Igualmente, será la “homologación” el trámite al que deberá someter su título la mujer marroquí que lo haga valer a efectos de acceder en nuestro país a estudios para los que se requiera la posesión de un determinado título o grado académico. Así sucederá, concretamente, en los casos en que pretenda aquélla acceder a estudios españoles: 1) de Bachiller, Formación Profesional de Grado Medio, Artes Plásticas y Diseño de Grado Medio o Enseñanza Deportiva de Grado Medio, para los que en principio se exige la posesión de un título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria⁵); 2) de Formación Profesional de Grado Superior, Artes Plásticas y Diseño de Grado Superior, Enseñanza Deportiva de Grado Superior o

³ *BOE* núm. 10, de 12 de enero de 2000; corr. errores *BOE* núm. 20, de 24 de enero de 2000. *BOE* núm. 307, de 23 de diciembre de 2000; corr. errores *BOE* núm. 47, de 23 de febrero 2001. *BOE* núm. 234, de 30 de septiembre de 2003. *BOE* núm. 279, de 21 de noviembre de 2003.

⁴ Aprobado por Real Decreto (RD) 2393/2004, de 30 de diciembre (*BOE* núm. 6, de 7 de enero de 2005; corr. errores *BOE* núm. 130, de 1 de junio de 2005).

⁵ Arts. 32.2º, 41.2º, 52.1º y 64.2º Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (*BOE* núm. 106, de 4 de mayo de 2006) –en adelante LOEd–. En el caso de los estudios de Bachiller, se prevé también la posibilidad de que la interesada, aun cuando no disponga del título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, pueda acceder a los mismos si posee el título de Técnico de Formación Profesional de Grado Medio. Y, por lo que respecta al acceso a los estudios de Grado Medio de Artes Plásticas y Diseño, se exigirá que la interesada, además del título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, acredite las aptitudes necesarias mediante la superación de una prueba específica.

⁶ Tienen esta condición los Estudios Superiores de Música y de Danza, las Enseñanzas de Arte Dramático, las Enseñanzas de Conservación y Restauración de Bienes Culturales, los Estudios Superiores de Diseño y los Estudios Superiores de Artes Plásticas, entre los que se incluyen los Estudios Superiores de Cerámica y los Estudios Superiores del Vidrio.

⁷ Arts. 41.2º, 52.2º, 54.2º a), 55.2º a), 56.1º, 57.2º y 64.2º LOEd. En el caso de los estudios de Artes Plásticas y Diseño de Grado Superior y de Enseñanzas Artísticas Superiores, además del título de Bachiller, se requerirá a la interesada la superación de una prueba que permita demostrar la madurez, los conocimientos y las aptitudes necesarias para cursar con aprovechamiento las enseñanzas de que se trate. Y, para la realización de los estudios correspondientes a la Enseñanza Deportiva de Grado Superior, se exigirá que aquélla disponga además del título de Bachiller, del de Técnico Deportivo, en la modalidad o especialidad correspondiente. Destacar por último que si bien para poder cursar Estudios de Idiomas en cualquiera de sus niveles (básico, intermedio y avanzado) no se requiere titulación especial ninguna (los únicos requisitos que se imponen son de edad), el hecho de disponer del título de Bachiller habilitará a la interesada para acceder directamente a tales estudios en el nivel intermedio de la primera lengua extranjera cursada en el Bachiller (art. 62.1º LOEd).

⁸ Téngase asimismo presente la posibilidad que se brinda a quienes carecen de los requisitos académicos exigidos para acceder a los estudios mencionados en los puntos 1) y 2) (Bachiller, Formación

Enseñanzas Artísticas Superiores⁶, para los que se requiere estar en posesión del título de Bachiller^{7,8}, y 3) de Educación Universitaria, a nivel de Grado, para los cuales también se requiere en principio un título de Bachiller, además de la superación de la prueba de acceso a la Universidad, comúnmente conocida como “selectividad”⁹ (ello sin olvidar la posibilidad que se prevé de acceder a determinados estudios universitarios con un título de Técnico de Formación Profesional de Grado Superior¹⁰)¹¹. No sucederá, sin embargo, lo mismo en el caso de los estudios universitarios de Postgrado, ya se trate de estudios no oficiales (cursos de Experto o Master ofertados por las distintas Universidades en el marco de las llamadas “Enseñanzas Propias”¹²) u oficiales (Master o Doctorado, y, dentro de este último, sea en período de formación o de investigación). En estos supuestos, es cierto, se requerirá que la interesada marroquí se halle en posesión de un título universitario oficial¹³. Sin embargo, en ninguno de tales casos se exigirá a aquélla, como presupuesto para el acceso a los referidos estudios, la “homologación” previa del título que a tal efecto haga valer. No obstante, hay que tener presente que, para el acceso, concretamente, a las enseñanzas oficiales de Master o de Doctorado, la normativa vigente sí que impone una previa fiscalización del título por parte de la Universidad en la que se pretendan cursar los mencionados estudios. En concreto, para que la interesada pueda acceder a las enseñanzas oficiales de Master o a un Programa de Doctorado en su período de formación, se requerirá la previa comprobación por la Universidad de que el título que aquélla hace valer acredita un nivel de formación equivalente a los correspondientes títulos universitarios oficiales españoles y que facultan en Marruecos para el acceso a enseñanzas de Postgrado. Y si lo que la interesada pretende es acceder a un Programa de Doctorado en su período de investigación, la Universidad deberá comprobar previamente que el título en cuestión acredita un nivel de formación equivalente a los correspondientes títulos españoles

Profesional de Grado Medio y Superior, Enseñanzas de Artes Plásticas y Diseño de Grado Medio y Superior y Enseñanzas Deportivas de Grado Medio y Superior) de llevar a cabo tal acceso mediante la realización de pruebas específicas organizadas por las autoridades educativas (arts. 41.2º, 52.3º, 64.3º LOEd). La realización de una prueba específica de acceso se erige en el único requisito para poder acceder a las Enseñanzas Profesionales de Música y de Danza.

⁹ Art. 42 Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (*BOE* núm. 307, de 24 de diciembre de 2001), modificada por Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril (*BOE* núm. 89, de 13 de abril de 2007) –en adelante LOU–, y art. 14 RD 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales (*BOE* núm. 260, de 30 de octubre de 2007). Respecto a la exigencia de prueba de acceso –para la que igualmente se requiere estar en posesión del título de Bachiller–, *vid.* art. 38 LOEd.

¹⁰ D.A. 25ª LOU.

¹¹ Téngase también en cuenta la vía de acceso a la Universidad que supone la prueba de acceso para mayores de 25 años, prueba prevista para quienes no poseen ninguno de los mencionados títulos (D.A. 25ª.2 LOU y RD 743/2003, de 20 de junio, por el que se regula la prueba de acceso a la Universidad de los mayores de 25 años –*BOE* núm. 159, de 4 de julio de 2003–), a la que habría que añadir, necesariamente, la posibilidad de acceso directo a la Universidad española que tienen los titulados universitarios extranjeros, así como la supone la convalidación parcial de estudios universitarios cursados en el extranjero.

¹² D.A. 11ª RD 1393/2007.

¹³ En cuanto al acceso a los estudios oficiales de Postgrado, *vid.* arts. 16.2º y 19 RD 1393/2007.

¹⁴ En el caso concreto de la Universidad de Granada –en adelante UGR– (<http://www.ugr.es/~docto/admisionextranj.html>), se exigirá a la interesada que, junto con el impreso

de Master Universitario y que faculta en Marruecos para el acceso a los estudios de Doctorado¹⁴. En todo caso, lo que está claro es que la admisión por esta vía a estudios oficiales de Master o de Doctorado en absoluto implica la homologación del título marroquí, ni su reconocimiento a otros efectos que el de cursar enseñanzas de Master o de Doctorado. La Universidad, asimismo, podrá exigir a la interesada que se someta a una prueba de conocimiento de español¹⁵.

Finalmente, cuando la mujer marroquí haya realizado en su país estudios parciales (no culminados con la obtención de un título) y, en orden a la culminación de los mismos, pretenda su incorporación al sistema educativo español en el nivel correspondiente (ya se trate de estudios de educación no universitaria –salvo los de ense-

de solicitud de admisión al correspondiente Programa de Doctorado, presente la siguiente documentación: 1) fotocopia del pasaporte; 2) título obtenido en Marruecos o certificación acreditativa de su expedición, y 3) certificación académica de los estudios realizados para la obtención del título, en la que consten, entre otros extremos, la duración oficial en años académicos, el plan de estudios seguido, las asignaturas cursadas y la carga horaria de cada una de ellas. Además de esta documentación, la Subcomisión correspondiente podrá asimismo solicitar, como documentación complementaria, los programas de cada una de las asignaturas u otros documentos que considere necesarios para la acreditación de un nivel de formación equivalente a los correspondientes títulos españoles de Grado. Todos los documentos deberán ser oficiales, expedidos por las autoridades competentes para ello, debiéndose asimismo presentar convenientemente legalizados y acompañados de la correspondiente traducción oficial al castellano. Junto a los documentos originales, habrá que presentar copia de los mismos, devolviéndose aquéllos a la interesada una vez que la unidad de registro de la Universidad haya efectuado el cotejo de original y copia y extendido la correspondiente diligencia de compulsas. Solo se admitirá la presentación de copias ya compulsadas cuando tal diligencia haya sido efectuada por la Embajada o Consulado de España en Marruecos. La resolución de la solicitud de acceso sin homologación previa del título se adoptará, previo informe motivado emitido por la Comisión de Doctorado (informe que deberá ser emitido en un plazo máximo de diez días desde la recepción del expediente por dicha Comisión), en un plazo de tres meses a contar desde la fecha de entrada de la solicitud en la Universidad, pudiéndose entender, en caso de falta de resolución expresa en dicho plazo, desestimada la solicitud. Contra la resolución por la que se conceda o se deniegue el acceso de la interesada a los estudios de Doctorado, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer, bien recurso potestativo de reposición, ante el rector, bien recurso contencioso-administrativo ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativo. En ningún caso la obtención de la autorización previa implicará la homologación del título extranjero del interesado, ni el reconocimiento del mismo a otros efectos que el de cursar estudios de Doctorado.

¹⁵ De hecho, la solicitud de matrícula de los estudiantes extranjeros que, procedentes de Estados que no tengan como lengua oficial el español, pretendan iniciar estudios de Doctorado en Universidades españolas, queda condicionada a la superación de esta prueba, prueba que se encargará de organizar el Servicio responsable del Doctorado en el primer trimestre de cada curso académico. Quedan, no obstante, exentos de realizar la prueba de idioma los estudiantes extranjeros que acrediten, en el momento de formalizar su matrícula, el conocimiento del español mediante un Certificado del Instituto Cervantes o de cualquier Centro Oficial de Idiomas español, correspondiente, al menos, al nivel intermedio.

¹⁶ La incorporación al sistema educativo español en cualquiera de estos dos niveles se llevará a cabo de manera directa, en función de la edad, sin necesidad de someter a trámite alguno los estudios que en su caso se hubieran cursado en el país de origen.

¹⁷ No se olvide que, como se ha apuntado, cabe también hablar de una convalidación parcial de los estudios de educación superior culminados en el extranjero con la obtención de un título, debiéndose destacar en este punto la imposibilidad de obtener a la vez la convalidación parcial de los estudios que encierra un título extranjero y la homologación de éste último a un título o grado académico español.

ñanza Primaria y Secundaria Obligatoria¹⁶– o superior), el trámite al que la interesada habrá de someter sus estudios parciales será el de “convalidación”¹⁷.

En las próximas páginas procederemos al estudio pormenorizado de los dos trámites administrativos (homologación y convalidación) a los que, como se acaba de exponer, se condiciona la eficacia, profesional y académica, de los títulos y estudios cursados en Marruecos, distinguiendo a tal efecto entre títulos y estudios de educación superior y títulos y estudios de educación no universitaria, habida cuenta del distinto régimen jurídico al que los referidos trámites quedan sujetos en función de la naturaleza del título o estudio parcial extranjero que se haga valer en España.

II. LA HOMOLOGACION COMO PRESUPUESTO DE LA EFICACIA PROFESIONAL Y ACADEMICA EN ESPAÑA DE LOS TITULOS MARROQUÍES

1. Títulos marroquíes de educación universitaria

La homologación en España de los títulos marroquíes de educación universitaria queda sometida a lo dispuesto en el RD 285/2004, de 20 de febrero¹⁸, modificado por el RD 309/2005, de 18 de marzo¹⁹ (en adelante RD 2004), y cuyo desarrollo lleva a cabo la OM de 3 de noviembre de 2004²⁰, modificada por la OM de 2 de junio de 2005²¹ (en adelante OM 2004)²². Únicamente quedan al margen de la referida normativa los títulos marroquíes de especialistas médicos, farmacéuticos y en ciencias de la salud, cuya homologación a los correspondientes títulos oficiales

¹⁸ BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2004.

¹⁹ BOE núm. 67, de 19 de marzo de 2005.

²⁰ BOE núm. 275, de 15 de noviembre de 2004.

²¹ BOE núm. 138, de 10 de junio de 2005.

²² La mencionada normativa ha sido dictada en cumplimiento del artículo 36.2º b) de la LOU, sobre la base competencial del artículo 149.1.30º de la Constitución Española.

²³ Nos referimos, concretamente, a los títulos de Médico Especialista, Farmacéutico Especialista, Especialista en Radiofísica Hospitalaria, Psicólogo Especialista en Psicología Clínica, Químico Especialista, Biólogo Especialista o Bioquímico Especialista. La regulación de estos títulos se lleva a cabo en el capítulo III de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003).

²⁴ BOE núm. 254, de 23 de octubre de 1991 y BOE núm. 253, de 19 de octubre de 1996. Debe asimismo tenerse presente lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 44/2003, donde se contempla la posibilidad de un “reconocimiento profesional” de los títulos de especialista obtenidos en Estados extranjeros, que sería distinto a la homologación. Según el apartado primero del citado precepto, “el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo, establecerá los supuestos y procedimientos para el reconocimiento en España de títulos de especialista obtenidos en Estados no miembros de la Unión Europea, conforme a lo que, en su caso, establezcan los tratados y convenios internacionales que resulten de aplicación”. Tal reconocimiento, añade el apartado segundo, únicamente tendrá efectos profesionales, y no académicos. Para que estos últimos efectos se produzcan y tales títulos habiliten para acceso a cuerpos docentes universitarios y a plazas vinculadas en hospitales, será en todo caso necesario su previa homologación por el procedimiento que establezca el Gobierno a propuesta del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

españoles²³ se rige por lo dispuesto en la OM de 14 de octubre de 1991, modificada por la OM de 16 de octubre de 1996²⁴.

La normativa general sobre homologación de títulos de educación universitaria, a la que limitaremos nuestro estudio, contempla dos tipos diferentes de homologación: la homologación del título extranjero a un concreto título español, sea éste de Grado, Master o Doctor, y la homologación del título extranjero al grado académico español de Grado, Master o Doctor²⁵. La primera de estas homologaciones será la que deba solicitar la mujer marroquí que haga valer su título en España para la realización de una actividad, profesional o académica, para la que se requiera la posesión de una titulación concreta. En cambio, será sin más la homologación del título marroquí a uno de los grados académicos españoles lo que se precise cuando la pretensión de la súbdita marroquí sea hacer valer su título para la realización de una actividad para la que simplemente se exija la posesión de un determinado grado académico, cualquiera que sea la titulación concreta a la que corresponda.

En ningún caso será posible la homologación de los títulos marroquíes a los diplomas o títulos que las Universidades, en uso de su autonomía (esto es, en el marco de las denominadas Enseñanzas Propias), y conformidad con el artículo 34.3º de la LOU, puedan establecer, sin perjuicio de un reconocimiento recíproco de diplomas o títulos entre Universidades marroquíes y españolas. Tampoco será posible la homologación de los títulos marroquíes a títulos españoles cuyos planes de estudios se hayan extinguido o no estén aún implantados en su totalidad en al menos una Universidad española. Además, queda excluida la posibilidad de homologar: 1) los títulos marroquíes que carezcan de validez académica oficial en el propio Marruecos; 2) los correspondientes a estudios marroquíes cursados, en todo o en parte, en España, cuando los centros en los que se impartan carezcan de la preceptiva autorización para impartir tales enseñanzas²⁶ o cuando las enseñanzas sancionadas por el título marroquí no estuvieran efectivamente implantadas en la Universidad o institución de educación superior marroquí en el momento en el que ésta expidió el título, y 3) los títulos marroquíes que hayan sido ya homologados en España o los estudios superados para su obtención que hayan sido ya objeto de convalidación para continuar estudios en España (art. 5).

A) Homologación del título marroquí a un título español de Grado del catálogo de títulos universitarios oficiales o al correspondiente grado académico de Grado

a) Autoridad competente

La competencia para la homologación de los títulos marroquíes de educación superior, ya sea a un título de Grado del catálogo de títulos universitarios oficiales o al correspondiente grado académico de Grado, viene atribuida en exclusiva al

²⁵ Concretamente, el RD 285/2004, en su capítulo II, habla de tres procedimientos de homologación: 1) homologación de títulos extranjeros de educación superior a títulos españoles de Grado del catálogo de títulos universitarios oficiales (sección 1ª); 2) homologación de títulos extranjeros de educación superior al grado académico correspondiente a los estudios universitarios oficiales españoles de Grado (sección 2ª); y 3) homologación de títulos extranjeros a títulos y grados académicos españoles de Postgrado (sección 4ª).

²⁶ Respecto de tal autorización, *vid.* arts. 18 y 19 RD 557/1991, de 12 de abril, sobre creación y reconocimiento de universidades y centros universitarios (BOE núm. 95, de 20 de abril de 1991), modificado por RD 485/1995, de 7 de abril (BOE núm. 101, de 28 de abril de 1995).

Ministerio de Educación y Ciencia (en adelante MEC). Dentro de éste último, los actos de instrucción del procedimiento, que se efectuarán siempre de oficio, corresponderán a la Subdirección General de Títulos, Convalidaciones y Homologaciones (art. 8 RD 2004), encuadrada orgánicamente en la Secretaría General Técnica del referido Departamento Ministerial, mientras que la resolución, que se realizará mediante Orden del Ministro de Educación y Ciencia, será expedida por delegación por el Secretario General Técnico del Departamento (arts. 14.2º RD 2004 y 8 OM 2004).

b) Solicitud y documentación

El expediente de homologación se iniciará mediante solicitud de la interesada marroquí dirigida al titular del MEC, solicitud que deberá ajustarse al modelo oficial que figura en el Anexo I ó I bis de la OM 2004, en función de que lo que se solicite sea la homologación del título extranjero a un título español o al correspondiente grado académico.

La solicitud deberá ir acompañada de una serie de documentos, que serán los mismos tanto si se pretende la homologación del título marroquí a un título español de Grado, como si lo que se solicita es la homologación de aquél al grado académico español. Concretamente, los documentos que habrá que aportar son tres: 1) copia compulsada del documento que acredite la identidad y nacionalidad de la solicitante, expedido, bien por las autoridades competentes de Marruecos (pasaporte), bien por las autoridades españolas competentes en materia de extranjería (tarjeta de identidad de extranjero, tarjeta de estudiante o tarjeta de familiar de residente comunitario); 2) copia compulsada del título cuya homologación se solicita o de la certificación acreditativa de su expedición que contenga todos los extremos que figuren en el propio título; 3) copia compulsada de la certificación académica de los estudios realizados por la solicitante para su obtención, en la que consten, entre otros extremos, la duración oficial, en años académicos, del plan de estudios seguido, las asignaturas cursadas y la carga horaria de cada una de ellas y 4) acreditación del abono de la tasa correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social²⁷ (art. 2 OM 2004).

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que se reconoce al órgano instructor la posibilidad de exigir asimismo a la solicitante la presentación de otros documentos que considere necesarios para acreditar la equivalencia entre la formación conducente a la obtención del título marroquí y la que se exige para la obtención del título o grado académico español con el que aquél se pretende homologar, como es el caso de los programas de las asignaturas cursadas, en los que se refleje el contenido y la amplitud con que se cursaron, o de la documentación académica acreditativa de haber superado en su totalidad los estudios exigidos para el acceso a aquéllos que se cursaron y que condujeron a la obtención del título cuya homologación se solicita (art. 4 OM 2004). Tales documentos deberán ser siempre originales.

Los documentos académicos aportados habrán de ser necesariamente oficiales y estar expedidos por las autoridades competentes para ello en Marruecos, debiendo asimismo cumplir los requisitos que, con carácter general, exige la legislación espa-

²⁷ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2002. La referida tasa, sin embargo, no se devengará en el caso de que la solicitud de homologación se halle referida a títulos de especialidades en Ciencias de la Salud, títulos cuya homologación, como ya se ha visto, se halla sometida a régimen específico.

ñola para la eficacia en España de los documentos públicos extranjeros, a saber: 1) encontrarse debidamente legalizados (Marruecos no forma parte del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961²⁸, por lo que no cabe la posibilidad de apostilla²⁹ y 2) ir acompañados de la correspondiente traducción oficial al castellano³⁰ (no será necesaria la traducción de la documentación complementaria que el órgano instructor pueda exigir, siempre que ello no impida su adecuada valoración) (art. 5 OM 2004).

La compulsua de las copias aportadas podrá llevarse a cabo en la propia oficina de registro en la que la interesada presente la solicitud, debiendo en tal caso aquélla aportar, junto a las copias, la documentación original, a fin de que la autoridad receptora pueda proceder al cotejo de originales y copias y a la comprobación de la identidad de sus contenidos. Una vez efectuado el cotejo y extendida la correspondiente diligencia de compulsua, los originales serán devueltos a la interesada. La presentación de los originales no será necesaria en los casos en que las fotocopias aportadas ya hayan sido cotejadas y compulsadas por Notario o por las representaciones diplomáticas o consulares de España en Marruecos (art. 6 OM 2004).

La presentación de la solicitud y de la documentación que la ha de acompañar podrá llevarla a cabo la interesada directamente en el Registro General del MEC o en cualquiera de los lugares señalados en el artículo 38.4º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³¹ (en adelante LRJAP-PAC) y en el artículo 2 del RD 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado^{32,33}.

c) Instrucción del procedimiento

Tras su recepción en el Ministerio, la Subdirección General de Títulos, Convalidaciones y Homologaciones, responsable de la instrucción del procedimiento, procederá al examen tanto de la solicitud presentada como de la documentación aportada junto a la misma, requiriendo a la interesada, de advertir que una u otra resultan incompletas, o que no reúnen los requisitos establecidos, para que, en

²⁸ BOE núm. 229, de 25 de septiembre de 1978.

²⁹ Concretamente, los documentos académicos aportados por la interesada deberán contar con la legalización o certificación autenticadora de las siguientes autoridades marroquíes y españolas: 1) Ministerio marroquí de Educación Nacional; 2) Ministerio marroquí de Asuntos Exteriores y Cooperación; 3) Consulado de España en Rabat y 4) Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares del Ministerio español de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

³⁰ La traducción oficial podrá hacerse: 1) por traductor jurado, debidamente autorizado o inscrito en España; 2) por cualquier representación diplomática o consular del Estado español en el extranjero (no solo en Marruecos) ó 3) por la representación diplomática o consular de Marruecos en España.

³¹ BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

³² BOE núm. 122, de 22 de mayo de 1999.

³³ De conformidad con lo dispuesto en los mencionados preceptos, la solicitante podría asimismo presentar su solicitud de homologación: 1) en las oficinas de registro de cualquier órgano administrativo perteneciente a la Administración General del Estado o de los Organismos públicos vinculados o dependientes de aquélla; 2) en las oficinas de correos, en la forma establecida reglamentariamente; 3) en las representaciones diplomáticas y oficinas consulares de España en el extranjero; 4) en los registros de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, y 5) en los registros de las entidades que integran la Administración Local, siempre que previamente se haya suscrito el correspondiente convenio.

un determinado plazo, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos. De no hacerlo así, se la tendrá por desistida de su petición, procediéndose a su archivo. Una vez registradas la solicitud y la documentación recibidas, y a efectos de la resolución del correspondiente expediente, el órgano instructor recabará por lo general un informe técnico motivado, informe de cuya elaboración se encargará el comité técnico designado por la Secretaría General del Consejo de Coordinación Universitaria (en adelante CCU). El citado comité, que actuará de conformidad con los criterios generales de actuación fijados por el CCU, podrá contar para la evaluación de los expedientes con la colaboración de expertos asesores (art. 10 RD 2004). El informe del comité técnico podrá ser general, cuando se pronuncie de forma genérica sobre la titulación marroquí (informe que, en tal caso, servirá para posteriores expedientes de homologación), o particular, cuando se refiera de forma concreta a la formación específica en la titulación marroquí aportada por la solicitante, y, en todos los casos, se llevará a cabo teniendo en cuenta varios criterios, que serán distintos en función del tipo de homologación que se solicite del título extranjero. Así, en caso de homologación del título marroquí a un concreto título del catálogo de títulos universitarios oficiales, los criterios que habrá que tener en cuenta serán los cuatro siguientes: 1) la correspondencia entre los niveles académicos requeridos para el acceso a los estudios conducentes a la obtención del título marroquí y para el acceso a los estudios que dan lugar al título español; 2) la duración y carga horaria del período de formación necesario para la obtención del título marroquí cuya homologación se pretende; 3) la correspondencia entre los niveles académicos del título marroquí y del título español al que se solicita la homologación, y 4) los contenidos formativos superados para la obtención del título marroquí (art. 12.1º, en relación con el art. 9.1º RD 2004). En cambio, si la homologación solicitada lo es a un grado académico español, los criterios a los que habrá que atender serán en principio tres: 1) la correspondencia entre los niveles académicos requeridos para el acceso a los estudios conducentes a la obtención del título marroquí y para el acceso al grado académico español de que se trate; 2) la duración y carga horaria del período de formación necesario para la obtención del título marroquí cuya homologación se pretende, y 3) la correspondencia entre el grado académico de los estudios conducentes a la obtención del título marroquí y el correspondiente grado académico español al que se solicita la homologación (art. 12.1º, en relación con el art. 19.1º RD 2004). A ellos habrá que unir la exigencia de que el título marroquí cuya homologación se solicita permita en Marruecos el acceso a estudios oficiales de Postgrado (art. 19.2º RD 2004).

El pronunciamiento del comité en su informe –que deberá emitir en el plazo de tres meses desde que se solicite por el órgano instructor (art. 12.2º RD 2004) y que, en todo caso, deberá ser motivado– será también distinto en función del tipo de homologación que se demande. Concretamente, en los expedientes de homologación a título español, el comité se podrá pronunciar en alguno de los siguientes sentidos: 1) a favor a la homologación; 2) en contra de ella ó 3) a favor de la homologación, si bien condicionándola a la previa superación de una serie de requisitos formativos complementarios, por haber detectado ciertas carencias en la formación acreditada para la obtención del título marroquí, en relación con la exigida para la obtención del título español con el que se pretenda aquél homologar, cuya entidad no sea suficiente para denegar la homologación (art. 12.2º RD 2004). Sin embargo, en los expedientes de homologación a grado académico español, el pronunciamiento del comité solo puede ser a favor o en contra de la misma.

Los únicos supuestos en los que el órgano instructor, para la resolución, no requerirá ningún informe técnico motivado, serán los dos siguientes: 1) cuando ya existan informes de carácter general, referidos al título marroquí cuya homologación solicita, que hayan sido aprobados anteriormente por algún comité técnico y que sean aplicables y 2) cuando exista un informe de acreditación de la titulación marroquí por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (en adelante ANECA), adoptado mediante resolución de la Dirección General de Universidades (art. 13 RD 2004).

d) Resolución

Instruido el procedimiento, y antes de formular la correspondiente propuesta de resolución, se procederá al trámite de audiencia establecido en el artículo 84 de la LRJAP-PAC, informándose a la interesada del que será el contenido de ésta última para que, en el plazo que se establezca, alegue y presente los documentos y justificaciones que considere oportunos (art. 14.1º RD 2004).

La resolución, como se apuntara anteriormente, se llevará a cabo mediante Orden del MEC, expedida por delegación por el Secretario General Técnico del Departamento. Dicha resolución, que deberá siempre ser motivada, podrá contener, en los expedientes de homologación a grados académicos españoles, uno de los siguientes pronunciamientos: 1) la homologación del título marroquí al correspondiente grado académico español ó 2) la denegación de la homologación solicitada (art. 20 RD 2004). Las posibilidades, sin embargo, serán mayores en los expedientes de homologación a títulos españoles, ya que, en tales supuestos, la resolución podrá contener alguno de los siguientes pronunciamientos: 1) la homologación del título marroquí al correspondiente título español del catálogo de títulos universitarios oficiales; 2) la denegación de la homologación solicitada ó 3) el condicionamiento de la homologación a la previa superación de unos requisitos formativos complementarios. En este último supuesto, se especificarán en la resolución tanto las carencias de formación observadas que justifiquen la exigencia de los complementos de formación, como los aspectos sobre los que éstos últimos deberán versar (art. 14.3º RD 2004), quedando el procedimiento en suspenso desde el momento mismo en que se comunique a la interesada la resolución, suspensión que se mantendrá hasta en tanto se acredite la superación de los mencionados complementos formativos.

Los requisitos formativos que en su caso establezca la resolución, con los cuales se tratará de subsanar las carencias formativas advertidas, equiparando los niveles de formación entre la titulación marroquí y la española, se determinarán en atención, bien al informe elaborado en su momento por el comité técnico, o al informe de acreditación de la titulación marroquí que hubiera preparado la ANECA, y podrán consistir en: 1) la superación de una prueba de aptitud; 2) la realización de un período de prácticas; 3) la realización de un proyecto o trabajo ó 4) la asistencia a cursos tutelados (arts. 17.2º y 3º RD 2004).

El cumplimiento de tales requisitos formativos, cuya regulación se halla contenida en la Orden del MEC de 11 de mayo de 2006³⁴, se habrá de llevar a cabo en cualquier Universidad española o centro de educación superior, a elección de la solicitante, siempre que tenga implantados en su totalidad los estudios conducentes al título español al que se refiere la homologación (art. 17.4º RD 2004). Además, para

³⁴ BOE núm. 119, de 19 de mayo de 2006.

la superación de los requisitos formativos exigidos, se fija el plazo de cuatro años, a contar desde la notificación de la resolución de homologación condicionada, estableciéndose a este respecto que, una vez transcurrido dicho plazo sin que la interesada haya conseguido superar tales requisitos, se considerará que la resolución pierde su eficacia. A aquélla, no obstante, se le brindará la posibilidad de solicitar la convalidación de los estudios cursados en Marruecos por estudios parciales españoles (art. 17.5º RD 2004)³⁵.

La notificación de la resolución habrá de indicar necesariamente los recursos procedentes y los plazos de interposición de los mismos. Concretamente, teniendo en cuenta que la resolución compete al Ministro de Educación y Ciencia, aunque por delegación la lleve a cabo el Secretario General Técnico del Ministerio, y que, por tanto, aquélla agota la vía administrativa, contra la misma cabrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, conforme a lo establecido en los artículos 11.1º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)³⁶ y 66 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)³⁷, recurso que se habrá de plantear en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente a la fecha de su notificación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.1º de la LJCA. No obstante, queda también abierta la posibilidad de formular contra la resolución, en el plazo de un mes y ante el propio Ministerio, recurso potestativo de reposición, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 116 y 117 de la LRJAP-PAC.

El MEC, para resolver y notificar la resolución en el procedimiento de homologación, dispondrá de un plazo máximo de seis meses, a contar desde la fecha de registro de entrada de la solicitud en cualquiera de los registros del MEC, debiéndose tener en cuenta que la falta de resolución expresa en el plazo mencionado, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 29ª de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social³⁸ (apartado “Procedimientos de expedición, renovación, revalidación, homologación, convalidación y reconocimiento de títulos, diplomas, asignaturas, licencias y certificados académicos o profesionales, según la redacción dada por el artículo 69.3º de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social³⁹), se habrá de entender como desestimación de la solicitud de homologación, habilitando a la solicitante para interponer los recursos procedentes en vía administrativa o contencioso-administrativa (art. 15 RD 2004).

La resolución por la que en su caso se conceda la homologación del título marroquí se formalizará mediante credencial expedida por la Subdirección General de Títulos, Convalidaciones y Homologaciones, que deberá ajustarse al modelo establecido en el Anexo II ó III de la OM 2004, en función de que se trate de la homologación a un título español de Grado o al grado académico correspondiente. Dicha

³⁵ Este último precepto ha sido modificado por la Disposición Adicional 7ª del RD 1393/2007, que amplía de dos a cuatro años el plazo del que dispone la solicitante para superar los requisitos formativos complementarios exigidos.

³⁶ BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998.

³⁷ BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

³⁸ BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2000.

³⁹ BOE núm. 313, de 13 de marzo de 2002.

credencial, de quedar la homologación condicionada a la superación de requisitos formativos complementarios, sólo se expedirá una vez acreditado ante el órgano instructor, por parte de la Universidad o centro de educación superior en el que la solicitante los haya realizado, el cumplimiento de los mismos. En todo caso, las credenciales quedarán inscritas en una sección especial del Registro Nacional de Títulos (art. 16 RD 2004).

B) Homologación del título marroquí a un título español de Postgrado o al correspondiente grado académico

La homologación de un título marroquí de educación superior al título español de Doctor o a alguno de los nuevos títulos oficiales de Master que se aprueben de conformidad con el RD 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales⁴⁰, se ajustará a lo dispuesto en la sección 4ª del capítulo II del RD 2004. Se exceptúa, no obstante, la homologación del título marroquí a aquellos títulos de Master que, de conformidad con la normativa vigente, habiliten para el acceso a actividades profesionales reguladas y respecto de los cuales el Gobierno establezca directrices generales propias y fije requisitos especiales de acceso a los estudios conducentes a los mismos, homologación ésta última que se habrá de tramitar conforme a lo previsto en la sección 1ª del capítulo II del RD 2004 respecto a la homologación a títulos españoles de Grado. Igualmente, será la sección 4ª la que haya de ser aplicada a la homologación de un título marroquí al grado académico español de Master o de Doctor (art. 22 bis RD 2004).

a) Autoridad competente

La competencia para la homologación de un título marroquí de educación superior a un título o grado español de Postgrado viene atribuida por el artículo 22 ter.1º del RD 2004 a los rectores de las Universidades españolas, lo que sin duda constituye una significativa novedad respecto al régimen anterior en cuestión de homologación de títulos extranjeros de educación superior, que atribuía competencia exclusiva al MEC para la homologación de cualquier tipo de título extranjero de educación superior. La interesada podrá optar por la Universidad española que estime conveniente, no pudiendo solicitar la homologación simultáneamente en más de una Universidad (art. 22 ter 5º RD 2004).

b) Solicitud y documentación

El procedimiento de homologación se iniciará mediante solicitud de la interesada dirigida al rector de la Universidad de su elección, solicitud que, de conformidad con el Acuerdo de las Comisiones Académica y de Coordinación del CCU de 11 de mayo de 2005, por el que se dictan criterios para la aplicación de la sección 4ª del capítulo II del RD 2004, deberá ir acompañada de los siguientes documentos: 1) certificación acreditativa de la nacionalidad de la solicitante (fotocopia compulsada del pasaporte); 2) copia compulsada del título cuya homologación se solicita o de la certificación acreditativa de su expedición; 3) copia compulsada de la certificación académica de los estudios realizados por la solicitante para la obtención del título de Postgrado en la que consten, entre otros extremos, la duración oficial, en años académicos, del programa de estudios seguido, las asignaturas cursadas, la carga horaria de cada una de ellas y sus calificaciones, y 4) tratándose de una soli-

⁴⁰ *Cit. supra* nota 9.

cidad de homologación al título de Doctor, también una memoria explicativa de la tesis realizada, redactada en castellano, con indicación de los miembros del jurado y la calificación, así como un ejemplar de ésta⁴¹. A todos estos documentos, y pese a que el Acuerdo de 11 de mayo de 2005 nada disponga al respecto, habrá que adjuntar la acreditación del abono de la tasa correspondiente, exigible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 53/2002, en todos los expedientes de homologación de títulos extranjeros de educación superior y, cuyo abono habrá que justificar en el momento de la presentación de la solicitud.

Los documentos, al igual que se dijera de los expedientes de homologación a título español de Grado o al correspondiente grado académico, deberán ser oficiales y estar expedidos por las autoridades marroquíes competentes para ello, debiéndose asimismo presentar legalizados y acompañados de la correspondiente traducción oficial al castellano. No será necesario que la solicitante incluya traducción oficial del ejemplar de la tesis doctoral que, como se ha visto, debe aportar con la solicitud de homologación al título de Doctor, ni de los documentos complementarios que en su caso requiera el órgano instructor.

Por lo que respecta a la aportación de copias compulsadas, el Acuerdo de 11 de mayo de 2005 se remite a lo dispuesto en el artículo 8 del RD 772/1999 por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado. Así pues, la solicitante deberá aportar, junto con el documento original, una copia del mismo, realizando la oficina de registro de la Universidad en la que se presente la solicitud el cotejo de los documentos y copias y, una vez comprobada la identidad de sus contenidos, devolverá el documento original a la solicitante y unirá la copia, diligenciada con un sello o acreditación de compulsas, a la solicitud presentada. El sello o acreditación de compulsas expresará la fecha en que se practicó, así como la identificación del órgano y de la persona encargada de la expedición de la copia compulsada⁴².

En cualquier caso, según el Acuerdo de 11 de mayo de 2005, de haber duda sobre la autenticidad, validez o contenido de los documentos aportados, tendrá el órgano instructor, en su momento, la posibilidad de efectuar las diligencias necesarias para su comprobación, así como de dirigirse a la autoridad competente expedidora de los

⁴¹ Las Universidades, además de estos cuatro documentos, podrán exigir aquellos otros documentos que estimen convenientes. Concretamente, la normativa de la UGR mediante la que se establece el procedimiento para la homologación al título de Doctor de títulos extranjeros que se correspondan con dicho nivel de enseñanzas, aprobada por la Comisión de Doctorado en reunión de 24 de enero de 2007, exige, además de la documentación anterior, la presentación de estos otros documentos: 1) declaración jurada en la que la interesada manifieste que no ha solicitado en otra Universidad la homologación de su título y que éste no ha sido homologado con anterioridad; 2) referencias completas de los trabajos de investigación publicados que tengan relación con la tesis doctoral que se pretende homologar, sus índices de impacto, así como copias de dichos trabajos; 3) en su caso, informe de acreditación del título de doctor de la ANECA o la correspondiente andaluza, y 4) cuantos documentos adicionales considere la Comisión de Doctorado de la UGR (punto 7.1).

⁴² La UGR, en su normativa sobre homologación de títulos extranjeros de Doctor, exige que, de todos los documentos que presente el solicitante, éste, además de copia original en papel, aporte asimismo copia en formato digital (ficheros Adobe Acrobat debidamente identificados) en un soporte CD-rom al objeto de agilizar la tramitación administrativa (punto 7.3).

mismos para validar los extremos dudosos.

La solicitud y la documentación que a la misma se ha de acompañar se deberán presentar, bien directamente en el Registro General de la Universidad elegida, bien en cualquiera de los lugares señalados en el artículo 38.4 de la LRJAP-PAC.

c) Instrucción del procedimiento y resolución

Presentada en forma la solicitud de homologación, y admitida ésta a trámite, se recabará informe razonado del órgano universitario competente en materia de estudios de Postgrado, que, en la mayoría de las Universidades que se han dotado de normativa sobre homologación de títulos de Doctor, es asimismo el órgano encargado de la instrucción⁴³. Este último, en la elaboración de tal informe, deberá tener en cuenta, según el artículo 22 ter 3º del RD 2004, las causas de exclusión recogidas en el artículo 5 del citado instrumento, así como también, en lo que sean aplicables, los criterios establecidos en los artículos. 9 y 19 del referido Real Decreto, según que lo que se solicite sea la homologación del título extranjero de educación superior a un concreto título de Postgrado o al correspondiente grado académico.

Asimismo, según la normativa sobre homologación de títulos de Doctor adoptadas en las distintas Universidades, admitida a trámite la solicitud, el órgano instructor hará público el proceso de homologación a toda la comunidad universitaria, estableciendo un plazo⁴⁴ para que cualquier doctor de la Universidad pueda consultar la tesis y emitir alegaciones debidamente justificadas, que serán remitidas al órgano instructor. Este, recibidas las alegaciones, emitirá informe de aceptación o denegación de las mismas.

Instruido el procedimiento y cumplimentado el trámite de audiencia, el órgano instructor elevará la correspondiente propuesta de resolución al rector, en la que se le recomendará un pronunciamiento en sentido favorable o desfavorable. El rector, que en todos los casos hará suya la propuesta de resolución recibida, dictará resolución motivada, pudiendo, por tanto, ésta última contener uno de estos dos pronunciamientos: a favor o en contra de la homologación solicitada.

El plazo para resolver y notificar la resolución del procedimiento será el que fije cada Universidad, siendo éste, por lo general, de seis meses⁴⁵, a contar desde la fecha en que la solicitud y la documentación requerida hayan tenido entrada en el Registro General de la Universidad. La falta de resolución expresa en el plazo fijado permitirá entender desestimada la solicitud de homologación.

La concesión de la homologación se acreditará mediante credencial expedida por el rector de la Universidad a la que se haya dirigido la interesada, ajustada al modelo que figura en el Anexo I del Acuerdo de 11 de mayo de 2005 y con todos los elementos identificativos que figuran en el mismo⁴⁶. No obstante, con carácter previo a su expedición, la Universidad lo comunicará a la Subdirección General de Títulos, Convalidaciones y Homologaciones del MEC, a los efectos de su inscrip-

⁴³ Concretamente, la UGR, en su normativa sobre homologación de títulos extranjeros de Doctor, dispone que, “para la elaboración del informe razonado, la Comisión de Doctorado se constituirá en comités de al menos dos de sus miembros, por ámbito de conocimiento. Dichos comités podrán requerir el informe de dos expertos designados por la Comisión de Doctorado, del ámbito de conocimiento correspondiente, preferentemente de la UGR, o si no los hay, de dos especialistas externos (punto 8.2).

⁴⁴ En el caso de la UGR, de quince días.

⁴⁵ Este es, de hecho, el plazo que fija la normativa de la UGR sobre homologación de títulos de Doctor (punto 10).

ción en la sección especial del Registro Nacional de Títulos a que se refiere el art. 16.3º del RD 2004 (art. 22 ter 4º RD 2004)⁴⁷.

El título extranjero, una vez homologado, no podrá ser sometido a un nuevo trámite de homologación en otra Universidad, debiéndose asimismo tener en cuenta que la homologación del título en cuestión en ningún caso implicará la homologación del título extranjero de Grado o nivel académico equivalente del que esté en posesión el interesado (art. 22 ter 5º y 6º RD 2004).

Denegada la homologación, podrá el interesado formular contra la resolución del rector los recursos pertinentes, disponiendo asimismo de la posibilidad de iniciar un nuevo expediente en una Universidad española distinta (art. 22 ter 5º RD 2004).

2. Títulos marroquíes de educación no universitaria

A) Normativa reguladora

La homologación de los títulos marroquíes de educación no universitaria a los correspondientes títulos españoles⁴⁸ se rige por lo dispuesto en el RD 104/1988, de 29 de enero⁴⁹ (en adelante RD 1988), que ha sido desarrollado por la Orden del MEC de 14 de marzo de 1988⁵⁰, modificada sucesivamente por las Ordenes Ministeriales de 30 de abril de 1996⁵¹ y 16 de diciembre 2002⁵² (en adelante OM 1988).

B) Autoridad competente

Al igual que en los procedimientos de homologación de los títulos marroquíes de educación superior a títulos españoles de Grado o al correspondiente grado académico español, la competencia para la homologación de los títulos marroquíes de educación no universitaria corresponde en exclusiva al MEC. Dentro de éste, el órgano competente para la tramitación será distinto en función de que resulte o no aplicable la tabla de equivalencia vigente entre títulos y estudios marroquíes y títulos y estudios españoles, contenida en el Anexo I de la OM de 30 de abril de

⁴⁶ Hay que advertir que el modelo de credencial recogido en el Anexo I del Acuerdo solo parece contemplar la homologación del título extranjero a un título universitario español de Postgrado, olvidando la posibilidad de que la homologación se lleve a cabo, no a un título, sino a un grado académico de Postgrado.

⁴⁷ Algunas Universidades, como es el caso de la UGR, separándose de lo establecido en el Acuerdo de 11 de mayo de 2005, siguen previendo en su normativa sobre la materia (punto 9.2) la elevación de la resolución favorable al MEC para que sea ésta quien emita la correspondiente acreditación.

⁴⁸ Los títulos españoles de educación no universitaria a los que es posible homologar los títulos y estudios extranjeros son los siguientes: por lo que respecta a los estudios secundarios generales, el título de Graduado en Educación Secundaria y el título de Bachiller; en cuanto a las enseñanzas de formación profesional, el título de Técnico y de Técnico Superior; en lo que se refiere a las enseñanzas deportivas y de idiomas, los títulos de Técnico Deportivo, Técnico Deportivo Superior y Certificado de Aptitud de las Escuelas Oficiales de Idiomas; y, finalmente, por lo que concierne a las enseñanzas artísticas, los títulos correspondientes a las enseñanzas de Artes Plásticas y Diseño (Técnico y Técnico Superior), a las enseñanzas de Música, Danza o Arte Dramático (Título Superior y Título Profesional) y a las enseñanzas de Conservación y Restauración de Bienes Culturales.

⁴⁹ BOE núm. 41, de 17 de febrero de 1988.

⁵⁰ BOE núm. 66, de 17 de marzo de 1988.

⁵¹ BOE núm. 112, de 8 de mayo de 1996.

⁵² BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2002.

1996 (lo que dependerá del concreto título o estudio marroquí cuya homologación se solicite), así como del lugar donde la interesada marroquí presente su solicitud de homologación, pudiendo corresponder dicha función a las Áreas de Alta Inspección de Educación de las Comunidades Autónomas o Direcciones Provinciales del MEC en Ceuta y Melilla, a las Consejerías de Educación y Ciencia de las Embajadas de España en el extranjero o a la Subdirección General de Títulos, Convalidaciones y Homologaciones. La resolución, en cambio, corresponderá al Ministro de Educación y Ciencia, mediante Orden Ministerial, Orden que será expedida por delegación por el Secretario General Técnico del Departamento.

C) Solicitud y documentación

El expediente, también en este caso, se iniciará mediante instancia dirigida por la interesada al MEC, que deberá ajustarse al modelo que figura en el Anexo I de la OM 1988. Dicha instancia deberá acompañarse necesariamente de la siguiente documentación: 1) certificación acreditativa de la nacionalidad de la solicitante expedida por las autoridades marroquíes (en la práctica, al igual que en los expedientes de homologación de títulos de educación superior, viene admitiéndose la presentación de cualquier documento que acredite su identidad y nacionalidad, ya sea éste expedido por las autoridades marroquíes o por las autoridades españolas competentes en materia de extranjería); 2) título o diploma oficial cuya homologación se solicita o, en su caso, certificación oficial acreditativa de la superación de los exámenes terminales correspondientes⁵³, y 3) certificación académica de los cursos realizados, en la que consten las asignaturas cursadas, las calificaciones obtenidas y los años académicos en que se realizaron los cursos respectivos. Y en el supuesto de que el título que la interesada marroquí pretenda homologar en España sea de formación profesional, deberá aquélla acreditar también lo siguiente: 1) los requisitos académicos previos exigidos en el sistema educativo marroquí para poder iniciar los estudios cuya homologación se solicita, así como los estudios efectivamente realizados por la solicitante; 2) la duración oficial del plan de estudios seguido, así como la carga horaria total de cada una de las materias cursadas, y 3) la realización de prácticas profesionales o la experiencia laboral, en su caso.

El órgano instructor podrá requerir además a la interesada la presentación de cuantos documentos considere necesarios para la acreditación de la equivalencia entre el título marroquí y el título español al que éste se pretenda homologar (art. 4 OM 1988).

La solicitud, en todo caso, deberá ir acompañada de la acreditación de haber abonado la tasa que, por tramitación del expediente de homologación, prevé el art. 28 de la Ley 53/2002, tasa que únicamente se dejará de devengar en los casos en que se pretenda la homologación del título marroquí al título español de Graduado en Educación Secundaria.

Los documentos aportados que hayan sido expedidos en Marruecos deberán ser oficiales y habrán de presentarse debidamente legalizados⁵⁴ y acompañados de traducción oficial al castellano (art. 7 OM 1988).

⁵³ Téngase presente la posibilidad de obtener la homologación a título español de educación no universitaria de estudios parciales cursados en Marruecos y que no dan derecho en este país a la expedición de ningún título, tal como sucede, p.e., con los estudios de Quinto de Secundaria, que, como se verá, son susceptibles de ser homologados al título español de Graduado en Educación Secundaria.

Tales documentos, todos ellos originales, podrán acompañarse de fotocopia, siendo aquéllos devueltos a la interesada una vez extendida por la autoridad receptora la correspondiente diligencia de cotejo. Igualmente se admite la posibilidad de que las fotocopias aportadas hayan sido previamente cotejadas ante Notario o por las representaciones diplomáticas o consulares de España en Marruecos, supuesto en el cual se eximirá a la solicitante de la presentación simultánea de los originales (art. 8 OM 1988).

La solicitud de homologación y la documentación que a ésta se ha de acompañar podrán ser presentadas por la interesada en las Áreas Funcionales de Alta Inspección de Educación de las Delegaciones de Gobierno en las Comunidades Autónomas o Delegaciones Provinciales del MECD en Ceuta y Melilla, en el Registro General o Registros Auxiliares del MECD, o en las Consejerías de Educación y Oficinas Consulares de España en el extranjero, quedando asimismo abierta la posibilidad de utilizar cualquiera de las vías previstas en el artículo 38.4º de la LRJAP-PAC y 2 del RD 772/1999 (art. 3.3º OM 1988).

D) Volante para inscripción condicional en centros docentes o en exámenes oficiales

A diferencia de lo que sucede con los títulos de educación superior, cuya utilización, tanto a efectos académicos como profesionales, queda totalmente descartada hasta en tanto recaiga la correspondiente resolución de homologación, en el caso de los títulos de educación no universitaria se admite la posibilidad de adelantar, si bien con carácter condicional, tales efectos. La OM 1988, concretamente, brinda a la solicitante de la homologación la posibilidad de proceder a su inscripción, dentro de los plazos legalmente establecidos, bien en centros docentes, bien en exámenes oficiales, arbitrando a tal efecto un volante acreditativo de la presentación de la solicitud, que deberá acompañar a ésta última y que, una vez sellado por la Unidad de Registro en la que la misma se hubiera presentado, permitirá la mencionada inscripción en los mismos términos que si la homologación hubiese sido concedida, aunque, en todo caso, con carácter condicional (art. 10).

El volante, que se habrá de ajustar al modelo publicado en el Anexo II de la OM 1988 y cumplimentarse por duplicado (un ejemplar para la solicitante y otro para unir a la solicitud), deberá venir firmado por la interesada o, en su caso, por su representante legal, haciéndose constar en él, necesariamente, los estudios o exámenes en los que aquélla pretenda inscribirse.

Su vigencia, en principio, resultará limitada en el tiempo, quedando establecido dicho límite en seis meses, contados a partir de la fecha en que el volante haya sido sellado por la Unidad de Registro. No obstante, para el caso particular de inscripción en centros docentes, se prevé que el volante, una vez realizada la inscripción condicional, mantendrá su vigencia durante el curso académico en el que se haya realizado la inscripción, hasta la fecha de la firma del acta de la evaluación final. Transcurridos los plazos a los que se acaba de aludir sin que se haya producido resolución expresa de la solicitud de homologación por causas no imputables a la solicitante, el órgano competente para la tramitación del procedimiento podrá, de oficio o a solicitud de aquélla, expedir un nuevo volante, volante que, en los

⁵⁴ *Vid. supra* nota 29.

supuestos de inscripción en centros docentes, será remitido directamente al centro en el que la alumna se encuentre matriculada, consignando en el mismo su plazo de vigencia, que no podrá ser superior a un curso académico. La OM 1988, finalmente, prevé la posibilidad de que la Secretaría General Técnica del MEC, cuando concurren circunstancias que lo justifiquen, amplíe con carácter general los referidos plazos de vigencia del volante, evitando de este modo la expedición de nuevos volantes individuales.

El volante se formalizará siempre bajo la personal responsabilidad de la solicitante o de su representante legal, y en modo alguno prejuzgará la resolución final del expediente. De hecho, en el supuesto de que la resolución del expediente sea contraria a la homologación solicitada por la interesada, quedarán sin efecto los resultados de los exámenes realizados o de la inscripción producida como consecuencia de la utilización del mismo.

E) Instrucción del procedimiento y resolución

Presentada la solicitud, el órgano competente para la tramitación procederá al examen tanto de ésta última como de la documentación que a la misma se acompaña. Y, de advertir que una u otra resultan incompletas, o que no reúnen los requisitos formales exigidos, requerirá a la solicitante para que subsane la deficiencia encontrada en un plazo máximo de diez días, apercibiéndola a la misma de que, de no hacerlo, se procederá al archivo del expediente. El mencionado plazo de diez días podrá, no obstante, ampliarse a tres meses en aquellos supuestos en que la documentación aportada no reúna los requisitos formales necesarios para surtir efecto en España (esto es, no se hallen legalizados o falte su traducción), al igual que en los casos en que se requiera a la interesada la aportación de documentos que no tengan carácter preceptivo, pero que sean necesarios para la resolución del expediente, y que deban ser obtenidos en Marruecos (art. 9 OM 1988).

El órgano competente para la tramitación, en el caso de que el título o los estudios marroquíes respecto de los cuales pida la interesada la homologación sea alguno de los contemplados en la tabla de equivalencia entre títulos y estudios marroquíes y españoles aprobada por el MEC (en concreto, estudios de Quinto o de Séptimo de Secundaria o certificado de fin de estudios secundarios –*Baccalauréat*–), será: 1) las Áreas de Alta Inspección de Educación en las Comunidades Autónomas y las Direcciones Provinciales del MEC en Ceuta y Melilla, en caso de que el domicilio indicado por la interesada marroquí en su solicitud de homologación se encuentre dentro de su ámbito territorial, independientemente del lugar de presentación de ésta última; 2) las Consejerías de Educación de la Embajada de España en Marruecos, si la solicitud se hubiere presentado en su ámbito, y 3) la Subdirección General de Títulos, Convalidaciones y Homologaciones del MEC, en los demás supuestos. En cambio, si el título o los estudios respecto de los cuales se solicita la homologación no es ninguno de los previstos en la referida tabla, la competencia para la tramitación corresponderá siempre a la Subdirección General de Títulos, Convalidaciones y Homologaciones del MEC.

La autoridad que en cada caso resulte competente para la tramitación será igualmente la encargada de formular la correspondiente propuesta de resolución (art. 11 OM 1988). A tal efecto, de resultar aplicable la tabla de equivalencia aprobada por el MEC, deberá aquélla estar a lo dispuesto en ésta última (art. 5 RD 1988), donde se

establece que la interesada podrá obtener la homologación al título español de Graduado en Educación Secundaria, de haber cursado y culminado en Marruecos los estudios de Quinto de Secundaria, equivalentes a los españoles de Cuarto de ESO, pudiendo aquélla conseguir la homologación al título español de Bachiller, de disponer del certificado de fin de estudios secundarios (*Baccalauréat*) expedido por las autoridades marroquíes tras la realización de Séptimo de Secundaria, equivalente a nuestro Segundo de Bachillerato. En cambio, en los supuestos en que el título o los estudios que la interesada haga valer no sea ninguno de los contemplados en la tabla de equivalencia vigente, la autoridad competente para la tramitación, a la hora de efectuar la correspondiente propuesta de resolución, deberá atender a los siguientes principios: 1) el contenido y duración de los estudios marroquíes; 2) los precedentes administrativos aplicables al caso, y 3) el trato otorgado en Marruecos a los títulos y estudios españoles (art. 6 RD 1988). En este último caso se prevé la posibilidad de que la Subdirección General de Títulos, Convalidaciones y Homologaciones, encargada de la tramitación, someta los expedientes a informe de comisiones designadas al efecto, que estarán integradas por expertos en las materias propias de los estudios o títulos de que se trate. Las referidas comisiones dispondrán del plazo de un mes para emitir su informe, computándose dicho mes desde el momento en que aquéllas reciban la petición (arts. 10 RD 1988 y 13 OM 1988).

La resolución del expediente, como se ha indicado, se llevará a cabo mediante Orden del Ministro de Educación y Ciencia, expedida por delegación por el Secretario General Técnico del Departamento Ministerial⁵⁵, pudiendo aquélla contener dos tipos de pronunciamiento: favorable o desfavorable a la homologación. En el primer caso, se recogerá la resolución en una credencial individual expedida por la Subdirección General de Títulos, Convalidaciones u Homologaciones, que será entregada a la interesada a través de la dependencia en la que hubiera presentado su solicitud. Y, en caso de resolución denegatoria, podrá el interesado plantear contra la misma los recursos administrativos y jurisdiccionales que legalmente procedan (arts. 14–16 OM 1988), que serán los mismos que se apuntaron respecto a la homologación de títulos de educación universitaria.

La Secretaría General Técnica del Ministerio dispondrá en cualquier caso de un plazo máximo de tres meses para resolver, computándose éste último desde la fecha de recepción correcta y completa de la solicitud de homologación y de la documentación que a la misma se acompaña o, de haberse solicitado, desde el día en que se hayan recibido en el Ministerio los informes de las comisiones de expertos (art. 11 RD 1988). Transcurrido dicho plazo sin que el MEC se haya pronunciado, podrá la interesada entender, por silencio administrativo negativo (D.A. 29ª Ley 14/2000), denegada la homologación solicitada.

III. LA CONVALIDACIÓN COMO PRESUPUESTO PARA LA EFICACIA ACADÉMICA EN ESPAÑA DE LOS ESTUDIOS PARCIALES MARROQUÍES

1. Estudios marroquíes de educación superior

⁵⁵ Cada Orden podrá incluir la resolución de uno o varios expedientes.

A) Normativa aplicable

La convalidación de los estudios marroquíes de educación superior por estudios parciales españoles se rige por lo dispuesto en el capítulo III –arts. 23 y 24– del RD 285/2004 (RD 2004), en el artículo 13 del RD 1742/2003, de 19 de diciembre, por el que se establece la normativa básica para el acceso a los estudios universitarios de carácter oficial⁵⁶ (en adelante RD 2003), así como en el Acuerdo del CCU de 25 de octubre de 2004⁵⁷, en el que se fijan, de conformidad con el artículo 36.1º de la LOU, los criterios generales a que habrán de ajustarse las Universidades en materia de convalidación y adaptación de estudios cursados en centros académicos españoles o extranjeros (en adelante Acuerdo CCU 2004).

De conformidad con la citada normativa (art. 24.2º RD 2004 y apartado 2.2º Acuerdo CCU 2004), la convalidación de estudios marroquíes de educación superior se podrá solicitarse en los supuestos en que los estudios realizados con arreglo al sistema educativo marroquí no hayan llegado a concluir con la obtención del correspondiente título, aunque también en los casos en que los referidos estudios hayan concluido con la obtención del título, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1) que la interesada no haya solicitado la homologación del título en cuestión por un título universitario oficial español (concluidos los estudios con la obtención de un título marroquí, podrá la interesada optar entre solicitar la homologación de éste último o la convalidación por estudios parciales, no pudiendo en ningún caso solicitar simultáneamente ambas cosas) ó 2) que, habiendo solicitado aquélla la homologación de su título marroquí, ésta le haya sido denegada, a menos que la denegación se haya fundado en alguna de las causas recogidas en el artículo 5 del RD 2004 (en tal caso, tampoco la convalidación será posible). Una vez que los estudios superados para la obtención del título marroquí hayan sido objeto de convalidación para continuar estudios en España, no será ya posible para la interesada obtener su homologación.

En cualquier caso, para la tramitación y resolución de los expedientes de convalidación de los estudios marroquíes, habrá que estar a la normativa específica que sobre la materia tengan aprobada los órganos de gobierno de las distintas Universidades⁵⁸.

B) Autoridad competente

La convalidación de los estudios de educación superior cursados en Marruecos por estudios españoles de educación superior, como ya se ha apuntado, compete a las Universidades. En concreto, según disponen los artículos. 23 del RD 2004 y 13 del RD 2003, compete a la Universidad española en la que la interesada desee prose-

⁵⁶ BOE núm. 19, de 22 de enero de 2004.

⁵⁷ BOE núm. 63, de 15 de marzo de 2005.

⁵⁸ Alguna normativa universitaria, como sucede en el caso del Reglamento publicado en mayo de 1996 por el Vicerrectorado de Ordenación Académica y Planes de Estudios de la UGR, distingue dos tipos de procedimientos, en función de que lo que se pretenda sea la equivalencia de los estudios parciales realizados en el extranjero con estudios españoles conducentes a la obtención del mismo título oficial al que se encaminan los estudios extranjeros o, por el contrario, la equivalencia de éstos últimos con estudios españoles conducentes a la obtención de un título oficial distinto, hablando de “convalidación” sólo en el segundo caso, y utilizando el término “adaptación” para referirse al primero. El citado Reglamento contempla asimismo un tercer procedimiento, al que alude bajo la expresión “reconocimiento de créditos”, presentándose aquél como el procedimiento dirigido a valorar como créditos del currículum actividades o estudios realizados por el interesado en el extranjero y que no se hallen incluidos en ningún plan de estudios conducente en España a un título oficial.

guir sus estudios. No obstante, hay que tener presente que las Universidades españolas, en las normas sobre convalidación de las que se han dotado, tienen establecido que los expedientes de convalidación se tramitan y resuelven en su integridad en el propio centro en el que la interesada pretende continuar sus estudios.

C) Solicitud y documentación

En términos generales, cabe afirmar que el expediente de convalidación se iniciará mediante solicitud dirigida al Decano o Director del centro en el que la interesada desee continuar estudios. Teniendo en cuenta que el Acuerdo CCU 2004, en su apartado 2.1º –al que se remite el artículo 24.1º del RD 2004–, declara susceptibles de convalidación las materias aprobadas en un plan de estudios conducente a la obtención de un título extranjero de educación superior, cuando el contenido y carga lectiva de las mismas sean equivalentes a los de las correspondientes asignaturas incluidas en un plan de estudios conducente a la obtención de un título oficial español, la interesada, en el impreso de solicitud, deberá especificar con exactitud: 1) el plan de estudios marroquí en el que se incluyan las materias o asignaturas cuya convalidación pretenda, así como el centro y la Universidad marroquíes en los que los referidos estudios se llevaron a cabo, y 2) el plan de estudios español al que se pretende aplicar la equivalencia, así como el nombre de las asignaturas o materias respecto de la que se solicita la convalidación.

La solicitud, además, deberá ir acompañada necesariamente de los siguientes documentos: 1) documento acreditativo de la identidad y nacionalidad de la solicitante, expedido, bien por las autoridades competentes de Marruecos, bien por las autoridades españolas competentes en materia de extranjería; 2) certificación académica oficial expedida por el centro de origen en la que consten las asignaturas cursadas, su carga lectiva, la calificación obtenida en las mismas y el sistema de calificaciones empleado, y 3) programa oficial, sellado por el centro de origen, correspondiente a las asignaturas superadas que se pretenda convalidar. A esta documentación, y en atención a lo dispuesto en el artículo 24.2º del RD 2004 y en el apartado 2.2º del Acuerdo CCU 2004, habrá que unir asimismo certificado expedido por la Universidad de origen que acredite que la interesada no ha superado la totalidad de los estudios que en Marruecos conducen a la obtención del correspondiente título o, de haber culminado aquélla tales estudios con la obtención del correspondiente título, bien certificación del MEC en la que conste la no presentación ante el mismo de solicitud alguna de homologación del referido título, bien resolución expedida por el MEC en la que se deniegue tal homologación –de haberse solicitado ésta– y en la que se le indique expresamente a la interesada la posibilidad de convalidación parcial de sus estudios.

Los documentos aportados junto a la solicitud deberán ser oficiales, y, en el caso particular de la certificación académica, deberá hallarse debidamente legalizada. Todos ellos, en la medida en que se hallen redactados en árabe o en francés, habrán de venir acompañados de una traducción al castellano, traducción que, dependiendo de la Universidad ante la que se formule la solicitud de convalidación, se exigirá que sea oficial o jurada.

La presentación de la solicitud de convalidación se deberá llevar a cabo en la secretaría del centro al que estén adscritas las enseñanzas que tenga la interesada intención de cursar, debiendo aquélla efectuarse en todo caso dentro de los plazos que el

referido centro tenga establecidos. A diferencia de lo que sucede en los expedientes de homologación de títulos de educación superior, la tramitación del expediente de convalidación de estudios de educación superior no devengará el pago de tasa alguna.

D) Instrucción del procedimiento y resolución

Para la instrucción del procedimiento y su resolución habrá que atender a los criterios fijados en el Acuerdo CCU 2004 y a las normas de procedimiento que al respecto hayan aprobado los órganos de gobierno del centro en el que se solicite la convalidación, debiéndose asimismo tener en cuenta, según el artículo 13.1º del RD 2003, las calificaciones del expediente universitario.

Presentadas la solicitud y la documentación que a ésta se ha de acompañar, la secretaría del centro recabará informe de los departamentos encargados de la impartición de aquellas asignaturas por las que la interesada desea convalidar los estudios cursados en Marruecos. Dicho informe, que será emitido por la comisión de convalidaciones de los referidos departamentos, previo examen del correspondiente expediente y, en particular, de los programas aportados por el solicitante, podrá ser de dos tipos: favorable o desfavorable.

Algunos departamentos, ante la imposibilidad de llevar a cabo la convalidación parcial de una asignatura por otra (ya que la convalidación sólo puede ser total), si bien deniegan la convalidación solicitada, obligando, por tanto, a la interesada a matricularse en la referida asignatura, siguen una práctica claramente beneficiosa para aquélla. Tales departamentos, concretamente, tras advertir la existencia de algunas diferencias entre el programa de la asignatura cursada en Marruecos y el correspondiente a la asignatura cuya impartición asumen los mismos (siempre, claro está, que no se trate de diferencias sustanciales), e informar, por tal motivo, negativamente sobre la solicitud de convalidación solicitada, convienen con la interesada en considerar superada aquella parte del temario que, según los programas aportados por la misma, haya ya sido objeto de estudio en Marruecos, exigiéndose tan sólo examinarse de la parte del temario en la que se hubieran constatado las diferencias.

Tras la recepción de los correspondientes informes en la secretaría del centro, y a la vista de lo en ellos manifestado, se procederá a la resolución definitiva del expediente, resolución que corresponderá llevar a cabo al Decano o Director del centro. Contra la resolución de éste último, de no estar de acuerdo con la misma, podrá la interesada formular recurso de alzada ante el rector, contemplándose asimismo la posibilidad de recurrir la decisión que éste último adopte, ya en vía jurisdiccional, ante el correspondiente Juzgado de lo contencioso-administrativo.

Las asignaturas convalidadas, según dispone el apartado 2.3º del Acuerdo CCU 2004, tendrán en todos los supuestos la equivalencia en puntos correspondiente a la calificación obtenida en el centro extranjero de procedencia. Y, a estos efectos, se impone a las Universidades la obligación de establecer las correspondientes equivalencias entre las calificaciones numéricas o cualitativas obtenidas en el centro extranjero y las calificaciones previstas en el RD 1125/2003, de 5 de septiembre, por el que se establece el sistema europeo de créditos y el sistema de calificaciones en las titulaciones universitarias de carácter oficial y validez en todo el territorio

⁵⁹ BOE núm. 224, de 18 de septiembre de 2003.

nacional⁵⁹.

En los supuestos en que la Universidad, en respuesta a la solicitud formulada, resuelva conceder la convalidación de, al menos, el primer curso completo o 60 créditos de la enseñanza que se desee cursar, podrá la interesada solicitar a dicha Universidad el ingreso en la misma mediante traslado de expediente, sin necesidad de participar en el correspondiente procedimiento de preinscripción. De no ser así, esto es, de no obtener la convalidación en la proporción expuesta, la interesada se verá obligada a superar la prueba de acceso a la Universidad (art. 13.2º RD 2003, en relación con los arts. 38 L.O.E. y 17 RD 806/2006, de 30 de junio, por el que se establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo establecida por la L.O.E.⁶⁰).

Finalmente, hay que tener presente la posibilidad de que la Universidad en la que la interesada haya solicitado la convalidación parcial de sus estudios le imponga la realización de las pruebas de idiomas que estime pertinentes (apartado 2.4º Acuerdo CCU 2004).

2. Estudios marroquíes de educación no universitaria

A) Normativa aplicable

La convalidación de estudios no universitarios marroquíes por estudios parciales españoles, a fin de poder proseguir estudios en España, se rige por lo dispuesto en el ya mencionado RD 104/1988, donde se regulan unitariamente la homologación y la convalidación de los títulos y estudios extranjeros no universitarios, así como en la normativa dictada en su desarrollo. De ahí que quepa reiterar aquí cuanto se ha dicho respecto a la homologación de títulos de educación no universitaria.

B) Estudios no sujetos a convalidación

No se precisará trámite alguno de convalidación en los supuestos en que la interesada marroquí pretenda su incorporación en cualquiera de los cursos que integran en España la Educación Primaria o la Educación Secundaria Obligatoria. Así se establece con carácter general en el artículo 2 c), apartado 2º, de la OM 1988. En tal caso, la incorporación de la interesada al curso que corresponda se efectuará por el centro español en el que se vayan a continuar los estudios en atención a su edad. Tampoco resultará exigible la convalidación cuando lo que pretenda la interesada sea realizar estudios en cualquier nivel, curso o modalidad del sistema educativo español para cuyo acceso no sea requisito previo la obtención del título de Graduado en Educación Secundaria [art. 2 c), apartado 3º OM 1988].

IV. BIBLIOGRAFÍA

– RUEDA VALDIVIA, R.: “Homologación de títulos y colegiación. Art. 36.2”, en MOYA ESCUDERO, M.: (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (L.O. 4/2000 y L.O. 8/2000)*, Granada, Comares, 2001, pp. 227–250.

⁶⁰ BOE núm. 167, de 14 de julio de 2006.

- *Id.*: “Los títulos y estudios extranjeros y su eficacia en España”, en SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a.A.: (coord.), *Derecho de extranjería: un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (jurisprudencia y formularios)*, Murcia, Diego Marín, 2005, pp. 563–612.
- *Id.*: “Eficacia en España de los títulos y estudios extranjeros de educación superior”, *IV Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Sevilla, Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, 2006, pp. 41–64.
- *Id.*: “Comentario al art. 36.2”, en ESPLUGUES MOTA, C. y AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (coord.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 915–950.

5. MUJER INMIGRANTE MARROQUÍ: REAGRUPACIÓN FAMILIAR*

Mercedes Soto Moya**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. MUJER MARROQUÍ INICIADORA DEL PROYECTO MIGRATORIO. 1. ¿A qué familiares puede reagrupar? A) Cónyuge. B) Descendientes. C) Ascendientes. D) Representados y representadas. **2. Condiciones legales para poder solicitar la reagrupación.** A) Residencia legal de un año. B) Vivienda adecuada. C) Seguro de enfermedad. D) Recursos económicos. **III. MUJER MARROQUÍ REAGRUPADA POR EL MARIDO. 1. Marido nacional comunitario, EEE, suizo o español.** A) ¿Qué documentos necesita para entrar en España? a) Si residía en un Estado miembro de la UE. b) Si residía en un tercer Estado. B) ¿Puede trabajar en España? C) Derecho de residencia independiente. a) Salida del marido del territorio español. b) Divorcio. c) Fallecimiento. D) Incidencia de la violencia de género en el ámbito doméstico. **2. Marido nacional de tercer Estado.** A) ¿Qué documentos necesita para entrar en España? a) Solicitud del marido en España. b) Documentos para la obtención del visado en el país de origen. B) Derecho de residencia independiente. C) Incidencia de la violencia de género en el ámbito doméstico. **IV. BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN

Desde mediados del siglo XX hasta principios del siglo XXI la migración masculina ha sido más prolífica que la femenina. El hombre emigraba en primer lugar y, una vez establecido en el país de acogida, traía consigo a su familia. No obstante, actualmente, las mujeres ya no son sólo un complemento de las migraciones masculinas, sino que se convierten, además, con carácter relevante, en agentes autónomos de los flujos migratorios.

Por ello, y con la intención de realizar una exposición sistemática del tema, se ha considerado que la línea conductora de este capítulo debía ser la forma en que la mujer inicia su proyecto migratorio, distinguiendo nítidamente entre aquellas mujeres que lo inician en solitario de aquellas que lo hacen siguiendo a su marido o pareja. Utilizando como hilo argumental esta distinción, se abordará el estudio de cuestiones tales como los familiares a los que puede reagrupar la mujer marroquí, qué documentos necesitan tanto ella como sus familiares para entrar y permanecer en España, posibilidades reales de acceso al mercado laboral, incidencia que tiene en este ámbito la violencia doméstica....

Es imprescindible poner de relieve, ya en la introducción, los diferentes regímenes jurídicos aplicables a esta materia, que dependerán de la nacionalidad que tenga la

* La presente investigación se enmarca en el Proyecto de Excelencia SEJ 820 "Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza", subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

** Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

persona que solicite la reagrupación. Si la persona que la solicita es española o nacional comunitaria¹, se tendrá que acudir al Real Decreto (RD) 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo². Si es nacional de tercer Estado, la legislación aplicable será la Ley Orgánica (LO) 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOE) y su Reglamento de desarrollo (Reg.LOE)³.

II. MUJER MARROQUÍ INICIADORA DEL PROYECTO MIGRATORIO

Puede suceder que sea la mujer, sola, la que inicie el proyecto migratorio. Son mujeres que actúan como protagonistas del proceso de reagrupación familiar, dejando atrás a su familia y convirtiéndose en la principal fuente de sustento de ésta. En estos casos la legislación aplicable será la LOE y su Reglamento de desarrollo habida cuenta de que la solicitante es nacional de tercer Estado.

1. ¿A qué familiares puede reagrupar?

A tenor de lo preceptuado en el artículo 17 de la LOE los familiares reagrupables son el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y aquellos o aquellas de los que la reagrupante ostente su representación legal⁴. Se trata de una lista tasada, en la que no es posible incluir a ningún otro familiar. Un requisito indispensable para poder iniciar el procedimiento es que los familiares residan fuera de España. Si residen en nuestro país, están excluidos de la reagrupación (art. 43 Reg.LOE).

A) Cónyuge

De conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la LOE la nacional marroquí podrá reagrupar a su cónyuge siempre que no se encuentre separada de hecho o de

¹ Siempre que se haga referencia a los nacionales comunitarios se entenderán incluidos los nacionales del EEE y los nacionales suizos. Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, adoptado en Oporto el 2 de mayo de 1992, se hacen extensivas a los nacionales de Noruega, Islandia y Liechtenstein. (DOCE L 1, de 3 de enero de 1994). Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, hecho en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, que entró en vigor el 1 de junio de 2002.

² BOE de 28 de febrero de 2007. Este Real Decreto es la transposición que ha hecho el legislador español de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DOCE L 158, de 30 de abril de 2004. Corrección de errores, DOCE L 229/35, de 29 de junio de 2004.

³ LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre (BOE de 21 de noviembre de 2003). RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁴ Por lo que respecta a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados véase la bibliografía citada al final del capítulo.

derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. Si se encuentra divorciada y casada en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con ella al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que el divorcio de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que haya fijado la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los y las menores dependientes.

La lectura de este precepto suscita numerosos interrogantes: ¿será posible la reagrupación del cónyuge del mismo sexo? ¿Qué diferencia hay entre la separación de hecho y de derecho y cómo se prueba esta última? ¿Cuándo se considera que un matrimonio se ha celebrado en fraude de ley⁵? ¿Están incluidas en el concepto de cónyuge la pareja registrada y de hecho?

Por lo que respecta al **cónyuge del mismo sexo**, en el ordenamiento jurídico español, la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales a través de la Ley 13/2005, de 1 de julio⁶, ha supuesto un cambio trascendente. Su Disposición Adicional 1ª establece que todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo. Esto engloba también las normas de Derecho de extranjería, por lo que, y sin necesidad de modificar la LOE, es perfectamente factible la reagrupación del cónyuge del mismo sexo de una nacional marroquí que resida en nuestro país, siempre que se trate de un matrimonio válido. Actualmente, sólo es posible la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo en seis lugares del mundo, y tres pertenecen a la UE: España, Bélgica⁷, Países Bajos⁸, Canadá, Massachussets (EEUU)⁹ y Pretoria (Sudáfrica)¹⁰. La nacional marroquí ha podido contraer matrimonio en cualquiera de estos países, venir a residir a España y querer reagrupar a su cónyuge del mismo sexo. Opción que es viable siempre que se demuestre la validez de la unión.

El artículo 17 de la LOE establece que sólo será posible reagrupar al cónyuge si no **se está separado ni de hecho ni de derecho**. Es decir, no pueden estar separadas, ni fáctica, ni legalmente. En este punto, la mayoría de las dificultades surgirán al intentar determinar cuándo se considera que los cónyuges han dejado de hacer vida

⁵ Vid. el capítulo de este trabajo sobre “LA MUJER MARROQUÍ ANTE EL MATRIMONIO DE CONVENIENCIA”.

⁶ BOE de 2 de julio de 2005.

⁷ *Loi Ouvrant le Mariage a des Personnes de Même Sexe et Modifiant Certaines Dispositions du Code Civil*, de 13 de febrero de 2003. Para obtener más información sobre esta ley véase *Moniteur Belge*, de 28 de febrero de 2003, en <http://www.just.fgov.be>, y bibliografía citada al final.

⁸ En Países Bajos, The Act Opening Marriage to Same-Sex Couples de 21 de diciembre de 2000, que entró en vigor el 1 de abril de 2001, publicada en el Oficial Journal of the Kingdom of the Netherlands (*Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*), núm. 9, 11 de enero de 2001, fue la primera en el mundo en regular el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

⁹ En Hawái y Vermont ha habido sendas decisiones del Tribunal Supremo permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque, actualmente, sólo es posible celebrarlo Massachussets. En Hawái el caso *Baehr vs. Lewin* supuso la aceptación jurídica de los matrimonios del mismo sexo en Hawái. En Vermont, la decisión del Tribunal Supremo de Vermont de 20 de diciembre de 1999 en el caso *Baker v. Vermont*.

¹⁰ El Tribunal Supremo de Pretoria, a través de su decisión *Fourie and Another*, de 30 de noviembre de 2004, consideró que las parejas del mismo sexo tendrían que tener acceso al matrimonio y a los derechos que se derivan del mismo.

común, ya que, si se pretende la reagrupación familiar, es porque no se convive. Además, se exige un periodo de residencia legal de la solicitante en España de un año antes de poder instar la reagrupación. Esto significa que el matrimonio estará separado de hecho durante este lapso de tiempo y, por tanto, habrán dejado de hacer vida conyugal efectiva. Constituye una *probatio diabólica*¹¹, y es una norma inútil, que puede llegar incluso a vulnerar el derecho a la intimidad. Por todo ello, parece lógico que esta exigencia se refiera al período en el que la reagrupante todavía no se había trasladado al país de acogida. Es decir, que no será posible la reagrupación si el matrimonio no convivía en el país de origen o procedencia.

El artículo 17 de la LOE también exige que si la mujer marroquí se encuentra divorciada y casada en segundas o posteriores nupcias y quiere reagrupar a su segundo o ulterior marido, ha de acreditar que ha existido un **procedimiento jurídico que haya fijado la situación del cónyuge anterior y sus familiares**. El documento más habitual para acreditar el exigido procedimiento jurídico será la sentencia extranjera de divorcio. Pero hay que tener en cuenta que en el artículo 17 de la LOE se plasma un concepto autónomo ya que en nuestro país la disolución del vínculo siempre se realiza a través de un procedimiento judicial. Por eso es necesaria una interpretación flexible de este supuesto que nos lleve a admitir cualquier procedimiento que ponga fin al matrimonio más allá de la actividad judicial exclusiva asumida en España. Esta flexibilidad ha de llegar, incluso, a admitir ciertos tipos de repudio¹².

Por último, es necesario analizar **si es posible la reagrupación de la pareja registrada o la pareja de hecho** de una nacional marroquí que resida en España. La diferencia fundamental entre las parejas registradas y las de hecho radica en que las primeras crean un estatus jurídico y las segundas no. Las parejas registradas son uniones exclusivas. Quien está vinculado por una pareja registrada no disuelta no puede constituir otra pareja registrada, e, incluso, en algunos ordenamientos, impide contraer un matrimonio¹³. La formalidad del registro, la necesidad de prestar el consentimiento ante autoridad pública, y los efectos que se generan, hacen que en múltiples ocasiones la diferencia entre pareja registrada y matrimonio sea meramente semántica. A diferencia de las parejas registradas, las de hecho no requieren *ab initio* un registro. La formalidad por el transcurso del tiempo supe el acto constitutivo del vínculo. Existen dos posibilidades para que nazca el vínculo jurídico: a) supuestos en que la unión precisa declaración expresa de voluntad de sus integrantes; y b) aquellos casos en los que la unión surge por la mera convivencia. En el primer supuesto, el nacimiento de la unión implica la intervención de una autoridad, lo que permitiría equiparlo al matrimonio y a las parejas registradas. No obstante, hay que matizar que el papel que juega el Notario o funcionario que otorga el documento público no es equivalente al del encargado del Registro

¹¹ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A: “La transposición de las Directivas de la UE sobre inmigración. Las Directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración”, *Migraciones*, núm. 8, 2006, pp. 9–84, p. 27.

¹² *Vid.* el capítulo sobre “RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LAS RESOLUCIONES SOBRE RUPTURA DEL VÍNCULO MATRIMONIAL DICTADAS POR AUTORIDAD MARROQUÍ: REPUDIO Y SENTENCIAS JUDICIALES DE DIVORCIO”. Véase también la Sentencia del TS de 25 de enero de 2006.

¹³ En otros, el matrimonio posterior disuelve automáticamente la pareja registrada anterior. *Ad exemplum*, el PACs francés (art. 515.7 Loi n° 99–944 *Relative au Pacte Civil de Solidarité*, publicada en el *Journal Officiel de la République Française –JO–* de 16 de noviembre de 1999).

civil. Esta es la radical diferencia entre las parejas de hecho y los matrimonios y parejas registradas: existencia de un consentimiento de alcance *erga omnes* de estas últimas, frente a su ausencia en las primeras. En contraste con el matrimonio y las parejas registradas, la relación no implica una unión con efectos jurídicos predeterminados legalmente. No hay un consentimiento constitutivo del vínculo, sino lo que podría denominarse “posesión de estado”.

La LOE sólo permite la reagrupación del cónyuge, sin hacer en ningún momento referencia a la pareja registrada ni a la pareja de hecho. Por tanto, actualmente la entrada y residencia en España a través del procedimiento de reagrupación de la pareja registrada o de hecho de una nacional marroquí es inviable¹⁴.

B) Descendientes

Además de a su cónyuge, la mujer marroquí que ha iniciado sola su proyecto migratorio podrá reagrupar a sus hijos e hijas, y a los de su cónyuge, menores de 18 años o incapacitados/as, siempre que no estén casados/as. Este último requisito se justifica en nuestro ordenamiento por el hecho de que el matrimonio de una persona menor de 18 años es motivo para que se considere emancipada (arts. 314 a 324 C.c). El precepto no establece que será posible reagrupar a los hijos e hijas siempre que sean menores de edad, sino que fija una edad concreta. La razón estriba en que utilizar la fórmula de la mayoría de edad supondría tener que analizar en cada caso la ley personal del descendiente (art. 9.1 C.c) para establecer el umbral en el que esa ley fija la mayoría de edad¹⁵.

Nunca podrá reagrupar a los hijos o hijas mayores de 18 años, aunque sigan viviendo a sus expensas. Se trata de una norma muy restrictiva que coarta el derecho a la vida familiar. Además, si los hijos o hijas son de uno sólo de los cónyuges será necesaria la autorización del otro progenitor, si ostenta también la patria potestad. Este requisito se considera un instrumento eficaz para evitar una posible sustracción internacional de menores.

C) Ascendientes

La mujer marroquí residente en España también tiene la posibilidad de reagrupar a sus ascendientes y a los de su cónyuge. La reagrupación sólo será posible si estos ascendientes viven a su cargo y, sobre todo, si hay razones que justifiquen su venida a España. El artículo 39 del Reg.LOE establece que “se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva”. Por eso, es aconsejable que, una vez que la mujer entre en España, comience a realizar transferencias bancarias si es que pretende reagrupar a algún ascendiente. De esta forma luego se podría justificar que viven a sus expensas. En cuanto a las

¹⁴ Sin embargo, la Directiva 2003/86, del 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar establece en su artículo 4.3 que las parejas de nacionales de terceros Estados podrán ser reagrupadas si los Estados así lo establecen (posibilidad de la que hasta ahora no ha hecho uso el legislador español).

¹⁵ El artículo 9.1 del Cc establece que la ley personal regirá la capacidad de las personas físicas.

razones que justifiquen la entrada pueden ser muy variadas: que no tenga más familiares en el país de origen, enfermedad grave... Además, y aunque no es un requisito que exija la LOE, en la práctica habitual es complicada la reagrupación de ascendientes menores de 65 años. Al encontrarse todavía en edad laboral es difícil acreditar que viven a expensas de la reagrupante.

D) Representados y representadas

Las personas menores de 18 años o incapaces podrán ser reagrupadas cuando la mujer marroquí sea su representante legal [art. 17.1 c) LOE]. El precepto está pensado para los casos en los que la persona menor de 18 años o incapaz no esté bajo la patria potestad [se aplicaría el art. 17.1 b) LOE] pero sí sometida a la potestad tuitiva supletoria de otra persona. Las dificultades surgen al intentar fijar el concepto de representante legal. Debe presuponerse que será a la luz del ordenamiento jurídico extranjero y, en su caso, del certificado expedido por la autoridad extranjera, como deberá acreditarse tal representación. Puede tratarse de un testamento, de una decisión judicial, y, si consta inscrita la representación, del acta del Registro público.

2. Condiciones legales para poder solicitar la reagrupación

La mujer marroquí ha de solicitar la reagrupación personalmente y en modelo oficial (impreso gratuito EX – 07, uno por cada familiar¹⁶). Las condiciones legales para poder solicitar la reagrupación son: residencia legal de un año, vivienda adecuada, seguro médico y medios económicos suficientes.

A) Residencia legal de un año

La mujer marroquí puede solicitar la reagrupación cuando haya residido legalmente un año en España y tenga autorización para residir al menos otro año. Para agilizar los trámites no es necesario que se espere a tener concedida la renovación. Puede solicitar a la vez la renovación de la autorización y la reagrupación, aunque ésta última quedará supeditada a que, efectivamente, se conceda la renovación. En caso contrario, la Administración interrumpirá el proceso de reagrupación (art. 42 LOE).

El plazo de un año de residencia legal se exceptúa para las estudiantes. En efecto, las mujeres marroquíes que pretendan entrar en España con un visado de estudios podrán solicitar los correspondientes visados de estancia para que sus familiares entren y permanezcan legalmente en España durante la duración de esos estudios o investigación de manera simultánea a la solicitud de su visado. De esta forma podrán entrar todos juntos a España. Esta es la gran ventaja para las estudiantes o investigadoras, si bien no se les permite reagrupar a sus ascendientes. El artículo 89 Reg.LOE establece que se consideran familiares de los estudiantes “el cónyuge e hijos menores de 18 años”. Interpretando este precepto a *sensu contrario*, resulta meridiano que la reagrupación de los ascendientes del estudiante o de su cónyuge no es posible.

¹⁶ Modelo oficial disponible en <http://extranjeros.mtas.es/>.

B) Vivienda adecuada

La mujer marroquí debe acreditar documentalmente que dispone de una vivienda adecuada para atender sus necesidades y las de su familia (art. 18 LOE)¹⁷. El de vivienda adecuada es un concepto jurídico indeterminado que deja un cierto grado de maniobra a las autoridades competentes. ¿Quién decide qué es una vivienda “adecuada”? Serán las personas que trabajen en el área de asuntos sociales de cada Ayuntamiento las que determinen si la vivienda de la reagrupante se considera o no “adecuada”. Para ello, la interesada deberá solicitar a la Corporación Local del lugar donde esté residiendo un informe de habitabilidad, que habrán de elaborar los trabajadores o las trabajadoras sociales en un máximo de 15 días desde el momento de la solicitud. Este informe ha de recoger las condiciones de salubridad de la vivienda, si cuenta o no con agua corriente, luz eléctrica, número de habitaciones.... Los problemas pueden suscitarse cuando adviertan alguna deficiencia estructural en la vivienda. En estos casos pueden pedir un informe al arquitecto o arquitecta del Ayuntamiento que el trabajador o trabajadora social adjuntará al de habitabilidad.

Si no se emitiera informe en 15 días, existe la posibilidad de acudir a un notario para que levante acta notarial mixta de presencia y manifestaciones. Para probar que el Ayuntamiento no ha cumplido con el plazo, habrá que aportar copia de la solicitud del informe con la fecha en que se realizó. Hasta que no transcurren esos 15 días no puede acudir al notario. La vivienda tendrá que ser la considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes.

C) Seguro de enfermedad

Por lo que respecta a la tercera de las condiciones, disponer para sí misma y para el resto de su familia de un seguro de enfermedad, éste tiene que cubrir todos los riesgos. Esta condición tiene por objeto evitar que las personas se conviertan en una carga para la Seguridad Social del Estado miembro de recepción.

D) Recursos económicos

La cuarta condición requerida es la prueba de que dispone de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia. ¿Cuántos medios económicos se exigen? ¿Cómo se prueban? El Reg.LOE [art. 42.2 d)] establece que “mediante Orden del Ministerio de la Presidencia, a propuesta de los Ministros de Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, se determinará la cuantía de los medios de vida exigibles a estos efectos, así como el modo de acreditar su posesión, teniendo en cuenta el

¹⁷ El requisito de una vivienda adecuada lo exigen, entre otros, Estados miembros Alemania (Ley alemana de inmigración de 1990 (Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet”. BGBL. III 26–6). Art. 17); Portugal, Países Bajos y Francia (Ordenanza de 2 de noviembre de 1945. Art. 29.2). En este último, por ejemplo, los criterios para considerar la vivienda como adecuada son la higiene de la misma, el confort, la salubridad (se tiene muy en cuenta que la cocina esté en una habitación aparte), y la superficie de la vivienda según el número de personas Circular de 1 de marzo de 2000 relativa a la reagrupación familiar de los extranjeros (JO de 28 de marzo de 2000).

número de personas que pasarían a depender del solicitante a partir de la reagrupación”.

Esta Orden todavía no se ha dictado por la dificultad de establecer unos estándares comunes para toda España. La práctica habitual en algunas provincias andaluzas, como Málaga o Córdoba, consiste en exigir el salario mínimo interprofesional, más un 25 o 30% de ese salario por cada familiar que pretenda ser reagrupado¹⁸. En Granada se realiza una aproximación sobre el salario mínimo interprofesional y los miembros de la unidad familiar, amén de considerar otras circunstancias de cada supuesto. Dependiendo de su situación laboral, la reagrupante debe aportar: a) si trabaja por cuenta propia, los tres últimos boletines de cotización al régimen de autónomos o régimen especial correspondiente a la Seguridad Social, acreditación del pago del IAE y justificación del último pago del IVA; b) si trabaja por cuenta ajena, contrato o acreditación formal de continuidad en la relación laboral, además de los tres últimos recibos del salario; c) si no trabaja, justificación de ingresos por la situación de inactividad.

III. MUJER MARROQUÍ REAGRUPADA POR EL MARIDO

1. Marido nacional comunitario, EEE, suizo o español

A) ¿Qué documentos necesita para entrar en España?

a) Si residía en un Estado miembro de la UE/EEE o Suiza

El régimen jurídico aplicable a la mujer marroquí de un nacional comunitario, del EEE, suizo o español¹⁹ que quiera venir a España a reunirse con su marido o entrar con él a territorio español es el RD 240/2007, de 16 de febrero. Conforme a lo dispuesto en su artículo 4, si la nacional marroquí estaba residiendo en un Estado miembro de la UE, del EEE o Suiza sólo necesitará para la entrada el pasaporte y la tarjeta de residente comunitario, válida y en vigor, que tuviera por estar residiendo legalmente con su marido en uno de los países citados. Es necesario aclarar que esta tarjeta sólo resultará operativa para la entrada en España. Una vez aquí, y si pretende residir más de 3 meses, habrá de solicitar otra conforme a lo establecido en el artículo 8 del RD 240/2007

b) Si residía en un tercer Estado

¹⁸ En el año 2007 el SMI es de 570,60 euros.

¹⁹ La situación del nacional comunitario, que no ejerce su derecho a la libre circulación de personas, no está regulada por el Derecho comunitario y es, por tanto, competencia de los respectivos Derechos nacionales de los Estados miembros. No obstante, el legislador español ha optado por aplicar a los propios nacionales el mismo régimen que a los comunitarios que residen en nuestro territorio. De esta forma, ha incluido a los familiares de españoles en el ámbito de aplicación personal del RD 240/2007. Así, los familiares de españoles se benefician del mismo tratamiento que los familiares de los nacionales de otros Estados miembros que se hayan trasladado a España, aunque no en todos los casos, porque el RD 240/2007 ha excluido a los ascendientes nacionales de terceros Estados de los españoles de su ámbito de aplicación y los ha incluido en el de la LOE (D.A. 20ª RD 240/2007).

Además del pasaporte en vigor, necesitará un visado de entrada. La razón es que Marruecos está en la lista de países cuyos nacionales necesitan visado para cruzar las fronteras exteriores de la UE²⁰.

Para solicitar este visado de entrada, la nacional marroquí habrá de dirigirse al Consulado de España correspondiente al lugar en el que esté residiendo (sea en Marruecos o en cualquier otro Estado que no sea de la UE/EEE o Suiza). Su expedición será gratuita y su tramitación tendrá carácter preferente (art. 4.3 RD 240/2007). Lo esencial será probar el vínculo, y esto se hará a través de una certificación de matrimonio debidamente traducida y legalizada o apostillada²¹.

Si no dispone del visado de entrada, las autoridades responsables del control fronterizo están obligadas a dar las máximas facilidades para que puedan obtenerlo en un plazo razonable o para que se pueda confirmar o probar por otros medios que son beneficiarios del régimen comunitario (art. 4.4 RD 240/2007)²².

B) ¿Puede trabajar en España?

Puede trabajar tanto por cuenta ajena como por cuenta propia sin necesidad de solicitar ningún tipo de autorización, en las mismas condiciones que los españoles y las españolas²³. No se tendrá en cuenta, por tanto, la situación nacional de empleo (SNE), ni existirá limitación geográfica: podrá trabajar en todo el territorio nacional. No obstante, será necesario solicitar la tarjeta de residente comunitario, que no es un requisito específico para poder trabajar, sino para residir en España por un período superior a tres meses (art. 8 RD 240/2007).

La solicitud de esta tarjeta habrá de hacerse en la Oficina de extranjeros de la provincia donde la interesada pretenda fijar su residencia. El resguardo de la soli-

²⁰ Reglamento (CE) 539/2001, de 15 de marzo, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esta obligación (*DOCE* L 081, de 21 de marzo de 2001). modificado por el Reglamento 2414/2001, de 7 de diciembre de 2001 (*DOCE* L 327, de 12 de diciembre de 2001), por el Reglamento 453/2003 de 6 de marzo de 2003 (*DOCE* L 6, de 13 de marzo de 2003), por el Acta relativa a las condiciones de adhesión de los Estados que se incorporaron a la UE el 1 de mayo de 2004 (*DOCE* L 236, de 23 de septiembre de 2003) y por el Reglamento 851/2005 (*DOCE* L 141, de 4 de junio de 2005).

²¹ Para la legalización de documentos se admiten tres posibilidades. Si el Estado de origen es signatario del Convenio de la Haya de 1961 (*BOE* núm. 229, de 25 de septiembre de 1978), bastará con la apostilla. si se trata de la Federación Rusa (en virtud del Canje de Notas de 24 de febrero de 1984, *BOE* de 18 de abril de 1985) que los certificados del Registro Civil de la Federación Rusa habrán de llevar el sello y “visto” de la Embajada o Consulado de España en tal demarcación. Y si el Estado de origen no es ninguno de los anteriores, los certificados de las autoridades locales en el Estado de origen deberán ser sometidos a una cadena de legalizaciones. En el caso de Marruecos, el Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, de 30 de mayo de 1997 (*BOE* de 25 de junio de 1997), establece que no será necesaria la legalización de los documentos que provengan de las autoridades judiciales o de otras autoridades. Bastará la firma y el sello oficial de la autoridad facultada para expedirlos.

²² Esta flexibilidad es consecuencia de la jurisprudencia del TJCE en la Sentencia del TJCE de 25 de julio de 2002 (As. C- 459/99, *MRAX*).

²³ Aunque obviamente si desea ejercer una profesión para la que se requiera algún tipo de titulación ésta deberá pasar por el trámite de la homologación (*vid.* el capítulo “EFICACIA EN ESPAÑA DE LOS TÍTULOS Y ESTUDIOS MARROQUÍES”).

cidad será suficiente para acreditar su situación de legalidad en España hasta la entrega de la tarjeta. Para que se conceda la tarjeta de residente comunitario habrán de acreditarse los siguientes extremos:

- Pasaporte
- Certificado del Registro Central de Extranjeros del marido ciudadano de la UE/EEE o suizo al que acompaña la nacional marroquí o con el que va a reunirse. Este certificado del Registro es un requisito que se ha introducido como novedad en el RD 240/2007. Los nacionales comunitarios/EEE o suizos que vayan a residir en España por un período superior a tres meses deberán solicitar en la Oficina de Extranjeros de la provincia donde el interesado pretenda fijar su residencia, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. De forma inmediata se le expedirá un certificado donde constará su nombre, nacionalidad y domicilio, su número de identidad de extranjero y la fecha de registro.
- Documentación acreditativa de la existencia del vínculo familiar. El artículo 2 del RD 240/2007 enumera los vínculos familiares que otorgan el derecho a entrar y permanecer en España con el nacional comunitario o español. Y, entre éstos, se refiere “a su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal”. Este artículo contiene dos obviedades que es preciso poner de relieve. Si el matrimonio es nulo, nunca ha existido, y, por tanto, no hay vínculo por lo que no se podrían considerar cónyuges, con lo que la entrada y permanencia en España no será factible a través de esta vía. Igual sucede con el divorcio. Hubiese bastado, en consecuencia, establecer que puede reagruparse al “cónyuge”.

Además de estas obviedades el precepto suscita numerosas cuestiones que han de ser resueltas: ¿se considerará cónyuge al del mismo sexo? ¿Habrà de tenerse en cuenta que el matrimonio esté separado de hecho o de derecho? ¿Qué ocurre con las parejas registradas y de hecho?

Por lo que respecta a los matrimonios del mismo sexo, nos remitimos a lo ya analizado en el primer epígrafe de este capítulo. La Ley 13/2005 establece que todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo, como al integrado por dos personas de distinto sexo. Esto se hace extensible, en consecuencia, a lo establecido en el RD 240/2007, con lo que es perfectamente factible que una nacional comunitaria, del EEE, suiza o española reagrupe a su mujer marroquí, siempre que el matrimonio sea válido.

En cuanto a la separación, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del RD 240/2007 si la nacional marroquí es cónyuge de un ciudadano comunitario EEE, suizo o español podrá ser reagrupada “siempre que no estén separados de derecho” (nótese la diferencia con lo establecido en la LOE que prohíbe la reagrupación siempre que el matrimonio esté separado de hecho o de derecho). En relación con la dicción de este precepto, es necesario poner de relieve que el RD 240/2007 es, como se ha señalado, la transposición de una norma comunitaria, la Directiva 2004/38, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Esta Directiva sólo establece que podrá reagruparse al “cónyuge”, sin hacer ninguna otra referencia a la separación de derecho. El TJCE, que es el encargado de la interpretación de las normas comunitarias, ha afirmado que una persona sólo dejará de ser

cónyuge cuando el matrimonio haya sido disuelto por una autoridad competente²⁴, y la separación legal no disuelve el matrimonio²⁵. La dicción del artículo 2 del RD 240/2007 supone una transposición incorrecta de la Directiva comunitaria, que deberá ser aplicada directamente a los particulares en este punto. En consecuencia, aunque el matrimonio se encuentre separado legalmente, la reagrupación será factible hasta que no se produzca el divorcio, y por tanto, la ruptura definitiva del vínculo²⁶.

No obstante, esto no es aplicable a los españoles. La mujer marroquí de un español no podrá ser reagrupada si están separados legalmente. En cambio, la mujer marroquí de un nacional comunitario (alemán, por ejemplo) que resida en España, sí podrá ser reagrupada aunque estén separados legalmente. La razón es que la Directiva 2004/38 sólo incluye en su ámbito de aplicación al ciudadano de la Unión que se traslade, en un Estado miembro distinto del Estado cuya nacionalidad ostente (art. 3.1). No es aplicable a los nacionales de un Estado miembro en su propio país. De ahí que, no sea aplicable a los españoles en España.

A pesar de esto, el legislador español ha incluido en el RD 240/2007 a los familiares de españoles, extendiendo unilateralmente el Derecho comunitario a un supuesto puramente interno²⁷. El hecho de que esta inclusión de los familiares de españoles haya sido una opción del legislador nacional (no impuesta por el Derecho comunitario) tiene sus consecuencias en aquellos casos en que el RD 240/2007 pueda contravenir la normativa comunitaria, como sucede en relación con la separación legal. En la medida en que la regulación sobre el derecho a la reagrupación familiar de los españoles no deriva del Derecho comunitario, la prevalencia de éste no podrá utilizarse para limitar el ámbito de aplicación de normas y exigencias contrarias establecidas en el Derecho interno. En consecuencia, la mujer marroquí de un español no podrá venir a España a reunirse con él si están separados legalmente, pues así lo establece el RD 240/2007 en la parte que no es transposición de la Directiva comunitaria, por afectar al cónyuge nacional de tercer Estado de un español.

Por lo que respecta a las parejas registradas, el artículo 2.b) del RD 240/2007 afirma que gozará del derecho de libre circulación a título derivado la “pareja con la que el comunitario mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un

²⁴ Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1985 (As. 267/83 *Diatta*). *Vid.* BARRETT, G: “Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members”, *CMLR*, núm. 40, 2003, pp. 369–421, p. 383.

²⁵ El artículo 85 del C.c. establece: “el matrimonio se disuelve... por el divorcio”. Por su parte, el artículo 143 del C.c. dispone: “están obligados recíprocamente a darse alimentos... los cónyuges”. La obligación de los cónyuges de prestarse alimentos cesa con el divorcio (no con la separación, aunque sea judicial). *Vid.* las Sentencias del TS de 29 de junio de 1988, 23 de septiembre de 1996 y 13 de abril de 1991. L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN, (*Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, vol. IV, 2003) afirman que se “denomina separación a una situación del matrimonio, en la que subsistiendo el vínculo conyugal, se produce una cesación de la vida en común de los casados”.

²⁶ La de la separación de derecho no es una institución conocida sólo en España, sino también en otros países de la UE, como, por ejemplo, en Francia: Loi 75–617, de 11 de julio de 1975, (*JO* de 23 de diciembre de 1992, última reforma); Portugal: Decreto–ley n° 496/77, de 25 de noviembre; Países Bajos: Het Burgerlijk Wetboek (Book 1, Title 10: “Decree of Judicial Separation and the Dissolution of Marriage after Separation”, arts. 168–183).

²⁷ Aunque no en todos los casos, porque el RD 240/2007 ha excluido a los ascendientes nacionales de terceros Estados de los españoles de su ámbito de aplicación y los ha incluido en el de la Ley de extranjería (D.A. 20ª RD 240/2007).

registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí”.

El RD 240/2007 realiza en este precepto una descripción de lo que se entiende por pareja registrada: ha de ser una unión exclusiva —el matrimonio y la pareja registrada se consideraran incompatibles entre sí—; el registro ha de ser constitutivo; el consentimiento debe prestarse ante autoridad pública, y todo ello ha debido hacerse en un registro público establecido a estos efectos en un Estado miembro de la UE o del EEE (habría que añadir Suiza). Los países de la UE que cuentan con una regulación de las parejas registradas con estas características son: Dinamarca, Suecia, Finlandia, Países Bajos, Bélgica, Francia, Portugal, Alemania, Lituania, Reino Unido, Luxemburgo, Polonia, Suiza, Eslovenia y República Checa²⁸. Si la nacional marroquí ha constituido su unión en alguno de estos países con un/a nacional comunitario/a o español/a no tendrá ningún problema para residir en España con su pareja registrada.

En relación con las parejas de hecho, el RD 240/2007 ha incluido en la LOE una nueva Disposición Adicional, la decimonovena. El legislador ha considerado que la pareja de hecho (en este caso la nacional marroquí) de un/a nacional comunitario/a o español/a no debía quedar incluida en el régimen comunitario, sino en el régimen general de extranjería, dedicándole la Disposición Adicional 19ª según la cual se “facilitará” la concesión a estas personas de un visado de residencia (si se encuentran fuera de España) o de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, del artículo 45 del Reg.LOE (si se encuentran irregularmente en territorio español). Este precepto regula la posibilidad de conseguir una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España de forma irregular,

²⁸ DINAMARCA: *Egteskab og Registreret partnerskab*, núm. 372, de 7 de junio de 1989, en vigor desde el 1 de octubre de 1989 y reformada por Act. Núm. 821 de 19 de diciembre de 1989, Act. Núm. 387 de 14 de junio de 1995, y Act. Núm. 360 de 2 de junio de 1999; SUECIA: *Lag (1994:1117) om registrerat partnerskap*, de 23 de junio de 1994, reformada por la Ley de 31 de mayo de 2000, www.homo.se/o.o.i.s/1630; FINLANDIA: *Laki rekisteröidystä parisuhteesta*, de 9 de noviembre de 2001, www.finlex.fi/english/index.html; PAÍSES BAJOS: Ley de 5 de junio de 1997, que entró en vigor el 1 de enero de 1998. Modificada por Ley de 6 de julio de 2004 relativa a las normas de conflicto en materia de paternariado registrado (*Wet conflictenrecht geregistered partnerschap*), que entró en vigor el 1 de enero de 2005; BÉLGICA: Ley de 23 de noviembre de 1998 *instaurant la cohabitation légale*; FRANCIA: Loi n° 99-944 *Relative au Pacte Civil de Solidarité*, publicada en el *Journal Officiel de la République Française* de 16 de noviembre de 1999. El Pacto Civil de Solidaridad, se basa en un contrato mediante el que dos personas organizan su vida en común, siempre que sean mayores de edad, con independencia del sexo; PORTUGAL: Ley 7/2001, de 11 de mayo, ALEMANIA: *Lebenspartnerschaftsgesetz*, de 16 de febrero de 2001, publicada en el *Bundesgesetzblatt* de 22 de febrero de 2001 (vid. N. Dethloff, “Registrierte Partnerschaften in Europa”, *ZEuP*, 1/2004, pp. 59-74); LITUANIA: Ley de 1 de julio de 2002; REINO UNIDO: *Civil Partnership Act*, de 18 de noviembre de 2004; LUXEMBURGO: *Loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats*, publicada en *Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, n° 114, de 6 de agosto de 2004; POLONIA: *Registered Partnership Bill* de diciembre de 2004; ESLOVENIA: *Law on Registered Same-Sex Partnership*, de 22 de junio de 2005; SUIZA: *Loi sur le partenariat* (LPart), de 18 de junio de 2004; REPÚBLICA CHECA, *Registered Partnership Law*, de 15 de marzo de 2006.

siempre que concurren determinadas circunstancias. Estas autorizaciones podrán ser concedidas por cuatro motivos distintos: arraigo (laboral, social o familiar), razones de protección internacional, motivos humanitarios o colaboración con autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales. Lo que no queda claro en la referida Disposición Adicional es en cuál de estos cuatro motivos habrá de basarse la pareja de hecho del nacional comunitario o español para solicitar esta autorización de residencia por circunstancias excepcionales, lo cual es importante, habida cuenta de que, dependiendo del motivo, los requisitos exigidos serán diferentes. Así, mientras que para el arraigo laboral el extranjero debe acreditar una permanencia continuada en España durante un período de dos años y demostrar la existencia de relaciones laborales de una duración superior a un año. En cambio, para el arraigo social, la permanencia en España ha de ser de tres años, contar con una oferta de contrato, y acreditar vínculos familiares o presentar un informe de inserción social. Posiblemente el RD 240/2007 ha introducido un nuevo motivo para la concesión de estas autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales: ser la pareja de hecho de un nacional comunitario o español, aunque, en puridad, lo que establece el precepto es que las autoridades “facilitarán” la concesión de esta autorización. Sin embargo, todavía no hay una práctica lo suficientemente definida en este sentido para conjeturar qué podrá pasar en un futuro.

El RD 240/2007 tampoco especifica cuáles serán los medios admitidos para probar esa relación estable de pareja, aunque previsiblemente se tendrá en cuenta la existencia de hijos o hijas en común la prueba de la convivencia continuada admitiéndose, asimismo, y también se admitiría como medio de prueba la inclusión de la pareja en un Registro administrativo (como los que existen en muchas Comunidades Autónomas)²⁹.

C) Derecho de residencia independiente

a) Salida del marido del territorio español

Actualmente gozan del derecho de libre circulación por el territorio de la UE, las personas nacionales de los Estados miembros de la UE, nacionales del EEE, y nacionales suizos. Estas personas son las únicas titulares del derecho de libre circulación a título principal. Sin embargo, también gozan de este derecho sus familiares aunque sean nacionales de terceros Estados. Su derecho de libre circulación se constituye como derecho derivado del derecho originario del que es titular la persona que ejerce la libre circulación en el ámbito comunitario. La cualidad de “extranjera” de la mujer marroquí se atenúa ante la de ser cónyuge o pareja regis-

²⁹ En Cataluña, la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja; en Aragón, la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a las parejas estables no casadas; en Navarra, la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables; en Baleares, la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, sobre normas reguladoras de las parejas estables; en el País Vasco, Ley 2/2003 de 7 de mayo reguladora de las parejas de hecho; en la Comunidad Valenciana, Ley 1/2001, de parejas de hecho; en el Principado de Asturias, Ley 4/2002 de 23 de mayo de Parejas estables; en Andalucía, Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho; en Extremadura la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; en la Comunidad de Madrid, la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, sobre parejas de hecho; en Canarias, Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias.

trada de un nacional de la UE, del EEE o de Suiza. Ahora bien, el derecho de libre circulación de los familiares nacionales de terceros Estados (en este caso la mujer marroquí) es derivado. Esto significa que sólo se le aplicará el régimen comunitario si viene con su marido/pareja registrada o se reúne con él aquí en España, nunca si él se encuentra residiendo en otro país. Por eso, en el momento en que el titular originario del Derecho de libre circulación de personas salga de España, la nacional marroquí habrá de pasar al régimen de extranjería, a no ser que haya adquirido el derecho a residir de forma permanente³⁰.

b) Divorcio

En el caso de que la nacional marroquí decidiera divorciarse (o disolver la pareja registrada), perdería automáticamente los derechos y beneficios que se derivan de su unión. No obstante, existen importantes excepciones a esta regla general. De conformidad con lo preceptuado en el artículo 9 del RD 240/2007 el divorcio (o disolución de la pareja) no supondrá la pérdida del derecho de residencia de la mujer marroquí si: a) el matrimonio o unión registrada ha durado, como mínimo, tres años y al menos uno de ellos han convivido en España; b) la custodia de los hijos o hijas del ciudadano de la Unión hubiera sido confiada a la nacional marroquí; c) cuando así lo exigieran circunstancias especialmente difíciles, como haber sido víctima de violencia doméstica durante la unión.

No obstante, en todos estos supuestos³¹, transcurridos 6 meses desde que se produjera el divorcio, disolución de la pareja registrada o el otorgamiento de la custodia de los hijos o hijas, la mujer marroquí deberá solicitar una autorización de residencia, o de residencia y trabajo, de conformidad con lo previsto en el artículo 96.5 del Reg.LOE. Es decir, transcurridos 6 meses, ha de pasar del régimen comunitario al régimen general de la LOE a través de la fórmula que establece el artículo 96.5 Reg.LOE. Este precepto permite conseguir una autorización de residencia o de residencia y trabajo sin necesidad de visado. Además, se computa el tiempo de residencia en España bajo el régimen comunitario para conceder un tipo u otro de autorización (inicial, primera renovación, segunda renovación o residencia permanente). La ventaja es que sólo en el caso de la autorización inicial se tendrá en cuenta la SNE. En todos los demás casos no. En la mayoría de las ocasiones la mujer marroquí habrá estado residiendo en España antes del fallecimiento de su marido o del divorcio más de un año, con lo que, normalmente, se le concederá, como mínimo, la primera renovación y no será necesario atender a la SNE.

Hay una excepción a esta obligación de traspaso del régimen comunitario al de extranjería: que la mujer haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente. Sólo en este supuesto existe una posibilidad real de que la mujer marroquí pueda adquirir y disfrutar permanentemente de la residencia en el territorio de un Estado miembro con independencia del vínculo familiar que la generó. Esta independencia administrativa del familiar comunitario no le otorga la titularidad del derecho de libre circulación, pero sí la posibilidad de permanecer en el régimen comunitario gozando de las ventajas que éste conlleva.

³⁰ El artículo 10 del RD 240/2007 especifica en qué casos se consigue la residencia permanente.

³¹ Menos en el caso de haber sido víctima de violencia doméstica que desarrollaremos en el siguiente epígrafe.

c) Fallecimiento

En caso de fallecimiento de su cónyuge o pareja registrada, la mujer marroquí se mantiene en el régimen comunitario durante 6 meses, si es que ha residido en España antes de dicho fallecimiento (art. 9.2 RD 240/2007). Transcurridos estos seis meses, la mujer deberá solicitar una autorización de residencia o de residencia y trabajo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 96.5 del Reg.LOE, como en los supuestos anteriores.

D) Incidencia de la violencia de género en el ámbito doméstico

El RD 240/2007 incluye en su artículo 9.4 c), como otra de sus novedades, la circunstancia específica de la existencia de violencia de género en el ámbito doméstico durante el matrimonio o situación de pareja registrada. En concreto establece que será una de las causas específicas para poder conservar la residencia como familiar de un comunitario.

La forma provisional de acreditar que ha existido violencia de género en el ámbito doméstico es mediante una orden de protección o un informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de ésta. La prueba definitiva es la sentencia en la que se declare que se han producido las circunstancias alegadas y que efectivamente ha habido violencia de género en el ámbito doméstico. El punto de partida, por tanto, es la sentencia de divorcio, nulidad o disolución de la pareja registrada. Si hay una orden de protección, se dará un plazo inicial a la mujer de 6 meses para continuar en el régimen comunitario, a pesar de que el vínculo está roto. Ese plazo podrá ser *prorrogado* hasta que recaiga sentencia sobre ese asunto. En el momento en que se dicte la resolución judicial pueden pasar dos cosas: a) que sea favorable a la mujer, en cuyo caso ésta podrá hacer uso del art. 96.5 Reg. LOE³² y conseguir una autorización de residencia o de residencia y trabajo a través del procedimiento establecido en este precepto; b) que sea desfavorable, circunstancia que hará imposible el uso del art. 96.5 Reg. LOE. La mujer nacional de tercer Estado estará en situación irregular (desde el momento en que se dictó la sentencia de divorcio, nulidad o disolución de la pareja registrada), y la única posibilidad de regularización será la obtención de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales (art. 45 Reg. LOE).

2. Marido nacional de tercer Estado

A) ¿Qué documentos necesita para entrar en España?

a) Solicitud del marido en España

Si es el marido, nacional de tercer Estado, el que ha venido primero a España, y pretende reagrupar a la mujer marroquí, la legislación aplicable será la LOE y su Reglamento de desarrollo, y no el RD 240/2007. Lo esencial para la aplicación de uno u otro régimen jurídico es la nacionalidad del solicitante que es nacional de tercer Estado.

³² RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

El residente legal en España, en este caso el marido, es el que tiene el derecho a reagrupar a su cónyuge. Los requisitos exigidos para la solicitud de reagrupación son los mismos que se requieren cuando la reagrupante es la mujer, analizados en el primer epígrafe: residencia legal de un año, vivienda adecuada, medios económicos suficientes y seguro médico. No obstante, cuando el solicitante es el marido, se puede originar una circunstancia especial que jamás se podrá producir si la reagrupante es la mujer. Se trata de la posibilidad de reagrupar a más de un cónyuge, posibilidad que queda vedada por el artículo 17. 1 a) de la LOE que establece que “en ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial³³”.

Lo que preceptúa el artículo 17 de la LOE es que sólo se puede reagrupar un cónyuge, aunque no se indica que tenga que ser necesariamente el primero. Será el varón el que elija a la esposa que quiere reagrupar, situación paradójica por cuanto se rechaza la poligamia por vulnerar la igualdad entre hombres y mujeres; pero se consolida la situación discriminatoria frente a la mujer al otorgar al varón la potestad, con efectos jurídicos, de elegir entre las esposas. La regulación de la LOE se justifica en una elección basada estrictamente en una opción de política migratoria. La citada opción encontraría su fundamento en el deseo de limitar el cauce de la reagrupación, evitando que ésta se convierta en una vía excesivamente abierta de entrada de extranjeros en territorio español.

En Occidente la monogamia en el matrimonio es un valor protegido por el ordenamiento jurídico, y es un principio que forma parte del orden público internacional. Ningún Estado de la Unión Europea admite la celebración de un matrimonio poligámico al amparo de su ordenamiento jurídico. Además, en los Estados europeos, el modelo familiar se basa en el principio internacionalmente reconocido de igualdad entre los cónyuges³⁴. La no discriminación por razón de sexo o de raza, la igualdad de los cónyuges ante la ley, la propiedad privada o el derecho a la herencia forman parte del concepto en todos los Estados europeos, y algo similar podría decirse del principio de la monogamia matrimonial³⁵. La poligamia es una institu-

³³ En Marruecos se permite la poligamia aunque ciertamente ha adquirido un carácter cualificado y excepcional, quedando además sometida a control judicial. El único país musulmán en el que está prohibida la poligamia es Túnez. Así lo establece el artículo 18.1 del Código de Estatuto Personal *Vid.* bibliografía final.

³⁴ Además es importante subrayar que la normativa del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) se integra en el contenido del orden público del foro, rechazando la aplicación de las normas extranjeras que supongan una violación de alguno de los derechos protegidos por el citado Convenio, y ello con independencia de que dichas normas extranjeras sean las de un Estado parte o las de un tercer Estado.

³⁵ Algunos autores, con los que no estamos de acuerdo, han afirmado que la situación no es tan desconocida en los ordenamientos jurídicos occidentales, en tanto en cuanto, si bien es cierto que no tiene lugar como una situación de Derecho, sí tiene cabida como una situación de hecho, al admitir las uniones posteriores sin que esté disuelto el primer matrimonio. *Vid.* en este sentido, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A: “La transposición de las Directivas de la UE sobre inmigración...”, *loc. cit.*, p. 14; ADAM MUÑOZ, M: “El estatuto jurídico de la mujer musulmana derivado del matrimonio”, *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Sevilla, Junta de Andalucía, 2005, pp. 187–247, p. 200. ESPINAR VICENTE, J. M: (“Sobre la urgente necesidad de reformar la institución jurídica del matrimonio”, *A.C.*, núm. 19, de 5–11 de mayo de 2003, pp. 477–493, p. 484; *id.* *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 26–27) afirma que el orden público resulta necesariamente relativo para aquellos sistemas que admiten la “poligamia sucesiva” y contemplan un régimen de relaciones patrimoniales que afecta a las relaciones de un sujeto con su cónyuge y otros eventuales excónyuges. Es lo que un sector doctrinal ha denominado “poligamia de facto”.

ción que atenta contra estos valores fundamentales porque permite que el marido contraiga matrimonio con varias mujeres, posibilidad que está vedada a la mujer. No obstante, que la LOE permita la reagrupación de “cualquier” cónyuge no es algo inaudito, habida cuenta de que el CEDH protege el respeto a la “vida familiar”³⁶. La existencia o no de vida familiar es esencialmente una cuestión de hecho que depende de la existencia real y efectiva de vínculos personales íntimos. El CEDH considera incluida en esta definición a la familia poligámica³⁷. Ciertamente el Convenio no rechaza la poligamia, pero considera como un fin legítimo, incluido en el de la protección de la moral o los derechos y libertades de otros, la preservación de la cultura monógama dominante en el país. El Estado puede, por tanto, limitarse a aceptar en su territorio al marido acompañado de sólo una de sus mujeres y los hijos comunes. La Comisión Europea de Derechos Humanos afirma que la reglamentación del matrimonio pertenece a la competencia legislativa de cada Estado, el cual puede prohibir el matrimonio poligámico basándose en “consideraciones de interés público generalmente reconocidas”. Los Estados no están obligados por el Convenio a reconocer plenamente los matrimonios poligámicos que son contrarios a su propio orden jurídico³⁸. La restricción que limita a los sujetos a reagrupar a sólo una de las esposas está amparada por el artículo 8.2 del CEDH, que, obviamente, no tiene en cuenta los problemas que se suscitan una vez se está residiendo en el Estado de acogida. En efecto, el problema se planteará con posterioridad a la entrada, al haberse permitido la reagrupación a un matrimonio que quizás no sea válido en el Estado de acogida (reagrupación de la segunda o posteriores esposas). La norma de extranjería agota sus efectos en el momento en que permite la convivencia del matrimonio polígamo en el Estado miembro de acogida. No obstante, es probable que esta pareja pretenda en algún momento el reconocimiento de determinados efectos de su matrimonio —alimentos, sucesiones, etc— válidamente constituido en el extranjero, y al que se le ha permitido la entrada y residencia en un Estado miembro. Será en ese instante cuando se generen la mayoría de los conflictos³⁹.

b) Documentos para la obtención del visado en el país de origen

Si la solicitud de reagrupación familiar realizada por el marido en España es favorable, la mujer marroquí tendrá 2 meses para solicitar personalmente el visado en la Oficina Diplomática o Misión Consular de España en cuya demarcación resida. A la solicitud de visado se han de acompañar los siguientes documentos:

- Pasaporte ordinario o título de viaje reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses.
- Certificado de antecedentes penales, que debe ser expedido por el país o países en los que haya residido durante los últimos cinco años y en el que no deben constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español.

³⁶ Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979 y publicado en el *BOE* de 10 de octubre de 1979.

³⁷ Vid. en este sentido ARRIAGA IRABURU, I: El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo, Pamplona, Eunsa, 2003.

³⁸ Decisión sobre la admisibilidad 14501/89 *Alilouch El Abasse c/. Holanda*; Decisión sobre la admisibilidad 19628/92 *R. B. C/Reino Unido*, de 29 de junio de 1992.

³⁹ Vid. el capítulo “LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO DE LA MUJER MARROQUÍ”.

- Copia de autorización de residencia notificada al reagrupante
- Documentación original que acredite los vínculos (certificado matrimonial debidamente legalizado y traducido)⁴⁰.
- Certificado médico, con el fin de acreditar que no se padece ninguna de las enfermedades cuarentenables contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional⁴¹.

La Oficina Diplomática o Misión Consular tiene 2 meses para notificar, y en el caso de que el visado sea concedido, habrá de ser recogido personalmente por la interesada, que ya podrá entrar en España. En el plazo de un mes desde la entrada habrá de solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero.

D) Derecho de residencia independiente

La situación de la mujer marroquí reagrupada es en principio es totalmente dependiente de la situación del reagrupante. La mujer queda autorizada a residir hasta la misma fecha que el marido si la residencia de éste es temporal, mientras que si es permanente, esa fecha será la de validez de la tarjeta de identidad de extranjero del reagrupante. En último caso, cuando se renueve la autorización, ya será con carácter permanente (art. 42.7 Reg.LOE).

Esta situación de dependencia puede acabarse básicamente de tres formas (art. 41 Reg.LOE). La primera, cuando hayan transcurrido como máximo cinco años y no se haya roto el matrimonio, en cuyo caso la mujer tendrá derecho a una autorización de residencia permanente. La segunda, consiguiendo una autorización para trabajar. La tercera, por ruptura del vínculo, bien por fallecimiento o por nulidad matrimonial o divorcio, siempre que se acredite la convivencia en España durante al menos dos años.

Existe, también, la posibilidad de que la mujer marroquí reagrupada pueda trabajar sin necesidad de obtener una autorización independiente de la del marido (art. 41.6 Reg.LOE). Esto será factible cuando se trate de un trabajo a tiempo parcial y la retribución sea inferior al salario mínimo interprofesional a tiempo completo en cómputo anual. Incidencia de la violencia de género en el ámbito doméstico.

El artículo 19 de la LOE contempla este supuesto preceptuando que “en caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia doméstica, podrá obtener una autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma”.

La orden de protección puede ser solicitada por la propia víctima, un pariente, el Fiscal o adoptada por el propio Juez. Puede presentarse en cualquier Comisaría de Policía o cuartel de la Guardia Civil, en el Juzgado o Fiscalía, Oficinas de atención a la víctima o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones Públicas. Recibida en el Juzgado de guardia la solicitud, el Juez convoca urgentemente a las partes y resuelve sobre las medidas solicitadas⁴².

⁴⁰ Véase la nota 21.

⁴¹ Las únicas enfermedades que es necesario notificar actualmente son el cólera, la peste y la fiebre amarilla. *Vid.* Reglamento Sanitario Internacional (2005), OMS, Documento A/58/55, de 23 de mayo de 2005.

⁴² A tenor de lo preceptuado en el art. 544 *ter* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal redactado conforme a lo dispuesto en la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (*BOE* de 1 de agosto de 2003).

La orden de protección se inscribe en el Registro Nacional para las Víctimas de la Violencia Doméstica⁴³.

Desde el momento en que la mujer marroquí obtiene la orden de protección, puede solicitar su autorización de residencia independiente [art. 41.2 b) Reg.LOE]. No tiene que esperar a que exista una sentencia condenatoria. Además, si cuenta con un contrato de trabajo tendrá derecho a una autorización de residencia y trabajo para cuya concesión no se tendrá en cuenta la SNE ya que así lo establece el artículo 96.3 del Reg.LOE.

Ningún estudio puede pasar por alto la realidad social de estas mujeres: la mayoría de ellas han sufrido un proceso de fuerte desarraigo, dejando sus espacios vitales y afectivos de origen, dejando lo conocido en aras de algo desconocido, que en muchos casos produce tanto miedo como atracción.

Algunas de estas mujeres que se deciden a romper la atadura de la violencia están iniciando un cambio cultural, puesto que descubren, en contacto con nuestra realidad social y jurídica una redefinición del papel de la mujer que les permite alcanzar una mayor libertad en sus vidas. En cuanto que se van convirtiendo en personas que conocen sus derechos, realizan una revisión crítica de sus patrones culturales.

Las mujeres inmigrantes en muchas ocasiones se enfrentan a una realidad nueva y compleja en la que se mezcla la modernidad (de la sociedad española) con la tradición (de sus propios códigos culturales). Convergen la dependencia afectiva, psicológica, económica, laboral y la situación jurídico-administrativa. Las normas deberían adecuarse a la realidad y experimentar una cierta sensibilidad con estas situaciones.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ADAM MUÑOZ, M. D.: “La importancia de la normativa de extranjería en el acceso de las mujeres migrantes extranjeras al mercado laboral español”, *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Córdoba, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, pp. 105–153.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y GRIEDER MACHADO, H.: “La reagrupación familiar de los extranjeros en España”, *El nuevo derecho de extranjería*, Granada, Comares, 2001, pp. 97–143.

ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. A. Y BONOMI, A.: *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux (Étude e droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse)*, Zürich, Schulthess Polygraphischer, 1999.

ALONSO PÉREZ, F.: “El derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros: innovaciones introducidas por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, *La Ley*, núm. 6006, 2004, pp.1–5.

ARENAS GARCÍA, R.: “Problemas derivados de la reagrupación familiar”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 269–307.

⁴³ El formulario para la solicitud de la orden de protección está disponible en <http://www.mtas.es/mujer/violencia/docs/soliviolen.pdf>. Actualmente hay órdenes de protección que permiten dictar medidas cautelares penales (como el alejamiento) y civiles (como la atribución de la vivienda familiar).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La reagrupación familiar de los extranjeros residentes en España”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurolex, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2005, pp. 1259–1276.

CANEDO ARRILLAGA, M. P.: “La propuesta de Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el Derecho internacional privado”, *Mundialización y Familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 121–142.

CHAMBERS, D. L.: “Polygamy and Same-Sex Marriage”, *Hofstra Law Review*, núm. 26, vol. 1, 1997, pp. 53–85.

DE MIGUEL ASENSIO, P.: “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *R.D.P.*, 1998, pp. 541–558.

DIAGO DIAGO, P.: “La nueva *Mudawana* marroquí y el Derecho internacional privado”, *R.E.D.I.*, vol. LVI, 2004, pp. 1078–1083.

DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, vol. IV, 2003.

ESPLUGUES MOTA C. y DE LORENZO SEGRELLES, M.: *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España (Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

ESPLUGUES MOTA, C.: “Inmigración y Derecho de extranjería (Especial referencia a la reagrupación familiar)”, *Multiculturalidad: especial referencia al Islam, Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. VIII, 2002, pp. 91–142.

EZQUERRA UBERO, J. J.: “El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: ensayo de valoración de la normativa aplicable”, *Migraciones*, núm. 1, 1997, pp. 177–215.

FERNÁNDEZ NIETO, J.: “Sobre la constitucionalidad de la ley de extranjería: los derechos a la reagrupación familiar, a la intimidad y a la tutela judicial efectiva de los extranjeros en España”, *Jueces para la Democracia*, núm. 51, 2004, pp. 50–62.

FLOBETS M. C. Y CARLIER, J. Y.: *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruselas, Bruylant, 2005.

FORDER, C., “To marry or not to marry: That is he question”, *The International Survey of Family Law*, 2001, pp. 301–320.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I., “The Right to Family Reunification in the Spanish Law System”, *SYLL*, 1999–2000, pp. 1–31.

Id.: *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid, Tecnos, 1999.

GARCÍA VÁZQUEZ, S.: “Derechos y libertades de los extranjeros en España: el derecho a la reagrupación familiar”, *AFDUC*, núm. 7, 2003, pp. 439–466.

GASCÓN SORBÍAS, E y GRACIA IBÁÑEZ, J.: “La problemática específica de las mujeres inmigrantes en procesos de violencia familiar de género”, *2ª Jornadas sobre violencia familiar*, Zaragoza, 18 y 19 de noviembre de 2004.

KARYDIS, G. : “L’ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable”, *Rev. trim. dr. eur.*, 2002, pp. 1–26.

KRAMER, L.: “Same-Sex Marriage, Conflicts of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception”, *The Yale Law Journal*, vol. 106, 1997, pp. 1965–2008.

LABACA ZABALA, M. L.: “El derecho a la vida familiar de los inmigrantes en la legislación de extranjería”, *Saberes*, vol. 3, 2005, pp. 1–56.

MARÍN LÓPEZ, J. J.: “Comentario al art. 143 C.c”, *Jurisprudencia civil comentada*, Granada, Comares, 2000, pp. 720–722.

- MAXWELL, N.: “Opening Civil Marriage to Same-Gender Couples: A Netherlands-United States Comparison”, *Electric Journal of Comparative Law*, vol. 4.3, noviembre 2000.
- MOLINER NAVARRO, R. M.: “Reagrupación familiar y modelo de familia en la LO 8/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España”, *A.C.*, núm. 2, 2001, pp. 487-519.
- MOTILLA, A. y LORENZO, P.: *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Madrid, Colex, 2002.
- MOYA ESCUDERO, M.: “Derecho a la reagrupación familiar”, *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, Comares, 2001, pp. 673-709.
- QUIÑONES ESCAMEZ, A.: “La réception du nouveau Code la famille marocain (Moudawwana, 2000) en Europe”, *Riv.dir.int.pr.proc.*, núm. 3, 2004, pp. 877-900.
- Id.*: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, Fundación La Caixa, 1999, pp. 54-55.
- RENCHON, J. L.: “L’avènement du mariage homosexuel dans le Code Civil belge”, *Rev. int. dr. comp.*, núm. 81, 2004, pp. 169-207.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A.: “Poligamia: libertad religiosa y discriminación de la mujer”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 745-761.
- ROMANO G. P. y GEEROMS, S.: “La loi belge du 13 février 2003 et le droit international privé: de la circulaire ministérielle du 23 janvier 2004 à l’alinéa 2 de l’article 46 du nouveau code”, *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe. (Actes de la XVI Tournée de droit international privé du 5 mars 2004 à Lausanne)*, Ginebra, Schulthess, 2004, pp. 104-136.
- RUIZ-ALMODÓVAR, C.: *El Derecho privado en los países árabes. Códigos de estatuto personal*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2005.
- SANTOLAYA MACHETTI, P.: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- SOTO MOYA, M.: “La entrada y residencia en España de las parejas registradas y de hecho”, *La Ley*, núm. 6786, de 25 de septiembre de 2007, pp. 1-6.
- STEWART, M. N.: “Judicial Redefinition of Marriage”, *Canadian Journal of Family Law*, 2004, pp. 11-132.
- WAALDIJK, K.: “Others may Follow: The Introduction of Marriage, Quasi-Marriage and Semi-Marriage for Same Sex Couples in European Countries”, *New England Law Review*, vol. 38.3, 2004, pp. 569-590.
- ZEKRI, H.: “El nuevo Código de Familia Marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano marroquíes”, *R.E.D.I.*, vol. LVI, 2004, págs. 201-313.

**SEGUNDA PARTE:
MUJER MARROQUÍ Y DERECHO
DE FAMILIA Y SUCESIONES**

6. MATRIMONIO DE LA MUJER MARROQUÍ*

Ricardo Rueda Valdivia y Carmen Ruiz Sutil**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MATRIMONIO DE LA MUJER MARROQUÍ CELEBRADO CONFORME A DERECHO ESPAÑOL: 1. Celebración del matrimonio en España. A) Matrimonio ante autoridad civil española. B) Matrimonio en forma islámica. 2. Celebración del matrimonio en el extranjero. 3. Eficacia en Marruecos del matrimonio celebrado conforme a Derecho español. III. MATRIMONIO DE LA MUJER MARROQUÍ CELEBRADO CONFORME A SU DERECHO NACIONAL. 1. Celebración del matrimonio en Marruecos. 2. Celebración del matrimonio en España o en un tercer país. 4. Eficacia en España del matrimonio celebrado conforme a Derecho marroquí. IV. RECOMENDACIONES. V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Bajo la rúbrica “matrimonio de la mujer marroquí”, es nuestra intención en este capítulo analizar las cuestiones más importantes que suscita el matrimonio de la mujer marroquí residente en España celebrado, bien conforme al Derecho español, bien conforme al Derecho marroquí, así como la cuestión relativa a la eficacia, tanto en España como en Marruecos, del enlace conyugal celebrado de conformidad con el otro ordenamiento. No serán, sin embargo, objeto de consideración en las próximas páginas los problemas particulares suscitados por los llamados matrimonios blancos o de conveniencia, celebrados con ánimo de obtener ventajas en el ámbito del Derecho de la extranjería o de la nacionalidad, que serán objeto de estudio en el capítulo dedicado específicamente al tema¹.

El estudio de la materia que en este capítulo nos ocupa exige distinguir varias situaciones. En concreto, se impone diferenciar según que el matrimonio de la mujer marroquí se celebre en España, en Marruecos o en un tercer país.

Dentro de los supuestos en los que el enlace matrimonial tiene lugar en España, se hace preciso diferenciar a su vez según que la mujer marroquí contraiga matrimonio con otro súbdito marroquí, con un ciudadano español o con un nacional de un tercer país. Así, si el matrimonio se contrae con otro súbdito marroquí, cabe contemplar la posible celebración del matrimonio, bien conforme a nuestro Derecho, o bien conforme al Derecho marroquí (esto es, ante autoridad consular de este país en España). En cambio, si el matrimonio se contrae con un ciudadano español, únicamente se va a poder llevar a cabo de conformidad con el Derecho español. Finalmente, si el enlace tiene lugar con un

* La presente investigación se enmarca en el Proyecto de Excelencia SEJ 820 “Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza”, subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

** Ricardo Rueda Valdivia es Profesor Titular de Derecho internacional privado y Carmen Ruiz Sutil es Profesora colaboradora de Derecho internacional privado, ambos de la Universidad de Granada.

¹ *Vid.* el capítulo “LA MUJER MARROQUÍ ANTE EL MATRIMONIO DE CONVENIENCIA”.

nacional de un tercer país, se admite la posibilidad de que aquél se realice, no solo de conformidad con la ley española o la marroquí, sino también según la ley personal del otro contrayente.

La cosa cambia considerablemente en los casos en que el matrimonio de la mujer marroquí tiene lugar en Marruecos, ya que, en tales supuestos, y con independencia de cuál sea la nacionalidad de la persona con quien se produzca el enlace, éste se ha de celebrar necesariamente conforme a lo dispuesto en la ley marroquí.

Por último, si el matrimonio se celebra en un tercer país, se impone distinguir según que aquél vincule a la mujer marroquí con otro ciudadano marroquí, con un ciudadano español, con un súbdito del país de celebración o con un nacional de un cuarto Estado. En el primer caso, el matrimonio se va a poder celebrar, bien conforme a la ley del país de celebración, o conforme a la ley marroquí. En caso de matrimonio con ciudadano español, podrá aquél llevarse a cabo según la ley del país de celebración o según la ley española, siendo la ley correspondiente al lugar de celebración la única a la que se podrá conformar el matrimonio que una a la mujer marroquí con un súbdito del país de celebración. Finalmente, por lo que concierne al matrimonio entre marroquí y nacional de un cuarto país, éste se reputará válido tanto si se ajusta a la ley del lugar de celebración, como si lo hace a la ley personal de cualquiera de los contrayentes (esto es, la ley marroquí o la correspondiente al cuarto Estado).

Mención especial merece el caso de la mujer marroquí que contrae matrimonio con otra persona del mismo sexo, ya que tal situación solo se va a poder dar en aquellos países que, como el nuestro, admiten la validez del matrimonio homosexual (Bélgica, Canadá, Países Bajos, Sudáfrica, así como el Estado norteamericano de Massachusetts), y siempre que se cumplan los requisitos establecidos en sus respectivas legislaciones sobre la materia, que suelen exigir un período de residencia previo en el país por parte de alguna de las contrayentes, o bien, como en el caso de los Países Bajos, y como alternativa a la residencia, la nacionalidad de alguna de ellas.

En cualquier caso, en la exposición que del tema se llevará a cabo en las próximas páginas, atenderemos, no tanto al lugar de celebración del matrimonio, como a la legislación conforme a la cual éste último se celebre, examinando únicamente los supuestos en que el matrimonio de la mujer marroquí se celebre conforme al Derecho español, sea en España o en el extranjero (en un país que no sea Marruecos, y ante la autoridad consular española acreditada en dicho país), o conforme al Derecho marroquí, ya se celebre éste último en España, en Marruecos o en un tercer Estado. Asimismo, como ya se ha apuntado, examinaremos correlativamente la cuestión de la eficacia de los referidos matrimonios en Marruecos, por una parte, y en España, por otra.

II. MATRIMONIO DE LA MUJER MARROQUÍ CELEBRADO CONFORME A DERECHO ESPAÑOL

1. Celebración del matrimonio en España

La mujer marroquí que desee celebrar matrimonio en España, a la luz de lo dispuesto en los artículos 49 y 50 del C.c., podrá hacerlo en principio de conformidad con el Derecho español, bien ante autoridad civil local, bien en cualquiera

de las formas religiosas permitidas en nuestro Derecho, cuya eficacia civil garantizan los arts. 59 y 60 C.c. (en este punto se separa nuestro ordenamiento de la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno, que solo reconocen eficacia al matrimonio celebrado en forma civil). Entre éstas, además de la católica, la evangélica y la hebrea, figura la forma islámica, admitida por el Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España, aprobado por Ley 26/1992, de 10 de noviembre², que será la única de las formas religiosas permitidas en nuestro Derecho a la que nos referiremos en este estudio.

A) Matrimonio ante autoridad civil española

Por lo que respecta, en primer lugar, al matrimonio ante autoridad civil española (y como tal, desde la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio³, cabe entender tanto el matrimonio entre personas de distinto sexo contrario, como el matrimonio homosexual), hay que empezar señalando que la celebración del mismo solo será posible en la medida en que, bien la mujer marroquí, bien su cónyuge, o ambos, tengan su domicilio en España. En DIPr. español, es verdad, no existe una regla específica sobre competencia internacional de las autoridades españolas para autorizar la celebración de matrimonio, y, a falta de dicha regla, viene la DGRN recurriendo a la norma de competencia territorial interna contenida en el artículo 57 del C.c., de la que infiere la competencia internacional de las autoridades españolas en los casos en que alguno de los contrayentes tenga su domicilio en territorio español⁴. Y en este punto es conveniente recordar que, aunque en nuestro ordenamiento el domicilio equivale a la residencia habitual (art. 40 C.c.), ésta última no se puede identificar con la residencia legal, de acuerdo con la normativa de extranjería. De ahí que el hecho de que alguno de los contrayentes, o los dos, carezcan de residencia legal en España, no pueda en ningún caso ser obstáculo para autorizar la celebración de su matrimonio en nuestro país⁵. Lo contrario supondría limitar el derecho fundamental a contraer matrimonio reconocido en el artículo 32 de la CE.

En todo caso, la celebración del matrimonio en forma civil española requerirá la previa instrucción por parte del Juez Encargado del Registro Civil que resulte competente en atención al domicilio de los contrayentes, o, en su defecto, del Juez de Paz, de un expediente matrimonial tendente a comprobar tanto la capacidad de tales sujetos, como la veracidad del consentimiento matrimonial (arts. 238 ss. RRC). En concreto, la capacidad matrimonial de los contrayentes se enjuiciará a la luz de lo dispuesto en la ley nacional correspondiente a cada uno de ellos, siendo varios los extremos que, en el caso de venir ésta última constituida por la ley marroquí, habrá que tener presentes. En primer lugar, hay que destacar que el

² BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992. Junto al Acuerdo con la Comisión Islámica de España, y en virtud de las Leyes 24 y 25 de 10 de noviembre de 1992, se aprobaron los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España y con la Federación de Comunidades Israelitas de España (publicados en el BOE antes citado).

³ BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005.

⁴ Vid. la Res. DGRN de 4 de mayo de 1988 (RJ 1988/4356). Sobre el tema, vid. también las Res. DGRN de 4 de mayo de 1990 (RJ 1990/5357), 23 de agosto de 1990 (RJ 1990/7329) y 29 de agosto de 1992 (RJ 1992/7223).

⁵ Se pone de relieve en las Res. DGRN de 27 de diciembre de 2004 (JUR 2005/83996) y 3 de octubre de 2005 (2ª) (B.I.M.J. núm. 2010, LX, 1 de abril de 2006, pp. 187–189).

Derecho marroquí actual fija la capacidad nupcial, tanto para el hombre como para la mujer, en los dieciocho años (art. 19 CFM), a diferencia de lo que sucedía en la antigua *Mudawana*, donde se establecía una clara distinción entre hombre y mujer, al fijarse la capacidad nupcial del hombre en los dieciocho años y la de la mujer en los quince⁶. En segundo término, es preciso poner de relieve la inadecuación al orden público internacional español de la prohibición prevista en el artículo 39.4º del CFM, procedente del Derecho islámico, que impide a la mujer marroquí de confesión musulmana contraer matrimonio con un ciudadano no musulmán. En este punto, cabe referir la Res. DGRN (1ª) de 10 de junio de 1999⁷, relativa a la posibilidad de que dos ciudadanos extranjeros (en concreto una marroquí y un alemán) contraigan matrimonio en España. El problema en tal ocasión se centraba precisamente en saber si la contrayente marroquí tenía o no capacidad para casarse civilmente en España. Dado que aquella ya había estado anteriormente casada, aunque divorciada legalmente en Holanda, se acordó que el Consulado General de Marruecos en Madrid constatará su capacidad para volver a contraer nuevas nupcias. Y la autoridad consular informó a la súbdita marroquí que, para ello, había de reunir los dos requisitos siguientes: 1) el futuro esposo debía obligatoriamente ser musulmán y 2) ella había de justificar su estado de divorciada o de viuda mediante un certificado expedido por el Consulado General del Reino de Marruecos. Ante tal informe, la DGRN argumentó que, si bien la capacidad matrimonial de un extranjero se rige por la ley personal de interesado (art. 9.1º C.c.), ésta no resulta de aplicación cuando el Derecho extranjero es contrario al orden público internacional español (art. 12.3º C.c.). Y no hay duda de que la norma marroquí que prohíbe a una musulmana casarse con un hombre de otra religión, además de una limitación intolerable al *ius nubendi* de la mujer (art. 32 CE), supone una discriminación infundada por razón de religión (art. 14 CE) y una vulneración del principio constitucional de libertad religiosa (art. 16 CE).

En segundo término, hay que aludir a la problemática que suscita la admisión en Derecho marroquí de la poligamia, esto es, de la posibilidad reconocida al varón musulmán de contraer matrimonio con varias mujeres. La ley islámica, efectivamente, reconoce al hombre la posibilidad de casarse hasta en cuatro ocasiones, privilegio que, sin embargo, niega a la mujer. No obstante, no hay que olvidar los límites que a tal posibilidad (que en todo caso se configura con carácter excepcional) impone como novedad el CFM. Según éste último, la poligamia debe ser autorizada por el Juez, autorización que únicamente podrá conceder si constata que el marido es capaz de otorgar a las sucesivas mujeres el mismo trato justo y digno que a la primera mujer y, además, dispone de recursos suficientes para poder atender a las necesidades de las distintas familias y asegurarles, equitativamente, el sustento, el alojamiento y el resto de exigencias de la vida (arts. 40 y 41 CFM). Como límite, asimismo, cabe mencionar la posibilidad que se reconoce a la futura esposa de excluir la poligamia mediante pacto incluido en el contrato matrimonial (art. 40 CFM), pacto que, de no ser respetado por el marido, dará derecho a la mujer a solicitar el divorcio judicial (art. 98.1º CFM). Frente al Derecho marroquí, la

⁶ El CFM, no obstante, admite la posibilidad de que el Juez autorice la unión de menores si lo estima justificado, pero siempre tras haber oído a los padres o tutores y de haber recabado un dictamen médico y un estudio social (art. 20 CFM).

⁷ *Anuario de la DGRN*, 1999, vol. II, pp. 3383–3386.

legislación española descansa en el principio de la monogamia, convirtiéndose éste último en elemento esencial a la hora de valorar la capacidad matrimonial de cualquier varón marroquí que desee contraer matrimonio en España. De ahí que se considere que la poligamia vulnera los principios y valores esenciales del Derecho español, lo que justifica el recurso a la excepción del orden público internacional para impedir la celebración en España por parte de un ciudadano marroquí de uniones polígamas, pese a venir éstas últimas permitidas por su ley nacional⁸. De esta forma, descartada la aplicación de la ley marroquí, la capacidad matrimonial del sujeto pasará a regularse por el Derecho español, lo que impedirá la celebración de nuevo matrimonio por parte del varón ya casado. Es verdad que la intervención del orden público internacional debe ser restrictiva, como también lo es que aquélla, en ciertas ocasiones (como se destacará más adelante), y en orden a la obtención de ciertos efectos, debe ser atenuada (intervención atenuada del orden público). Sin embargo, en lo que concierne a la celebración de matrimonio polígamo, no hay duda de que el referido correctivo va a actuar con todo su rigor, y ello aun cuando esto último pueda suponer un perjuicio para la mujer marroquí, que se vea en la imposibilidad de contraer matrimonio con un compatriota ya casado en su país de origen.

El segundo de los controles que, según se ha expuesto, ha de llevar a cabo el Encargado del Registro Civil en el expediente matrimonial previo es el relativo al consentimiento matrimonial, control que, en principio, a falta de norma de conflicto aplicable a este extremo, y según la opinión mayoritaria de la doctrina, se ha de efectuar asimismo conforme a la ley nacional de los contrayentes (art. 9.1 C.c.). No obstante, hay que señalar que, en la práctica, este control se halla dirigido fundamentalmente a combatir los matrimonios blancos o de conveniencia, concretándose en la aplicación de lo dispuesto en la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006⁹, que impone la audiencia separada de los cónyuges. Respecto a este extremo nos remitimos al capítulo que, como se indicara en la introducción, se dedica específicamente en este trabajo al estudio de los problemas que suscita este tipo de matrimonios.

Autorizada, tras la tramitación del correspondiente expediente previo, la celebración del matrimonio, los contrayentes podrán prestar su consentimiento, en el día y hora señalados, ante cualquiera de las autoridades indicadas en el artículo 57.1º del C.c. (Juez Encargado del Registro Civil, Alcalde o concejal en quien éste delegue, correspondientes al domicilio de cualquiera de los contrayentes)¹⁰. La prestación del consentimiento se llevará siempre a cabo en presencia de dos testigos mayores de edad (art. 57.1º C.c.), y se verificará, según dispone el artículo 58 del C.c., tras la lectura por parte de la autoridad interviniente de los preceptos que en el C.c. se dedican a la regulación de los derechos y deberes de los cónyuges (arts. 66 a 71), y

⁸ En este sentido *vid.* las Res. DGRN de 11 de mayo de 1994 (*RJ* 1994/5022), 8 de marzo de 1995 (*RJ* 1995/2601), 3 de diciembre de 1996 (*RJ* 1997/7371), 14 de mayo de 2001 (2ª) (*RJ* 2002/1728), 4 de junio de 2001 (*RJ* 2002/5494), 15 de abril de 2004 (1ª) (*RJ* 2004/3945) y 10 de diciembre de 2004 (4ª) (*JUR* 2005/79607).

⁹ *BOE* núm. 41, de 17 de febrero de 2006.

¹⁰ Se admite la posibilidad de que, en los casos en que los contrayentes, en el escrito inicial o durante la tramitación del expediente, lo hayan solicitado, presten aquéllos su consentimiento ante autoridades (Juez, Alcalde o concejal) de otra población, previa delegación por parte del instructor del expediente (arts. 57.2º C.c. y 250 RRC).

en respuesta a las preguntas que la referida autoridad formule a cada uno de los contrayentes sobre si consienten contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo hacen en dicho acto. De responder ambos afirmativamente, la autoridad declarará a los mismos unidos en matrimonio, extendiendo, bien directamente la inscripción en el Registro Civil (de venir la autoridad constituida por el Encargado del Registro Civil), bien el acta correspondiente (en los demás casos), acta que servirá de base para la inscripción del matrimonio en el correspondiente Registro Civil (arts 255 y 256 RRC).

B) Matrimonio en forma islámica

La mujer marroquí, como se ha indicado anteriormente, tiene asimismo la posibilidad de contraer matrimonio en España en forma islámica (en este caso sólo con un hombre), al ser ésta una de las formas religiosas permitidas por la ley española, ley cuya aplicación viene reclamada, de contraer aquélla matrimonio con un ciudadano español, en concepto tanto de ley del lugar de celebración, como de ley personal del contrayente español (art. 49 C.c.), y, de unirse en matrimonio con otro ciudadano extranjero, únicamente en la condición de ley del lugar de celebración (art. 50 C.c.)¹¹. Ciertamente puede suceder que la forma islámica, además de por la ley española, venga asimismo permitida por la ley personal de uno o de ambos contrayentes, como sucede, p.e., con la ley marroquí, correspondiente en principio a la ley nacional de la mujer. Pero hay que tener presente que dicha ley únicamente podrá ser tenida en cuenta en el supuesto de que el matrimonio lo contraiga la mujer marroquí con otro súbdito extranjero (art. 50 C.c.), pues, de hacerlo con un ciudadano español, únicamente cabrá tomar en consideración la ley española, y en ningún caso la ley personal de la contrayente marroquí (art. 49).

En caso de que la mujer marroquí opte por formalizar su matrimonio en España ante autoridad religiosa musulmana, no resultará obligatoria la instrucción de un expediente matrimonial previo por parte de las autoridades civiles competentes en razón del domicilio, según la interpretación que del confuso artículo 7 del Acuerdo con la Comisión Islámica de España¹² ofrece la DGRN en su Instrucción 10 de febrero de 1993¹³. Y ello, a diferencia de lo que sucede en los casos en que el matrimonio se formaliza ante autoridad evangélica o hebrea, pues en éstos últimos, y en aplicación de los Acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas y con la Federación de las Comunidades Israelitas de España (art. 7), que impone claramente la tramitación de expediente previo para poder contraer matrimonio ante los respectivos ministros de culto. Queda, así pues, a discreción de los contrayentes la tramitación o no de expediente previo. De hacerlo, la autoridad encargada del Registro Civil competente controlará en el citado expediente, como se dijera con relación al matrimonio en forma civil española, tanto la capacidad de los contrayentes como la veracidad del consentimiento matrimonial. En cambio, de no instruirse referido expediente, ambos extremos deberán ser fiscalizados por el Encargado del

¹¹ *Vid.* la Res. DGRN de 16 de abril de 1998 (*Anuario de la DGRN*, 1998, pp. 2492–2495).

¹² El artículo 7 del Acuerdo con la Comisión Islámica de España dispone que: “las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista deberán acreditar previamente su capacidad mediante certificación expedida por el Registro civil correspondiente”.

¹³ *BOE* núm. 47, de 24 de febrero de 1993.

Registro con carácter previo a la inscripción del matrimonio. De ahí que se pueda afirmar que, mientras que en el matrimonio evangélico o hebreo la tramitación del expediente previo se erige en presupuesto para la celebración del matrimonio, en el matrimonio musulmán se configura como presupuesto para su inscripción.

En todo caso, la autoridad musulmana ante la que se pretenda celebrar matrimonio exigirá el cumplimiento por los contrayentes de los requisitos de capacidad previstos en Derecho islámico. Y, evidentemente, será también éste último el que fije las formalidades que se habrán de observar en dicho acto. En concreto, el artículo 7 del Acuerdo con la Comisión Islámica de España exige que el consentimiento se exprese ante un dirigente religioso islámico o un Imán de una Comunidad Islámica perteneciente a la Comisión Islámica de España¹⁴, requiriendo además la presencia de dos testigos musulmanes mayores de edad.

Una vez celebrado el matrimonio bajo rito islámico, la Comunidad Islámica en la que éste se haya contraído, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.3º de la Ley 26/1992, expedirá certificación acreditativa de la celebración del matrimonio, en la que expresará las circunstancias exigidas por la legislación de Registro Civil¹⁵, certificación que será remitida al Encargado del Registro Civil español para su constatación y posterior inscripción del matrimonio (art. 256.2º RRC). Tal inscripción será directa en el supuesto de haberse tramitado expediente matrimonial previo. En caso contrario, como se ha indicado, el Encargado del Registro, antes de proceder a la preceptiva inscripción del acto, procederá, en el ejercicio de su función calificadora *ex post factum*, a comprobar tanto la validez formal del enlace, como la concurrencia de los requisitos sustanciales del matrimonio, como son la capacidad y el consentimiento.

2. Celebración del matrimonio en el extranjero

La mujer marroquí que contraiga matrimonio con un/a ciudadano/a español/a tendrá asimismo la posibilidad de celebrar éste último en forma civil española en el extranjero, en concreto ante el Cónsul de España en el país donde el ciudadano español tenga su domicilio, siempre que dicho país no sea Marruecos.

En este punto es preciso recordar los requisitos a los que se supedita el denominado “matrimonio consular”, y que son: 1) que la legislación del Estado del Cónsul atribuya a éste último competencia para autorizar la celebración del matrimonio en el extranjero (competencia que, en el caso del Derecho español, le viene reconocida en los artículos 49.1º y 51.3º del C.c.); 2) que la legislación del Estado receptor de la autoridad consular no se oponga o prohíba el ejercicio de esta función o competencia en su territorio, tal y como establece el artículo 5 f) del Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963¹⁶ (y la legislación marroquí, ni

¹⁴ El artículo 3.1 del referido Acuerdo describe quiénes son los dirigentes islámicos e imanes.

¹⁵ *Vid.* la Orden de 21 de enero de 1993, por la que se aprueba el modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración del sacramento religioso (*BOE* núm 29, de 3 de febrero de 1993).

¹⁶ El Instrumento de Adhesión de España a esta Convención es de 3 de febrero de 1970 (*BOE* núm. 56, de 6 de marzo de 1970), y el de Marruecos es de 21 de marzo de 1977. La incorporación del citado instrumento al ordenamiento de este último país se llevó a cabo mediante Dahir núm. 1/77/196, de 8 de mayo de 1978 (*B.O.* núm. 3501, de 5 de diciembre de 1979).

se opone a ello, ni lo prohíbe)¹⁷; 3) que al menos uno de los contrayentes sea nacional del país del país del Cónsul, a lo que habría que añadir la exigencia de que éste último se halle domiciliado en la correspondiente demarcación consular (art. 57 C.c.), y 4) que ninguno de los contrayentes sea nacional del país donde el Cónsul ejerce sus funciones. Precisamente es este último requisito el que hace inviable el matrimonio de mujer marroquí con ciudadano español ante autoridad consular española en Marruecos.

A estos cuatro presupuestos del “matrimonio consular” a los que se viene de aludir, en el caso particular del matrimonio entre mujer marroquí y mujer española, habría que añadir un quinto presupuesto, que establece la Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo¹⁸, y que limita considerablemente la posibilidad de matrimonio homosexual. Dicho presupuesto no es otro que el que la legislación del país donde el Cónsul español ejerza sus funciones admita la posibilidad de matrimonio homosexual (lo que haría factible el matrimonio consular homosexual en los Consulados de España en Bélgica, Canadá, Países Bajos y Sudáfrica)¹⁹, o que, al menos, de no admitirla, reconozca eficacia a los matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero (circunstancia ésta última que posibilitaría la celebración de matrimonio homosexual en los Consulados de España en Aruba, Israel o el Estado norteamericano de Nueva York)²⁰.

En el supuesto de que el/la contrayente español/a se hallare domiciliado/a en España, pero deseara contraer matrimonio con mujer marroquí ante el Cónsul de España en un país extranjero, distinto de Marruecos, cuya legislación reconozca a los Cónsules extranjeros tal facultad, deberá aquél/la dirigirse primeramente al Registro Civil de su domicilio en España para que instruya el correspondiente expediente matrimonial previo y, posteriormente, una vez efectuada la preceptiva delegación por parte del Encargado del Registro Civil competente por razón del domicilio del/de la contrayente español/a en favor de la autoridad consular elegida (art. 57.2º C.c.), manifestar su consentimiento ante ésta última. Celebrado el enlace conyugal, la inscripción del acto se efectuará en el Registro Civil del Consulado de que se trate (art. 16.1º LRC).

Finalmente, hay que señalar que si la mujer marroquí decide contraer matrimonio en el extranjero con varón español en forma islámica, tal matrimonio, según la doctrina de la DGRN, únicamente se reputará válido en España si dicha forma de celebración del matrimonio viene admitida por la ley del lugar de celebración. De no ser así, y pese que la forma islámica venga admitida por la ley española, ley personal del contrayente español, el matrimonio en cuestión se reputará nulo, al entender el Centro Directivo, en su Instrucción de 10 de febrero de 1993, excluidos del ámbito de aplicación del Acuerdo con la Comisión Islámica de España los

¹⁷ La facultad de los cónsules extranjeros de celebrar matrimonio no es reconocida en países como Austria, Dinamarca, Reino Unido, Suiza, Uruguay, Venezuela o Guatemala. *Vid.* <http://www.mae.es/es/MenuPpal/consulares/>

¹⁸ *BOE* núm. 188, de 8 de agosto de 2005.

¹⁹ España no dispone de consulado en el Estado norteamericano de Massachusetts, donde asimismo se admite la posibilidad de matrimonio homosexual.

²⁰ La eficacia de los matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero se reconoce igualmente en Antillas holandesas y en otros Estados de los EEUU, como Nuevo Méjico y Rhode Island, si bien en ninguno de ellos hay Consulado español.

matrimonios en forma islámica celebrados fuera de España²¹. La referida doctrina, es preciso destacar, choca abiertamente con lo establecido en el artículo 49 del C.c., donde se reconoce a los españoles la posibilidad de contraer matrimonio en el extranjero en la forma civil o religiosa permitida, bien por la ley del lugar de celebración, bien por la ley española, ley ésta última que, no cabe duda, admite la forma religiosa islámica.

3. Reconocimiento por las autoridades marroquíes del matrimonio celebrado conforme a Derecho español

La fuerte emigración marroquí hacia Europa de las últimas décadas, unida al elevado número de uniones matrimoniales celebradas por los ciudadanos de aquel país en los Estados de acogida, han llevado al legislador marroquí a introducir en su legislación de Derecho de familia determinadas normas tendentes a facilitar la eficacia en Marruecos de los matrimonios celebrados ante autoridades extranjeras. El legislador marroquí, concretamente, brinda a sus ciudadanas y ciudadanos residentes en el extranjero la posibilidad de casarse, no sólo conforme a su Derecho nacional, sino también de acuerdo a la *lex loci* (arts. 14 y 15 CFM).

Según el artículo 14 del CFM, el matrimonio de los ciudadanos marroquíes residentes en el extranjero celebrado según las formalidades administrativas locales del país de residencia será reconocido en Marruecos siempre que reúna una serie de condiciones de fondo, como son el consentimiento, la capacidad, la presencia en caso necesario del tutor matrimonial (*wali*)²², la ausencia de impedimentos legales²³, inexistencia de acuerdo sobre la supresión de la dote (*sadaq*)²⁴, así como la presencia de dos testigos musulmanes en el acto de conclusión del matrimonio. El artículo 15 del CFM, por su parte, dispone que los marroquíes que contraigan matrimonio conforme a la legislación local del país de residencia, vendrán obligados, en el plazo de tres meses a contar desde la fecha de celebración, a entregar copia del acta de matrimonio para su inscripción en el Consulado marroquí corres-

²¹ Únicamente considera incluidos y, por tanto, solo reputa válidos, los matrimonios en forma islámica celebrados en España, y ello con independencia de que los contrayentes sean españoles o extranjeros. De hecho, la DGRN, en la citada Instrucción, declara con carácter general la nulidad por defecto de forma de todo aquel matrimonio celebrado por un español en el extranjero con arreglo a las formas religiosas no canónicas previstas en la ley española (por tanto, no solo el matrimonio en forma islámica, sino también en forma evangélica o hebrea). La validez, en cambio, del matrimonio celebrado en el extranjero en forma canónica resulta incontrovertida, encontrando su fundamento en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 (*BOE* núm. 300, de 15 de diciembre de 1979), que resulta de aplicación a todos los matrimonios canónicos, cualquiera que sea el lugar en que se celebren y la nacionalidad de los contrayentes.

²² En la actualidad, la función del tutor matrimonial (*wali*) queda limitada básicamente a consentir el enlace conyugal de los contrayentes menores de edad (arts. 20–21 CFM).

²³ Ya se trate de impedimentos permanentes o perpetuos (arts. 36–38 CFM) o temporales (arts. 39–46 CFM).

²⁴ Según el artículo 26 del CFM, la dote o *sadaq* consiste en cualquier bien dado por el marido a su esposa y que implica de su parte la firme voluntad de crear un hogar y de vivir en unos vínculos de afectión mutua, añadiendo el artículo 28 que todo lo que pueda ser legalmente objeto de una obligación puede servir de *sadaq*. La dote, cuya fijación podrá llevarse a cabo en el momento de la celebración del matrimonio o en un momento posterior (art. 27 CFM), pasará a ser de propiedad exclusiva de la mujer (art. 29 CFM).

pondiente a la localidad en que se haya celebrado dicho matrimonio, copia que, en caso de no haber Consulado, deberán aquéllos remitir, en el mismo plazo, al Ministerio de Asuntos Exteriores, el cual se encargará de darle traslado tanto al responsable del Registro Civil como a la Sección de Justicia Familiar (o lo que es mismo, Juzgado de Familia) del lugar de nacimiento de cada uno de los cónyuges. Evidentemente, tratándose de un matrimonio celebrado en España, no hay duda de que su inscripción se llevará a cabo en el Registro Civil del Consulado que corresponda en función del lugar de celebración del matrimonio²⁵, previa fiscalización, claro está, por parte del funcionario consular del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 14 del CFM. No obstante, no hay que olvidar que, según asimismo el artículo 15, en los supuestos en que alguno o ambos cónyuges no hubieran nacido en Marruecos, independientemente de que haya o no Consulado de Marruecos en el país de celebración, la copia del acta se habrá de enviar necesariamente a la Sección de Justicia Familiar de Rabat y al Fiscal del Rey en el Tribunal de Primera Instancia de Rabat.

Para el caso de aquellas parejas cuya unión matrimonial no pudo ser validada por las autoridades marroquíes en el momento de su celebración, a la luz de la antigua *Mudawana*, pero quieran regularizar su situación amparándose en el nuevo CFM, el legislador marroquí establece un período transitorio de cinco años a contar desde la entrada en vigor de este último instrumento (art. 16.4º CFM).

Las mujeres marroquíes que celebren en España su enlace matrimonial conforme al rito islámico, admitido, como se ha visto, en el ordenamiento jurídico español como una de las posibles formas de celebración del matrimonio, no encontrarán dificultades a la hora de obtener el reconocimiento de éste último por parte de las autoridades marroquíes. Tales enlaces, que, como se ha visto, se inscribirán en el Registro Civil español por haberse llevado a cabo en nuestro territorio (art. 15 LEC), deberán asimismo hacerse constar en el Registro Civil consular marroquí, al ser al menos uno de los implicados (la mujer) nacional de este país. Y, a tal efecto, la autoridad encargada del Registro Civil consular se limitará a comprobar que el matrimonio se haya celebrado en España ante autoridad islámica perteneciente a una Comunidad inscrita que forme parte de la Comisión Islámica de España o de alguna de las Federaciones que en la misma se hallan integradas.

No cabe, sin embargo, decir lo mismo de los casos en que el matrimonio se celebre, sea en España o en el extranjero, en forma civil española, ya que, en este tipo de enlaces, las autoridades de nuestro país ignoran de ordinario ciertas condiciones de fondo que el Derecho marroquí exige para validar la unión, como son las relacionadas con impedimentos temporales, como el que prohíbe el matrimonio entre mujer musulmana y hombre no musulmán (art. 39.4º CFM)²⁶, o permanentes, como el que hace inviable el matrimonio entre una mujer y un hombre amamantados por la misma nodriza art. 38 CFM). Y de lo que hay duda es de que los matrimonios en que tales exigencias no han sido observadas no van a poder ser objeto de registro en el Consulado marroquí. Igualmente, en orden al registro consular (sea en España o en el extranjero) de los matrimonios celebrados ante autoridad civil española,

²⁵ En España hay Consulado General de Marruecos en Barcelona, Las Palmas, Madrid y Sevilla, Consulado en Algeciras, Almería y Valencia, Consulado Honorario en Alicante y Bilbao y Viceconsulado en Burgos.

²⁶ *Vid.* la Res. DGRN de 10 de junio de 1999 (1ª) (*Anuario de la DGRN*, 1999, vol. II, pp. 3383–3386).

cobran gran importancia tanto la presencia de dos testigos musulmanes en el acto de conclusión de matrimonio, como la mención de la dote, requisitos éstos que tampoco son observados en el matrimonio civil español, aun cuando hay que señalar que se trata de requisitos que, o bien admiten subsanación, o bien son objeto de una interpretación flexible. En concreto, los agentes consulares marroquíes, tras verificar la autenticidad del acta matrimonial española, subsanarán el defecto que supone la no intervención de los dos testigos musulmanes mediante un anexo específico (*ichad moulhaq*)²⁷. Y, por lo que respecta a la dote, cuya existencia en ningún caso aparece reflejada en la documentación española, los agentes consulares vienen acogiendo una interpretación flexible, en el sentido de considerar que el que no se haga alusión a la misma en el acta matrimonial española, no significa que la misma no exista. La dote, ciertamente, sigue constituyendo un requisito fundamental en el contrato matrimonial (art. 13.2º CFM). No obstante, el CFM hace hincapié en su valor moral y simbólico, y no en el económico (art. 26). De ahí que la mención de su existencia en el contrato matrimonial no se considere necesaria, dándose por sentado que el esposo la entrega extraoficialmente. En caso de que la dote se suprima mediante una cláusula expresa, el contrato matrimonial se reputará nulo. En todo caso, lo que es incuestionable es la imposibilidad de dejar constancia en el Registro Civil consular marroquí del matrimonio que una mujer nacional de este país pueda haber contraído ante autoridad civil española con otra persona del mismo sexo, ya que, según el Derecho marroquí, solo es matrimonio el contraído entre hombre y mujer (art. 4 CFM), pudiéndose incluso a afirmar que, desde la óptica de la autoridad marroquí, el matrimonio homosexual contraría el orden público internacional de su país. Es más, la mujer marroquí que haya contraído matrimonio homosexual ante autoridad española deberá por todos los medios evitar que las autoridades de su país lleguen a tener conocimiento de la existencia de dicho matrimonio, y ello por cuanto en Marruecos las relaciones homosexuales están sancionadas penalmente (art. 489 Código Penal Marroquí)²⁸.

III. MATRIMONIO DE LA MUJER MARROQUÍ CELEBRADO CONFORME A SU DERECHO NACIONAL

1. Celebración del matrimonio en Marruecos

La Constitución del Reino de Marruecos²⁹, en su artículo 6, proclama el carácter teocrático del Estado, al declarar el Islam como religión de la nación, si bien al mismo tiempo garantiza el libre ejercicio de cultos. Tanto es así que el Derecho marroquí, en el ámbito del Derecho de familia, se configura como un sistema pluri-legislativo de base personal, en el que cada comunidad religiosa (en concreto la musulmana y la judía) cuenta con su propia reglamentación en la materia (CFM y

²⁷ Los requisitos de este anexo específico que complementa el acto matrimonial pueden consultarse en http://www.maec.gov.ma/fr/guide_consulaire/

²⁸ El CPM, aprobado por Ley núm. 1.59.413, de 26 de noviembre de 1962 (*B.O.* núm. 2640 bis, de 5 de junio de 1963), fue reformado por Dahir núm. 1.06.20, de 14 de febrero de 2006, que promulga la Ley núm. 43.04, que modifica y completa el CPM (*B.O.* núm. 5400, de 2 de marzo de 2006).

²⁹ Aprobada por referéndum el 13 de septiembre de 1996 y promulgada por Dahir núm. 1.96.157, de 7 de octubre de 1996 (*B.O.* núm. 4420 bis, de 10 de octubre de 1996).

Estatuto Hebraico Marroquí, respectivamente), aun cuando haya que reconocer el carácter preponderante que en todo caso presenta el Derecho de familia musulmán. Baste señalar, por lo que concierne concretamente al matrimonio, que éste se habrá de celebrar obligatoriamente ante autoridad religiosa islámica, no sólo cuando quienes lo contraigan profesen ambos la religión islámica, sino también en aquellos casos en que solo uno de los cónyuges sea musulmán, cualquiera que sea la confesión del otro cónyuge. Quedarán incluso sometidos al CFM aquellos matrimonios entre súbditos marroquíes en los que ninguno de los dos profese la religión musulmana (a excepción del caso en que ambos sean judíos, supuesto en el cual resultará de aplicación el Estatuto Hebraico Marroquí)³⁰.

En Derecho islámico, el matrimonio (*nikah*) es un contrato de naturaleza formal que se materializa con el concurso de la oferta (*ijab*) del varón y la aceptación (*quaboul*) de la mujer o tutor matrimonial (*wali*), en presencia de dos o más testigos³¹, y en el cual el matiz religioso lo imprime, no la intervención del cadí o ministro de culto, que no se requiere, sino la invocación a *All?h* y la lectura de versículos del Corán que con ocasión del mismo se lleva a cabo. El artículo 4 del CFM, exactamente, define el matrimonio como “un pacto basado en el consentimiento mutuo encaminado al establecimiento de una unión legal y duradera, entre un hombre y una mujer”, añadiendo que tiene como objetivo “la vida en la fidelidad recíproca, la pureza y la fundación de una familia estable bajo la dirección de ambos cónyuges, con arreglo a las disposiciones del presente Código”³².

Según el artículo 13 del CFM, la conclusión del matrimonio se halla subordinada a las condiciones siguientes: 1) capacidad matrimonial de los contrayentes (que, como se viera, se adquiere, tanto en el caso del hombre como de la mujer, a los dieciocho años –art. 19 CFM–); 2) inexistencia de acuerdo sobre la supresión de la dote o *sadaq* (aunque ésta última, como se indicara, se configura como requisito de validez del matrimonio, no se exige, en atención al valor moral y simbólico que se le atribuye –art. 26 CFM–, la constancia de aquélla en el acta matrimonial. Lo que no se admite en ningún caso es la inclusión en el acta de un pacto conviniendo su exclusión); 3) presencia del tutor matrimonial (*wali*) en los casos en que venga requerido (el CFM, a diferencia de la antigua *Mudawana*, que situaba a la mujer en un plano de inferioridad respecto del hombre al equiparla a un menor de edad y exigir su comparecencia con *wali* para poder contraer matrimonio, atribuye plena capacidad matrimonial a la mujer mayor de edad, convirtiendo la tutela matrimonial –*wilaya*–, antes considerada condición de validez del matrimonio, en un

³⁰ Así pues, los matrimonios entre marroquíes cristianos quedan asimismo sometidos a lo dispuesto en el CFM.

³¹ Estos, según la escuela malequí, a la que pertenece Marruecos, han de ser púberes, varones, capaces y musulmanes.

³² La anterior *Mudawana*, en la definición que ofrecía del matrimonio, recogía la expresión “bajo la égida del esposo”, expresión que el CFM ha sido sustituido por la de “en pie de igualdad entre los cónyuges”. La redefinición del matrimonio y la modificación que de los deberes y obligaciones de los cónyuges ha llevado a cabo el CFM han supuesto un notable avance hacia la igualdad entre los cónyuges, que sin duda ha de facilitar la convivencia conyugal. El antiguo reparto de responsabilidades, como la dirección del hogar a cargo del marido y las tareas domésticas a cargo de la esposa, desaparece en favor de la responsabilidad compartida, que incumbe a ambos esposos. Se incluyen, además, conceptos modernos tales como la toma conjunta de decisiones respecto a los hijos, a la gestión del hogar y a la planificación familiar (art. 51.4º CFM).

derecho de la mujer, que podrá o no ejercer ésta última según estime conveniente –arts. 24 y 25 CFM–. La intervención del tutor matrimonial solo resultará preceptiva en el caso de las menores de edad –art. 21 CFM³³); 4) intervención de dos adules en la constatación del consentimiento de los contrayentes y en su consignación en el acta matrimonial, y 5) ausencia de impedimentos legales, ya sean éstos permanentes (arts. 36–38 CFM) o temporales (arts. 39–46)

La celebración del matrimonio, al igual que sucede en Derecho español, va a venir precedida de un expediente ante el Juez de Familia del lugar donde aquél se vaya a llevar a cabo, expediente en el que éste último examinará el dossier de documentación exigida en el artículo 65 del CFM para la celebración de matrimonio, conformado por: 1) solicitud de autorización para la celebración del matrimonio; 2) acta literal de nacimiento de los futuros esposos; 3) documento oficial acreditativo de noviazgo formal; 4) certificado médico específico para casarse; 5) autorización especial de matrimonio en los casos de menores de edad, poligamia, disminuidos mentales y conversos al Islam, y 6) certificado de capacidad matrimonial. Especial mención merece, en todo caso, la autorización judicial de la poligamia, debiéndose señalar a este respecto que para que un varón pueda contraer segundas nupcias, además de los requisitos exigidos en los artículos 40 y 41 del CFM, a los que ya se hizo referencia con anterioridad (recuérdese, que el varón sea capaz de otorgar a las sucesivas mujeres el mismo trato justo y digno que a la primera y que disponga de recursos suficientes para poder atender a las necesidades de las distintas familias y asegurarles, equitativamente, el sustento, el alojamiento y el resto de exigencias de la vida), será necesaria: 1) la autorización de la primera esposa, que habrá de ser debidamente confirmada por el Juez de Familia marroquí en el procedimiento que a tal efecto regulan los artículos 42 a 45 del CFM; 2) el conocimiento por parte de la segunda mujer de que el varón con quien va a contraer matrimonio está ya casado, circunstancia de la que la habrá de informar el Juez (art. 46 CFM) y 3) el consentimiento expreso por parte de ésta última, que también se habrá de manifestar ante el Juez (art. 46 CFM). Solo tras haber comprobado que el dossier de documentación requerida está completo, autorizará el Juez la celebración del matrimonio, así como levantamiento del acta matrimonial por parte de los adules.

Levantada el acta de matrimonio, en la que habrán de figurar las menciones previstas en el artículo 67 del CFM, deberá aquélla ser homologada por el Juez mediante la estampación de su sello, procediéndose a continuación a su transcripción en el Registro existente a tal efecto en la Sección de Justicia Familiar del lugar de celebración del matrimonio. Asimismo, y en el plazo de quince días desde la homologación del acta de matrimonio por el Juez, se remitirá un extracto de ésta última al Registro Civil del lugar de nacimiento de los cónyuges, procediendo el Encargado de éste último a dejar constancia de las menciones que en el mismo figuran al margen del acta de nacimiento de cada uno de los cónyuges. Tan solo en el supuesto de que ninguno de los dos cónyuges hubiera nacido en Marruecos, se remitirá el extracto al Fiscal del Rey en el Tribunal de Primera Instancia de Rabat (art. 68 CFM). Una vez homologada el acta matrimonial, se remitirá el original de ésta última a la esposa, expidiéndose copia al marido (art. 69 CFM).

En todo caso, es preciso poner de relieve la gran importancia que el Derecho marroquí reconoce a la autonomía de la voluntad de las partes en la redacción del

³³ Para el caso de matrimonio de una disminuida mental, será precisa la autorización por parte del Juez de Familia (art. 23 CFM).

contrato matrimonial, siempre dentro de los límites del orden público religioso. En concreto, el CFM contempla la posibilidad de que la mujer, mediante cláusulas incluidas en el contrato matrimonial, excluya la poligamia (art. 40 CFM), se reserve la iniciativa del repudio (art. 89 CFM) o fije la dote y sus posibles ampliaciones como garantía frente a la ruptura del enlace (art. 27 CFM).

Por lo que respecta a los matrimonios mixtos de marroquí y extranjero, hay que señalar que éstos, con anterioridad a la promulgación del CFM, se hallaban regulados por el Dahir núm. 1.60.020, de 4 de marzo de 1960, relativo al matrimonio de los marroquíes con extranjeros³⁴, reglamentación que abría la posibilidad de celebrar tales enlaces, además de ante autoridad religiosa, ante el oficial del estado civil. Según el artículo 1 del citado Dahir, el varón marroquí que casara con extranjera lo había de hacer obligatoriamente ante autoridad religiosa, si bien contemplaba la posibilidad de celebrar también con posterioridad el enlace ante el oficial del estado civil, si así lo solicitaban ambos contrayentes y, siempre que no lo impidiera el estatuto personal del cónyuge marroquí. En todo caso, el artículo 2 del Dahir subordinaba la celebración de este segundo matrimonio ante la autoridad responsable del Registro Civil al cumplimiento de las condiciones de forma y fondo previstas por el estatuto personal del cónyuge marroquí. Se trataba, en suma, de hacer factible un enlace ante el Encargado del Registro Civil en aquellos casos en que éste último viniera impuesto por la ley nacional del contrayente extranjero.

En la actualidad, los matrimonios mixtos quedan incluidos en el ámbito de aplicación del CFM (art. 2)³⁵, y, por tanto, sometidos a la normativa en él contenida. El Dahir de 1960, según pone de manifiesto la doctrina marroquí, ha quedado tácitamente derogado por éste último (art. 397.1º CFM), aunque no queda claro si persiste o no la posibilidad que el derogado Dahir brindaba a los contrayentes de acudir al oficial del estado civil para celebrar un segundo enlace. Lo que sí que subsiste es la exigencia de autorización previa por parte de las autoridades marroquíes del matrimonio de extranjeros, y ello aún en el supuesto de que sean éstos musulmanes (art. 65.I.5 CFM), requiriéndose igualmente a los mismos la presentación de un certificado de capacidad matrimonial expedido por las autoridades de su país (art. 65.I.6 CFM).

2. Celebración del matrimonio en España o en un tercer país

La mujer marroquí que pretenda celebrar en España su enlace matrimonial, además de en la forma, civil o religiosa, prevista por la ley española, va a tener asimismo, según se ha visto, la posibilidad de contraerlo ante autoridad civil extranjera en nuestro país (art. 50 C.c.), posibilidad que nuestra legislación admite siempre que ninguno de los contrayentes ostente la nacionalidad española³⁶. Dicha autoridad podrá ser, o bien la autoridad consular marroquí, competente en principio en atención a la

³⁴ B.O. núm. 2474, de 25 de marzo de 1960.

³⁵ Esta es, de hecho, la opinión de los profesores de DIPr. M. Loukili, de la Universidad Mohamed V Aggdal (Rabat), y J. Ouhida, de la Universidad Mohamed V–Soussi (Rabat), en consulta formulada respecto a la legislación actual sobre matrimonios mixtos.

³⁶ *Vid.* la Res. DGRN de 7 de noviembre de 2005 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2005). El problema que se plantea ante el Centro Directivo radica en dilucidar si el matrimonio contraído por marroquí y francesa ante el Consulado de Marruecos en Algeciras se ofició de acuerdo a la forma religiosa prescrita por la legislación marroquí. Del acta matrimonial aportada a la autoridad registral espa-

nacionalidad de la mujer³⁷, o bien, de contraer ésta última matrimonio con un nacional de tercer país, la autoridad consular correspondiente a dicho Estado, siempre, claro está, que la legislación de éste último reconozca a sus funcionarios consulares en el extranjero la potestad de celebrar matrimonios³⁸. De estos dos supuestos, no obstante, exclusivamente nos referiremos a continuación al primero de ellos.

Asimismo, cabe barajar la posibilidad de que la mujer marroquí contraiga matrimonio conforme a su Derecho nacional, pero no en España, sino en un tercer país, ante la autoridad consular de su país en este último Estado, posibilidad que, como se pondrá de relieve en el próximo epígrafe, la legislación española supedita, a fin de atribuir eficacia al referido matrimonio, al hecho de que el otro contrayente no ostente la nacionalidad española.

En cualquier caso, la mujer marroquí que pretenda celebrar matrimonio conforme a su ley personal, sea en España o en un tercer país, habrá de dirigirse concretamente a las autoridades consulares marroquíes correspondientes a su lugar de residencia, autoridades a las que, para el inicio del correspondiente expediente matrimonial, deberá hacer entrega de la documentación prevista en el artículo 65 del CFM, a la que ya hizo alusión anteriormente. Mención especial, no obstante, merece el certificado de conversión al Islam que, en su caso, pueda resultar exigible, certificado que habrá de expedir la autoridad ante la cual se haya llevado a cabo la conversión, y que, en el caso concreto de celebrarse el matrimonio en España, podrá ser, o bien un adul marroquí, o bien una autoridad religiosa perteneciente a alguna Comunidad Islámica española inscrita y que forme parte de la Comisión Islámica de España o de algunas de las Federaciones integradas en ésta³⁹. Reunida toda esta documentación, se enviará al Juez de Familia del Consulado General de Marruecos en Madrid, que será quien se encargue de tramitar el expediente y de verificar la inexistencia de impedimentos.

El acto de celebración del matrimonio, una vez autorizado éste último, se llevará a cabo en presencia de dos funcionarios del Consulado correspondiente al lugar de residencia

ñaola se desprende que los dos adules, en calidad de testigos legalmente habilitados, acreditan la emisión del consentimiento de los contrayentes, así como la intervención del *wali* o tutor matrimonial de la esposa y el pago de la dote matrimonial. El acto quedó inscrito en el Registro Consular correspondiente, prueba de que el enlace fue realizado conforme a la ley personal del contrayente marroquí. La DGRN comprueba, mediante el conocimiento de la legislación extranjera, que el CFM no impone la intervención preceptiva *ad solemnitatem* del *cadí* o ministro de culto, pero sí es necesaria la presencia del adul. En consecuencia, se considera que el matrimonio ha producido efectos desde su fecha, por lo que estima el recurso y revoca el auto apelado que denegaba la inscripción del matrimonio.

³⁷ Téngase presente que la mujer marroquí solo va a poder acudir a la autoridad consular de su país para la celebración de matrimonio en forma islámica en los supuestos en que, según el CFM, éste último proceda.

³⁸ El que uno de los contrayentes sea español restringe las posibles formas de celebración del matrimonio en España, admitiéndose únicamente la posibilidad de que éste se celebre en forma civil española o en cualquiera de las formas religiosas permitidas por la ley española (art. 49 C.c.). De hecho, los cónsules extranjeros en España han recibido instrucciones para no llevar a cabo matrimonios cuando alguno de los dos cónyuges posea la nacionalidad española. *Vid.* en este sentido, la Res. DGRN de 5 de agosto de 1981 (*Anuario de la DGRN*, 1981, p. 731). En concreto, sobre el matrimonio entre español y marroquí celebrado en un Consulado de Marruecos en España y la negativa de la DGRN a inscribir tal matrimonio en el Registro Civil español *vid.* las Res. DGRN de 12 de mayo de 1999 (*Anuario de la DGRN*, 1999, pp. 3253–3255), 23 de octubre de 2001 (3^a) (*RJ* 2002/47692) y 19 de enero de 2004 (4^a) (*JUR* 2004/138637).

³⁹ *Vid.* los requisitos exigidos sobre el formulario del acta de conversión al Islam, en http://www.maec.gov.ma/fr/guide_consulaire/.

de los contrayentes que se hallen habilitados como adules (tégase presente que Marruecos otorga a algunos de los agentes consulares de su país en el extranjero la función de adul o notario tradicional, permitiéndoles con ello autorizar los actos en los que el Derecho marroquí requiere su presencia, entre los cuales se encuentra la celebración de matrimonio⁴⁰), quienes deberán dar fe del acto. Y en este punto hay que señalar que solo existen funcionarios consulares autorizados para el ejercicio de la función adular en los Consulados de zonas con un volumen importante de población marroquí⁴¹. Celebrada la unión, ésta se inscribirá sin más trámites en el Registro Civil consular, el cual, de conformidad con lo dispuesto en la Ley marroquí núm. 37/99, relativa al estado civil⁴², procederá posteriormente a dar traslado de la misma a las autoridades locales competentes en Marruecos para que le den reflejo en la inscripción original de nacimiento de cada uno de los cónyuges.

3. Reconocimiento por las autoridades españolas del matrimonio celebrado conforme a Derecho marroquí

El matrimonio celebrado por mujer marroquí en Marruecos ante las autoridades de su país tendrá acceso al Registro Civil español siempre que sea español el sujeto con quien aquél se contraiga, debiéndose concretamente inscribir en el correspondiente Registro Civil consular español en Marruecos (art. 16 LRC). Dicha inscripción, al amparo del artículo 256.3º del RRC, se habrá de practicar en virtud de certificación expedida por las autoridades registrales marroquíes, certificación en la que habrán de constar todos los datos que acrediten la validez del mismo conforme a la ley del lugar de celebración⁴³, no pudiendo éstos contradecirse con los consignados en los demás certificados exigidos para la inscripción, como el de nacimiento de los cónyuges. El certificado de matrimonio marroquí, en aplicación de lo dispuesto con carácter general en el artículo 88 del RRC, habría de venir en principio debidamente legalizada⁴⁴. Sin embargo, no hay que olvidar la aplicabilidad en este punto del Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre

⁴⁰ El adul, en el acto de celebración del matrimonio, actúa a la vez como testigo y como fedatario público encargado de extender el acta oficial para la posterior anotación del matrimonio en el Registro Civil competente. Sobre la función del adul *vid.* la Res. DGRN de 7 de noviembre de 2005 (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 2005).

⁴¹ Según información proporcionada por el Consulado General de Marruecos en Madrid, hay dos agentes consulares habilitados como adules, con posibilidad, por tanto, de intervenir en la celebración de matrimonio islámico, además de en el Consulado General de Marruecos en Madrid, en los Consulados Generales de Barcelona y Las Palmas y en el Consulado de Valencia. En algunos Consulados, como el de Almería y Algeciras, solo existe un agente adular, y en estos casos, al igual que en aquéllos en que el Consulado o Viceconsulado no cuenta con adules, se deriva la celebración del acto hacia un Consulado en el que sí los haya.

⁴² Dahir núm. 1.02.239, de 3 de octubre 2002, por el que se promulga la Ley núm. 37.99 relativa al estado civil (*B.O.* núm. 5054, 7 de noviembre de 2002).

⁴³ Si estos son suficientes para garantizar la identidad de las personas y demás datos esenciales, procederá la inscripción en el Registro Civil. *Vid.* las Res. DGRN de 24 de febrero de 1989 (*Anuario de la DGRN*, 1989, pp. 678–680), 30 de marzo de 1989 (*Anuario de la DGRN*, 1989, pp. 758–760) y 27 de septiembre de 1997 (*Anuario de la DGRN*, 1997, pp. 2146–2148).

⁴⁴ Tégase presente, no obstante, que, según el artículo 89 del RRC, quedan exentos de la referida exigencia aquellos documentos cuya autenticidad le conste directamente al Encargado del Registro Civil español.

los Reinos de España y de Marruecos⁴⁵, Convenio que, en su artículo 39, exime del requisito de legalización a las certificaciones de las actas del Registro Civil en la medida en que se hallen provistas del correspondiente sello oficial. El Convenio, es verdad, contiene asimismo en su artículo 42 una regla específica sobre traducción, si bien ésta última, según se infiere de su tenor literal, no resulta de aplicación a las certificaciones de las actas del Registro Civil. De ahí que, respecto de éstas últimas, haya que atender a la regla general establecida en el artículo 86 del RRC⁴⁶.

La autoridad registral española, en estas situaciones, se limitará a fiscalizar la posible existencia de matrimonio de conveniencia, dando para ello aplicación a lo dispuesto en la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006⁴⁷. La capacidad de la mujer marroquí se presume convenientemente controlada, a la luz del Derecho marroquí, por las autoridades de su país⁴⁸, mientras que la del cónyuge español ya se verificó en el expediente que, con carácter previo a la celebración del matrimonio, y de conformidad con el artículo 252 del RRC, hubo de tramitarse ante la autoridad registral española para la expedición por parte de ésta del certificado de capacidad nupcial exigido por las autoridades marroquíes para la celebración del enlace (art. 65.I.6º CFM)⁴⁹. Y, por lo que respecta a la validez formal del referido matrimonio, ésta queda garantizada en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 del C.c., al ser la marroquí la ley correspondiente al lugar de celebración⁵⁰. Una vez inscrito el matrimonio en el correspondiente Registro Civil consular, éste dará traslado del mismo al Registro Civil Central en Madrid (art. 18.2º LRC).

En todo caso hay que advertir que, en el supuesto de que la mujer marroquí haya contraído matrimonio en Marruecos en forma islámica con ciudadano español, y

⁴⁵ BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997.

⁴⁶ Según el artículo 86 del RRC, la traducción debe ser efectuada por Notario, Cónsul, Traductor u otro órgano o funcionario competente. No obstante, hay que tener presente la posibilidad que en el citado precepto se brinda al Encargado del Registro Civil español de prescindir de la traducción si le consta su contenido, o, lo que es lo mismo, si conoce el idioma en el que se halle redactado.

⁴⁷ Vid. el capítulo "LA MUJER MARROQUI ANTE EL MATRIMONIO DE CONVENIENCIA".

⁴⁸ En el hipotético supuesto de que ésta última fuera menor de catorce años, que es la edad a partir de la cual, según nuestro ordenamiento, y por el juego de dispensas previsto en el C.c., existe *ius connubii*, el matrimonio en cuestión no sería reconocido en España, por conculcarse el orden público español. Respecto a la posibilidad de inscripción en el Registro Civil español de un matrimonio celebrado en Marruecos, conforme a la *lex loci*, entre un español soltero y una marroquí que en el momento de la celebración del matrimonio tenía quince años vid. la Res. DGRN de 27 de mayo de 1994 (3ª) (*Anuario de la DGRN*, 1994, pp. 1464-1467).

⁴⁹ Precisamente la no obtención de este certificado de capacidad nupcial viene siendo motivo alegado por la DGRN para declarar nulos aquellos matrimonios celebrados en Marruecos, ante autoridad marroquí, por parte de ciudadanos marroquíes naturalizados españoles que, pese a haber renunciado expresamente a la nacionalidad marroquí en el momento de la adquisición de la española, y a fin de obviar la exigencia de certificado de capacidad nupcial impuesta en el art. 65.I.6º CFM a los extranjeros, esgrimen ante las autoridades de Marruecos la nacionalidad de este país (nacionalidad que, según el Derecho marroquí, no pierden como consecuencia de la renuncia que a la misma llevan a cabo ante la autoridad española).

⁵⁰ Vid. las Res. DGRN de 17 de septiembre de 2001 (2ª) (*RJ* 2001/10200) y 5 de noviembre de 2001 (4ª) (*RJ* 2002/3081), sobre celebración de matrimonio entre español y marroquí en Marruecos conforme a la *lex loci* y su acceso al Registro Consular español. El Centro Directivo deja claro que el Encargado del Registro Consular español no puede volver a enjuiciar el fondo del asunto, debiendo limitarse a calificar los aspectos formales de la certificación extranjera, siempre que al contrayente español se le haya entregado previamente el certificado de capacidad matrimonial para casarse en el extranjero.

éste, al tiempo de contraerlo, se encontrara vinculado por un matrimonio anterior subsistente, no habiendo sido constatado este hecho por la autoridad española a la hora de expedir el correspondiente certificado de capacidad matrimonial, el segundo matrimonio, según la DGRN, se considerará inexistente para el Derecho español y no podrá tener acceso al Registro Civil español por concurrir el impedimento de ligamen (arts. 46.2º y 73.2º C.c.)⁵¹.

A falta de certificación registral (téngase en cuenta la existencia en Marruecos de un número importante de matrimonios no inscritos en el Registro Civil marroquí, como son, p.e., los celebrados hace tiempo o los contraídos en zonas recónditas del país en las que no hay Registro Civil), los cónyuges que hayan celebrado en Marruecos matrimonio islámico podrán acreditar su existencia por otros medios, lo cual no siempre se presenta fácil. La DGRN, en tales casos, viene admitiendo la inscripción cuando se presente un acta matrimonial en la que dos adules acrediten la emisión del consentimiento ante testigos y especifiquen las circunstancias personales y temporales de la celebración, siempre que el acta en cuestión cumpla los requisitos exigidos por la *lex loci*, que deberán ser apreciados por la autoridad civil española⁵². Ahora bien, si en el acta no constan datos considerados esenciales, como la fecha de celebración, la intervención de testigos o de adules, etc., la inscripción deberá ser denegada, por no existir elementos de juicio suficientes para apreciar el cumplimiento de las condiciones de forma prescritas por la ley del lugar de celebración del matrimonio⁵³. Los cónyuges, en estos supuestos, tendrán en sus manos la posibilidad de promover un juicio de estado civil, en el que la prueba de la celebración no se halla preconstituída, evitándose con ello tener que celebrar un nuevo matrimonio, cuyos efectos, además, serían *ex nunc*.

No será en ningún caso válido a la luz del DIPr. español, y, por tanto, no podrá de ser inscrito en el Registro Civil español, el matrimonio que la mujer marroquí contraiga con ciudadano español ante las autoridades consulares marroquíes en un tercer país, dado que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49 del C.c., un español sólo podrá contraer matrimonio en el extranjero, o bien conforme a la ley del lugar de celebración, o bien con arreglo a la ley española, esto es, ante autoridad consular española, pero en nunca conforme a la ley personal del otro contrayente⁵⁴. Tratándose de un matrimonio entre mujer marroquí y ciudadano también marroquí o nacional de tercer Estado, ya se haya celebrado el mismo ante autoridad marroquí en Marruecos o en un cualquier otro país extranjero, no podrá aquél en principio acceder al Registro Civil español por no darse los presupuestos del artículo 15 de la LRC. No obstante, hay que señalar que el referido matrimonio tendrá acceso al Registro Civil español únicamente en dos supuestos: 1) en caso de que alguno de los contrayentes adquiera con posterioridad la nacionalidad española, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del RRC, donde se establece que son

⁵¹ Vid. Res. DGRN de 27 de octubre de 1992 (*Anuario de la DGRN*, 1992, pp. 1677–1679).

⁵² Res. DGRN de 16 de junio de 1997 (3º) (*Anuario de la DGRN*, 1997, pp. 1851–1854).

⁵³ Vid., p.e., las Res. DGRN de 31 de marzo de 1989 (*Anuario de la DGRN*, 1989, pp. 762–765), 12 de abril de 1996 (*Anuario de la DGRN*, 1996, pp. 1678–1680), 30 de mayo de 1998 (1º) (*Anuario de la DGRN*, 1998, 2683–2685) y 8 de noviembre de 1999 (*Anuario de la DGRN*, 1999, 4025–4028).

⁵⁴ De ahí que resulte discutible la Res. DGRN de 13 de julio de 1982 (*Anuario de la DGRN*, 1982, pp. 620–621), en la que se admite la validez del matrimonio entre español y extranjero celebrado “ante una autoridad consular distinta de la española, siempre que esta forma sea una de las admitidas por la ley del lugar”.

inscribibles los hechos que afecten a españoles, aunque hayan acaecido antes de adquirir la nacionalidad española⁵⁵, y 2) en el supuesto de que los cónyuges obtengan en España una sentencia de nulidad, separación o divorcio⁵⁶, pues, según el artículo 15.2º de la LRC, “en todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el Derecho español”. Y, siendo preceptiva la inscripción de la sentencia de nulidad, separación o divorcio recaída en España, habrá que proceder necesariamente a la inscripción del matrimonio sobre cuya base se habrá que practicar la de la sentencia en cuestión (art. 76 LRC). La inscripción, en los dos mencionados supuestos, se efectuará por la vía del artículo 256.3º del RRC, siendo para ello necesario presentar la certificación extranjera donde conste el enlace (certificación que, en todo caso, deberá reunir los requisitos a los que anteriormente se aludió para que pueda surtir efecto en España⁵⁷). La DGRN, además, exige la tramitación del expediente previsto en el artículo 257 del RRC, destinado a acreditar tanto la capacidad de los contrayentes en el momento de la celebración del matrimonio⁵⁸, como la celebración en forma de éste último. Y, en este último punto, y por aplicación analógica del artículo 50 del C.c., se considerará que el matrimonio es válido en cuanto a forma si se ajusta a lo establecido, bien en la ley del lugar de celebración, bien en la ley personal de cualquiera de los contrayentes en el momento del enlace. Mención especial merece el caso del matrimonio entre mujer marroquí y varón, marroquí o nacional de tercer país, bígamo, en los supuestos en que, con posterioridad a la celebración del matrimonio, cualquiera de ellos se naturaliza español. La DGRN, en diversas ocasiones, se ha debido manifestar precisamente sobre la posibilidad de inscripción en el Registro Civil español del matrimonio polígamo celebrado en Marruecos, según la ley islámica, entre dos nacionales de ese país, cuando cualquiera de ellos, o los dos, adquieren posteriormente la nacionalidad española. Y en todos los casos, y pese a que el enlace se hubiera celebrado válidamente conforme a la que, en el momento de su celebración, era ley personal del o de los contrayentes, el Centro Directivo se ha opuesto a tal posibilidad, invocando tal efecto el orden público internacional español (dignidad constitucional de la persona, igualdad de los cónyuges y monogamia)⁵⁹. Para la DGRN, no hay duda, solo es posible el acceso al Registro Civil del primer matrimonio del varón polígamo.

⁵⁵ Vid. la Res. DGRN de 26 de junio de 1996 (2ª) (RJ 1996/6735).

⁵⁶ Vid. el capítulo “NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO DE LA MUJER MARROQUÍ EN ESPAÑA”.

⁵⁷ Vid. la Res. DGRN de 21 de enero de 1998 (1ª) (*Anuario de la DGRN*, 1998, vol. II, pp. 2121–2123). La posición mantenida en la misma por la DGRN resulta bastante rígida, al dudar del contenido de la certificación de matrimonio emitida por una autoridad marroquí. El asunto se plantea con ocasión de la inscripción en el Registro Civil español de un matrimonio celebrado en Marruecos por un marroquí que había adquirido la nacionalidad española. El Centro Directivo alude a que sólo se aporta la certificación de matrimonio debidamente traducida, declarando inválida la unión matrimonial por no hallarse la referida certificación convenientemente legalizada.

⁵⁸ Vid. el Fundamento de Derecho II de la Res. DGRN de 4 de octubre de 1996 (2ª) (*Anuario de la DGRN*, 1996, vol. I, pp. 2211–2214), así como la Res. DGRN de 14 de junio de 2005 (1ª) (RJ 2005/7534).

⁵⁹ Vid., entre otras, las Res. DGRN de 14 de septiembre de 1994 (RJ 1994/8876), 3 de diciembre de 1996 (RJ 1997/7371), 20 de febrero de 1997 (3ª) (*Anuario de la DGRN*, 1997, vol. I, pp. 1363–1365), 22 de octubre de 2004 (1ª) (JUR 2005/53767) y 10 de diciembre de 2004 (4ª) (JUR 2005/79607).

Finalmente, hemos de referirnos al matrimonio celebrado en España ante autoridad consular marroquí. Este último, además de en el correspondiente Registro Civil consular, deberá ser inscrito asimismo en el Registro Civil español. Y ello en virtud del artículo 15 de la LRC, que impone el acceso al Registro Civil español de los hechos acaecidos en España aunque afecten a extranjeros, partiendo de la consideración como territorio español de los locales diplomáticos y consulares. La legislación registral española, es cierto, nada dispone expresamente sobre cuál ha de ser el Registro Civil en el que el matrimonio consular debe ser inscrito. No obstante, bien se puede inferir de la citada legislación que tal inscripción se habrá de efectuar en el Registro Civil español correspondiente al lugar donde haya acaecido el hecho (art. 16 LRC), esto es, en el Registro Civil del lugar donde se halle el Consulado en el que se haya celebrado el matrimonio.

El Encargado del Registro Civil español, de conformidad con el artículo 256.4º del RRC, reconocerá el matrimonio consular con sólo verificar la certificación emitida por el funcionario consular marroquí competente acreditativa de la celebración del enlace⁶⁰, certificación que, como es obvio, deberá reunir los requisitos formales a los que anteriormente se ha hecho referencia. En todo caso, la unión matrimonial quedará sometida a las reglas de validez de los enlaces conyugales consulares, ya examinadas con anterioridad.

No podemos concluir sin poner de relieve que aquellos matrimonios que, según lo expuesto, son susceptibles de acceder al Registro Civil español a través de un asiento de inscripción, en los casos en que no puedan ser inscritos por no reunir los requisitos exigidos para su validez por el C.c. o por no haber sido éstos acreditados debidamente, deberán ser objeto de anotación en el Registro, con valor meramente informativo (art. 271 RRC). A tal efecto, el Encargado del Registro Civil se limitará a verificar si el certificado emitido por la correspondiente autoridad marroquí reúne o no los requisitos de forma a los que ha hecho alusión anteriormente, sin entrar a valorar lo requisitos de fondo del acto.

Asimismo, es preciso destacar que el hecho de que un matrimonio no pueda acceder al Registro Civil español ni mediante asiento de inscripción ni de anotación, en modo alguno significa que no vaya a poder aquél hacerse valer en España a otros efectos (p.e., obtención de pensión alimenticia o de viudedad, participación en indemnizaciones, derechos hereditarios, calificación matrimonial de la filiación del hijo, otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, reagrupación familiar...). De hecho, la DGRN se ha manifestado expresamente a favor de que tales matrimonios produzcan al menos los efectos del matrimonio putativo⁶¹. Y en orden precisamente a la obtención de estos “otros efectos”, la existencia del matrimonio en cuestión se habrá de acreditar mediante certificado expedido por el Registro Civil marroquí o por cualquier otro medio de prueba admitido por la *lex loci celebrationis*. En todo caso, queda a salvo la posibilidad de que la validez del referido matrimonio sea impugnada judicialmente.

La obtención de algunos de estos “otros efectos” se va a poder predicar incluso de los matrimonios polígamos, aunque no de todos. Solo de aquéllos en que el grado

⁶⁰ Téngase presente cuanto se ha indicado respecto a los requisitos formales que, en aplicación del Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, han de cumplir las certificaciones registrales marroquíes.

⁶¹ *Vid.* Res. DGRN de 23 de mayo de 1994 (*Anuario de la DGRN*, 1994, pp. 1426–1430).

de vinculación o conexión personal de los cónyuges con España sea menor, como sucederá en el caso de la mujer marroquí que contrae segundas o ulteriores nupcias con un varón también marroquí o nacional de un tercer Estado. Y ello en virtud de la atenuación que, en tales supuestos, respecto de ámbitos muy concretos, viene llevándose a cabo del orden público internacional (de ser español quien contrae segundo o ulterior matrimonio con la mujer marroquí, por venirle permitido por su estatuto religioso, el matrimonio en cuestión será radicalmente nulo, por contrariar el orden público, no reconociéndosele al mismo ningún efecto). Concretamente, cabe afirmar que la mujer marroquí con quien el varón marroquí o nacional de tercer Estado haya contraído segundo o ulterior matrimonio va a poder hacer valer éste último ante las autoridades judiciales españolas a fin de solicitar una pensión alimenticia de su marido. Asimismo, en el ámbito de la Seguridad Social, viene atribuyéndose eficacia a los sucesivos matrimonios contraídos por varón polígamo al admitirse la posibilidad de que, tras el fallecimiento de este último, la pensión de viudedad se reparta entre las distintas esposas⁶². Finalmente, es preciso recordar que la legislación de extranjería, al regular el derecho de reagrupación familiar, contempla expresamente la posibilidad de que el reagrupante sea polígamo, disponiendo que, en tal caso, éste último sólo podrá ejercer su derecho de reagrupación respecto de uno solo de los cónyuges, sin exigir que sea éste el primero con quien contrajo matrimonio⁶³.

Como se puede constatar, las mujeres marroquíes que, residiendo en España, no hayan contraído matrimonio conforme a Derecho español, no siempre van a tener la posibilidad de dejar constancia de su matrimonio en el Registro Civil español. El acceso o no de éste último, como se ha visto, va a depender tanto del lugar de celebración del matrimonio, como de la nacionalidad de la persona con quien el referido matrimonio se haya contraído. De ahí que un sector de la doctrina internacionalprivatista española se haya planteado la conveniencia de una adecuación de la legislación registral española a la realidad multicultural que vive nuestro país, a fin de facilitar el acceso al Registro Civil español de determinados actos relativos a extranjeros efectuados en otros lugares. En concreto, se han propuesto dos principales soluciones: 1) la reforma de la LRC en orden a permitir el acceso de actos de estado civil acaecidos fuera de las fronteras españolas y que afecten exclusivamente a extranjeros, siempre que se muestre una vinculación significativa con el territorio español, y 2) la articulación de un mecanismo *ad hoc* para facilitar la adquisición de títulos de legitimación a cualquier extranjero con interés legítimo mediante la creación de un Registro Civil de extranjeros con vínculos estrechos con España. Se ha barajado asimismo como alternativa la opción, ya admitida en Derecho español, de instar una acción declarativa antes los órganos jurisdiccionales españoles para que éstos se pronuncien sobre la validez del matrimonio, pronunciamiento que

⁶² Vid. a título de ejemplo la Sent. TSJ de Madrid (Sala de Social) de 29 de julio de 2002, en la que el órgano jurisdiccional decide repartir la pensión de viudedad de un nacional marroquí que había contraído matrimonio polígamo, entre las distintas mujeres, en proporción al período de convivencia acreditado con el marido fallecido. En realidad, la decisión sigue el criterio marcado por el artículo 23 del Convenio entre el Reino de Marruecos y el Estado español sobre Seguridad Social, de 8 de noviembre de 1979 (BOE núm. 245, de 13 de octubre de 1982), según el cual “la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”.

⁶³ Vid. el capítulo “MUJER INMIGRANTE MARROQUÍ: REAGRUPACIÓN FAMILIAR”.

tendría en todo caso acceso al Registro Civil español. No obstante, hay que reconocer que es ésta última una opción que resulta excesivamente onerosa.

IV RECOMENDACIONES

A la vista de lo expuesto en este trabajo, son varios los extremos que, consideramos, debe tener presente la mujer marroquí que, o vaya a contraer matrimonio, o ya lo haya contraído:

1. Si piensa celebrar matrimonio ante autoridad religiosa islámica en España, es conveniente que tramite el expediente previo en el Registro Civil español que resulte competente por razón del domicilio de los contrayentes, ya que con ello logrará que, antes de la celebración del matrimonio, se verifique por parte del Encargado del Registro la capacidad nupcial del varón marroquí, constatando si es o no polígamo.
2. Si el matrimonio lo va a celebrar conforme a Derecho marroquí, sea en Marruecos o en España, tiene a su alcance la posibilidad de incluir en su contrato matrimonial una cláusula destinada a prohibir la poligamia, cláusula que, de no ser respetada por el marido, dará derecho a la mujer a solicitar el divorcio judicial.
3. La actual normativa marroquí en materia de Derecho de Familia ya no exige la intervención de tutor matrimonial (*wali*) para que la mujer pueda contraer matrimonio. La función del tutor matrimonial queda en estos momentos limitada a consentir el enlace conyugal de los contrayentes menores de edad. No obstante, y por tradición, se sigue permitiendo que toda aquella mujer mayor de edad que así lo desee acuda al acto de matrimonio acompañada de tutor.
4. La dote en el contrato matrimonial sigue siendo elemento obligatorio para su validez, si bien el CFM reformula su definición, haciendo hincapié en su valor simbólico y no económico. De ahí que el silencio en cuanto a la dote en el acta matrimonial no implique la nulidad de ésta última, nulidad que únicamente cabrá predicar de aquellas actas matrimoniales en las que se recoja una cláusula excluyendo expresamente tal obligación.
5. La mujer marroquí que celebre matrimonio en España conforme a Derecho español, sea en forma civil o en forma islámica, no debe temer que su enlace no vaya a ser reconocido por las autoridades de su país, siempre que, por parte de las autoridades españolas, no se hayan ignorado, por considerarlos contrarios al orden público internacional español, ciertos impedimentos previstos en Derecho marroquí. Según el CFM, dispondrá aquélla del plazo de tres meses, a contar desde el momento de la celebración del matrimonio, para inscribir éste último en el correspondiente Consulado marroquí.
6. La mujer marroquí que, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del CFM, hubiera celebrado matrimonio en el extranjero y éste no hubiera sido reconocido por las autoridades de su país, dispone de plazo hasta 2009 para regularizar su situación matrimonial.

V. BIBLIOGRAFÍA

– ADROHER BIOSCA, A.: “Matrimonio islámico y Derecho internacional privado español”, *Hominum causa omne ius constitutum est: escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. J. M. Díaz Moreno*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Comillas, 2000, pp. 879–900.

- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “El matrimonio consular”, *B.I.M.J.*, núm. 1937, 15 de marzo de 2003, pp. 5–30.
- *Id.*: *Intervención consular en Derecho internacional privado*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 51–85.
- ALDEEB ABU–SAHLIEH, S.: “Le Droit de famille dans le monde arabe. Constantes et défis”, *Famille–Islam–Europe. Le droit confronté au changement*, París, L’Harmattan, 1996, pp. 155–194.
- ALDEEB ABU–SAHLIEH, S. y BONOMI, A.: *Le droit musulman de la famille et des successions à l’épreuve des ordres juridiques occidentaux (Étude de Droit comparé sur les aspects de Droit international privé liés à l’immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse)*, Zúrich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999.
- ALENDA SALINAS, M.: “Derecho de familia musulmán en un país de inmigración: entre el desconocimiento y la normalidad del instituto matrimonial islámico en España”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la U.E. y Derecho comparado. Actas del IX Congreso internacional de Derecho eclesiástico del Estado*, San Sebastián, 2000, pp. 299–315.
- ARROYO MONTERO, R.: *El matrimonio consular*, Madrid, La Ley, 1990.
- BENYAHYA, M. y BOUACHIK, A.: *La condition juridique des étranger au Maroc. Collection “Textes et Documents”*, 1ª edic., Rabat, El Maârif Al Jadida, 2005, pp. 277–309.
- BORRMANS, B.: *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 a nos jours*, París–La Haya, Mouton & CO, 1977.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.: “Pluralidad de forma de celebración y matrimonio musulmán. Una perspectiva del Derecho internacional privado español”, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 10, mayo–agosto 2004, pp. 425–477.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.): “Matrimonio y parejas de hecho”, *Derecho internacional privado*, vol. II, 8ª edic., Granada, Comares, 2007, pp. 51–97.
- COMBALÍA SOLÍS, Z.: *Recepción del Derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense*, Granada, Comares, 2006.
- *Id.*: “Reconocimiento de la dote islámica en Occidente: un estudio de la jurisprudencia estadounidense”, *Aequalitas*, núm. 10–11, 2002, pp. 51–60.
- DECROUX, P.: “Mariage mixtes au Maroc”, *Revue Marocain de Droit*, 1956, pp. 1–28.
- DIAGO DIAGO, Mª. P.: “Repercusiones de la nueva *Mudawana* en la inmigración marroquí”, en <http://www.webislam.com>.
- *Id.*: “La dot islamique à l’épreuve du conflit de civilisations sous l’angle du Droit international privé espagnol”, *Annales de Droit de Louvain*, 2001, 4, vol. 61, pp. 407–442.
- *Id.*: “La nueva *Mudawana* marroquí y el Derecho internacional privado”, *R.E.D.I.*, 2004, núm. 2, vol. LVI, pp. 1078–108.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Matrimonio y uniones de hecho”, *Derecho internacional privado*, 4ª edic., Madrid, Thomson–Civitas, 2007, pp. 349–364.
- FERIA GARCÍA, M.C.: “Algunas reflexiones en torno a las reformas del Derecho de Familia en Marruecos”, *Hesperia*, 2, 2005, pp. 21–35.

- FOGLETS, M.C. y LOUKILI, M.: “Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?”, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2005, 3, pp. 521–555.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: *La celebración del matrimonio religiosos no católico*, Madrid, Tecnos, 1999.
- *Id.*: “La celebración e inscripción de matrimonios mixtos”, *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla, 6–9 de abril de 1999)*, Madrid, Universidad de Alcalá, 1999, pp. 205–235.
- *Id.*: “La celebración de matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubii* (especial referencia a la poligamia)”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 2002, págs. 143–220.
- LABACA ZABALA, M^a.L.: “El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español”, en <http://noticias.juridicas.com/>.
- LINANT DE BELLEFONDS, Y.: *Traité de droit musulman comparé*, t. III, París, Mouton et Co., 1973.
- LAFROUJI, M.: *Droit de la famille, série « textes législatifs et réglementaires »*, 2^a edic., núm. 50, Casablanca, 2004.
- MAÍLLO SALGADO, F.: *Diccionario de Derecho islámico*, Gijón, Trea, 2005.
- MARCHAL ESCALONA, N.: “Matrimonio religioso y la Instrucción de 10 de febrero de 1993 de la DGRN”, *La Ley*, 1996, núm. 4175, pp. 1–7.
- MOTILLA DE LA CALLE, A. y LORENZO VÁZQUEZ, P.: *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Madrid, Colex, 2002.
- MOTILLA DE LA CALLE, A.: *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2003.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado Español*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2002.
- *Id.*: “Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006”, *La Ley*, núm. 6542, septiembre de 2006, pp. 1–8.
- *Id.*: La doctrina de la DGRN en materia de reconocimiento registral de los matrimonios extranjeros, con especial referencia al matrimonio consular”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 275–286.
- OUALD–ALI, K.: “El estatuto jurídico de la mujer marroquí en la sociedad de origen”, en <http://virtual.ujaen.es/ininv/>.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “La réception du nouveau Code la famille marocain (Moudawwana, 2000) en Europe”, *Riv.dir.int.pr.proc.*, núm. 3, 2004, pp. 877–900.
- *Id.*: *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones. África del norte y América latina*, t. I, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 99–126.
- ROCA TRÍAS, E.: “Las consecuencias del acuerdo con las comunidades islámicas en materia de matrimonio”, *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d’Estudis i Cooperació, 1998, pp. 245–463.
- RODRÍGUEZ BENOT, A.: “El Estatuto personal común”, *Primer encuentro judicial hispano-marroquí entre la Corte Suprema de Maruecos y el Consejo General del Poder Judicial*, Rabat, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, 2001, pp. 43–105.

- RODRÍGUEZ GAYÁN, E.: *Derecho registral civil internacional*, Madrid, Eurolex, 1995.
- RUIZ-ALMODÓVAR, C.: *El Derecho privado en los países árabes. Códigos de Estatuto Personal*, Granada, Universidad de Granada y Fundación Euroárabe de Altos Estudios, 2005.
- SAREHANE, F.: “Maroc. Le statut personnel. Droit commun. Capacité, mariage et filiation”, *Juris-Classeur de Droit comparé*, 2002, vol. 2, pp. 1–28.
- ZEKRI, H.: “El nuevo Código de Familia Marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano marroquíes”, *R.E.D.I.*, 2004, núm. 1, vol. LVI, pp. 201–313.

7. LA MUJER MARROQUÍ ANTE EL MATRIMONIO DE CONVENIENCIA*

Sixto A. Sánchez Lorenzo**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CERTIFICADO DE CAPACIDAD MATRIMONIAL DEL CONTRAYENTE ESPAÑOL. III. MATRIMONIO CELEBRADO EN MARRUECOS. IV. MATRIMONIO CELEBRADO EN ESPAÑA Y EN MELILLA. V. MATRIMONIO DE MUJER MARROQUÍ CON MUJER ESPAÑOLA. VI. CONCLUSIONES: CAUTELAS BÁSICAS PARA LA MUJER MARROQUÍ. VII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace algo más de una década nuestro sistema jurídico ha impuesto un severo control del consentimiento matrimonial para los matrimonios entre españoles y extranjeros, con el fin de evitar los matrimonios simulados o de conveniencia, que son celebrados con el ánimo de obtener alguna ventaja de extranjería, singularmente la residencia legal en España o, incluso, un acceso rápido a la nacionalidad española. Dicha práctica justificó en su momento la *Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995*, cuya finalidad es acentuar las comprobaciones sobre la veracidad del consentimiento matrimonial en los expedientes previos a la celebración del matrimonio en España, cuando uno de los contrayentes se encuentra domiciliado en el extranjero. El control del matrimonio de conveniencia se extiende asimismo a la expedición de certificados de capacidad matrimonial al contrayente español que pretende contraer matrimonio con un extranjero en el extranjero, y a la inscripción en España de matrimonios celebrados en el extranjero entre contrayente español y extranjero. La numerosa práctica en el control del consentimiento derivada de dicha *Instrucción* ha sido sistematizada en la *Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006 sobre los matrimonios de complacencia*.

La práctica del control del consentimiento consiste, dada la complacencia subjetiva de ambos contrayentes, en la realización de preceptivas audiencias previas con ambos contrayentes, que no pueden ser meramente formularias o sumarias, y en las que el Encargado del Registro puede denegar la autorización para contraer matrimonio, para expedir el certificado de capacidad matrimonial o para inscribir el matrimonio celebrado en el extranjero sobre la base de indicios puramente objetivos relativos a las relaciones entre ambos contrayentes, la contradicción de sus manifestaciones y otros indicios variopintos¹.

* La presente investigación se enmarca en el Proyecto de Excelencia SEJ 820 “Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza”, subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

** Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

¹ En el ámbito comunitario, la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos establece una orientación parecida, fijando una serie de presunciones para considerar fraudulento un matrimonio: no manteni-

Los resultados prácticos de la doctrina registral deben ser objeto de serias críticas. En primer lugar, por haber alterado el propio Derecho de familia, contaminado por las exigencias de la política de inmigración, alterando el sentido del “consentimiento matrimonial” en nuestro Derecho civil, objetivándolo y haciendo asumir a los órganos administrativos un papel que, en un Estado de Derecho que se precie, debería corresponder al orden jurisdiccional a través de acciones de nulidad interpuestas por el Ministerio Fiscal. En segundo lugar, aunque se ha atenuado notablemente en los tiempos más recientes, se constata la frecuencia demostrada con que la DGRN yerra en la apreciación, perjudicando el derecho fundamental a contraer matrimonio (art. 32 CE). Estos errores se ponen de manifiesto, en especial, en los supuestos de matrimonios celebrados en el extranjero, cuya inscripción se rechaza por el Consulado, así como en el correspondiente recurso ante la DGRN. Al intentar inscribirse posteriormente el mismo matrimonio en el Registro Central, se vuelve a rechazar por fraudulento, y se vuelve a recurrir a la DGRN. En este último recurso, la Dirección repara en que ha pasado ya un buen tiempo y se acumulan los indicios de que, realmente, el matrimonio era auténtico, pese a la «absoluta certeza» del método seguido. En lugar de reconocer su error al considerar fraudulento un consentimiento que fue auténtico, la DGRN, con harto cinismo, habla de «hechos nuevos». La frecuencia de esta hipótesis es tal que ha dado lugar a una nueva rúbrica en el catálogo de calificación del propio Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado exclusivamente referida a tales casos: «Matrimonio celebrado en el extranjero. Se ordena su inscripción en el Registro Central, a pesar de que fue denegada en el Registro Consular, porque hay hechos nuevos que justifican la existencia de consentimiento matrimonial». Ciertamente no hay ningún hecho nuevo, pues el consentimiento sigue siendo el mismo, a no ser que la DGRN opte por la «posesión de estado».

Al mismo tiempo, la doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia ha generado una auténtica discriminación entre españoles según la nacionalidad de la persona con quien pretendan contraer matrimonio (art. 14 CE), que ha sido puesta de relieve por la *Sent. AP de Barcelona de 16 de octubre de 2000*, en relación con uno de los indicios habitualmente considerados como sospechosos: la diferencia notable de edad. Debe señalarse que, en principio, la práctica exige que al menos uno de los contrayentes sea español, pues, formalmente, este control del consentimiento se realiza sobre la base de la aplicabilidad de la ley española (art. 9.1. C.c.), que se tiene en cuenta por

miento de la vida en común; ausencia de contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio; el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio; el hecho de que se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo), sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos; el hecho de que medie un pago por contraer el matrimonio; los antecedentes de alguno de los cónyuges en este tipo de conductas. La detección de uno de estos factores obliga a los Estados a no expedir el permiso de residencia hasta que la autoridad competente compruebe que no se trata, en efecto, de un matrimonio fraudulento. En caso contrario, el permiso o autorización de residencia por matrimonio se revocará, se retirará o no se renovará. Evidentemente, la disposición comunitaria no prevé ni puede prever la nulidad del matrimonio, agotando su eficacia en el terreno del Derecho de Extranjería y de la denegación de los beneficios establecidos en las disposiciones comunitarias [Sent. TJCE de 23 de septiembre de 2003 (As. C-109/01: “*Hacene Akrich*”).]

“economía conflictual”. Ello parecía justificar la imposibilidad de juzgar un eventual fraude en el consentimiento si ambos eran extranjeros, aunque uno de ellos hubiese adquirido posteriormente la nacionalidad española [*Res. DGRN (1.ª) de 26 de noviembre de 2001 (2.ª, 3.ª, 4.ª y 5.ª) de 11 de septiembre de 2002 (5.ª) de 29 de junio de 2002*]. Sin embargo, la doctrina registral más reciente y la Instrucción de 2006 ¿al menos para los matrimonios autorizados en España? avalan finalmente la aplicación de la ley española y el control del consentimiento incluso cuando ambos contrayentes son extranjeros y ninguno de ellos ostenta una nacionalidad comunitaria, desvirtuando en realidad la defendida aplicabilidad al consentimiento de la “ley nacional” (*Res. DGRN de 3 de junio de 2005, 7 de julio de 2005, 10 de octubre de 2005, 22 de diciembre de 2005, 27 de junio de 2006, 31 de mayo de 2006, etc.*). Para justificarlo, se acude al sofisma del “orden público internacional oculto”, que es una forma de decir que el Encargado del Registro Español aplica el control de extranjería a los contrayentes extranjeros sin preocuparle en modo alguno el artículo 9.1º del C.c.

¿Qué especialidades en este contexto arroja la práctica registral en relación con los matrimonios que involucran a nacionales marroquíes, y singularmente a las mujeres que ostentan dicha nacionalidad? Este es el objeto de la presente colaboración, en que hemos tomado como referencia la práctica más reciente, concretamente desde el 1 de enero de 2005, referida exclusivamente a nacionales marroquíes. Su análisis demostrará que, en muchos casos, proyectos auténticos pueden resultar sospechosos como fraudulentos, perjudicando gravemente el derecho a contraer matrimonio. Para minimizar este riesgo, la mujer marroquí podrá adoptar ciertas cautelas que serán presentadas a modo de conclusión.

II. EL CERTIFICADO DE CAPACIDAD MATRIMONIAL DEL CONTRAYENTE ESPAÑOL

Como se ha señalado, uno de los supuestos en que se procede al control del consentimiento matrimonial tiene que ver con la expedición del certificado de capacidad matrimonial para el español o española que pretende contraer matrimonio en el extranjero con extranjero o extranjera. El mayor número de resoluciones de la DGRN sobre esta cuestión aparece referida, concretamente, a matrimonios mixtos entre español y marroquí. El supuesto más habitual trata de matrimonios que pretenden celebrarse en Marruecos entre hombre español y mujer marroquí, por cuanto el certificado de capacidad del contrayente español resulta preceptivo para la celebración de dicho matrimonio y su posterior reconocimiento en España². Debe hacerse notar que, desde el punto de vista del Derecho civil, este control del consentimiento anticipado parece por completo de sentido. En efecto, el certificado de capacidad, como su propio nombre indica, cumple la función de garantizar y acreditar la capacidad nupcial del contrayente, evitando la nulidad del matrimonio por falta de capacidad. Desde el punto de vista del Derecho español, el certificado

² Si bien Marruecos no es parte del Convenio de Munich de 5 de septiembre de 1980 relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, del que es parte España desde 1988. *Vid.* específicamente para los matrimonios en Marruecos la Consulta DGRN de 19 de julio de 2005 (4º).

en cuestión sirve para constatar que el contrayente español cumple con las condiciones de capacidad previstas por la ley española, en relación con la edad y, sobre todo, con la ausencia de impedimento de ligamen por la existencia de un vínculo matrimonial anterior. Desbordando por completo su función, la DGRN ha convertido la expedición de este certificado en algo por completo distinto a inadecuado, al condicionar su expedición a circunstancias que nada tienen que ver con la capacidad. En efecto, en virtud de un auténtico “chantaje público”, la autoridad niega la expedición del certificado de capacidad a un español perfectamente capaz, si sospecha que el consentimiento futuro que pueden prestar los contrayentes está mediatizado por razones de conveniencia. Para ello obliga a una audiencia reservada a ambos cónyuges³, y evacua un juicio sobre un futuro consentimiento matrimonial que está lejos de prestarse en el tiempo y en el espacio, pues en su caso se expresará ante una autoridad extranjera en un país extranjero.

Por lo demás, las causas que han llevado a denegar la expedición de certificados de capacidad matrimonial son las mismas que las que justifican la no autorización para la celebración del matrimonio en España o la denegación de la inscripción registral del matrimonio celebrado en Marruecos, particularmente el desconocimiento de las circunstancias personales respectivas y la contradicción en las declaraciones efectuadas por ambos separadamente⁴. Un papel singular, aunque no determinante si no va acompañada de otros indicios⁵, es la ausencia de un idioma común que permita su comunicación⁶. Igualmente, la diferencia de edad es un factor que la DGRN nunca considera determinante por sí mismo, pero sí en relación con otros extremos, hecho que no deja de ser criticable. En el caso de Marruecos, sin embargo, parece que la diferencia de edad sería más importante, sobre todo si el hombre es menor que ella, pues, como señala la *Res. DGRN de 13 de marzo de 2006 (3ª)* en un caso en que ella superaba en 18 años la edad de él, “es circunstancia que resulta extraña en Marruecos”. Lástima que esta apreciación discriminatoria no genere la intervención del “orden público internacional oculto”, como en otros casos.

En muchos casos la DGRN ha revocado los autos de los Encargados de los Registros Civiles, por haber adoptado decisiones negativas, vulnerando el *ius nubendi*, sobre la base de indicios claramente insuficientes⁷. Por lo demás, analizando las resoluciones dictadas por la DGRN en los últimos dos años, pueden resaltarse casos bastante curiosos. Así, la *Res. DGRN de 1 de junio de 2005 (2ª)* hubo de subsanar el despropósito de un auto del Encargado del Registro Civil de Cartagena que denegó el certificado de capacidad matrimonial, en este caso de una española, por ignorar algunos datos sobre los estudios, nombre de los padres, lugar

³ En caso de que la audiencia sea parcial o meramente formularia llevara aparejada la retroacción de las actuaciones y la necesidad de practicarla nuevamente para poder adoptar una decisión sobre la emisión del certificado. *Vid.* *Res. DGRN de 8 de marzo de 2005 (2ª)* y de 5 de junio de 2006 (1ª)..

⁴ *Vid.* *Res. DGRN de 2 de febrero de 2006 (1ª)*, de 3 de marzo de 2005 (3ª), de 15 de marzo de 2006 (2ª), de 17 de marzo de 2006 (4ª), de 22 de marzo de 2006 (3ª), de 23 de marzo de 2006 (2ª), y de 29 de marzo de 2006 (3ª).

⁵ *Res. DGRN de 20 de abril de 2006 (2ª)*.

⁶ *Vid.* *Res. DGRN de 4 de febrero de 2005 (1ª)*, de 3 de enero de 2006 (2ª), de 6 de marzo de 2006 (3ª), de 15 de marzo de 2006 (1ª), de 22 de marzo de 2006 (3ª), de 23 de marzo de 2006 (2ª), de 29 de marzo de 2006 (3ª), de 11 de mayo de 2006 (2ª), de 26 de mayo de 2006 (5ª), de 9 de junio de 2006 (5ª), y de 13 de junio de 2006 (4ª).

⁷ *Vid.* *Res. DGRN de 23 de febrero de 2005 (4ª)*, y de 29 de mayo de 2006 (1ª).

y fecha de nacimiento del conyugado marroquí, cuando no sólo vivían juntos, sino que ¡tenían un hijo en común!, lo que realmente suponía haber llevado la simulación a extremos muy notables. Parecido exceso de celo es el que corrige la *Res. DGRN de 26 de mayo de 2006 (4º)*, al denegar la expedición del certificado por algunas contradicciones insustanciales, cuando resultaba acreditado que el conyugado español se había incluso convertido al Islam. Igualmente, la DGRN ha debido minimizar una confusión de la ciudadana marroquí acerca de la edad del conyugado español al que atribuía 55 años, en lugar de 56, cuando conocía no obstante el día y mes de nacimiento [*Res. DGRN de 9 de junio de 2006 (5º)*], o desestimar la denegación del certificado porque ambos conyugados se contradijeran únicamente en la fecha en que se conocieron (*Res. DGRN de 3 de junio de 2006*).

III. MATRIMONIO CELEBRADO EN MARRUECOS

El control del consentimiento matrimonial se realiza asimismo cuando el matrimonio se ha celebrado en Marruecos, ante las autoridades marroquíes o de conformidad con la forma prevista en la legislación marroquí. En tal caso, menos frecuente estadísticamente, dicho control se practica en el momento en que se solicita la inscripción del matrimonio ante el Registro Consular o ante el Registro Central.

En algunos supuestos de la práctica reciente, la DGRN se ha inclinado por considerar que el control del consentimiento, con la consiguiente audiencia reservada, no es pertinente cuando se trata del matrimonio celebrado en su momento entre dos marroquíes, cuando cualquiera de ellos adquiere posteriormente la nacionalidad española y solicita su inscripción en los registros españoles. En suma, el control sólo tendría sentido si la mujer marroquí contrae matrimonio con un conyugado que es español (o ciudadano comunitario) en el momento de la celebración [*Res. DGRN de 31 de enero de 2006 (4º)*].

En ocasiones, cuando el conyugado español es nacional marroquí de origen, se da la circunstancia de que las autoridades marroquíes no aceptan la renuncia a la nacionalidad marroquí y, considerándolo como tal, no exigen el certificado de capacidad matrimonial que es preceptivo para los conyugados extranjeros. En estos supuestos, el matrimonio celebrado en Marruecos no resulta inscribible en los registros españoles, y resulta precisa la previa tramitación del expediente registral tendente a expedir el certificado de capacidad matrimonial (art. 252 RRC), con el consiguiente control del consentimiento [*ad. ex Res. DGRN de 13 de junio de 2005 (4º), de 14 de junio de 2005 (1º), de 4 de enero de 2007, de 20 de marzo de 2007*]. Las audiencias y las condiciones a que se somete la autorización de inscripción registral son las mismas que proceden para expedir el certificado de capacidad matrimonial, y reproducen las consabidas circunstancias del desconocimiento mutuo, contradicciones, falta de idioma común, etc⁸.

IV. MATRIMONIO CELEBRADO EN ESPAÑA Y EN MELILLA

El título de este epígrafe no pretende invitar a una pérdida de la soberanía española sobre la ciudad de Melilla, ni evocar ciudad tan maravillosa como si no pertene-

⁸ *Ad.ex. Res. DGRN de 1 de febrero de 2006 (1º)*.

ciera a España. Pero, al parecer de la DGRN, frente a los matrimonios de conveniencia, el hecho de contraer matrimonio en Melilla constituye una circunstancia diferencial respecto del matrimonio contraído en cualquier otra parte del territorio español, con excepción tal vez de Ceuta. En efecto, en múltiples resoluciones, la DGRN considera como un indicio específico de fraude en el consentimiento matrimonial el hecho de que éste se haya prestado en Melilla⁹, ciudad en que es cierto que “se dan circunstancias especiales de carácter demográfico, por su condición de ciudad fronteriza, que propician que los ciudadanos utilicen los medios más diversos para conseguir la entrada en nuestro país, y que, entre ellos, se encuentra el matrimonio, frecuentemente utilizado, en fraude de ley, como mero instrumento para alcanzar dicha entrada”. Por fortuna, este hecho no suele ser por sí suficiente, y así la DGRN autoriza el matrimonio en Melilla aunque, por ejemplo, los contrayentes no recuerden el último regalo que se hicieron o ella estuviera en situación irregular [*Res. DGRN de 30 de diciembre de 2005 (1ª)*].

También debe resolver la DGRN algunos casos sangrantes, donde la insistencia de los contrayentes a lo largo del tiempo acaba de disipar las dudas (*Res. DGRN de 28 de enero de 2006*), sobre todo cuando acaban por tener un hijo común [*Res. DGRN de 28 de septiembre de 2005 (1ª)*]. Y garantizando en la medida posible el *ius nubendi* recuerda que no basta la mera sospecha del Encargado del Registro sobre la “preparación” de la audiencia para desautorizar la celebración del matrimonio [*Res. DGRN de 25 de octubre de 2005 (1ª)*], ni tampoco las audiencias meramente formularias o sumarias¹⁰.

En contraste con lo dicho para los matrimonios celebrados en Marruecos, cuando el matrimonio pretende celebrarse en España es habitual que el control del consentimiento se lleve a cabo aunque ambos contrayentes sea marroquíes, sobre la base de lo que la DGRN denomina el “orden público internacional oculto”, e independientemente de que ambos residan en España o sólo uno de ellos¹¹. Con más razón, dicho control también se produce cuando se trata de un enlace entre ciudadana marroquí y ciudadano comunitario [*Res. DGRN de 7 de julio de 2005 (1ª)*]. En puridad, esta aplicación de la ley española por razones de orden público está fuera de lugar por cuando el Derecho marroquí, y el Derecho islámico en general, no defiende los matrimonios de conveniencia, como demuestra la *fatwa* sobre matrimonios blancos emitida por el Comité Europeo de la *fatwa* y de la investigación de Dublín, que incide en la esencia del consentimiento matrimonial en el Derecho islámico, que requiere la voluntad de constituir una unión duradera¹².

Ciertamente, los demás factores ya señalados al abordar los certificados de capacidad matrimonial pueden concurrir para desautorizar la celebración del matrimonio en España: desconocimiento de las circunstancias personales mutuas y

⁹ *Ad.ex.* Res. DGRN de 19 de febrero de 2005, 25 de febrero de 2005 (2ª), 9 de junio de 2005 (1ª), de 21 de octubre de 2005 (1ª), de 24 de enero de 2006 (1ª), de 4 de abril de 2006 (4ª), de 18 de abril de 2006 (3ª), de 22 de mayo de 2006 (6ª), y de 23 de mayo de 2006 (1ª).

¹⁰ Res. DGRN de 6 de junio de 2005 (4ª) y de 7 de enero de 2006.

¹¹ *Vid.* Res. DGRN de 2 de septiembre de 2005 (1ª), de 6 de septiembre de 2005 (4ª), y de 28 de enero de 2006.

¹² Conseil européen des fatwas et de la recherche, *Fatwa n°17, Recueil de fatwas. Avis juridiques concernant les musulmans d'Europe*, série n° 1, Lyon, Tawhid, 2002.

contradicciones¹³, ausencia de una relación de cierta intensidad¹⁴, falta de un idioma común¹⁵ que permita la comunicación, presencia de problemas de extranjería (denegación de visados, amenaza de expulsión)¹⁶, diferencia de edad¹⁷, declaraciones que vienen a confesar la finalidad de obtener ventajas administrativas¹⁸, etc. Con bastante buen criterio, la DGRN no suele estimar como un indicio desfavorable que la contrayente marroquí o ambos le den más relevancia o importancia al matrimonio coránico, tanto anterior como futuro¹⁹. Lamentablemente, también se producen casos tan peregrinos como la desautorización del matrimonio por algún Encargado del Registro Civil, cuando los contrayentes ya tenían un hijo en común [*Res. DGRN de 14 de diciembre de 2005 (1ª)*]. Tampoco son muy explicables indicios de fraude consistentes en declarar que se desea contraer matrimonio por “no poder vivir solo y necesitar una mujer que le haga la casa y la comida”, por muy patético que sea el motivo [*Res. DGRN de 18 de marzo de 2005 (2ª)*].

V. MATRIMONIO DE MUJER MARROQUÍ CON MUJER ESPAÑOLA

Una mención debe hacerse a la posibilidad de que una mujer marroquí pretenda contraer matrimonio con una mujer española o, incluso, de otra nacionalidad o de su misma nacionalidad. Ciertamente, el matrimonio entre personas del mismo sexo no está permitido en Marruecos, pero la *Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo*, sin embargo, juega con la identidad de sexos como una cuestión de capacidad regida por la ley nacional corregida por el orden público, y mezcla confusamente esta perspectiva con el carácter esencial de la independencia del sexo como elemento consustancial de la institución matrimonial, para llegar a una conclusión sorprendente: las autoridades españolas pueden autorizar el matrimonio entre personas del mismo sexo si los extranjeros en cuestión residen en España. Tal criterio han seguido, por ejemplo, la

¹³ *Ad. ex. Res. DGRN de 21 de febrero de 2005 (3ª), de 17 de marzo de 2005 (2ª), de 18 de marzo de 2005 (2ª), 23 de marzo de 2005 (2ª), de 23 de marzo de 2005 (3ª), de 29 de marzo de 2005 (1ª), de 29 de marzo de 2005 (3ª), de 31 de marzo de 2005 (2ª), 1 de abril de 2005 (2ª), de 17 de mayo de 2005 (2ª), 15 de junio de 2005 (3ª), de 20 de septiembre de 2005 (1ª), de 26 de octubre de 2005 (5ª), de 27 de octubre de 2005 (5ª), de 16 de diciembre de 2005 (5ª), de 20 de diciembre de 2005 (5ª), de 21 de diciembre de 2005 (1ª), 30 de diciembre de 2005 (2ª), de 16 de febrero de 2006 (3ª), de 6 de marzo de 2006 (1ª), de 15 de marzo de 2006 (3ª), de 5 de abril de 2006 (3ª), de 5 de abril de 2006 (4ª), de 11 de mayo de 2006 (5ª), de 23 de mayo de 2006 (2ª), y de 1 de junio de 2006 (3ª).*

¹⁴ *Ad. ex. Res. DGRN de 16 de noviembre de 2005 (4).* La merca convivencia demostrada por el empadronamiento se toma como un indicio positivo [*Res. DGRN de 19 de abril de 2006 (3ª)*].

¹⁵ *Ad. ex. Res. DGRN de 26 de octubre de 2005 (4ª), de 18 de noviembre de 2005 (3ª), de 11 de enero de 2006 (4ª), de 26 de enero de 2006 (3ª), de 16 de febrero de 2006 (2ª), 23 de febrero de 2006 (3ª), de 21 de marzo de 2006 (1ª), de 18 de abril de 2006 (3ª), de 19 de abril de 2006 (3ª), de 10 de mayo de 2006.*

¹⁶ La irregularidad no es un indicio determinante [*Res. D.G.R.N. de 2 de septiembre de 2005 (2ª)*].

¹⁷ *Res. DGRN de 11 de mayo de 2005 (1ª), de 21 de marzo de 2006 (1ª), y de 29 de mayo de 2006 (3ª).*

¹⁸ *Res. DGRN de 5 de abril de 2005 (1ª).*

¹⁹ *Res. DGRN de 28 de enero de 2006, de 19 de febrero de 2005, 25 de febrero de 2005 (2ª), 4 de marzo de 2005 (1ª), de 9 de junio de 2005 (1ª), 15 de junio de 2005 (2ª), de 1 de septiembre de 2005 (1ª), 2 de septiembre de 2005 (1ª), de 25 de noviembre de 2005 (3ª), de 13 de diciembre de 2005 (4ª), y de 15 de junio de 2006 (5ª).*

Res. DGRN de 26 de octubre de 2005, al autorizar el matrimonio entre un varón español y otro hindú, y la *Res. DGRN de 7 de abril de 2006*, al hacer lo propio en relación con un hombre español y otro portugués. Esta misma doctrina será de aplicación al matrimonio de mujer marroquí con española o con extranjera residente en España. Incluso la *Consulta de 27 de octubre de 2005 (1ª) sobre autorización del poder por parte del Cónsul a un marroquí para celebrar matrimonio en España con persona del mismo sexo* parece sugerir que bastaría con que una de las contrayentes residiera en España, y no necesariamente la contrayente marroquí, interpretación que sería mucho más lógica. En efecto, el criterio de la *Resolución-Circular* es abiertamente contrario a la Ley 13/2005 y parte de un error manifiesto: no existe en nuestro sistema ninguna laguna acerca de la autorización de los matrimonios entre homosexuales que la DGRN deba cubrir con tan curiosa interpretación. El nuevo artículo 44 del C.c. confirma que la identidad o disparidad de sexos es intrascendente en el concepto español de matrimonio. La posibilidad de celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo no es, pues, una cuestión de capacidad, sino un elemento esencial de nuestra concepción del matrimonio. La clave de la reforma es que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Pues bien, de conformidad con la interpretación al uso del artículo. 57 del Código civil, la autoridad española puede autorizar un matrimonio (concepto español) cuando al menos uno o una de las contrayentes tenga domicilio en España. Este criterio se aplica a cualquier matrimonio con o sin extranjeros y entre personas del mismo o distinto sexo. En consecuencia, se puede autorizar en España un matrimonio entre española domiciliada en España con marroquí residente en España. Y, en aplicación del artículo 44 en relación con el 57 C.c., se puede y se debe autorizar un matrimonio entre mujer española domiciliada en España con mujer marroquí residente en Marruecos. La DGRN propone una desigualdad de trato de ambos casos que es frontalmente contraria al tenor del artículo 44, pues ambos matrimonios deben tener los mismos “requisitos” y, por esta razón, no ha habido necesidad de modificar las normas de Derecho internacional privado contenidas en los artículos 49, 50, 51, 57 ó 107 del Código civil. En suma, la *Resolución-Circular de la DGRN* no sólo es errónea, sino que también es innecesaria, a menos que con el criterio propuesto la DGRN estuviera pensando en algo muy distinto: los matrimonios de conveniencia entre personas del mismo sexo, que suelen producirse con extranjeros residentes fuera de España.

Con todo, en la Consulta señalada sí se limita la posibilidad de que el Cónsul español en Marruecos pudiera autorizar el otorgamiento de un poder para que la ciudadana marroquí pudiera expresar su consentimiento matrimonial para contraer matrimonio en España; la razón para tal restricción viene impuesta por las limitaciones a la actividad consular que derivan de las obligaciones internacionales (art. 5 del Convenio de Viena sobre relaciones consulares), pero que no afectan más que al matrimonio por poderes, pues la DGRN, admite que aunque el matrimonio consular no es posible, el cónsul sí podría delegar la instrucción del expediente matrimonial ante otro registro español.

VI. CONCLUSIONES: CAUTELAS BÁSICAS PARA LA MUJER MARROQUÍ

La mujer marroquí que verdaderamente pretenda celebrar un matrimonio consentido o hacer valer en España su derecho a contraer matrimonio no puede luchar con

algunos de los indicios desfavorables que maneja nuestro sistema, como las sospechas que recaen cuando existe una gran diferencia de edad, los contrayentes se contradicen o no acreditan un buen conocimiento de sus respectivas circunstancias personales o una relación de cierta intensidad. Es bueno, pues, fomentar la curiosidad mutua, charlar de las respectivas familias, estar al tanto de los regalos que se hacen, y sobre todo conservar una buena memoria de la historia afectiva común. Por lo demás, una intensa relación personal, epistolar o telefónica siempre ayuda, por lo que hay que conservar los documentos que la acrediten. Las despistadas pueden sufrir bastante para acreditar su consentimiento matrimonial. Con todo, algunas cautelas sí pueden ser tenidas en cuenta, y en concreto:

No abandonar su solicitud porque haya habido una desautorización o denegación del matrimonio, de su inscripción o del certificado de capacidad matrimonial. Debe insistir y replantearla incesantemente. La constancia jugará a su favor.

En el caso del matrimonio celebrado en Marruecos, si la inscripción se deniega por el Registro Consular, debe recurrirse a la DGRN. Si se deniega el recurso, debe intentarse la inscripción en el Registro Civil Central. Si también lo niega, se recurrirá de nuevo a la DGRN. Esta vez la DGRN con seguridad reconocerá e inscribirá el matrimonio.

Si se mantiene una relación afectiva con un marroquí o ciudadano extranjero que próximamente puede adquirir la nacionalidad española, resulta preferible contraer matrimonio antes que después de adquirir la nacionalidad española, aunque resulte paradójico. Especialmente si el matrimonio se contrae en Marruecos.

Facilita mucho una solución positiva el hecho de que ambos contrayentes estén empadronados en el mismo domicilio.

Si se pretende contraer matrimonio en Marruecos con un doble nacional español/marroquí, debe solicitarse a la autoridad española el certificado de capacidad matrimonial, aunque no sea un requisito exigido por las autoridades marroquíes.

En España es preferible optar por celebrar el matrimonio, aunque sea por delegación, en una localidad distinta a Melilla o a Ceuta.

Conviene evitar contraer matrimonio si se está en una situación irregular que puede subsanarse, en cuyo caso es preferible esperar a dicha subsanación.

Entre ciudadanos marroquíes y españoles, la falta de una lengua común de comunicación es un inconveniente importante. La DGRN no se caracteriza por su especial romanticismo, y no cree excesivamente en el lenguaje del amor, así que es conveniente que, antes de contraer matrimonio, nos apliquemos para que alguno o ambos contrayentes aprendan los rudimentos de un idioma que les facilite la comunicación verbal.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: «*Ius nubendi* y orden público internacional», *B.I.M.J.*, núm. 1862, 2000, pp. 425–447.
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y GRIEDER MACHADO, H.: «El matrimonio de conveniencia», *B.I.M.J.*, núm. 1879, 2000, pp. 3.221–3.234.

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Matrimonio Entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: Una lectura más crítica”, *La Ley*, núm. 6629, 15 de enero de 2007.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: “Matrimonios mixtos simulados: mecanismos de sanción”, *Boletín de los Abogados de Aragón*, 1995, núm. 136, pp. 41–48.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L.I.: “*Ius nubendi* y simulación matrimonial (Comentario a la RDGRN de 30 de mayo de 1995)”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 7, 1995, pp. 301–331.
- ARTUCH IRIBERRI, A.: «La exigencia de consentimiento en las relaciones de familia en el D.I.Pr. español», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 185–217.
- ARTUCH IRIBERRI, A.: «Matrimonios mixtos: diversidad cultural y Derecho internacional privado», *Derecho Registral Internacional (homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero)*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 199–22.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Los matrimonios de complacencia y la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006”, *La Ley*, año XXVIII, núm. 6622, 4 de enero de 2007
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española», *A.C.*, 1998, pp. 129–140.
- DIAGO DIAGO, M.P.: “Matrimonios de conveniencia”, *A.C.*, núm. 14/1, pp. 329–347.
- DOMÍNGUEZ LOZANO, P.: “Nuevas tendencias en Derecho de familia: el caso de las uniones de personas del mismo sexo”, *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, Iprolex, 2005, pp. 1.395–1.422.
- DOMÍNGUEZ LOZANO, P.: “Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero”, *R.E.D.I.*, vol. XLVII, 1995–1, pp. 317–318.
- FERNÁNDEZ MASSÍA, E.: «De la ficción a la realidad: la creciente problemática de los matrimonios de conveniencia en España», *R.D.P.*, sept. 1998, pp. 627–645.
- MARTÍN SERRANO, J.M.: “Los matrimonios homosexuales: Una aproximación desde el Derecho internacional privado español”, *R.E.D.I.*, vol. LV, 2003, pp. 291–305.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: «Cooperación internacional en la celebración del matrimonio: certificados de capacidad matrimonial», *AEDIPr.*, t. 0, 2000, pp. 405–419.
- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C.: “La capacidad y la simulación en el matrimonio: fraude y extranjería en la doctrina de la DGRN”, *Derecho Registral Internacional (homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero)*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 287–296.
- PÉREZ ÁLVAREZ, S.: “La incidencia de la Ley 13/2005 en el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrador en el ámbito de la Unión Europea”, *R.E.D.I.*, vol. LVII (2005/2), pp. 841–867.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005/4, pp. 199–215.
- SAN JULIÁN PUIG, V.: «Inmigración y Derecho de familia. Estudio de la Instrucción D.G.R.N. de 9 de enero de 1995», *B.I.M.J.*, núm. 1814, 1998, pp. 151–172.

- SÁNCHEZ LORENZO, S: «La inconveniente doctrina de la D.G.R.N. acerca de los matrimonios de conveniencia», *Derecho Registral Internacional (homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero)*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 247–273.
- VILLAFRUELA CHAVES, P.: «Los llamados “matrimonios de conveniencia” en la doctrina de la DGRN correspondiente al bienio 2000–2001», *Derecho Registral Internacional (homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero)*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 325–339.

8. REGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE LA MUJER MARROQUÍ RESIDENTE EN ESPAÑA*

Ricardo Rueda Valdivia**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II APROXIMACIÓN INICIAL AL CONCEPTO DE “RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL” Y A SU REGLAMENTACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS ESPAÑOL Y MARROQUÍ. III. LÍNEAS BÁSICAS DE LA REGULACIÓN MATERIAL ESPAÑOLA Y MARROQUÍ DE LAS CUESTIONES COMPRENDIDAS EN LA NOCIÓN DE “RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL”. 1. Principios inspiradores. 2. Derecho material español. 3. Derecho material marroquí. IV. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE LA MUJER MARROQUÍ RESIDENTE EN ESPAÑA. 1. Régimen económico matrimonial legal. 2. Régimen económico matrimonial pactado. A) Pactos matrimoniales suscritos ante autoridad marroquí. B. Capitulaciones matrimoniales otorgadas ante autoridad española. V. PUBLICIDAD EN ESPAÑA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE LA MUJER MARROQUÍ. VI. INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL ESPAÑOLA EN LA RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL QUE AFECTAN A LA MUJER MARROQUÍ. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Cualquier mujer que contrae matrimonio es sin duda consciente de que, desde el momento mismo de su celebración, empieza aquél a desplegar un conjunto de efectos en el plano de las relaciones personales con quien, desde dicho instante, pasa a convertirse en su cónyuge, efectos que, en todo caso, se encarga de fijar la ley, y de cuyo contenido se encarga precisamente de informar a la mujer la autoridad interviniente. Pero también debe ser aquélla consciente de que los efectos que del matrimonio se derivan no se limitan únicamente a la esfera de las relaciones personales, sino que inciden asimismo, en mayor o menor medida, en el plano de las relaciones patrimoniales entre ambos.

El problema se suscita en aquellos supuestos en que la mujer que contrae matrimonio, o lo hace con un súbdito de otro país, o lo lleva a cabo en el extranjero, o bien fija, de común acuerdo con su cónyuge, su residencia conyugal en un país distinto de aquél en el que, con anterioridad, habían vivido habitualmente. Y ello, por cuanto en tales supuestos interviene más de un ordenamiento, cuya reglamentación de los efectos del matrimonio, tanto en el plano de las relaciones personales como patrimoniales, puede diferir de la establecida por el ordenamiento del país de

* La presente investigación se enmarca en el Proyecto de Excelencia SEJ 820 “Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza”, subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

** Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

procedencia de la mujer. Cuando así suceda, como es obvio, se le planteará a la mujer la cuestión de saber conforme a qué ordenamiento se habrán de establecer los efectos personales y patrimoniales de su matrimonio, cuestión para cuya solución, como se verá más adelante, habrá que atender a las reglas de Derecho internacional privado (DIPr.) del país ante cuyas autoridades se hayan de hacer valer tales efectos. Precisamente será ésta la duda que se le suscite a la mujer a la que se dedica el presente estudio: la mujer marroquí casada residente en España y, más concretamente, en Andalucía, ya se halle aquélla unida en matrimonio a otro ciudadano marroquí, a un español, o a un nacional de un tercer Estado, e independientemente del lugar en el que el matrimonio se hubiera celebrado. Ciertamente, como se viene de señalar, habrá que atender a lo dispuesto en las normas españolas de DIPr., cuyas soluciones, como se tendrá ocasión de comprobar, difieren de las acogidas en las normas de DIPr. del país vecino, por lo que bien puede suceder que la mujer marroquí, en lo concerniente a los efectos personales y patrimoniales de su matrimonio, quede sujeta en España a un régimen totalmente distinto de aquél al que lo está en su país de origen.

El estudio de las interrogantes que para la mujer marroquí casada residente en Andalucía suscita el tema de los efectos de su matrimonio, y, más concretamente, el de los efectos patrimoniales, será de hecho nuestro cometido en las próximas páginas, estudio que, entendemos, exige un primer acercamiento a la regulación material que de tal extremo ofrecen los ordenamientos español y marroquí, para después abordar las soluciones que a los referidos interrogantes se ofrecen desde la óptica del DIPr. de uno y otro país.

II. APROXIMACIÓN INICIAL AL CONCEPTO DE “RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL” Y A SU REGULACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS ESPAÑOL Y MARROQUÍ

Una aproximación inicial a las normativas de Derecho de familia vigentes en España y Marruecos permite fácilmente constatar la existencia de una primera gran diferencia entre uno y otro ordenamiento. Y es que mientras que en Derecho español es posible hablar de un concepto autónomo de “régimen económico matrimonial”, al que se dedica una regulación específica, no sucede sin embargo lo mismo en Derecho marroquí, donde se desconoce tal noción tanto en el plano legal como doctrinal.

Desde la óptica del Derecho español, la expresión “régimen económico matrimonial o conyugal” alude al conjunto de reglas que tienen por objeto la regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges desde el momento de la celebración del matrimonio, determinando aquéllas, entre otros extremos, la titularidad de los bienes de los cónyuges, cualesquiera que sean la fecha y el modo de adquisición de los mismos (esto es, si son propios de cada cónyuge o si pasan a formar parte de una masa común), las cargas y deudas de las que habrán de responder dichos bienes, el régimen de gestión (administración y disposición) de éstos últimos o las consecuencias de la disolución del referido régimen¹.

¹ Existen, no obstante, determinados aspectos patrimoniales del matrimonio regulados bajo otras nociones, como “derechos y deberes de los cónyuges” o “alimentos entre parientes”. Asimismo, hay que tener presente la estrecha vinculación que la noción de “régimen económico matrimonial” guarda con la nulidad, la separación y la disolución del matrimonio, con las sucesiones y con las donaciones.

En Derecho marroquí, como es lógico, al desconocerse tal noción, no existe una regulación específica del “régimen económico matrimonial” al estilo de la existente en España, abordándose en aquél las cuestiones que en nuestro ordenamiento cubre la referida noción bajo diferentes rúbricas, como la dote, los efectos de la conclusión del matrimonio, los efectos de la disolución del matrimonio y del fallecimiento o la pensión alimenticia.

Igualmente, una aproximación inicial a los ordenamientos español y marroquí en materia de Derecho de familia nos permite asimismo apreciar una segunda nota característica, en este caso común a ambos ordenamientos. Y es que tanto el Derecho español como el marroquí, en lo concerniente a las cuestiones que ahora nos ocupan, se caracterizan por ser “sistemas plurilegislativos”, por coexistir en ellos distintas legislaciones en la materia, legislaciones que, en el caso de España, resultan de aplicación por razón del territorio (sistema plurilegislativo de base territorial), mientras que, en el caso de Marruecos, lo son en función de la confesión religiosa que se profesa (sistema plurilegislativo de base personal).

En España, efectivamente, además de la regulación del “régimen económico matrimonial” contenida en el Código Civil –en adelante C.c.– (arts. 1.315–1.444)², es preciso hablar asimismo de la que, en las Comunidades Autónomas de Derecho foral, recogen las siguientes leyes: la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (leyes 75–111)³; la Ley 3/1985, de 21 de mayo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho civil de Aragón (arts. 23–59)⁴; el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil balear (arts. 3–5 y 66–68)⁵; la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco (arts. 93–111)⁶; la Ley 9/1998, de 15 de julio, por la que se aprueba el Código de Familia de Cataluña (arts. 1–86)⁷ y la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (arts. 171–180)⁸. De todas estas normativas, únicamente nos referiremos a la establecida en el C.c., por ser la que rige en Andalucía, Comunidad Autónoma a la que se haya referido el presente estudio.

Por lo que concierne a Marruecos, y en relación con las cuestiones que en nuestro ordenamiento cubre la noción de “régimen económico matrimonial”, cabe hablar de la existencia de dos sistemas normativos diferentes: por un lado, el correspondiente al Estatuto Personal Hebraico Marroquí (no codificado), aplicable a los matrimonios entre judíos marroquíes, y, por otro, el establecido en la nueva *Mudawana* o Código de Familia marroquí (en adelante CFM)⁹, donde se recoge el Derecho musulmán de la familia (Derecho que encuentra en el Corán la principal de sus fuentes), y cuyas disposiciones están llamadas a ser aplicadas a los restantes matrimonios entre marroquíes, cualquiera que sea la confesión religiosa que profesen uno y otro cónyuge, incluso a los matrimo-

² En la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981).

³ BOE núms. 57 a 63, de 7 a 14 de marzo de 1973.

⁴ BOE núm. 161, de 6 de julio de 1985.

⁵ B.O. Illes Balears núm. 120, de 2 de octubre de 1990.

⁶ B.O. País Vasco núm. 153, de 7 de agosto de 1992.

⁷ BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1998.

⁸ BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2006.

⁹ Dahir núm. 1.04.22, de 3 de febrero de 2004, por el que se promulga la Ley núm. 70.03, relativa al Código de Familia (B.O. de 5 de febrero de 2004).

nios mixtos entre súbditos marroquíes y nacionales de terceros países (art. 2 CFM)¹⁰. De estos dos sistemas normativos, y por las razones que se expusieron en la introducción de esta obra, limitaremos nuestro estudio al régimen previsto en el CFM.

III. LÍNEAS BÁSICAS DE LA REGULACIÓN MATERIAL ESPAÑOLA Y MARROQUÍ DE LAS CUESTIONES COMPRENDIDAS EN LA NOCIÓN DE “RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL”

1. Principios inspiradores

Adentrándonos en el estudio de la regulación material que, de las cuestiones cubiertas por la noción de “régimen económico matrimonial”, ofrecen los ordenamientos comparados (en concreto, el C.c. y el CFM), hemos de empezar destacando los que constituyen sus principios inspiradores.

Concretamente, por lo que respecta al Derecho español, podemos señalar como principios inspiradores del mismo los tres siguientes: 1) el principio de libertad de estipulación de los cónyuges (el C.c., en su artículo 1.315, establece que el régimen económico del matrimonio será en principio el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en el propio Código, aludiéndose al referido régimen bajo el calificativo de “pactado” o “convencional”. Solo a falta de capitulaciones matrimoniales, o cuando éstas resulten ineficaces, entrará en juego la ley, fijando el que se conoce como régimen económico matrimonial “legal”); 2) el principio de igualdad entre los cónyuges (que no es más que la traducción en el plano económico–matrimonial del principio de igualdad jurídica entre marido y mujer consagrado en el artículo 32 de la Constitución Española y que reitera el propio C.c. en su artículo 66, configurándose, además de como límite a la libertad de estipulación de los cónyuges –art. 1.328 C.c.–, como criterio de organización de los distintos problemas que suscitan las relaciones patrimoniales entre los cónyuges), y 3) el principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial (al admitirse la posibilidad de que éste último, ya se haya pactado por los cónyuges o resulte de la ley, pueda ser sustituido en cualquier momento, y por voluntad de los propios cónyuges, por otro distinto –arts. 1.317 y 1.325 C.c.–).

El Derecho marroquí, por su parte, parece también responder, en mayor o menor medida, a los mismos principios que inspiran el nuestro. Aquél, efectivamente: 1) admite la libertad de estipulación de los cónyuges (novedad introducida en el nuevo CFM), si bien es cierto que, a diferencia del Derecho español, no la contempla a

¹⁰ Según el artículo 2 del CFM, las disposiciones de éste último serán aplicables a todos los marroquíes, incluso a aquéllos que ostenten además otra nacionalidad, así como a cualquier relación entre dos marroquíes cuando uno de ellos sea musulmán. De ahí que quepa concluir que el CFM resulta de aplicación a: 1) los matrimonios entre marroquíes musulmanes; 2) los matrimonios entre marroquíes en los que solo uno de los cónyuges sea musulmán (incluidos los matrimonios mixtos entre judíos y musulmanes), y 3) los matrimonios entre marroquíes no musulmanes, excepción hecha de los matrimonios entre judíos musulmanes. Por otra parte, hay que tener presente que el último de los artículos del CFM dispone lo siguiente: “*Para todo lo que no se halle previsto en el presente Código, será conveniente referirse al rito malequí y al esfuerzo jurisprudencial (ijtihad) que tiene en cuenta la concreción de los valores del Islam en materia de justicia, de igualdad y de buenas relaciones de la vida común*”.

título principal, esto es, como principal medio para la fijación del régimen de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, sino con carácter excepcional (el artículo 49 del CFM comienza fijando el régimen general aplicable a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, que, como se verá, es el de separación de bienes, reconociendo a continuación a éstos últimos la posibilidad de que, en documento distinto al acta de matrimonio, convengan un modo diferente de gestión y reparto de los bienes que se adquieran durante el mismo¹¹); 2) garantiza asimismo la igualdad entre los cónyuges en lo que a la gestión de sus bienes se refiere (la normativa actualmente vigente ya no contempla las limitaciones que a la libertad de la mujer para disponer de sus bienes fija el Derecho marroquí y que asimismo consagraba el antiguo Código de Comercio –en adelante C.Com.– marroquí¹², consistentes en la exigencia de autorización marital para la realización de ciertos actos –Derecho marroquí– o para el ejercicio de la actividad comercial –art. 6 antiguo C.Com.–. El artículo 17 del nuevo C.Com. de 1996¹³ declara expresamente que la mujer casada puede ejercer el comercio sin la autorización de su marido, sancionando con la nulidad cualquier acuerdo en contrario), y 3) aunque de manera implícita, parece igualmente asumir el principio de mutabilidad del régimen aplicable a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges (como se viene de indicar, el Derecho marroquí reconoce a los cónyuges la posibilidad de convenir el régimen aplicable a los bienes adquiridos durante el matrimonio, no imponiendo ningún límite temporal a dicha facultad, de donde se infiere que aquéllos van a poder hacer uso de la misma, no solo en el momento que estimen oportuno, sino, además, cuantas veces crean conveniente, ya sea modificando o sustituyendo el régimen fijado por la ley o cualquier otro que las partes hubieran convenido anteriormente. Apuntados los principios inspiradores de uno y otro ordenamiento en la materia que nos ocupa, procederemos a continuación a exponer brevemente las líneas básicas de la regulación que a la misma dedican dichos ordenamientos. Nos referiremos, primeramente, a la regulación ofrecida en Derecho español, exponiendo en segundo lugar la que prevé el Derecho marroquí.

2. Derecho material español

El Derecho español, como ya se ha expuesto, parte del principio de libertad de estipulación, al establecer que el régimen económico del matrimonio será en principio el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales. El otorgamiento de éstas últimas por parte de aquéllos, quienes, a tal efecto, deberán disponer de capacidad general para contratar¹⁴, se habrá de llevar a cabo necesariamente en escritura pública ante notario (art. 1.327 C.c.), pudiendo efectuarse tal otorgamiento antes o después de celebrado el matrimonio (art. 1.326 C.c.). Las capitulaciones que se

¹¹ En cualquier caso, conviene tener presente que, para el comentarista oficial del artículo 49, “*esta regla no tiene ninguna relación con las previstas por ciertas leyes en lo que concierne a la conclusión de matrimonios en el marco de la separación o de la comunidad de bienes*” (Ministère de la justice, *Guide pratique du code de la famille*, Rabat, Dar Al-Kalam, 2005, p. 43).

¹² Aprobado por Dahir de 12 de agosto de 1913 (B.O. de 12 de septiembre de 1913).

¹³ Dahir núm. 1.96.83, de 1 de agosto de 1996, por el que se promulga la Ley núm. 15.95 a modo de Código de Comercio (B.O. de 3 de octubre de 1996).

¹⁴ Respecto al otorgamiento de capitulaciones por parte de menores o incapacitados judicialmente, *vid.* arts. 1.329 y 1.330 C.c.

otorguen con anterioridad a la celebración del matrimonio tendrán como cometido principal la estipulación del régimen económico del matrimonio, aun cuando cabe también la posibilidad de incluir en ellas otras disposiciones por razón del matrimonio (atribuciones patrimoniales entre los cónyuges o a los cónyuges o disposiciones sucesorias¹⁵), mientras que las que se otorguen tras la celebración del matrimonio pueden estar destinadas, bien a la estipulación *ex novo* del régimen aplicable, bien a la modificación o a la sustitución de un régimen anterior, sea éste convencional o legal (art. 1.325 C.c.)¹⁶. En todo caso se confiere a los cónyuges una amplia libertad para configurar, según sus conveniencias, el régimen económico de su matrimonio. El único límite que se impone es el constituido por la prohibición de incluir en las capitulaciones estipulaciones contrarias a las leyes o a las buenas costumbres o que sean limitativas de la igualdad de derechos de los cónyuges (art. 1.328 C.c.)¹⁷.

A falta de capitulaciones matrimoniales, fija el C.c. como régimen económico matrimonial legal el de la sociedad de gananciales (art. 1.316), régimen en virtud del cual se hacen comunes para los cónyuges las ganancias obtenidas indistintamente por cualquiera de ellos durante su vigencia, que pasan a formar parte de una comunidad de bienes en la que no cabe hablar de cuotas de propiedad en favor de los cónyuges, siendo aquéllas atribuidas a estos últimos, y por mitad, en el momento de la disolución del régimen.

El régimen de sociedad de gananciales exige la diferenciación de dos categorías de bienes: de un lado, los bienes privativos de cada uno de los cónyuges y, de otro, los bienes gananciales. Concretamente, tienen la consideración de bienes privativos: 1) los bienes y derechos que pertenecieran a los cónyuges antes del comienzo de la sociedad de gananciales; 2) los que aquéllos adquieran con posterioridad a título gratuito (por donación o herencia); 3) los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos; 4) los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges; 5) los bienes y derechos inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*; 6) el resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos; 7) las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor, y 8) los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común (art. 1.346 C.c.)¹⁸.

Se consideran, en cambio, gananciales: 1) los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges; 2) los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales; 3) los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, ya se haga la adquisición para la comunidad o para uno

¹⁵ Tales estipulaciones, según el artículo 1.334 del C.c., quedarán sin efecto de no contraerse matrimonio en el plazo de un año desde la firma de las capitulaciones.

¹⁶ En este último caso, la modificación del régimen económico matrimonial no podrá perjudicar los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1.317 Cc.).

¹⁷ El C.c. regula tres tipos diferentes de régimen económico matrimonial por el que los cónyuges pueden optar en sus capitulaciones matrimoniales, como son el de sociedad de gananciales (arts. 1.344 a 1.410), el de participación (arts. 1.411 a 1.434) y el de separación de bienes (art. 1.435 a 1.444), si bien queda en todo caso abierta la posibilidad de que aquéllos estipulen cualquier otro régimen distinto.

¹⁸ Los bienes adquiridos por derecho de retracto de uno de los cónyuges, o los necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, no perderán su carácter privativo por el hecho de haber sido adquiridos con fondos comunes.

solo de los cónyuges; 4) los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, y 5) las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad de gananciales por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes (art. 1.347 C.c.).

El legislador español ofrece asimismo una serie de reglas particulares encaminadas a la determinación del carácter, privativo o ganancial, de ciertos bienes adquiridos durante el matrimonio bajo concretas circunstancias (arts. 1.348–1.361 C.c.).

Por lo que concierne a las cargas de la sociedad de gananciales, el legislador español considera que habrán de correr a cargo de ésta última los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1) el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes (y de los de uno solo de los cónyuges, cuando convivan en el hogar familiar¹⁹) y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia; 2) la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes; 3) la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges; 4) la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge, y 5) las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo cuando no se hubiese pactado que hubieran de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos (arts. 1.362 y 1.363 C.c.) De haberse aportado bienes privativos para hacer frente a alguno de estos gastos, la sociedad de gananciales deberá reintegrar al cónyuge titular de tales bienes el valor correspondiente (art. 1.364 C.c.).

Regula asimismo el legislador, diferenciándolos de las cargas de la sociedad de gananciales, los supuestos en que el patrimonio de la sociedad ha de responder frente a los acreedores del cumplimiento forzoso de las deudas u obligaciones contraídas por un cónyuge o por ambos (con independencia de que éstas últimas hayan de imputarse posteriormente, en el momento de la liquidación, al pasivo de la sociedad o al patrimonio privativo de los cónyuges). Concretamente establece que los bienes gananciales responderán en principio de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro²⁰ (art. 1.367 C.c.). Pero añade que también podrán ser “agredidos” los bienes gananciales por deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, mencionando como tales: 1) las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (esto es, para atender a las necesidades ordinarias de la familia, incluso en el caso de existir separación de hecho), o de la gestión o disposición de gananciales que le corresponda, así como en el ejercicio ordinario de la profesión, arte o en la administración ordinaria de los bienes propios, y 2) las obligaciones extracontractuales en las que haya incurrido uno de los cónyuges como consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes de ésta última, salvo que aquéllas fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor (arts. 1.365, 1.366 y 1.368 C.c.). En el caso particular de las deudas derivadas del ejercicio del comercio por parte de uno de los cónyuges, solo responderán los bienes gananciales adquiridos u obtenidos con las

¹⁹ De no ser así, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación de ésta última.

²⁰ Salvo que se trate de obligaciones derivadas de los actos de disposición sobre la vivienda común que, siendo privativa de uno de los cónyuges, lleve a cabo éste último con el consentimiento del otro cónyuge, de conformidad con el artículo 1.320 del C.c., que deben repercutir exclusivamente sobre el patrimonio del primero.

resultas del comercio. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges, consentimiento que se presumirá otorgado cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, o cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro (arts. 6–8 C.Com.). Finalmente, de derivar la deuda de la adquisición de un bien ganancial a plazos efectuada por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, y por el precio aplazado, la responsabilidad solo alcanzará al bien adquirido a plazos, manteniéndose la responsabilidad solidaria de los bienes privativos del cónyuge adquirente, por ser el deudor (art. 1.370 C.c.).

En todos estos supuestos, los bienes de la sociedad de gananciales responderán solidariamente junto con los privativos del cónyuge o cónyuges que contrajeron la deuda –aquéllos, por atender la deuda al levantamiento de las cargas de la sociedad de gananciales, y éstos, por la condición de deudor del cónyuge o cónyuges titulares de los mismos, responsables, según el artículo 1.911 del C.c., con todos sus bienes– (art. 1.369 C.c.). Y, en el caso particular de las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, cuando éstas tengan su origen en el ejercicio de la potestad doméstica, cabrá además hablar de una responsabilidad subsidiaria del patrimonio privativo del cónyuge no deudor (art. 1.319 C.c.).

Por lo que respecta a los bienes privativos de cada cónyuge, éstos responderán, no solo de las deudas a las que se acaba de aludir, solidariamente con los bienes gananciales, sino asimismo, y con carácter exclusivo, de estas otras deudas: 1) aquéllas en que incurra el cónyuge titular por juegos en los que los que la ley conceda acción para reclamar lo que se gane (art. 1.372 C.c.)²¹, y 2) las deudas personales de dicho cónyuge, considerándose como tales, además de las contraídas con anterioridad a la vigencia de la sociedad de gananciales, las contraídas con posterioridad cuyo destino no sea la atención de sus cargas, así como las obligaciones extracontractuales en las que incurra en los casos en que no sean de la responsabilidad de la sociedad de gananciales. Solo en el caso de que los bienes privativos no fueran suficientes para hacer efectivas estas deudas, podrá el acreedor pedir el embargo de bienes gananciales, embargo que deberá ser notificado de inmediato al otro cónyuge, quien podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes afectados por la parte que le corresponda al cónyuge deudor en la sociedad de gananciales, razón por la cual el embargo determinará la disolución de ésta última. En el supuesto de que el cónyuge no deudor no pidiera la sustitución y la ejecución se llevara a cabo sobre bienes comunes, se entenderá que el cónyuge deudor tiene recibido, a cuenta de su participación en la sociedad de gananciales, y a efectos de la liquidación de ésta última, el valor de tales bienes (art. 1.373 C.c.).

En cuanto a la gestión de la sociedad de gananciales, se parte de que tanto los actos de disposición como de administración de los bienes integrantes de la misma se han de llevar a cabo de forma conjunta por ambos cónyuges, estimándose existente la actuación conjunta tanto cuando el acto o negocio es realizado por ambos cónyuges, como cuando es llevado a cabo por uno solo con el consentimiento del otro, ya sea éste simultáneo, anterior o posterior al acto.

²¹ En el caso en que las deudas de juego en las que hubiera incurrido uno de los cónyuges se hubieran pagado con bienes gananciales, el importe de las mismas no disminuirá la parte de los gananciales que a aquél le pudiera corresponder, siempre y cuando dicho importe pudiera considerarse moderado con arreglo al uso y a las circunstancias de la familia (art. 1.371 C.c.).

El principio de actuación conjunta de los cónyuges respecto a los bienes gananciales se verá excepcionado, no obstante, además de en los supuestos en que se convenga otra cosa en capitulación matrimonial –siempre que se garantice el respeto a la igualdad entre los cónyuges–, en los casos que a continuación se exponen, en los que bastará el consentimiento de uno de los cónyuges: 1) disposición de los frutos y ganancias de los bienes privativos (art. 1.381 C.c.); 2) utilización por parte de uno de los cónyuges de fondos gananciales para el ejercicio de la profesión o administración ordinaria de bienes propios –que son cargas de la sociedad de gananciales– (aunque no se requiera el consentimiento del otro cónyuge, sí que será preciso su conocimiento); 3) realización de actos de administración de bienes o de disposición de dinero o títulos valores por parte del cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren (art. 1.384 C.c.); 4) ejercicio de los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, que se hallen a nombre de uno solo de los cónyuges, así como cuando se pretenda ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes, sea por vía de acción o de excepción (art. 1.385 C.c.); 5) realización de gastos urgentes de carácter necesario (art. 1.386 C.c.), y 6) realización de liberalidades de uso (art. 1.378 C.c.).

Asimismo se verá excepcionado el principio de actuación conjunta en los casos en que, por ley o por decisión judicial, se transfiera a uno solo de los cónyuges las facultades de gestión sobre los bienes gananciales. La transferencia *ope legis* tendrá lugar cuando uno de los cónyuges sea designado tutor o representante legal del otro, y afectará tanto a los poderes de administración como de disposición. En cambio, la transferencia se llevará a cabo en virtud de decisión judicial, a instancia de uno de los cónyuges y en su favor, cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento, hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho, afectando en este caso la transferencia únicamente a las facultades de administración (arts. 1.387 y 1.388 C.c.). En todo caso, hay que tener presente que el cónyuge en quien, por una u otra vía, recaiga la administración, a la hora de ejercer ésta última, deberá tomar en consideración las cautelas o limitaciones que, en interés de la familia, se puedan haber establecido. Igualmente, habrá que tener en cuenta que, en los casos de transferencia *ope legis* de las facultades de gestión, la realización por parte del cónyuge en quien recaigan éstas últimas de actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, requerirá la previa autorización judicial (art. 1.389 C.c.).

Finalmente, regula el legislador español la disolución y la liquidación de la sociedad de gananciales. Respecto a la primera de estas dos cuestiones (disolución), establece que la sociedad de gananciales podrá concluir, bien por ley, bien por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges. Concretamente, la sociedad de gananciales se disolverá de pleno derecho: 1) cuando se disuelva el matrimonio; 2) cuando sea declarado nulo²²; 3) cuando se decrete la separación judicial, y 4)

²² Para el caso particular de que la sociedad de gananciales se disuelva por nulidad del matrimonio y uno de los cónyuges hubiera sido declarado de mala fe, el artículo 1.395 del C.c. dispone que podrá el otro cónyuge optar por la liquidación del régimen matrimonial según lo previsto en las normas sobre liquidación de la sociedad de gananciales o por las disposiciones que el C.c. dedica al régimen de participación, supuesto éste último en el que el conyacente de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.

cuando convengan los cónyuges un régimen económico matrimonial distinto²³ (art. 1.392 C.c.). Y se prevé la disolución por decisión judicial, a instancia de uno de los cónyuges, en cualquiera de los casos siguientes: 1) haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia; 2) venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos de administración o de disposición que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad; 3) llevar separado de hecho más de un año por mutuo acuerdo o por abandono de hogar; 4) incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas que impone el artículo 1.383 del C.c., y 5) haber sido embargados bienes comunes por deudas propias del otro cónyuge y haber solicitado el cónyuge no deudor la sustitución de tales bienes por la parte que le corresponda al cónyuge deudor en la sociedad de gananciales, tal y como dispone el artículo 1.373 del C.c. (art. 1.393 C.c.).

Disuelta la sociedad de gananciales, se procederá a su liquidación, operación que se iniciará con un inventario y avalúo del activo (art. 1.397 C.c.) y del pasivo de la sociedad (art. 1.398 C.c.), que irán seguidos del pago de las deudas de la sociedad. Se comenzará, en primer lugar, con el pago de las deudas alimenticias, que tendrán carácter preferente, siguiéndose con las demás (art. 1.399.1º C.c.). Y, en caso de que el caudal inventariado no alcance para el pago de éstas últimas, se estará a lo dispuesto en los artículos 1.911 a 1.929 del C.c. para la concurrencia y prelación de créditos (art. 1.399.2º C.c.). Solo después de haber procedido al pago de las deudas de la sociedad frente a terceros, se abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge, hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo las compensaciones que correspondan cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad (art. 1.403 C.c.). Finalmente, hechas todas las deducciones en el caudal inventariado, el remanente, que constituirá el haber de la sociedad de gananciales, se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos (art. 1.404 C.c.). Para la adjudicación de bienes en pago del haber de cada cónyuge, habrá que atender en principio, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1.410 del C.c., a las normas de partición de la herencia (en aplicación de las cuales las adjudicaciones deben realizarse observando la posible igualdad y haciendo lotes con cosas de la misma naturaleza, calidad y especial –art. 1.061 C.c.–), si bien es cierto que este principio general conoce las excepciones que representan las llamadas adjudicaciones preferentes, o lo que es lo mismo, el derecho de cada cónyuge a que en su haber se incluyan con preferencia determinados bienes (art. 1.406 y 1.407 C.c.)²⁴.

En cualquier caso, en aras de garantizar la protección de los acreedores sociales en los supuestos en los que el pago de las deudas de la sociedad no se hubiese efectuado por entero antes de la adjudicación, dispone el C.c. en su artículo 1.401 que, “mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor” (el cónyuge no deudor, añade,

²³ No obstante, cabe también la posibilidad de que aquéllos decidan poner fin al régimen de gananciales sin designación de ningún otro.

²⁴ Téngase en cuenta, además, la regla especial prevista en el artículo 1.405 del C.c. para el caso particular de que, en el momento de la liquidación, uno de los cónyuges resultara acreedor personal del otro, supuesto en el que se brinda a aquél la posibilidad de exigir a éste último que satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes, salvo que pague voluntariamente.

solo responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, pero siempre que se hubiera formulado debidamente inventario, judicial o extrajudicial).

3. Derecho material marroquí

El Derecho marroquí, a diferencia de lo que sucede en Derecho español, parte de la proclamación, como régimen aplicable a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, del régimen previsto en el CFM (art. 49), que no es otro que el de separación de bienes (“cada uno de los cónyuges dispone de un patrimonio distinto del patrimonio del otro”). No obstante, como ya se expusiera, el CFM introduce en este punto una novedad al dejar abierta la posibilidad de que los futuros cónyuges convengan un modo distinto de gestión y reparto de los bienes adquiridos durante el mismo, convenio que, en todo caso, deberán adoptar aquéllos en un documento distinto al acta de matrimonio. De tal posibilidad, insiste el CFM, deberán los cónyuges ser informados debidamente por los adules que intervengan en el otorgamiento del acta matrimonial, bajo amenaza de sanción administrativa a éstos últimos.

Discrepa la doctrina marroquí respecto al fundamento o base legal del acuerdo en cuestión. Así, mientras que para unos el referido pacto o acuerdo encuentra su base legal en los principios del rito malequí, que autoriza todas aquellas cláusulas y acuerdos establecidos de común acuerdo entre los cónyuges a condición de que no sean contrarios a los principios que rigen el matrimonio en el Islam, para otros, no es más que un acuerdo basado en el Código marroquí de las Obligaciones y Contratos²⁵, concretamente en su artículo 230, donde se declara que “*el contrato es ley para los contratantes*”, lo que justifica la exigencia de que aquél se alcance en documento distinto del acta matrimonial, que tiene su fundamento en la *shari`a* o Derecho islámico. En lo que sí que parece haber coincidencia es en la consideración de que el documento en el que se recoge el acuerdo de los cónyuges no es más que un medio de prueba en caso de litigio entre los cónyuges sobre la propiedad de un bien o de los bienes adquiridos durante el matrimonio o sobre la forma de administrarlos.

Nada dice el CFM de manera expresa respecto al momento en que los cónyuges van a poder hacer uso de la facultad de convenir que aquél les reconoce. No obstante, de la ya referida exigencia de que el convenio en cuestión se adopte en documento distinto al acta de matrimonio, bien se puede inferir que la mencionada facultad va a poder ser ejercitada en cualquier momento, ya sea éste el de la celebración del matrimonio (con intervención, por tanto, de los mismos adules que intervienen en la preparación del acta matrimonial) o cualquier otro momento posterior (supuesto éste en el cual el pacto o acuerdo que se adopte se podrá llevar a cabo mediante acta adular, documento notarial o, incluso, mediante documento privado redactado por los propios cónyuges o sus representantes).

En cualquier caso, no podemos dejar de poner de relieve la nula utilización que, en la práctica, vienen haciendo los cónyuges marroquíes de la facultad que les confiere el CFM, lo que nos permite afirmar que el régimen de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en Marruecos sigue siendo en estos momentos un régimen esencialmente legal.

²⁵ Aprobado por Dahir de 12 de agosto de 1913 (B.O. de 12 de septiembre de 1913).

El régimen legal de separación de bienes acogido en el CFM implica la no incidencia del matrimonio en el régimen de titularidad de los bienes adquiridos durante su vigencia, pudiéndose, por tanto, hablar de la existencia de dos patrimonios bien diferenciados: de un lado, el del marido, y, de otro, el de la mujer. De estos dos patrimonios merece, sin duda, especial mención el correspondiente a la mujer, ya que dentro del mismo, además de los bienes que le pertenecieran con anterioridad a la celebración del matrimonio y de los adquiridos por la misma durante la vigencia de éste último, se incluyen asimismo, como se encarga de enfatizar el CFM, estos otros bienes: 1) los bienes integrantes de la dote o *sadaq* (que, como se dijera en el capítulo dedicado al matrimonio, constituye en Derecho marroquí una de las condiciones de éste último²⁶, pudiendo los cónyuges llevar a cabo su fijación, bien en el momento mismo de la celebración del matrimonio, a través del acta matrimonial²⁷, bien con posterioridad, estando previsto que, en este último caso, de no conseguir los cónyuges ponerse de acuerdo, tras la consumación del matrimonio, sobre su montante, corresponderá su fijación al juez, quien a tal efecto deberá atender al medio social de los cónyuges, tratando en todo caso de moderar el montante de la dote –arts. 27 y 28–)²⁸; 2) los bienes aportados por la mujer bajo la forma de ajuar, mobiliario –*jihaz*– u objetos preciosos –*chawar*– (art. 34.1º), y 3) la pensión alimenticia que, en su caso, la mujer reciba de su marido.

En caso de controversia entre los cónyuges respecto a la titularidad de cualquier bien adquirido durante el período de matrimonio (y que no pertenezca ni a la dote ni al conjunto de bienes aportados por la mujer como ajuar, mobiliario u objetos preciosos)²⁹, dicha controversia, como se encarga de señalar el CFM, se deberá resolver conforme a las reglas generales de la prueba (art. 34.2º), tomando en consideración el juez tanto el trabajo de cada uno de los cónyuges, como los esfuerzos realizados y las cargas asumidas por cada uno de ellos para el desarrollo y puesta

²⁶ El artículo 26 del CFM define la dote como “*lo que el esposo ofrece a su esposa para manifestar su voluntad de contraer matrimonio, fundar una familia estable y consolidar los vínculos de afecto y de vida común entre los dos esposos*”, añadiendo que lo relevante de la dote no es tanto su valor material como su valor moral y simbólico.

²⁷ Los cónyuges pueden convenir el pago, por adelantado –antes de la consumación del matrimonio– o dentro de un plazo, de la totalidad o de una parte de la dote (art. 30 CFM). En todo caso, le viene reconocida a la mujer la posibilidad de pedir el pago de la parte debida del *sadaq* antes de la consumación del matrimonio (art. 31.2º CFM). Y, de consumarse el matrimonio antes del pago, se convertirá el *sadaq* para el esposo en una deuda frente a su mujer (art. 31.3º CFM), deuda que es imprescriptible (art. 33.3º CFM). Además, señala el CFM que, en caso de divergencia entre los cónyuges en cuanto al pago de la parte debida del *sadaq*, se dará crédito a las declaraciones de la esposa, si la divergencia se suscita con anterioridad a la consumación del matrimonio, y, de suscitarse con posterioridad, se dará crédito a las del esposo, disponiendo asimismo que la prueba del pago, en caso de divergencia entre los cónyuges, corresponderá siempre al marido (art. 33.1º y 2º).

²⁸ La esposa, en caso de consumación del matrimonio o de fallecimiento del marido antes de esta consumación, tendrá derecho a la totalidad del *sadaq*. Aquélla, sin embargo, solo tendrá derecho a la mitad del mismo si, antes de la consumación del matrimonio, se produce el divorcio de los cónyuges. Su derecho al *sadaq* quedará excluido en aquellos casos en que, no habiéndose consumado el matrimonio: 1) el acta matrimonial sea rescindida; 2) el acta matrimonial sea disuelta por vicio redhibitorio comprobado en uno de los cónyuges ó 3) los cónyuges se divorcien, habiendo pospuesto éstos la fijación del *sadaq* a un momento posterior a la celebración del matrimonio (art. 32 CFM).

²⁹ No podrá haber nunca controversia entre los cónyuges respecto a los bienes que cada uno de ellos poseyera con anterioridad a la celebración del matrimonio.

en valor de los bienes de la familia (art. 49.4^o)³⁰. En este punto, inevitablemente, resulta necesario destacar la posición de rigor de los tribunales marroquíes en cuanto al régimen de prueba, posición que representa un gran *handicap* para la salvaguardia de los derechos pecuniarios de la mujer, puesto que acaba por hacer fracasar cualquier posible reclamación planteada por la misma frente a su marido. Piénsese que, en la mayoría de las ocasiones, es la mujer quien se ve obligada a probar su derecho frente al marido, ya que, de ordinario, es éste último quien tiene los títulos de propiedad sobre el bien o los bienes en litigio, al hallarse exclusivamente a su nombre. Los jueces marroquíes, es cierto, admiten la utilización de todos los medios de prueba, a condición de que sean suficientes y claros (escrito, 12 testigos varones o *lafif*, inscripción del derecho alegado en los libros del Registro de la Propiedad, etc.). Sin embargo, rehúsan utilizar el poder o facultad de que disponen para suplir la carencia de medios de prueba, negándose, por ejemplo, a recurrir a un experto o a proceder a una investigación para determinar la parte de cada cónyuge en el patrimonio familiar³¹.

En todo caso hay que tener presente que, según el CFM, a falta de prueba, se entenderá que corresponden al marido, siempre que así lo declare éste bajo juramento, los objetos habituales de los hombres, y que corresponden a la mujer, asimismo bajo juramento por parte de ésta, los objetos habituales de las mujeres. Por lo que respecta a los objetos que son indistintamente habituales tanto de hombres como de mujeres, señala que éstos, tras el juramento efectuado tanto por uno como por otro cónyuge, serán divididos o repartidos entre ambos, a menos que uno de ellos se niegue a prestar juramento mientras que el otro lo presta, supuesto en el cual la disputa se resolverá a favor de éste último (art. 34.3^o).

De los dos patrimonios existentes en el matrimonio, será en principio el del marido el que deba soportar los gastos derivados de la atención de las necesidades ordinarias de la familia, al corresponderle a aquél el mantenimiento tanto de su mujer como de sus hijos. De hecho, el marido, con cargo a su patrimonio, deberá abonar tanto la pensión alimenticia a favor de su mujer³² (art. 194 CFM)³³, como la pensión alimenticia a favor de sus hijos³⁴ (art. 198 CFM) (la esposa únicamente deberá

³⁰ Esta regla, incorporada como novedad por el CFM, no es más que la consagración de una jurisprudencia basada en una costumbre bastante extendida en ciertas regiones del sur de Maruecos y conocida bajo el nombre árabe "*cad wa siaya*" y el bereber "*tamazalte*" (especie de régimen de participación en las ganancias). La costumbre en cuestión reconoce a la esposa una parte, que varía en cada caso, de los bienes adquiridos durante el matrimonio, sin relación con sus otros derechos pecuniarios frente al marido en caso de disolución del matrimonio o con lo que a la misma le corresponda heredar en el supuesto de fallecimiento del marido. *Vid.* p.e., la sentencia de la *Cour d' Appel* de Marrakech de 30 de marzo de 1984 (asunto núm. 1.346/83) o las sentencias de la *Cour Suprême* de 28 de noviembre de 1978 (asunto núm. 46.767) y 12 de mayo de 1980 (asunto núm. 74.469), ninguna de ellas publicada.

³¹ *Vid.*, p.e., la sentencia de la *Cour Suprême* de 5 de marzo de 1997 (asunto núm. 2.276), no publicada.

³² La mujer tendrá derecho a pensión alimenticia desde el momento de la consumación del matrimonio, reconociéndosele también dicho derecho a la mujer que haya convalidado a su marido a consumar el matrimonio, después de la celebración del acta matrimonial.

³³ El incumplimiento de esta obligación se configura, de hecho, como una causa de divorcio (art. 102 CFM).

³⁴ Concretamente, el artículo 198 del CFM dispone que el padre estará obligado a atender las necesidades de sus hijos varones hasta la mayoría de edad o hasta los 25 años, de estar aquéllos estudiando. En el caso de las hijas, el padre deberá seguir atendiendo a sus necesidades hasta que dispongan de sus propios recursos o contraigan matrimonio, pasando su mantenimiento a incumbir a su marido. En todo caso, el padre deberá continuar asegurando el mantenimiento de sus hijos minusválidos o incapaces de procurarse recursos.

hacer frente con su patrimonio a los gastos derivados del mantenimiento de los hijos en caso de que el marido sea total o parcialmente incapaz de satisfacerlos y la situación económica de aquélla sea desahogada –art. 199 CFM–³⁵. Asimismo, deberá ser el marido quien abone, con cargo a su patrimonio, la remuneración de la mujer a la que, en su caso, se confíe la guarda de los hijos, su lactancia o su mantenimiento (de tratarse de la madre, no tendrá ésta derecho a remuneración por la guarda de los hijos durante la relación conyugal –arts. 167 y 201 CFM–).

En el régimen de separación de bienes, no solo le corresponde a cada cónyuge la propiedad de los bienes integrantes de su patrimonio, sino también la administración y disposición de los mismos (inclusive en el caso de los bienes del *sadaq* –art. 29 CFM–), sin control de ningún tipo por parte del marido. Se separa así el CFM de lo establecido en el Derecho malequí, que prohíbe a la mujer casada disponer de más de una tercera parte de sus bienes a título gratuito sin la autorización del marido. En la misma línea que el CFM, cabría mencionar también el nuevo C.Com. de 1996, cuyo artículo 17 dispone que la mujer casada puede ejercer el comercio sin autorización de su marido, reputando nulo cualquier acuerdo en contrario.

El CFM, finalmente, no contiene disposiciones respecto a la incidencia que, sobre los bienes de los cónyuges, habrá de tener la disolución del matrimonio, ya se produzca ésta por divorcio, anulación o muerte de uno de los cónyuges. De ahí que quepa concluir que, habiendo mantenido los cónyuges durante el matrimonio un régimen de separación legal de bienes, cada uno de ellos deberá recuperar, a su fin, los bienes que le pertenezcan. No obstante, no podemos dejar de destacar la existencia en el CFM, aunque dispersas, de algunas disposiciones referidas a los efectos que, en el plano patrimonial, va a tener la disolución del matrimonio, algunas de las cuales, hemos de admitir, van más allá de lo que constituye propiamente el contenido de la noción de “régimen económico del matrimonio”.

EL CFM, concretamente, por lo que respecta a los efectos del divorcio sobre la dote, dispone que, en caso de que el marido no la hubiera entregado en su totalidad en la fecha en que se dictara el divorcio, deberá abonar a la mujer la parte restante (art. 84). Asimismo, y en relación con la dote, dispone que, en caso de que el divorcio se dicte por vicio redhibitorio³⁶ antes de la consumación del matrimonio, el marido no tendrá por qué entregar la dote a la mujer, reconociéndole el derecho, de haber procedido ya a su entrega, de reclamar la devolución de lo entregado³⁷ (art. 109). Tan solo en el caso de que el marido hubiera tenido conocimiento del vicio antes de la celebración del matrimonio y el divorcio se hubiera acordado antes de la consumación de éste último, debería aquél a la mujer la mitad de la dote (art. 110).

Por otra parte, hay que recordar que, entre las modalidades de divorcio que el CFM regula, se encuentra el denominado divorcio *kho'l*, o lo que es lo mismo, mediante entrega por la mujer, con cargo a su patrimonio, de una compensación al marido (arts. 115 ss.), figura que, pese a su denominación, viene siendo catalogada como un supuesto de repudio. La compensación requerida en esa modalidad de divorcio

³⁵ Téngase presente que, según el artículo 189 del CFM, “*la pensión alimenticia comprende la alimentación, la vestimenta, los cuidados médicos y todo lo que habitualmente es considerado indispensable, así como la instrucción de los hijos*”.

³⁶ Art. 107 CFM.

³⁷ En caso de que ya se hubiera consumado el matrimonio, el marido solo podrá reclamar la restitución del montante del *sadaq* a quien le hubiera hecho incurrir en error o le hubiera ocultado conscientemente el vicio redhibitorio.

debe ser fijada de común acuerdo por ambos cónyuges, no pudiendo en ningún caso tener aquélla un montante abusivo o exagerado (art. 118). Según el CFM, podrá servir como compensación todo lo que legalmente pueda ser objeto de una obligación, como puede ser, por ejemplo, el pago pendiente de la dote (art. 108), si bien advierte que, en caso de insolvencia de la mujer, la compensación no podrá llevarse nunca a cabo con la pensión alimenticia que el marido ha de pasarle a los hijos (art. 119). En caso de que los cónyuges estuvieran de acuerdo en el divorcio *kho'l*, pero no llegaran, sin embargo, a un acuerdo sobre el montante de la compensación, ambos podrán dirigirse para fijar éste último al juez, quien deberá tener en cuenta el montante del *sadaq*, la duración del matrimonio, las causas de la demanda de divorcio *kho'l*, así como la situación material de la esposa (art. 120.1º). Únicamente en el supuesto de que se demuestre que el divorcio *kho'l* fue el resultado de una coacción o amenaza por parte del marido o de un perjuicio que éste le hubiera causado, podrá la mujer reclamar la restitución de la compensación convenida o fijada por el juez (art. 117).

Tanto en caso de divorcio o repudio como de anulación del matrimonio (siempre que éste último haya sido consumado), al igual que en caso de fallecimiento del marido (haya o no habido consumación del matrimonio), la mujer en Derecho marroquí viene obligada a mantener un retiro legal o vidual (*idda*) (arts. 84.1º, 129 y 130 CFM), bien en el domicilio conyugal, bien en otro que le haya sido reservado (art. 131), pudiendo variar la duración de dicho retiro en función de las circunstancias de la mujer, sin que en ningún caso pueda superar aquél los 12 meses (arts. 132 a 136 CFM). Durante dicho período, en el caso de que la disolución del matrimonio se produzca por divorcio o repudio, tendrá la mujer derecho a percibir, con cargo al patrimonio del marido, una pensión por retiro legal, así como una dádiva o donación de consolación (*mout'â*), dádiva que será “*fijada en consideración a la duración del matrimonio, la situación financiera del esposo, los motivos del divorcio y el grado de abuso demostrado en el recurso al divorcio por parte del marido*” (art. 84.1º CFM). Igualmente, en caso de que el retiro legal tenga lugar en un domicilio distinto al conyugal, deberá el marido correr con los gastos del alojamiento de la mujer (art. 84.2º CFM)³⁸.

Por último, hay que señalar que, según el CFM, una vez disuelto el matrimonio, el padre, con cargo asimismo a su patrimonio, deberá seguir pagando alimentos a los hijos que a ello tuvieran derecho durante el matrimonio (art. 85), debiendo igualmente abonar una remuneración a la persona que estuviera encargada de la guarda de los hijos, de su lactancia y de su mantenimiento. Ahora bien, de ser aquélla la madre, no vendrá el padre obligado a abonar a la misma remuneración alguna por la guarda de los hijos durante el tiempo de cumplimiento del retiro legal, siempre que se trate de un divorcio revocable (art. 167.2º).

III. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE LA MUJER MARROQUÍ RESIDENTE EN ESPAÑA

Varias son las cuestiones que, en relación con la materia que ahora nos ocupa, puede plantearse la mujer marroquí casada residente en España, concretamente, en

³⁸ Al artículo 84 se remiten los artículos 97 y 113 del CFM.

Andalucía. Aquélla, efectivamente, puede estar interesada en saber: 1) si el régimen económico de su matrimonio, a falta de pacto o capitulación (acuerdo bastante inusual en la práctica entre las mujeres marroquíes casadas residentes en nuestro país), será el de separación de bienes, de conformidad con el Derecho marroquí, o, por el contrario, el de sociedad de gananciales, en aplicación del Derecho español; 2) si el pacto que, en su caso, hubiera alcanzado con su marido, en el momento de la celebración del matrimonio ante autoridad marroquí, respecto al régimen de sus relaciones patrimoniales, será válido y, por tanto, desplegará efectos en España; 3) si le viene o no permitido otorgar capitulaciones en España, ante autoridad española, bien para estipular el régimen de las relaciones patrimoniales con su cónyuge, bien para modificar o sustituir el régimen anteriormente existente, sea éste un régimen también pactado o el régimen legal y 4) si las capitulaciones que en su caso otorgue en España surtirán o no efecto en Marruecos.

En las próximas páginas trataremos de dar respuesta a estas cuatro cuestiones, recurriendo para ello a lo dispuesto tanto en la normativa española de Derecho internacional privado como en la marroquí.

1. Régimen económico matrimonial legal

La determinación del régimen económico matrimonial legal al que queda sujeta la mujer marroquí casada residente en Andalucía exige atender a lo dispuesto en el artículo 9.2º del C.c. español, donde se establece lo siguiente: “Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley persona o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”.

A la vista de lo preceptuado en el artículo 9.2º del C.c., y a efectos de determinación del régimen económico de su matrimonio, resulta fundamental saber si la mujer marroquí se encuentra unida en matrimonio a un súbdito también marroquí o si, por el contrario, lo está a un ciudadano que ostenta una nacionalidad distinta, sea ésta la española o la de un tercer país. En el primer caso, no hay duda de que será la ley marroquí la que resulte aplicable, y que, por tanto, será el régimen de separación de bienes el que rijan las relaciones patrimoniales de la mujer marroquí con su cónyuge. En cambio, en el segundo supuesto, habida cuenta de la nula utilización por parte de los cónyuges de la libertad de elección de ley que el artículo 9.2º del C.c. les reconoce, será necesario atender al que haya sido el lugar en el que el matrimonio, inmediatamente después de su celebración, haya fijado el domicilio conyugal, siempre que en dicho lugar ambos cónyuges hayan residido de manera efectiva. De encontrarse dicho lugar en Marruecos, sería el Derecho marroquí, y, por tanto, el régimen de separación de bienes, el que resultaría aplicable. Pero si esa primera residencia habitual común se encontrara en España, la ley aplicable sería la española, pudiéndose afirmar, en aplicación de los criterios establecidos en el artículo 16 del C.c., que el régimen legal aplicable sería el de la sociedad de gananciales, siempre que esa primera residencia se hubiera tenido en territorio de Derecho común (ya se trate de Andalucía o de cualquier otra Comunidad Autónoma sujeta a éste último) o en el de cualquiera de las Comunidades Autónomas de

Derecho foral que declaran también al de gananciales como régimen legal. Únicamente en el caso de que la primera residencia habitual común la hubieran fijado en el territorio de la Cataluña o de Baleares, sería el de separación de bienes, y no el de gananciales, el régimen regulador de sus relaciones patrimoniales, al ser aquél el régimen económico matrimonial legal previsto por las legislaciones forales que rigen en ambos territorios. Finalmente, si la primera residencia habitual común se hubiera fijado en un tercer país antes de trasladarse los cónyuges a vivir a España, el régimen económico matrimonial legal sería el que viniera fijado por la ley de dicho país.

Tan solo en el supuesto excepcional de que los cónyuges, por cualquier motivo (p.e., por razones de trabajo), no hubieran podido convivir, inmediatamente después de la celebración del matrimonio, en un mismo lugar, sería necesario atender, a efectos de determinación del régimen económico matrimonial legal, al lugar en que hubieran celebrado matrimonio. El régimen aplicable, así pues, sería el de separación de bienes si el matrimonio se hubiera celebrado en Marruecos, dentro de territorio español, en cualquiera de las localidades de Cataluña o en Baleares, o en cualquier país cuya legislación acoja aquél como régimen legal. En cambio, sería el de gananciales el régimen que debería de ser aplicado en el caso de que el matrimonio se hubiera celebrado, bien en España, en cualquier Comunidad Autónoma distinta a Cataluña o Baleares, bien en cualquier país cuya legislación acoja dicho régimen como régimen legal. De haberse celebrado el matrimonio en cualquier otro lugar, habría que atender al régimen económico matrimonial legal previsto en la legislación de dicho país.

El problema estriba en que el régimen legal al que, desde la óptica de la autoridad española, queda sujeta la mujer marroquí residente en España, puede no ser el mismo que aquél al que dicha mujer queda sujeta desde la óptica de la autoridad marroquí. Y ello por cuanto la respuesta que el DIPr. marroquí ofrece a la cuestión de la ley aplicable a la determinación del régimen económico matrimonial legal no coincide con la que ofrece el DIPr. español. La normativa marroquí de DIPr., contenida en el Dahir de 12 de agosto de 1913 sobre la condición civil de los franceses y de los extranjeros en Marruecos³⁹, dispone efectivamente que, “*en ausencia de pacto, los efectos del matrimonio sobre los bienes de los cónyuges, tanto inmuebles como muebles, se rigen por la ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio*”, destacando, además, que el cambio de nacionalidad de los cónyuges o de uno solo de ellos no tendrá ninguna influencia sobre el régimen de los bienes (art. 15)⁴⁰. Sin embargo, hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 2 del CFM, donde se declara la aplicación de este Código a todos los marroquíes, incluso a aquéllos que ostentan además otra nacionalidad, así como a toda relación entre dos personas cuando uno de los dos cónyuges es marroquí, lo que permite afirmar que el CFM instituye en el plano internacional, y en las materias sobre las que el mismo se ocupa, el privilegio de la nacionalidad marroquí. De ahí que quepa afirmar que será siempre la ley marroquí la que determine el régimen económico matrimonial legal de aquellos matrimonios en los que la mujer ostente

³⁹ B.O. de 12 de septiembre de 1913.

⁴⁰ No importa dónde se haya celebrado el matrimonio, si bien es cierto que existen algunas decisiones en las que se subordina la aplicación de este artículo al hecho de que el matrimonio se haya celebrado en Marruecos o al establecimiento en Marruecos del primer domicilio conyugal.

la nacionalidad marroquí, cualquiera que sea la nacionalidad del marido. Siendo ello así, bien pudiera suceder que, mientras que a los efectos de la autoridad española, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.2º del C.c., una mujer marroquí queda sujeta al régimen de gananciales, correspondiente a la ley española, aquélla, desde la perspectiva de la autoridad marroquí, quede sometida, *ex* artículo 2 del CFM, al régimen de separación de bienes, que sería lo que acaecería, *p.e.*, en el caso de la mujer marroquí que, habiendo contraído matrimonio con un súbdito español, bien en España o en Marruecos, hubiera fijado, tras la celebración de su matrimonio, su primera residencia habitual común en territorio español y, más concretamente, en el de alguna de las Comunidades Autónomas que acojan como régimen legal el de gananciales. Únicamente cabría garantizar la aplicación por parte de las autoridades de uno y otro país de la misma ley, y, por ende, del mismo régimen económico matrimonial legal, en aquellos casos en que la mujer marroquí se hallare casada con un súbdito de la misma nacionalidad, ya que, de conformidad tanto con la normativa española de DIPr. como con la marroquí, la ley que resultaría aplicable sería en todo caso la de éste último país, pudiéndose, por tanto, predicar la existencia de un régimen de separación de bienes.

2. Régimen económico matrimonial pactado

A) Pactos matrimoniales suscritos ante autoridad marroquí o en documento privado otorgado en Marruecos

Los pactos matrimoniales que la mujer marroquí, de conformidad con el art. 49 del CFM, suscriba con su cónyuge ante autoridad marroquí (bien en España –autoridad consular–, bien en Marruecos) o en documento privado otorgado en Marruecos, serán reputados válidos en España siempre que cumplan los requisitos que, a tal fin, exige la normativa española de DIPr., y que son: 1) que ambos cónyuges, de conformidad con su ley nacional, tengan capacidad para intervenir en el otorgamiento del mencionado pacto (art. 9.1º C.c.); 2) que el pacto en cuestión, en el plano sustantivo (esto es, tanto lo que concierne a su propia existencia como a su contenido), sea válido, bien según la ley que rija los efectos del matrimonio (esto es, la ley que, en virtud del artículo 9.2º del C.c., habría de decidir la cuestión del régimen económico matrimonial legal), bien según la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges al tiempo del otorgamiento (art. 9.3º C.c.), y 3) que, desde el punto de vista formal, se hayan observado las formas o solemnidades previstas, bien en la ley del lugar del otorgamiento, bien en la ley reguladora del contenido del pacto o en la ley personal común de los otorgantes (art. 11.1º C.c.). No obstante, hay que tener presente que, de exigir la ley reguladora del contenido la observancia de una determinada forma solemne, ésta deberá ser siempre observada y respetada (art. 11.2º C.c.)

A la vista de lo expuesto, bien se puede decir que será la ley marroquí la que decida en principio la capacidad de la mujer interviniente en el pacto, al ostentar ésta la nacionalidad marroquí (la intervención o no asimismo de la ley marroquí para decidir la capacidad de su cónyuge dependerá de que éste ostente o no también la nacionalidad marroquí). Además, cabe afirmar que, en aplicación de la ley marroquí, quedará asimismo garantizada: 1) la validez sustancial del pacto (admisibilidad y contenido), por ser aquélla la ley personal de la mujer al tiempo del otorgamiento, pudiendo constituir igualmente, llegado el caso, la ley nacional del marido en dicho

momento, la ley de su residencia habitual o la de la mujer en tal ocasión, o, incluso, la ley llamada a regir, *ex* artículo 9.2º del C.c., los efectos del matrimonio (sea por ostentar ambos cónyuges la nacionalidad marroquí, por hallarse en Marruecos, a falta de la circunstancia anterior, la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio o, de no existir ésta última, por haberse celebrado en Marruecos el matrimonio) y 2) la validez formal del pacto, ya que la ley marroquí será en todo caso una de las posibles leyes a tomar en consideración a efectos de decidir la validez sustancial del pacto, sin olvidar que puede igualmente tratarse de la ley correspondiente al lugar de celebración del mismo, o de la ley correspondiente a la nacionalidad común de ambos cónyuges. Precisamente será la aplicación del Derecho marroquí a los aspectos formales del pacto lo que permita considerar plenamente válidos en España los pactos adoptados en Marruecos por los cónyuges en documento privado, pues tales pactos no se reputan válidos a la luz del Derecho español, que supedita la validez de cualquier pacto entre los cónyuges respecto al régimen de sus relaciones patrimoniales a la observancia de un requisito formal solemne: otorgamiento en escritura pública. La validez de los referidos pactos privados únicamente quedaría en entredicho de atender la autoridad española ante la cual se hicieran aquéllos valer, como ley reguladora del contenido, y en aplicación de lo previsto en el artículo 9.3º del C.c., bien a la ley española o a la de cualquier otro país que, como el nuestro, imponga la observancia de un requisito formal solemne, como es la constancia en documento público.

En cualquier caso, es preciso señalar que la utilización en España del pacto matrimonial que los cónyuges hubieran otorgado ante autoridad marroquí (sea ésta adular o notarial), en tanto documento público⁴¹, quedará supeditada al hecho de que aquél se presente debidamente legalizado y, además, acompañado de la correspondiente traducción al castellano, traducción que, en función de la autoridad española ante la cual se haga valer el pacto en cuestión, se exigirá que sea oficial (Notario, encargado del Registro Civil, Registrador de la Propiedad, Registrador Mercantil) o bastará que sea privada (Juez). De estos dos requisitos, no obstante, tratándose de pactos suscritos por ambos cónyuges en documento privado, únicamente será exigible el último de ellos: la traducción.

B) Capitulaciones matrimoniales otorgadas ante autoridad española

La mujer marroquí residente en España, ya se halle casada con un súbdito asimismo marroquí o con un ciudadano español o nacional de un tercer país, e independientemente del lugar en el que se hubiera celebrado el matrimonio, tendrá la posibilidad de comparecer en cualquier momento ante un notario español, acompañada de su marido, a fin de otorgar capitulaciones matrimoniales destinadas, bien a estipular de primeras el régimen económico de su matrimonio, bien a modificar o sustituir el régimen que con anterioridad rigiera sus relaciones patrimoniales, fuera éste legal o también pactado⁴².

⁴¹ En el caso del pacto otorgado por adul, su consideración como documento público queda supeditada a la previa validación de la correspondiente escritura por parte del juez de asuntos notariales al que aquél se halla adscrito. Esta dependencia judicial de los adules se sigue manteniendo en la Ley núm. 16.03 de la Función Adular, puesta en ejecución a través del Dahir núm. 1.06.56, de 14 de febrero de 2006 (*B.O.* de 2 de marzo de 2006), en vigor desde el 14 de junio de 2006.

⁴² Téngase presente que, en Derecho español, la validez de las capitulaciones matrimoniales requiere la constancia de éstas últimas en escritura pública (art. 1.327 C.c.).

El notario español comenzará comprobando la identidad de los otorgantes, así como controlando su capacidad en atención a lo dispuesto en sus respectivas leyes nacionales (art. 9.1º C.c.), lo que, en el caso de la mujer marroquí, exigirá atender a lo establecido al respecto en la legislación de su país. Y, una vez constatada la capacidad de los otorgantes, procederá a verificar si, de conformidad con cualquiera de las leyes cuya aplicación reclama el artículo 9.3º del C.c. para regir la validez de los pactos y capitulaciones, le viene o no permitido a los cónyuges, no solo el otorgamiento de éstas últimas, sino, además, el otorgamiento de las mismas con el contenido por ellos deseado, siendo dichas leyes, como se apuntara en el epígrafe anterior, tanto la ley reguladora de los efectos del matrimonio, como la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges al tiempo del otorgamiento. En principio, la posibilidad de otorgar capitulaciones le vendrá garantizada a la mujer marroquí en aplicación de la ley española, ley cuya intervención quedará asegurada por tratarse, como mínimo, de la ley correspondiente a la residencia habitual de ambos cónyuges al tiempo del otorgamiento, pudiendo constituir, además, la ley correspondiente a la nacionalidad del marido (en el caso de los matrimonios mixtos hispano-marroquíes), e, incluso, la ley que, *ex* artículo 9.2º del C.c., esté llamada a regir los efectos del matrimonio. En tales casos, además de ser la ley que respalde la posibilidad de otorgar las referidas capitulaciones, será también la española la ley que establezca los límites al contenido que a las mismas pretendan dar los cónyuges. Pero es que también en aplicación del Derecho marroquí, invocable, como mínimo, en tanto ley nacional de la mujer, aunque también lo pudiera ser como ley nacional del marido o como ley rectora, *ex* artículo 9.2º del C.c., de los efectos del matrimonio, vendrá asimismo admitida la posibilidad de que los cónyuges convengan el régimen aplicable a los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Solo después de haber comprobado todos los extremos a los que se viene de aludir, procederá el notario a otorgar la correspondiente escritura pública de capitulaciones, ajustándose para ello a lo dispuesto en la ley española, ya que, sobre la base del principio *auctor regit actum*, y en tanto autoridad española, viene aquél obligado a aplicar su propia ley a las cuestiones formales del acto en cuyo otorgamiento interviene.

La cuestión que en todo caso se suscita es la de saber si las capitulaciones matrimoniales que la mujer marroquí pueda otorgar en España, bien estipulando por vez primera el régimen de las relaciones patrimoniales con su cónyuge, bien modificando o sustituyendo el régimen que, a la luz del Derecho marroquí (art. 49 CFM), le corresponda, sea éste el legal (separación bienes) o aquél que, en el marco del referido ordenamiento, hayan podido los cónyuges pactar con anterioridad, podrán o no surtir efecto en Marruecos. La respuesta a la referida cuestión habrá de ser necesariamente afirmativa, si bien hay que advertir que, para ello, y de conformidad con lo establecido en la normativa marroquí de DIPr., será exigible que el documento notarial español en el que las capitulaciones matrimoniales se contengan sea sometido previamente a exequátur de las autoridades judiciales marroquíes, del mismo modo en que se habrán de someter las decisiones judiciales españolas que se trate de hacer valer en Marruecos⁴³.

⁴³ El exequátur de las sentencias españolas en Marruecos se rige por lo dispuesto en los artículos 22 a 32 del Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa, entre España y Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997 (*BOE* núm. 151, de 25 de junio de 1997).

V PUBLICIDAD EN ESPAÑA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE LA MUJER MARROQUÍ

La exigencia de publicidad del régimen económico matrimonial prevista en Derecho español se justifica claramente por el hecho de no ser aquél algo que permanezca en la órbita interna de los cónyuges o de la familia, sino que repercute en los intereses de los terceros. Sin embargo, hay que advertir que el sistema de publicidad que el Derecho español prevé en este ámbito resulta limitado, ya que solo contempla una vía de publicidad directa para el régimen convencional (el C.c., efectivamente, solo contempla la publicidad de las capitulaciones matrimoniales, así como de los posibles pactos, resoluciones judiciales y demás hechos modificativos del régimen económico matrimonial –art. 1.333–), pero no así para el régimen legal (de ahí que los terceros puedan presumir que, a falta de publicidad de un régimen convencional, el régimen económico matrimonial existente es el legal), materializándose aquélla a través los Registros Civil, de la Propiedad y Mercantil. Además, la publicidad prevista del régimen convencional no en todos los casos se configura con carácter obligatorio, presentando en algunos supuestos carácter facultativo.

En cualquier caso, hay que tener presente que, a la luz del sistema español de DIPr., la exigencia de publicidad registral en España no se puede predicar con carácter general de todos los pactos o capitulaciones. En DIPr. español, efectivamente, se considera que corresponde a la ley reguladora del contenido de los pactos o capitulaciones decidir si resulta o no exigible la publicidad registral de las mismas, incumbiendo a la ley del Estado del Registro fijar las modalidades en que tal publicidad podrá llevarse a cabo. De ahí, por tanto, que la necesidad de dar publicidad registral a los pactos o capitulaciones en los que participe una mujer marroquí residente en España solo se pueda predicar de aquéllos cuya validez sustancial venga determinada por la ley española por cualquier otra que imponga tal publicidad (publicidad que, en principio, no exige la ley marroquí), siendo en todo caso la ley española la que, en tanto ley del Estado del Registro, fije los medios a través de los cuales se habrá de llevar a cabo aquélla.

Precisamente en aplicación de la ley española, en su condición de ley del Registro, cabe afirmar que la mujer marroquí que, bien en Marruecos, bien en España, haya pactado con su cónyuge el régimen de sus relaciones patrimoniales, podrá (que no deberá) dejar constancia de su existencia en el Registro Civil español, siempre, claro está, que su matrimonio figure inscrito en el mismo. Y esto, como es sabido, sucederá, tanto en el caso de que el cónyuge de la ciudadana marroquí sea español (o de que uno u otro devengan españoles), como en aquél en que, con independencia de la nacionalidad de los cónyuges, el matrimonio se haya celebrado en territorio español (cualquiera que sea la autoridad –civil o religiosa– ante la que se haya contraído). Es verdad que el acceso al Registro de tales pactos o capitulaciones, a la vista del tenor literal del artículo 1.333 del Cc. (*“en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio...”*), presenta carácter obligatorio, y no facultativo. Pero hay que tener presente que la obligatoriedad que se desprende del referido precepto aún no ha sido desarrollada por normas adecuadas, por lo que sigue imperando el sistema facultativo de publi-

cidad del régimen económico matrimonial previsto por la legislación sobre Registro Civil (el artículo 77 de la Ley de Registro Civil, de 8 de junio de 1957⁴⁴, dispone, efectivamente, que “al margen también de la inscripción del matrimonio podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal”, extremo que viene asimismo a confirmar el artículo 266 del Reglamento del Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958⁴⁵ –en adelante RRC–, donde se establece que las indicaciones registrales sobre régimen económico solo se extenderán a petición del interesado⁴⁶). En cualquier caso, el acceso al Registro de los pactos o capitulaciones matrimoniales se llevará a cabo a través de un asiento de “indicación”, asiento que solo da noticia de la existencia del documento auténtico en el que aquéllos se contienen, pero no así de su contenido, debiéndose además recordar que el valor de la indicación es simplemente informativo, y que no puede en ningún caso servir de prueba de la existencia de los referidos negocios, como sucede en el caso de la inscripción.

Tanto los pactos alcanzados en Marruecos como las capitulaciones matrimoniales otorgadas en España, serán, por otra parte, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.333 del C.c., objeto asimismo de una “toma de razón”⁴⁷ en el Registro de la Propiedad cuando afecten a bienes inmuebles, esto es: 1) cuando en ellos se lleven a cabo en ellas transmisiones o atribuciones de derechos sobre inmuebles de un cónyuge a otro o de terceros a favor de cualquiera de ellos ó 2) como complemento de otro negocio dispositivo inscribible (p.e., la compraventa de un bien inmueble), en aras de determinar la naturaleza de los bienes a los que afecta y las facultades del cónyuge o cónyuges que disponen de los mismos. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 75.1º del Reglamento de ejecución de la Ley Hipotecaria, de 14 de febrero de 1947⁴⁸ (en adelante RH), donde se establece que serán inscribibles la capitulaciones matrimoniales en cuanto contengan, respecto de bienes inmuebles o derechos reales determinados, alguno de los actos inscribibles a que se refieren el art. 2 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946⁴⁹ (en adelante LH) y el art. 7 de su Reglamento.

Finalmente, en caso de que la mujer marroquí, su marido, o ambos, tengan la condición de comerciantes, los pactos o capitulaciones matrimoniales acordados entre ambos tendrán asimismo acceso al Registro Mercantil, debiéndose a este respecto recordar que el C.Com, en su artículo 21.9º, dispone que “*en la hoja de inscripción de cada comerciante se anotarán las capitulaciones matrimoniales y los títulos que acreditan la propiedad de los bienes propios de sus cónyuges*”.

Indudablemente no habrá ningún problema para el acceso a los Registros públicos españoles a los que se viene de aludir de las capitulaciones matrimoniales que la mujer marroquí pueda haber otorgado junto a su cónyuge ante autoridad notarial española, al tratarse de un documento público español. Pero

⁴⁴ BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957.

⁴⁵ BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958; corr. errores, BOE núm.18, de 21 de enero de 1959.

⁴⁶ En el artículo 266 del RRC, no obstante, cabe apreciar una cierta tendencia hacia la obligatoriedad, aunque de forma indirecta, al preceptuar aquél que, cuando se quieran inscribir las capitulaciones y demás hechos que afectan al régimen económico en otros Registros, “*se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho*”.

⁴⁷ Expresión carente de preciso sentido técnico, cuya ambigüedad ha sido criticada.

⁴⁸ BOE núm. 106, de 16 de abril de 1947; corr. errores, BOE núm. 143, de 23 de mayo de 1947.

tampoco lo tiene que haber para que se produzca el acceso a los mencionados Registros del pacto que la mujer marroquí pueda haber suscrito en Marruecos con intervención de autoridades marroquíes, ya se trate de adules –con posterior validación judicial– o de notarios, dada su consideración también como documentos públicos, si bien es cierto que, en este caso, el acceso quedará supeditado, además de al cumplimiento de los requisitos generales exigidos para el acceso a dichos Registros de los documentos públicos extranjeros (a saber, legalización –arts. 88–90 RRC y 36 RH– y, cuando el idioma en el que el documento se halle redactado no sea conocido por el responsable del Registro, traducción oficial al castellano –arts. 86 RRC y 37 RH–)⁵⁰, al control por parte del encargado del Registro de la validez del negocio jurídico de cuya existencia se quiere dejar constancia. Y esto último pasa, como se viera en el epígrafe dedicado a la eficacia de los pactos matrimoniales otorgados ante autoridad marroquí, por la fiscalización tanto de la capacidad de los sujetos que intervinieron en su otorgamiento (art. 9.1º C.c.), como de la validez sustancial (art. 9.3º C.c.) y formal (art. 11 C.c.) del pacto.

El problema solo se suscitará en aquellos casos en que los cónyuges opten por establecer su pacto matrimonial en documento privado. Y ello por cuanto, a la luz de la legislación registral española, los documentos privados no son título para practicar asientos en los Registros públicos españoles, al exigirse en todo caso documento público o auténtico (art. 23 LRC, respecto al Registro Civil⁵¹; art. 3 LH, respecto al Registro de la Propiedad⁵² y art. 5 RRM, respecto al Registro Mercantil⁵³). De ahí que, aunque su validez, a la luz de la normativa española de DIPr. resulte incuestionable, no sea posible admitir la constancia en los referidos Registros de los pactos privados otorgados en Marruecos. Así pues, si los cónyuges desean que éstos últimos acaben teniendo acceso a los Registros de la Propiedad o Mercantil, deberán ineludiblemente elevarlos, sea en España o en Marruecos, a escritura pública.

⁴⁹ BOE núm. 58 y 59, de 27 y 28 de febrero de 1946 y BOE núm. 149, de 29 de mayo de 1946.

⁵⁰ El Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por RD 1748/1996, de 19 de julio (BOE núm. 184, de 31 de julio de 1996) –en adelante RRM–, se remite, en lo que respecta a la inscripción de documentos extranjeros, a lo establecido por la legislación hipotecaria (art. 5.3º).

⁵¹ Según el artículo 266 del RRC, “*las indicaciones registrales sobre régimen económico de la sociedad conyugal se rigen, a falta de reglas especiales, por las de las inscripciones*”, y el artículo 23 de la LRC, referido a los títulos para practicar inscripciones, recoge como tales, además, de la declaración –en los casos señalados por la Ley– y la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, el documento auténtico. La consideración del documento auténtico como título para practicar inscripciones se contempla asimismo en el artículo 81 del RRC, que contempla igualmente como tal el documento auténtico extranjero.

⁵² El artículo 3 de la LH exige para la inscripción “*escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes*”. La posibilidad de llevar a cabo la inscripción sobre la base de documentos extranjeros viene contemplada en el artículo 36 del RH.

⁵³ El artículo 5 del RRM dispone con carácter general que la inscripción en el Registro Mercantil se habrá de practicar en virtud de documento público, contemplando únicamente la posibilidad de practicar inscripciones en virtud de documentos privados en los casos expresamente previstos en las Leyes y en el propio Reglamento.

VI. INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL ESPAÑOLA EN LA RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL QUE AFECTAN A LA MUJER MARROQUÍ

La mujer marroquí residente en España, en lo que concierne a las relaciones patrimoniales con su cónyuge, podrá solicitar el amparo de los órganos jurisdiccionales españoles en varias situaciones: 1) para impugnar la validez de un pacto o de unas capitulaciones matrimoniales en su conjunto, o de alguna de sus estipulaciones, de entender que su contenido vulnera la ley, las buenas costumbres o resulta limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge; 2) de hallarse aquélla sometida al régimen español de gananciales, sea en concepto de régimen legal o pactado, para solicitar su disolución por alguno de los motivos enumerados en el artículo 1.393 del C.c., y 3) de haberse producido la disolución del régimen económico del matrimonio y no llegar los cónyuges a un acuerdo respecto a su liquidación, a fin de proceder a ésta última. La competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales españoles en todas estas situaciones quedará garantizada en virtud de lo dispuesto en los párrafos 2º y 3º del art. 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁵⁴ (LOPJ), que considera competentes a los juzgados y tribunales españoles cuando en España se encuentre el domicilio del demandado (art. 22.2º) o la residencia habitual común de los cónyuges al tiempo de la demanda (art. 22.3º)⁵⁵, debiendo aquéllos atender, para decidir la pretensión, a la ley o leyes que, de conformidad con la normativa española de DIPr., y como se viera, estén llamadas a regir las cuestiones de régimen económico matrimonial.

Igualmente cabe imaginar el recurso por parte de la mujer marroquí a los jueces españoles para solicitar, bien la anulación de un acto de administración o disposición efectuado por su cónyuge sin su consentimiento, cuando éste venga exigido, como sucederá, por ejemplo, en el caso de que el régimen al que el matrimonio quede sujeto sea el de gananciales y el acto en cuestión se halle referido a un bien de naturaleza ganancial, bien la nulidad del acto de que se trate, como sucederá cuando éste último sea un acto a título gratuito y afecte a un bien ganancial. En estas últimas situaciones la competencia de las autoridades españolas quedará asegurada por las reglas que, en nuestro sistema de DIPr., fijan la competencia de los tribunales españoles para conocer de los actos de administración o disposición cuya anulación o nulidad se solicita, reglas que se hallan fundamentalmente contenidas en el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil⁵⁶. En estos supuestos, la autoridad española abordará la cuestión del régimen económico matrimonial como cuestión previa, haciendo aquélla depender su decisión última respecto a la pretensión de anulación

⁵⁴ *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1985; corr. errores, *BOE* núm. 264, de 4 de noviembre de 1985.

⁵⁵ El artículo 22.3º de la LOPJ recoge asimismo otro criterio de competencia judicial internacional que podría resultar operativo, aunque solo en el caso de que la mujer marroquí ostente, además de la nacionalidad marroquí, la española. Aquél, efectivamente, permite la intervención de los órganos jurisdiccionales españoles en materia de relaciones patrimoniales entre los cónyuges cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España.

⁵⁶ *DOCE* núm. L 12, de 16 de enero de 2001.

o nulidad formulada por la mujer marroquí demandante, de la determinación que de dicho régimen lleve a cabo de conformidad con lo dispuesto en la normativa española de DIPr. que ya se viera.

Las sentencias que, en cualquiera de las situaciones anteriores, dicten los tribunales españoles, podrán surtir efecto en Marruecos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22 a 32 del Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa, entre España y Marruecos, de 30 de mayo de 1997⁵⁷.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA JUNCO, A.P.: “Los efectos del matrimonio”, en ABARCA JUNCO, A.P. (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 2ª edic. revisada, Madrid, UNED, 2004, pp. 119–130.
- ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.: “Les régimes matrimoniaux en droit arabe et musulman – Cas de l’Egypte et du Maroc: Normes matérielles et normes de conflit”, en BONOMI, A. y STEINER, M (edit.): *Les Régimes Matrimoniaux en Droit Comparé et en Droit international Privé*, Ginebra, Librairie Droz, 2006, pp. 279–306.
- AMORES CONRADI, M: “Efectos del matrimonio”, en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y OTROS: *Derecho internacional privado*, 6ª edic. revisada, Madrid, Eurolex, 1995, pp. 329–354.
- CALVO CARAVA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol II, 8ª edic., Granada, Comares, 2007, pp. 99–127.
- DÉPREZ, J.: “Maroc (Pluralisme des statuts personnels. Conflits interpersonnels)”, *Juris-Classeur de Droit Comparé*, Fasc. 1, 1975.
- ESPLUGES MOTA, C. y IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: *Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 322–328.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, 4ª edic., Madrid, Thomson-Civitas, 2007, pp. 381–387.
- GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, J.L.: “La publicidad de las capitulaciones matrimoniales en el D.I.Pr.”, *R.C.D.I.*, 1979, pp. 769–786.
- HAMOU, M. y EL-KHAYAT, N.: “Maroc”, en VERWILGHEN, M. y MAHIEU, S.(edit.): *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, 3ª edic., Bruselas, 2003.
- Ministère de la justice, *Guide pratique du code de la famille*, Rabat, Dar Al-Kalam, 2005.
- MOYA ESCUDERO. M. y RUEDA VALDIVIA, R.: “Relaciones entre los cónyuges”, en MARÍN LÓPEZ, A. y OTROS: *Derecho internacional privado español II. Parte especial. Derecho civil internacional*, 8ª edic., Granada, 1994, pp. 147–167.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E.: *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2001.

⁵⁷ Cit. supra nota 43.

9. NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO DE LA MUJER MARROQUÍ EN ESPAÑA*

Nuria Marchal Escalona**

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LOS SUPUESTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. 1. Introducción. 2. ¿Tienen las autoridades españolas competencia para conocer de las demandas de nulidad, separación y divorcio interpuestas por mujeres marroquíes en nuestro país? A) Análisis de los distintos foros de competencia. B) Conclusión: suerte de las demandas de disolución del matrimonio presentadas por mujeres inmigrantes marroquíes. 3. ¿Ante qué Tribunal concreto debe interponerse la demanda? 4. ¿Tienen competencia los Tribunales españoles para adoptar medidas cautelares y provisionales? 5. El repudio y la mujer en el nuevo Código de Familia Marroquí. A) ¿Puede una mujer marroquí repudiar a su marido? B) Fraude a la jurisdicción española y sus efectos. III. LEY APLICABLE A LA NULIDAD MATRIMONIAL, A LA SEPARACIÓN JUDICIAL Y AL DIVORCIO. 1. Introducción. 2. Ley aplicable a la nulidad del matrimonio y a sus efectos. 3. Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio. A) ¿Conforme a qué ordenamiento jurídico decidirán los Tribunales españoles? B) Las pretensiones basadas en el Derecho islámico. a) La violencia de género como causa de disolución del matrimonio en el nuevo Código de Familia Marroquí. b) Alegación y prueba del Derecho marroquí. C) Ámbito de aplicación de la ley rectora de la crisis matrimonial. D) Conclusiones. IV. BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUCCIÓN

La inmigración constituye un fenómeno que afecta tanto a los propios inmigrantes, como al país de acogida. Para el extranjero que llega a España el cambio es absoluto, pero mucho más lo es para la mujer inmigrante marroquí, puesto que debe enfrentarse a una sociedad y a una mentalidad totalmente distinta. En el Estado de acogida los flujos migratorios, además de generar efectos sociales y económicos, ponen en contacto al ordenamiento jurídico del país receptor con otros sistemas procedentes de entornos culturales distintos que, en ocasiones, originan conflictos y tensiones, no solamente de leyes, sino de culturas o civilizaciones. Éstos tienen lugar, sobre todo, cuando intervienen extranjeros procedentes de países islámicos. Ello se debe a que el Derecho islámico es un sistema normativo totalmente diferente al nuestro, pues procede de fuente divina. Además, cuenta con instituciones y figuras totalmente desconocidas (*ad. ex. repudio*), que llegan a ser incompatibles con nuestros principios fundamentales. De ahí, que se plantee con frecuencia el recurso al

* La presente investigación se enmarca en el Proyecto de Excelencia SEJ 820 “Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza”, subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

** Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

orden público (art. 12.3º C.c), que impide la aplicación de la ley extranjera. Aunque, en ocasiones, tales conflictos no responden más que al desconocimiento y a los falsos estereotipos creados acerca de lo que dice el Derecho extranjero y, en concreto, el Derecho islámico. Para evitar estas situaciones, es necesario conocer y analizar el Derecho codificado marroquí (inspirado en el rito o escuela *malequí*), teniendo en cuenta que las aportaciones que hagamos no son extrapolables a todo nacional procedente de un país con base legislativa islámica, pues el Derecho islámico es inmutable pero no uniforme. Cada Estado musulmán ha desarrollado y materializado en su legislación positiva el Derecho de familia basado en un rito u otro.

Las crisis matrimoniales internacionales, susceptibles de afectar y poner en contacto a más de un ordenamiento jurídico, son reguladas por el Derecho internacional privado, cuya función consiste en ofrecer una respuesta adecuada y evitar las situaciones claudicantes, es decir, válidas sólo en el país donde se constituyen. Sin embargo, éstas no pueden evitarse, en aquellos casos en los que los Tribunales españoles han de pronunciarse sobre la disolución de vínculos maritales de personas procedentes de culturas tan diferentes como la islámica. Ahora bien, las crisis matrimoniales internacionales plantean dificultades no sólo por las divergencias de regulación existentes entre los diferentes ordenamientos jurídicos, sino también por la pluralidad de aspectos vinculados a las crisis que afectan tanto a los cónyuges (distribución del patrimonio), como a sus hijos (custodia, pensión alimenticia). De hecho, pueden existir demandas de nulidad, separación o divorcio en las que los Tribunales españoles deberán decidir, además, sobre la distribución y utilización del patrimonio común de los cónyuges (efectos patrimoniales); o bien, demandas de separación o divorcio en las que el "*petitum*" puede ser mucho más variado (*ad. ex.* atribución de la guarda y de los derechos de visita, pensión alimenticia para los menores y pensión compensatoria para la mujer, entre otros). Igualmente, en todos los casos, tanto de nulidad como de separación o divorcio se plantea la necesidad de determinar si el matrimonio de los contrayentes es válido o no, para lo cuál hay que tener en cuenta si se ha celebrado de acuerdo con las previsiones del Derecho civil español o según con lo previsto en un ordenamiento extranjero. Y ello porque los problemas que plantea cada opción son distintos. Así, si nos encontramos ante un matrimonio celebrado de acuerdo con la ley española deberá probarse la existencia del mismo. Según el Derecho español se entenderá probada la celebración del matrimonio a partir de la certificación del matrimonio y de las actas del Registro civil. Tales medios de prueba suponen, también, presunción de validez del matrimonio, aunque puedan ser impugnados judicialmente. Si por el contrario, la unión se ha celebrado de acuerdo con las previsiones de un ordenamiento extranjero hay que determinar su existencia y, en su caso, su validez desde la perspectiva del Derecho extranjero. De esta forma, la determinación del ordenamiento que confiere validez al matrimonio se convierte en la primera cuestión que ha de ser resuelta por nuestros Tribunales. Pero, además, es necesario saber si los juzgados españoles deberán verificar si dicho matrimonio ha de cumplir los requisitos que el ordenamiento español exige para que sea válido. A nuestro juicio, cuando la validez del matrimonio constituye una cuestión previa respecto a otra (*ad. ex.* separación) y el supuesto no presenta una vinculación especial con nuestro territorio, bastará con que se constatare su existencia y su validez en el ordenamiento competente para ello. Ello obedece a una razón obvia: un matrimonio extranjero no puede ser considerado como válido si es nulo desde la perspectiva del ordenamiento en el que se constituyó la relación.

En este trabajo pretendemos analizar en qué supuestos las mujeres inmigrantes musulmanas y, en concreto, las mujeres marroquíes casadas con españoles o extranjeros (marroquíes o no) víctimas de violencia de género pueden plantear en nuestro país demanda de nulidad, separación o divorcio. Esto es, determinaremos en qué casos los Tribunales españoles tienen competencia judicial internacional para conocer de las mismas y, en su caso, precisar conforme a qué Derecho procederán a su pretensión: el español, el marroquí o el elegido por las partes. Para concluir se expondrán los problemas que suscita la aplicación del Derecho extranjero (marroquí) en los casos en los que sea factible.

II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LOS SUPUESTO DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

1. Introducción

Cada vez con mayor frecuencia las mujeres inmigrantes marroquíes, protagonistas del proceso migratorio o de reagrupación familiar y con independencia su situación administrativa (legal o no), solicitan ante nuestros Tribunales la disolución de su matrimonio en el que, en ocasiones, han sido víctimas de género por parte de su pareja (extranjero o español)¹. En concreto, la mujer inmigrante marroquí residente en España puede instar demanda bien de nulidad, de separación o bien de divorcio para disolver el vínculo matrimonial². Cuestión distinta es que los Tribunales españoles puedan conocer del supuesto, dado que para que ello sea así deben tener competencia judicial internacional. En España, el Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (“Bruselas II bis”³) constituye la norma básica para fundamentar la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales españoles en los supuestos de crisis matrimoniales. Ahora bien, también es cierto que este Reglamento se limita sólo a regular la competencia de los Tribunales españoles en los procesos de nulidad matrimonial, la separación o el divorcio. Ello significa que todas las otras cuestiones que pueden plantearse en este tipo de procedimientos, tales como la disolución del régimen económico del matrimonio, la atri-

¹ En España, la violencia de género no sólo tiene una respuesta penal, sino que también se contempla en el marco del Derecho de Familia. De este modo la tramitación de una denuncia por maltrato está normalmente relacionada con la ruptura de una relación conyugal. Aunque, cabe la posibilidad de que sólo se interponga demanda de disolución del vínculo conyugal y, por tanto, se contemple el supuesto sólo desde el ámbito civil.

² En la legislación española, las opciones que existen para disolver matrimonio son a través de la nulidad o el divorcio. Ahora bien, en la medida en que el proceso de nulidad sólo es posible cuando el matrimonio está afectado de un vicio o defecto esencial insubsanable, lo habitual es que la mujer inmigrante marroquí solicite el divorcio sin que sea necesario, hoy por hoy, pasar previamente por el trámite de la separación, dado que gracias a la reforma del Código civil que tuvo lugar en la Ley 15/2005 de 8 de julio, ésta quedó reducida a un procedimiento residual (*BOE* núm. 163, de 9 de julio de 2005).

³ Este Reglamento desplazó el 1 de marzo de 2005 al Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, “Bruselas II”) consecuencia de la comunitarización del Convenio de Bruselas de 28 de mayo de 1998 (*DOCE* núm. L 160, de 30 de junio de 2000; modif. *DOUE* núm. L 236, de 23 de septiembre de 2003). Esta norma prevalece sobre cualquier convenio vigente entre los Estados miembros, con excepción de Dinamarca –donde no se aplica el Reglamento–.

bución del uso de la vivienda habitual, la custodia de los hijos, o la determinación de los alimentos debidos a los hijos o al cónyuge, entre otros no se contemplan en dicho texto normativo. De ahí que en las demandas de crisis matrimonial internacional que se interpongan ante los Tribunales españoles será preciso tener en cuenta diferentes normas para determinar su competencia sobre las diversas cuestiones que pueden plantearse en la demanda matrimonial.

En las siguientes páginas analizaremos en qué casos los órganos jurisdiccionales españoles tienen competencia judicial para conocer de las demandas de nulidad, separación y divorcio. Dicho estudio debe completarse con el análisis de la problemática competencial vinculada a la adopción de medidas provisionales y cautelares en los procesos matrimoniales, tan relevantes en este ámbito. Así, el hecho de que exista competencia de los Tribunales españoles para conocer sobre el fondo, no significa que puedan tenerla para adoptar medidas cautelares y provisionales. Puede suceder que los órganos judiciales españoles sean competentes para conocer del fondo, pero no para adoptar medidas provisionales o cautelares, o viceversa. Por otra parte, es posible que tales medidas hayan sido adoptadas por un Tribunal extranjero. Ello obliga a tratar los supuestos en los que se solicita a las autoridades españolas la modificación de tales medidas. En cualquier caso, el análisis de los posibles criterios de competencia judicial internacional de los órganos judiciales españoles en materia matrimonial debe ser completado con la determinación del concreto Tribunal ante el cual se debe presentar dicha demanda (competencia territorial).

2. ¿Tienen las autoridades españolas competencia para conocer de las demandas de nulidad, separación y divorcio interpuestas por mujeres marroquíes en nuestro país?

A) Análisis de los distintos foros de competencia

Como hemos apuntado, en España, el Reglamento “Bruselas II bis”, en vigor desde el 1 de marzo de 2005, constituye la norma básica para determinar la competencia judicial de los Tribunales españoles en las causas de divorcio, separación judicial y nulidad del matrimonio que se hayan iniciado con posterioridad a su entrada en vigor [art. 1. a)]. A los efectos que nos interesan, las autoridades judiciales españolas son competentes en materia de disolución matrimonial en un buen número de supuestos, en la medida que el artículo 3.1º a) del Reglamento contempla una lista bastante amplia de foros de competencia que favorece la búsqueda de los más favorables a las pretensiones de las partes, lo que podría no sólo incitar, sino incluso precipitar a litigar. En concreto, a tenor de lo establecido en el artículo 3.1º a) del Reglamento, la competencia puede recaer en los Tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges. Ahora bien, en el caso de que no exista residencia habitual común al tiempo de presentar la demanda, pueden conocer los órganos jurisdiccionales correspondientes a la última residencia habitual de los cónyuges, cuando uno de ellos todavía conserve dicha residencia. De la misma manera, pueden conocer los Tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del demandado. Igualmente, si se trata de una demanda conjunta, cabe atribuir competencia a los órganos jurisdiccionales de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges. El Reglamento contempla, con el fin de facilitar la presentación de la demanda al cónyuge que, tras la ruptura,

regresa a su país (*forum actoris*), la posibilidad de que conozcan los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde reside el demandante en dos supuestos: si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda; o bien únicamente seis meses antes de la presentación de la demanda y, además, ostenta la nacionalidad de ese Estado (o tiene allí su “*domicile*” si se trata del Reino Unido o Irlanda). Además de los seis foros señalados, que juegan con el criterio de la residencia, el artículo 3.1º b) del Reglamento recoge, asimismo la concurrencia del foro de la nacionalidad común de ambos cónyuges.

El criterio de competencia habitual en el que las autoridades judiciales españolas podrán basar su competencia para conocer de las demandas de ruptura matrimonial interpuesta por mujeres marroquíes, víctimas o no de violencia de género, es el de la “residencia habitual”. Pero, ¿qué ha de entenderse por residencia habitual? El Reglamento “Bruselas II bis” no contiene una definición de dicho término. ¿Debe ser definida según lo establecido en los ordenamientos jurídicos de cada Estado? ¿Dicha residencia debe ser legal o no? A nuestro juicio, dicho concepto no debe determinarse con arreglo a lo establecido en la Ley de cada Estado miembro, dado que impediría la aplicación uniforme del Reglamento “Bruselas II bis”. Por ello, parece conveniente aceptar un concepto autónomo de residencia habitual. En nuestra opinión, este concepto debe concretarse en sentido fáctico: la residencia habitual radica en el país donde el demandante o los cónyuges poseen su centro social de vida e indica, por tanto, el arraigo existente entre una persona y un medio socio-jurídico concreto. Para determinar el centro social de vida debe acudirse primero a datos de hecho como, por ejemplo, vínculos sociales, estabilidad de la residencia, voluntad de permanecer en nuestro país, y no a datos jurídicos tales como que el sujeto posea las oportunas autorizaciones que le son exigibles según establece la normativa de extranjería (*ad. ex. Sent. AP de Castellón de 23 de abril de 2002*⁴). En concreto, para acreditar la existencia o inexistencia de residencia habitual se admiten, en principio, cualquier medio de prueba que reconoce el Derecho, si bien hay determinados índices que son tenidos en cuenta, como el tiempo que lleve viviendo en un lugar, las propiedades que se tengan o el padrón de habitantes del término municipal, etc.. A los efectos que aquí interesan, un Tribunal español tendrá competencia judicial en materia de crisis matrimoniales cuando el cónyuge o los cónyuges estén integrados en España, con independencia de la regularidad de su situación administrativa (irregulares o no). No basta la mera estancia del sujeto en España (*ad. ex. Sents. AP de Murcia de 8 de noviembre de 1999 y AP de La Coruña de 17 de junio de 2002*) o una residencia pasajera. Aunque el foro de competencia usual sea el de la residencia habitual (art. 3 Reglamento “Bruselas II bis”), hay que señalar que concurre junto a otros criterios de competencia que han sido calificados como objetivos, alternativos y exclusivos. Son alternativos porque entre ellos no hay una jerarquía y son excluyentes, aunque sólo frente a determinados demandados, dado que el artículo 6 establece que un cónyuge que tenga su residencia habitual o sea nacional de un Estado miembro o, en el caso de Reino Unido e Irlanda, tenga allí su “*domicile*”, solo podrá ser demandado ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro. En consecuencia, la “exclusividad” no hace referencia a la naturaleza de los foros, sino a su aplicación. Concretamente, dicha “exclusividad” se produce siempre que la causa matrimonial

⁴ Aranzadi Westlaw, A..C. 2002/206630.

no se deduzca conjuntamente, es decir, cuando uno de los cónyuges es demandado por el otro que presenta una demanda de nulidad, separación o divorcio, siempre y cuando dicho cónyuge esté especialmente integrado en el territorio de un Estado parte de la Unión Europea. Y ello porque, en los casos en los que el demandado está “integrado” bien porque sea nacionalidad –o “*domicile*”– o bien porque su residencia habitual se encuentre en el territorio de otro Estado parte, los Tribunales sólo podrán conocer de las demandas interpuestas en virtud de los foros enumerados en el artículo 3, sin que sea posible, en ningún caso, fundamentar la competencia en otros foros recogidos en textos convencionales o en los regímenes internos. De forma que si el juez comprueba que tales foros no le atribuyen competencia deberá declararse de oficio competente, con independencia de que tales foros atribuyan o no competencia a los Tribunales de otro Estado parte, y ello porque el artículo 6 le obliga a hacerlo.

En los casos en los que el demandado no está integrado en la UE, porque ni es nacional ni tiene su residencia habitual en la Comunidad, el juez, a tenor de lo establecido en el artículo 7, podrá aplicar las normas de competencia judicial internacional de fuente convencional o autónoma. Lo que significa que un Tribunal español podrá fundamentar su competencia en las normas establecidas en el Derecho autónomo (art. 22.3º LOPJ), dado que no existe convenio internacional –ni multilateral, ni bilateral– en la materia. Concretamente, el artículo 7.1º del Reglamento da entrada a los foros de competencia judicial internacional contenidos en nuestra LOPJ, en dos ocasiones. En primer lugar, cuando el demandante sea español con residencia habitual en España inferior a seis meses (art. 22.3º LOPJ). Y, en segundo lugar, cuando las partes se someten, expresa o tácitamente, a los Tribunales españoles (art. 22.2º LOPJ), siempre y cuando dicha sumisión sea factible⁵. En concreto, el foro de la sumisión tácita permitirá que las autoridades judiciales españolas conozcan del asunto si ambas partes se someten tácitamente a la jurisdicción española, siempre que el demandado no posea su residencia habitual en España seis meses antes de la presentación de la demanda. En caso contrario, se aplicarían las disposiciones del Reglamento y no las de la LOPJ. De la misma manera, los Tribunales españoles pueden ser competentes en base a la sumisión expresa de las partes. A nuestro juicio, es poco probable que existan acuerdos de sumisión previos al litigio, aunque no resulta tampoco imposible (art. 22.2º LOPJ).

B) Conclusión: suerte de las demandas de disolución del matrimonio presentadas por mujeres inmigrantes marroquíes

Los órganos jurisdiccionales españoles serán competentes para conocer de las demandas de nulidad, separación o el divorcio presentadas en los supuestos de violencia de género, sea o no su cónyuge de nacionalidad extranjera, según lo dispuesto el Reglamento “Bruselas II bis”. El criterio de competencia judicial en el

⁵ La jurisprudencia española ha admitido la posibilidad de que opere la autonomía de la voluntad en algunas ocasiones *vid.* las sentencias recogidas en Espulgues Mota, C., *El divorcio internacional (jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 57–60. La doctrina española no lo tiene tan claro, si bien, como ha señalado R. Arenas García, no hay un argumento que niegue dicha posibilidad, a salvo los supuestos de fraude procesal (ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 39–40).

cual podrán basarse dependerá de dos factores: por una parte, de la nacionalidad y lugar de residencia del marido y, por otra, del efectivo grado de integración del matrimonio o de la mujer marroquí en nuestro país.

A los efectos que aquí interesa, si una mujer marroquí interpone demanda de nulidad, separación o divorcio de su marido, y éste es español o nacional de un Estado de la UE o reside en cualquiera de los Estados miembros de la UE, las autoridades judiciales españolas serán competentes en base a cualquiera de los foros enumerados en el artículo 3 del Reglamento “Bruselas II bis”. En el caso de que ninguno de los foros del artículo 3 del Reglamento “Bruselas II bis” atribuya competencia judicial internacional a los órganos judiciales españoles, éstos deberán declararse de oficio incompetentes (*ex art. 6*). Y deberían hacerlo porque el Reglamento parte de la idea de que, en tales casos, existirá un Tribunal comunitario mejor situado para conocer del pleito. Desde nuestro punto de vista, dicha situación es más teórica que práctica, dado que es muy probable que las autoridades judiciales españolas se declaren competentes en base al foro de la “residencia habitual” del matrimonio. El problema se podría suscitar si el juez español considerase que los esposos no poseen residencia habitual en nuestro país. En tal caso, las opciones para que la demandante accediera a la Jurisdicción española se verían mermadas. Por el contrario, si la mujer inmigrante marroquí interpone demanda contra un nacional no comunitario (*ad. ex. marroquí*) ni residente en la UE (*ad. ex. Marruecos*), los Tribunales españoles deberían fundamentar su competencia en base a cualquiera de los foros establecidos en el artículo 3 del Reglamento. En el caso, de que dicho precepto no atribuyese competencia judicial internacional a las autoridades españolas, éstas podrían conocer, como hemos visto, en virtud de de los foros de competencia de la LOPJ (*ex art. 7* Reglamento). Esto ocurre cuando el matrimonio nunca ha residido en España y la mujer vive en España desde hace menos de un año, en tal caso, los Tribunales españoles sólo podrían fundamentar su competencia en base a la autonomía de la voluntad, expresa o tácita, de ambos cónyuges (art. 22.2º LOPJ). Sin embargo, desde nuestro punto de vista, es poco probable, sobre todo, en los supuestos de violencia de género, que el marido se someta expresa o tácitamente a los órganos judiciales españoles. Aunque, también es cierto que las autoridades españolas estarían obligados a conocer si el demandado no impugna correctamente la competencia judicial internacional. En efecto, aun cuando tales supuestos no pueden considerarse como sumisión tácita, porque no hay ese acuerdo de voluntades, si la comparecencia del demandado no va a acompañada de la impugnación correcta, supondrá, como ha señalado R. Arenas García, la asunción de competencia por parte de nuestros Tribunales. Y ello aunque el caso no tenga vínculos con nuestro país, ya que el juez español no puede abstenerse de oficio, dado que, al haber comparecido el demandado no nos encontramos ante ningún supuesto de abstención del artículo 36 de la LEC⁶. Por lo tanto, si el demandado no está interesado en que las autoridades españolas conozcan del asunto deberá impugnar de forma correcta la competencia. En el supuesto de que lo hiciera así, el juez español tendría que declararse incompetente para conocer del supuesto, y la mujer marroquí tendría que litigar ante los órganos judiciales que estuviesen mejor situados para conocer de dicha demanda. En el caso de que se tratase de una mujer marroquí casada con marroquí y con residencia habitual en Marruecos,

⁶ ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales...*, *op. cit.* p. 42.

debería accionar ante las autoridades judiciales marroquíes. Sin embargo, a nuestro juicio, partir de la idea de que la esposa debe litigar ante Tribunales marroquíes por ser los mejores situados, puede suponer un claro perjuicio para la mujer. Y ello porque aunque ha habido importantes reformas en el Derecho marroquí, éste sigue vulnerando el principio de igualdad en determinados aspectos y discriminando a la mujer. De ahí que en estos casos, consideramos factible la posibilidad de justificar la competencia de los jueces españoles a partir de un “foro de necesidad”. Por una parte, porque de no ser así se le estaría denegando la tutela judicial efectiva y, por otra, porque no hay que olvidar que nos encontramos con una mujer en situación especialmente vulnerable debido a la inestabilidad social y a la posible precariedad económica en la que puede encontrarse. Por lo que debe ser objeto de una protección efectiva por parte de los poderes públicos. Ahora bien, también es cierto que la apertura de este foro de necesidad debe ser excepcional. Sólo debe operar cuando sea imposible o desproporcionado litigar ante Tribunales de otros países, en este caso en concreto, ante las autoridades judiciales marroquíes, y siempre que el supuesto presente vinculación en nuestro país.

3. ¿Ante qué Tribunal concreto debe interponerse la demanda?

Una vez concretados los casos en los que las autoridades judiciales españolas tienen competencia judicial internacional para conocer de las demandas sobre disolución del matrimonio, es preciso determinar cuál es el Tribunal ante el cuál debe interponerse la demanda (competencia territorial). Según el artículo 769 de la LEC, será territorialmente competente el del domicilio conyugal. Sin embargo, si los cónyuges residen en partidos judiciales distintos, el Tribunal competente será, a elección del demandante o de los cónyuges que actúen de mutuo acuerdo, el del último domicilio conyugal o el de la residencia del demandado. Los que no tuvieran domicilio ni residencia estables podrán ser demandados en el lugar en el que se hallen o en su última residencia, a elección del demandante. Si de este modo tampoco pudiera determinarse la competencia, será competente el domicilio del actor. Esta cláusula de cierre elimina en la práctica los problemas que pudieran originarse a la hora de identificar el órgano competente. No obstante, si la competencia de los jueces españoles se basase en la sumisión expresa o tácita de los cónyuges (*ex. art. 7 Reglamento, en relación con el art. 22.2º LOPJ*) sería imposible determinarlo. Y ello porque dicha sumisión no puede operar como criterio de competencia territorial. En tales casos, puede que exista uno de los criterios de competencia territorial de los previstos en el artículo 769 de la LEC, porque el último domicilio conyugal o el domicilio de la demandante extranjera, se localice en España. Aunque, también es posible que la autoridad judicial a la que se haya sometido las partes (sumisión tácita) no tenga competencia territorial. En tal caso, como ha manifestado, R. Arenas García, el Tribunal al cual se hubieran sometido las partes deberá seguir conociendo hasta dictar sentencia⁷.

Mención especial merecen los supuestos en los que las mujeres son víctimas de violencia de género puesto que, en tales casos, los Juzgados de violencia sobre la mujer son los que tienen competencia para conocer de la nulidad, separación y divorcio (art. 87 ter LOPJ, modificada por LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre

⁷ ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales...*, *op. cit.*, p. 61.

medidas de protección integral contra la violencia de género⁸). La atribución de competencias civiles a estos Juzgados se completa con el artículo 49 bis de la LEC que regula las relaciones de competencia entre los Juzgados de Primera Instancia y los de Violencia sobre la Mujer, estableciendo un procedimiento especial y de aplicación preferente y excluyente de éstos sobre aquéllos.

4. ¿Tienen competencia los Tribunales españoles para adoptar medidas cautelares y provisionales?

En los casos de crisis matrimoniales, la legislación española prevé la posibilidad de solicitar y adoptar una serie de medidas provisionales que se establecen para regular la situación de los cónyuges mientras se tramita el procedimiento de separación, divorcio o nulidad matrimonial. Estas medidas vienen a regular de forma transitoria la situación familiar. Según el momento en que se soliciten pueden ser: previas o simultáneas⁹. Ambos tipos de medidas son acordados judicialmente y producen una serie de efectos de forma automática en relación con los hijos, a la vivienda, a las cargas del matrimonio, al régimen económico matrimonial, etc. Para adoptar tales medidas, los tribunales españoles deben tener competencia judicial para ello. El hecho de que las autoridades españolas puedan pronunciarse sobre el fondo del asunto no implica que puedan adoptar medidas cautelares y, *a sensu contrario*, ni que conozcan del mismo. En cualquier caso, para que un Juez español decreta medidas cautelares debe tener competencia judicial internacional. El hecho de que las autoridades españolas tengan competencia para conocer de la cuestión principal les habilita para que adopten igualmente medidas cautelares. Esto significa que si un órgano judicial español es competente en virtud del artículo 3 del Reglamento “Bruselas II bis” dicha norma justificará, igualmente, la competencia en materia cautelar. Sin embargo, como hemos visto, los Tribunales españoles pueden ser competentes para conocer del fondo en base a la normativa autónoma (art. 22 LOPJ, en relación con art. 7 Reglamento “Bruselas II bis”). En tales casos, hay que tener en cuenta que en el ámbito autónomo existe un precepto específico que determina la competencia de las autoridades españolas para adoptar medidas provisionales o de aseguramiento (art. 22.5º LOPJ), por lo que la afirmación de la competencia del juez del fondo para adoptar medidas cautelares podría no ser del todo certera. Aunque, según R. Arenas García, esto no sería así, ya que el foro específico previsto en materia cautelar recogido en el artículo 22.5º de la LOPJ sería operativo sólo cuando se solicitase a las autoridades españolas la adopción de medidas provisionales o cautelares en relación con un proceso de crisis matrimonial sin que éstas resulten competentes para pronunciarse sobre el fondo¹⁰.

Cabe señalar que las medidas provisionales y las simultáneas pierden su validez cuando se dictan las definitivas en la sentencia que pone fin al procedi-

⁸ BOE núm. 313, 29 de diciembre de 2004; corr. errores BOE núm. 87, 12 de abril de 2005.

⁹ Las medidas provisionales se solicitan antes de la interposición de una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial y para ser tramitadas es necesario que se acredite una situación de urgencia o necesidad, como lo es, por ejemplo, que exista riesgo de sustracción internacional de menores. Tienen una eficacia temporal limitada. En concreto, pierden su validez si en el plazo de 30 días desde su adopción no se presente la correspondiente demanda de separación o divorcio. Ello significa que es imprescindible que se interponga dicha demanda antes de que se cumpla dicho plazo.

¹⁰ ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales...*, op. cit., p. 52.

miento. De hecho, las medidas acordadas en la sentencia de separación o divorcio son efectivas desde el momento en que la sentencia se notifica a las partes sin que la interposición de recurso contra la misma suspenda su ejecución. Con posterioridad, los ex cónyuges pueden solicitar, a través de sus abogados, la modificación de las medidas definitivas acordadas por sentencia siempre y cuando se produzca una modificación sustancial en las circunstancias económicas o personales que motivaron su adopción. Debe tenerse en cuenta que los órganos judiciales españoles aplicarán las normas de competencia judicial internacional para revisar las medidas adoptadas en un procedimiento de separación o divorcio sustanciado en España. Pero, ¿y si dicho trámite ha tenido lugar en otro país? ¿Pueden los Tribunales españoles modificar medidas dictadas en resoluciones extranjeras? Esto es, pensemos en una sentencia de divorcio marroquí en el que las autoridades han adoptado las oportunas medidas ¿puede una mujer marroquí solicitar ante los órganos españoles su modificación? Es cierto que tanto la doctrina como la jurisprudencia española han mantenido distintas posturas para modificar el contenido de una sentencia extranjera siempre que exista, como la legislación española exige, un cambio de circunstancias, a saber: la solicitud de un procedimiento *ex novo*, a través de una nueva demanda, o la petición de cambio de efectos previo exequátur de la sentencia extranjera o sin necesidad de él por entender que no hay nada que ejecutar. A nuestro juicio, la opción más adecuada y deseable sería la que mantiene la Sentencia de la AP de Barcelona de 30 de septiembre de 2003¹¹, en la que el juez modificó los efectos de una resolución extranjera sin exigir *exequátur* previo de la misma.

En suma, una mujer marroquí puede solicitar en España país la modificación de medidas dictadas en una resolución extranjera (*ad. ex. marroquí*), siempre que exista un cambio de circunstancias y las autoridades españolas tengan competencia judicial internacional para ello (*ad. ex. Sent. AP Madrid de 28 de abril de 2006*¹²). Ahora bien, dependiendo del Tribunal que conozca del asunto tendrá que solicitar o no la homologación previa de dicha sentencia, como así ocurrió en el Auto de la AP de Madrid de 30 de noviembre de 2005¹³.

Mención especial merecen las medidas de protección y seguridad que se pueden adoptar en los procedimientos relacionados con la violencia de género, y que son compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales (art. 61 L.O. 1/2004). En concreto, el Juez competente, de oficio o a instancia de parte (víctima, hijos o personas que convivan con ellas, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas), deberá pronunciarse sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y aseguramiento previstos en los artículos 62–69 de la LO 1/2004 (orden de protección, salida obligatoria del domicilio, suspensión para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, suspensión de los derechos de visita). Estas medidas podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondan.

¹¹ Aranzadi (*Westlaw*), A..C. 2003\1861

¹² Aranzadi (*Westlaw*), A..C. 2006\1027.

¹³ Aranzadi (*Westlaw*), A..C. 2006\49.

5. El repudio y la mujer en el nuevo Código de Familia Marroquí

A) ¿Puede una mujer marroquí repudiar a su marido?

Tradicionalmente, en el Derecho marroquí han existido dos modalidades de disolución del matrimonio: el divorcio y el repudio, además del fallecimiento de uno de los cónyuges o por disolución del acta del matrimonio. El repudio ha constituido, durante muchos años, una modalidad de disolución privada del matrimonio, unilateral, extrajudicial e irrevocable —una vez transcurrido el plazo legal prescrito— del marido. La entrada en vigor de la nueva *Mudawana* ha mantenido la institución del *talaq*/repudio, si bien la somete a un nuevo régimen¹⁴. Sin duda alguna, una de las novedades más importantes que la nueva *Mudawana* recoge en este ámbito es la introducción del control judicial, junto a las condiciones en las que el repudio debe ser ejercido. En concreto, el artículo 78 del CFM afirma: “*El divorcio es la disolución del pacto conyugal ejercido por el esposo y por la esposa, cada uno según las condiciones a las cuales está sometido, bajo el control de la justicia y conforme a las disposiciones del presente Código*”¹⁵. Este precepto se refiere a la institución del repudio, aun cuando no se utilice dicha expresión, sino el término “divorcio”, en la traducción oficial del Código, lo que puede interpretarse como un intento de mejorar la imagen exterior del país y vencer así la suspicacias de los jueces europeos, y de los españoles en particular, frente a las decisiones de repudio a las que se les niega eficacia extraterritorial¹⁶. Este artículo permite que el repudio pueda ser ejercido tanto por el marido como por la mujer. Para que la mujer marroquí pueda pronunciar el repudio es preciso que exista previamente un acuerdo entre ambos en este sentido, bien porque el esposo le haya concedido esta facultad en el momento de la celebración del enlace (“*talmik*”) —arts. 89 CFM—, bien a cambio de una indemnización o de la parte de la dote que aún no le haya sido entregada (“*kho'l*”) —arts. 115–120 CFM—.

Si el esposo ha concedido dicha facultad —de repudiar— a la mujer, ésta puede ejercerlo mediante una petición al Tribunal, conforme a los artículos 79 y 80 del CFM.¹⁷ Se requiere, en todo caso, la autorización del juez, que debe intentar la reconciliación de los esposos. En el caso de que ésta no se produzca, el Tribunal autorizará el repudio y decidirá a propósito de los derechos de la mujer y, en su caso, los de los niños (arts. 84–85 CFM¹⁸). Ahora bien, también es posible que el

¹⁴ El CFM, aprobado en el Parlamento por unanimidad el 23 de enero de 2004 (*B.O.* núm. 5184, de 5 de febrero de 2004), es fruto de las demandas de las mujeres que, desde hacía décadas, denunciaban las injusticias sufridas como consecuencia de la regulación de las relaciones de familia en la *Mudawana* de 1957. Nos encontramos ante un texto legal que marca un hito en la historia jurídica de Marruecos, donde destaca un esfuerzo notable por conseguir la igualdad entre hombre y mujer, al menos, en el seno de la familia en Marruecos.

¹⁵ *Código de Familia—Al Mudawwanah, Traducción del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 2005.

¹⁶ Sobre esta cuestión *vid.* en este trabajo las observaciones realizadas por H. Zekri.

¹⁷ El esposo no puede revocar a la esposa el ejercicio de su derecho de opción al divorcio que se le ha otorgado.

¹⁸ En concreto, los derechos debidos a la esposa incluyen: el “*sadaq*”, la “*idda*” y la “*mutaa*”, que será evaluada tomando en consideración la duración del matrimonio, la situación financiera del esposo, los motivos del divorcio. La pensión alimenticia de los hijos son fijados conforme a los artículos 168 y 190, teniendo en cuenta sus condiciones de vida y su situación escolar antes del divorcio.

repudio sea convenido por los esposos mediando compensación (repudio “*kho’l*”) –arts. 115–120–. Si los esposos convienen este divorcio sin acordar la contrapartida, el asunto es llevado ante el Tribunal en vista de un intento de reconciliación. Si ésta se revela imposible, el tribunal declarará válido el repudio “*kho’l*”, tras evaluar la contrapartida o compensación, teniendo en cuenta el importe del “*sadaq*”, la duración del matrimonio, los motivos de la petición del “*kho’l*” así como la situación material de la esposa¹⁹. En ambos casos, el repudio es revocable como regla general, salvo en los siguientes casos: cuando se trata del tercer repudio realizado por el marido, cuando ha tenido lugar antes de que se haya consumado el matrimonio, cuando media compensación “*kho’l*” o cuando es el resultado del derecho de opción que el esposo confiere a la mujer (“*talmik*”). En estas situaciones, el marido puede pedir la reanudación de la vida conyugal ante el adul, quien debe informar al juez, para que la esposa consienta (art. 124 CFM). De cualquier modo, la revocabilidad del repudio es temporal y corresponde con la “*idda*” (retirada legal, que es de tres meses menstruales). Transcurrido dicho plazo el acto adquiere firmeza y la ruptura del vínculo matrimonial es definitiva.

Según lo expuesto, una mujer marroquí puede repudiar a su marido en Marruecos. ¿Pero puede hacerlo en España? ¿Ante qué autoridad? Por lo que se refiere a la primera cuestión, es preciso señalar que el estatuto personal está dominado por la ley nacional (art. 9.1º C.c.), por lo que si ésta permite tal modalidad de disolución del matrimonio no habría, en principio, obstáculo alguno a dicha posibilidad. El problema sería precisar ante qué autoridad debería pronunciarse el repudio. La determinación de la autoridad competente para intervenir en la disolución del matrimonio es una cuestión de Derecho procesal y está regulada por la ley del Estado en cuyo territorio se disuelve el vínculo matrimonial (*lex fori regit processum*). La posibilidad de que una mujer marroquí pueda pronunciar el repudio en España depende de si se ha conferido o no dicha potestad a las autoridades que intervienen en el acto. Es cierto que España reconoce competencias al Imán para autorizar la celebración del matrimonio en la forma religiosa islámica en virtud de los Acuerdos de Cooperación del Estado Español y la Comisión Islámica de España, por lo que podría pensarse que también tiene las facultades conferidas para disolver el vínculo. No obstante, de acuerdo con la Res. DGRN de 17 de mayo de 1995, esta opción no es factible²⁰. Cabría pensar en la posibilidad de que el repudio lo pronunciara el Cónsul marroquí en España, pero para ello, como ha apuntado A. Quiñónez Escámez, se deberían salvar los obstáculos que pudiera imponer el Convenio de Viena de 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares. En él se otorga a los cónsules la facultad de actuar en calidad de funcionarios del Registro Civil, a no ser que el Estado de residencia se oponga. Los cónsules españoles tienen competencia para celebrar matrimonios, pero no para disolverlos²¹. Así pues, aunque Marruecos, país al que representa el cónsul, le confiriese tales facultades, no las podría ejercer en nuestro país y, en el caso, de que así fuera, dicho repudio debería ser reconocido por las autoridades españolas.

¹⁹ Si la esposa persiste en demandar el divorcio “*kho’l*” y el marido no acepta, podrá, en tal caso, recurrir al procedimiento de discordia (arts. 94–97).

²⁰ RJ 1995\4360.

²¹ QUIÑÓNEZ ESCÁMEZ, A., “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico” en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 301.

En conclusión, ni las autoridades religiosas ni las consulares son competentes en nuestro país para disolver el matrimonio a través del repudio. Cabría plantearse, por tanto, si es posible que lo pronunciaran los Tribunales españoles conforme a la ley nacional de los esposos que contempla esta forma de disolución, si bien corregida por la ley española (*lex fori regit procesum*), que exige un procedimiento con todas las garantías. Así, el juez español no declararía “*talaq*” alguno, sino un divorcio en base al “*talaq*” en un procedimiento conforme a la ley procesal española. El repudio se convertiría así en causa de divorcio. Esta práctica, seguida en la jurisprudencia holandesa y alemana, permitiría a una pareja marroquí obtener el divorcio en el Estado de su domicilio (España) y su reconocimiento en el país de origen. Sin embargo, esta posibilidad, a nuestro juicio, más teórica que práctica, tendría el límite del orden público, esto es, no sería factible si fuera discriminatorio. Aunque si la esposa acepta, no se produciría ninguna discriminación.

B) Fraude a la jurisdicción española y sus efectos

Cuando se trata de un matrimonio de marroquíes residentes en España aparece, como ha señalado A. Quiñones Escámez, la sombra de fraude en el supuesto del llamado “repudio veraniego o migratorio”. Este se produce cuando el esposo viaja al país de origen para repudiar a su mujer y solicitar posteriormente su exequátur con la finalidad de paralizar la decisión de divorcio instada por su mujer en España. Ejemplo de ello son los acontecimientos que dieron lugar a la Sent. de la AP de Murcia de 12 de mayo de 2003²². En tal caso, una mujer de nacionalidad marroquí presentó una demanda de separación matrimonial contra su cónyuge de la misma nacionalidad, en la que además solicitaba la custodia de los hijos, alimentos para los mismos y pensión compensatoria para ella. El marido, se opuso a la demanda invocando la excepción de cosa juzgada internacional, pues estimaba que el supuesto ya había sido zanjado en virtud de una resolución de divorcio dictada en Marruecos, por un Tribunal de Fez. La AP de Murcia rechazó el reconocimiento de la misma por vulnerar varias de las condiciones que establece el Convenio entre el Reino de España y Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, de 30 de mayo de 1997 para el reconocimiento de resoluciones procedentes de Marruecos²³. En concreto, denegó su reconocimiento porque la sentencia vulneraba el orden público español. Admitirla hubiera supuesto aceptar que la esposa estaba divorciada por una actuación unilateral del marido y discriminatoria para la mujer. Además, en el proceso seguido en Marruecos nunca se citó a la demandada, originando igualmente indefensión de la esposa. Asimismo, vulneraba el artículo 23.2º del Convenio, que establece que una sentencia marroquí producirá efectos de cosa juzgada en España si no hay pendiente ningún proceso entre las mismas partes y el mismo objeto ante los órganos judiciales españoles con anterioridad al ejercicio de la acción ante el Tribunal que haya dictado la resolución que deba ejecutarse. En concreto, de los datos del caso se deduce que el proceso de separación se inició ante las autoridades españolas el 26 de octubre de 2001, frente a la fecha de inicio del proceso en Marruecos, que fue el 24 de mayo de 2002.

²² Aranzadi Westlaw, A.C. 2003/1676.

²³ BOE núm.151, de 25 de junio de 1997.

Este es un supuesto en el que el repudio constituye una manifestación de fraude a la ley, cuyo rasgo diferencial estriba en que el fraude al ordenamiento se lleva a cabo mediante la solicitud de la disolución del matrimonio ante una autoridad extranjera, asegurándose así el marido la aplicación de normas más favorables o ventajosas. El inconveniente con el que ha de enfrentarse es que toda sentencia dictada por las autoridades de un Estado sólo es válida y eficaz en el territorio de dicho país. Por tanto, para que una resolución marroquí tenga efectividad y pueda, por tanto, paralizar el proceso de divorcio iniciado por la mujer en España antes tiene que ser reconocida. Es decir, los jueces españoles deben dotarla de efectos en nuestro país. Para reconocer o no la resolución, los órganos jurisdiccionales españoles deberían aplicar el Convenio hispano-marroquí. En concreto, sólo sería reconocida en el caso de que dicha resolución no incumpliese ninguna de las condiciones enumeradas en el artículo 23 del Convenio. El espíritu práctico que informa este trabajo impide que entremos en el debate sobre si el fraude a la jurisdicción española debe fiscalizarse a través del control de competencia del Tribunal de origen o verificando la ausencia de fraude mediante el requisito de orden público. Tampoco es del todo necesario, dado que el artículo 23.2º del Convenio impide el reconocimiento de sentencias extranjeras en los casos en los que ya exista un procedimiento iniciado en España. En conclusión, si un marido despliega la actitud fraudulenta de repudiar a la mujer en Marruecos, cuando ésta ya ha iniciado un procedimiento de disolución del matrimonio en nuestro país, debe estar tranquila, dado que la sentencia aportada por el marido no tendría efectos de ningún tipo en España (*ex. art. 23.2º Convenio hispano-marroquí*).

III. LEY APLICABLE A LA NULIDAD MATRIMONIAL, A LA SEPARACIÓN JUDICIAL Y AL DIVORCIO

1. Introducción

España se caracteriza por una gran diversidad cultural, étnica y religiosa, debido a los grandes movimientos migratorios y a la presencia de grupos culturales o religiosos diferentes. Los problemas que plantea esta nueva y compleja sociedad necesitan de instrumentos eficaces. El DIPr. es la rama del Derecho que está llamada a pacificar las posibles tensiones que surgen cuando personas pertenecientes a diferentes colectivos se relacionan entre sí. Con el fin de conseguir esta cohabitación en la sociedad multicultural, el DIPr. debe articular fórmulas conciliadoras que al tiempo garanticen la estabilidad de las relaciones personales y familiares, y evite un choque frontal con los valores esenciales de la sociedad de acogida. Hasta el momento, las soluciones esgrimidas han consistido, en unos casos, en la aplicación de la *lex fori* a los supuestos de tráfico externo a través del cauce de excepción de orden público. En otros casos, se han adoptado soluciones más flexibles donde se tiene en cuenta la internacionalidad del supuesto como así sucede con el análisis en dos escalones (*Zweistufentheorie*)²⁴. A nuestro juicio, el encuentro entre la cultura

²⁴ El primer paso de dicho análisis es resolver el conflicto de leyes que plantea el supuesto localizando la relación en un sistema jurídico concreto. En un segundo escalón, estas normas nacionales se aplican reintroduciendo en la respuesta el elemento internacional del caso. Sobre esta teoría *vid.* MOYA ESCUDERO, M. y RUIZ SUTIL, C.: “La mujer extranjera víctima de malos tratos”, en AA.VV.: *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para operadores jurídicos*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2003, pp. 260–264.

occidental y la islámica requiere que el operador jurídico valore y solucione cada supuesto a la luz del derecho a la “identidad cultural”. Para proceder así, se requiere un conocimiento previo de la diferencia y sus límites. Se necesitan unos protagonistas con voluntad de abrirse a otros y de alcanzar un acuerdo intercultural. El respeto y el saber gestionar la “diferencia” es condición indispensable para el ejercicio de la tolerancia y el pluralismo. La magnitud alcanzada por los problemas que conforman el llamado DIPr. intercultural viene exigiendo el compromiso de los legisladores de alcanzar soluciones de consenso y coordinación²⁵. La tarea que corresponde al legislador en estos “conflictos” puede llevarla a cabo mediante la celebración de convenios internacionales o de forma unilateral. Respecto a esta última opción, cabe señalar cómo el legislador español ha abordado la reforma del sistema jurídico español en materia de crisis matrimoniales en la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros en España²⁶.

En las páginas siguientes analizaremos en qué medida la normativa española responde a las necesidades de la población inmigrante proveniente de entornos culturales dispares, sobre todo, de las mujeres inmigrantes marroquíes, y el modo en que lo hace.

2. Ley aplicable a la nulidad del matrimonio y a sus efectos

La nulidad del matrimonio ha carecido en el sistema de Derecho internacional privado español de una norma de conflicto específica. Una laguna comprensible, dado que la nulidad del matrimonio es una sanción por el incumplimiento de alguno de los requisitos legales de validez del mismo. En consecuencia, la ley rectora de la nulidad no puede ser otra que la que rige la validez del matrimonio, esto es, la ley rectora de la forma de celebración (arts. 49 y 50 C.c.), del consentimiento o de la capacidad de cada contrayente (ley nacional, de conformidad con el art. 9.1º C.c.). De hecho, la nueva redacción del artículo 107 C.c. confirma esta solución²⁷. Así, la nulidad del matrimonio ha de regirse por el mismo Derecho que determina su validez, y no por el Derecho del lugar de celebración (*lex loci celebrationis*), como así lo ha considerado la AP de Barcelona en su Sent. de 10 de mayo de 2004²⁸. El Derecho rector de la nulidad, esto es, la ley que regule su celebración será la que determine si dicho matrimonio puede o no ser declarado nulo. De la misma manera, será el que concrete las obligaciones que existirán a partir de ese

²⁵ De hecho, respecto a los criterios de conexión se ha suscitado un debate sobre cuál es el criterio de conexión más adecuado para determinar el ordenamiento aplicable a supuestos propios del estatuto personal en un contexto de inmigración. Sobre el análisis de las distintas alternativas *vid.* MOYA ESCUDERO, M. y RUIZ SUTIL C., “La mujer extranjera víctima...”, *loc. cit. op. cit.*, pp. 260–264.

²⁶ BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003. En concreto, esta reforma tiene su origen en la Recomendación que elevó el Defensor del Pueblo al Ministerio de Justicia en abril de 2002, que se solicitaba la introducción de los cambios legislativos necesarios en el artículo 107 del C.c. con el fin de que una mujer marroquí demandante de la separación o el divorcio ante nuestros Tribunales pudiese solicitar la aplicación del Derecho español, incluso en aquellos supuestos en los que ambos cónyuges tuviesen una nacionalidad común.

²⁷ Así, en su primer apartado establece que: “La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración”.

²⁸ Aranzadi Westlaw. A.C. 2004/181213.

momento entre los cónyuges. No obstante, dicho precepto es criticable porque, por una parte, no resuelve los supuestos en los que la nulidad del matrimonio se deriva de distintas leyes, es decir, aquellos casos en los que junto a un problema de falta de capacidad existe algún vicio formal en la celebración o el consentimiento matrimonial es simulado. Y, por otra, porque no ofrece una respuesta adecuada al régimen de efectos frente a terceros (hijos, contrayentes de buena fe...) del matrimonio nulo. A nuestro juicio, la solución más razonable es la que sostiene la aplicación de la ley respectiva de cada efecto pretendido. De esta forma, la ley sucesoria regiría los efectos de la nulidad sobre los derechos sucesorios (art. 9.8º C.c.), la ley nacional del hijo los derechos adquiridos por éstos (art. 9.4º C.c.), la ley rectora de las relaciones personales entre los cónyuges los aspectos relativos a sus relaciones patrimoniales (arts. 9.2º y 3º C.c.), entre otras. Aplicar una legislación distinta puede implicar, como han señalado los profesores J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, “*la ruptura de la armonía y la regulación coherente de la reglamentación*”²⁹. No obstante, lamentablemente, esta solución se aleja del tenor literal del nuevo artículo 107.1º del C.c. que prevé claramente que los “efectos” de la nulidad –sin distinciones– deben determinarse de conformidad con la ley que determina la nulidad. De acuerdo con los profesores antes citados, entendemos que es posible defender una reducción funcional del artículo 107.1º, circunscribiendo su ámbito a los efectos *inter partes* de la nulidad.

En suma, en los supuestos de nulidad matrimonial será el Derecho rector de la nulidad el que precise los efectos del mismo entre los cónyuges. Además, dicha ley determinará ciertas cuestiones vinculadas al proceso, como la legitimación o la prescripción y caducidad de la acción. Será asimismo la ley que rijan la nulidad la que establezca quién está legitimado para interponer la demanda. De cualquier modo, es necesario señalar que la intervención del Ministerio Fiscal exigida por el Derecho español resulta procedente en todos los casos. Por el contrario, los efectos del matrimonio nulo frente a terceros deberían ser venir fijados, a nuestro juicio, por la ley que regula el efecto pretendido.

3. Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio

A) ¿Conforme a qué ordenamiento jurídico decidirán los Tribunales españoles?

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, que reforma el sistema español en esta materia, ha supuesto un paso importante en la regulación de las relaciones familiares basadas en el Derecho de origen islámico. Dicha Ley modificó el artículo 107 del C.c., donde, como veremos, una encubierta *professio iuris* (autonomía de la voluntad) y el *favor divortii* se configuran como las medidas a través de las cuales el legislador español parece hacer frente, en materia de separación y divorcio, a las necesidades que demandan las mujeres inmigrantes marroquíes en nuestro país. El artículo 107.2º del C.c. establece una serie de conexiones que actúan de forma jerarquizada, lo que implica que las mismas serán aplicables una en defecto de otra. En concreto, dicho precepto prevé, en principio, la aplicación de la ley nacional

²⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 2007, p. 372.

común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda³⁰. En defecto de nacionalidad común, resulta justificado el recurso a la ley de la residencia habitual común del matrimonio en el momento de presentación de la demanda, por designar el medio social de vida del matrimonio. Si las dos conexiones anteriores fallan, la tercera opta por la última residencia habitual común de los cónyuges³¹. Como conexión de cierre aparece la ley española, para cuya aplicación es necesario que uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España, lo que garantiza el conocimiento de los Tribunales españoles³².

En concreto, son dos los supuestos en los que el Derecho español desplazará al Derecho extranjero que resulte aplicable bien de la nacionalidad o de la residencia habitual común de los cónyuges bien de la última residencia del matrimonio. No obstante, para que dicho desplazamiento se produzca uno de los cónyuges ha de tener nacionalidad española o residir en España. Si concurre uno de esos dos requisitos, se aplicará el Derecho español en los supuestos en los que: a) la demanda se presente de mutuo acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro y b) en aquéllos en los que el Derecho extranjero no reconoce la separación o el divorcio o si lo hace de una forma discriminatoria o contraria al orden público. De esta forma se facilita que las mujeres nacionales de países islámicos puedan divorciarse según la ley española, y se evita que sea sometida a una legislación que no prevé la separación o divorcio o lo hace de forma discriminatoria. En concreto, el apartado último de dicho precepto fue redactado por el legislador español teniendo *in mente*, fundamentalmente, la legislación de países musulmanes, como la marroquí, en la que no existe el instituto de la separación matrimonial, y en la que la mujer, antes de la actual reforma, no tenía muchas posibilidades de solicitar el divorcio. Aunque dicho propósito es más que loable, el precepto resulta criticable por tres razones. La primera, porque permite la elección indirecta del Derecho español por ambos cónyuges, ya que nuestro Derecho no será aplicado sobre la base de la designación realizada por éstos, sino en todo los supuestos en los que la demanda de separación o de divorcio se plantee de mutuo acuerdo o por un cónyuge con el consentimiento del otro. Esto significa que si dos marroquíes se divorcian en España de mutuo acuerdo será siempre aplicable el Derecho español. Lo que significa que si quieren un divorcio que sea reconocido en su país de origen, que haya respetado la legislación de dicho Estado, debe tratarse de una separación contenciosa, dado que, en tales supuestos, y a tenor de lo establecido en el artículo 107.2º del C.c., sería aplicable el Derecho marroquí (nacionalidad común). En segundo lugar, dicho precepto permite la aplicación de la *lex fori* cuando la ley nacional o de la residencia de los

³⁰ Dicha ley es consecuente con el principio de nacionalidad que rige el estado civil y el Derecho de familia en nuestro sistema conflictual (art. 9.1º C.c.). Además, garantiza la diversidad e identidad cultural y favorece el reconocimiento extraterritorial de las decisiones españolas en el país de origen de los inmigrantes.

³¹ Se trata de una opción razonable, en la medida en que designa el medio social en el que se ha desarrollado el matrimonio, cuando aún guarda cierta proximidad, pues se exige que, en el momento de la demanda, uno de los cónyuges aún resida habitualmente en dicho Estado.

³² De esta manera, el Derecho español puede resultar aplicable por voluntad de las partes (*professio iuris*) bajo determinadas circunstancias, lo que resulta importante, no sólo desde la perspectiva de poder aplicar la ley que designa el medio social y favorecer las expectativas de las partes mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad, sino también para evitar los costes procesales –tanto económicos como los derivados de la dilación del proceso– que supone la necesaria prueba del Derecho extranjero.

cónyuges no admita la separación. Así, si una mujer marroquí solicita la separación de su marido marroquí, sería aplicable el Derecho español, dado que, según lo establecido en su estatuto personal, sólo se admite el repudio y el divorcio como medios de disolución del matrimonio. Sin embargo, esta solución puede dar lugar a la constitución de situaciones claudicantes si con posterioridad se pretende la eficacia de la sentencia española en Marruecos. Aunque, a nuestro juicio, en la práctica no debe existir dificultad alguna en aquellos supuestos en los que el Derecho extranjero llamado a regir la crisis matrimonial desconozca la figura de la separación como así sucede en el Derecho marroquí. Y ello porque, en estos casos, el demandante (o sea, su abogado) debería ajustar su *petitum* a las posibilidades que le ofrece el Derecho rector de la crisis, es decir, solicitar el divorcio y no la separación. Cuestión distinta es que el contenido del Derecho extranjero regulara la separación o el divorcio de forma discriminatoria o fuese contrario al orden público español, ya que en tales casos el apartado c) del artículo 107.2º del C.c. prevé la aplicación de la ley española. En tercer lugar, esta norma es criticable porque supone fomentar una valoración abstracta y apriorística del Derecho extranjero. Sin embargo, no debe considerarse que el Derecho extranjero, en especial, el islámico es contrario *in abstracto* al Derecho español (orden público internacional³³), sino que lo será o no, atendiendo a las consecuencias que se derivan de su aplicación. Es decir, los Tribunales españoles no deben excluir *a priori* la aplicación de aquellos ordenamientos jurídicos vigentes en Estados con una fuerte presencia de religión islámica, sin atender a su contenido efectivo y a las consecuencias de su aplicación al litigio planteado. Debe ser desde un profundo análisis de su contenido y del resultado que se deriva para nuestro ordenamiento desde donde debe alcanzarse la solución excluyente.

En cualquier caso, no hay que olvidar que la aplicación del Derecho español no tiene lugar en todos los supuestos, sino únicamente en aquellos casos en los que uno de los cónyuges sea español o resida en España. Aunque ciertamente, es difícil que nuestros Tribunales tengan que pronunciarse en un supuesto de crisis matrimonial en el que ninguno de los cónyuges sea español o resida en España, tampoco es imposible. Así, en los casos en los que los cónyuges no tengan la misma nacionalidad o residencia, ni resulte operativa la conexión de la residencia del matrimonio, ni ninguno de ellos sea español o resida en España, se planteará el problema de cuál es el Derecho que debe aplicarse. Para solucionar tales supuestos, deberá tenerse en cuenta la finalidad del legislador al redactar la norma. Con este precepto el legislador pretendía que se aplicara el Derecho más próximo al caso. Por tanto, será el Juez que conozca del caso quién deberá identificar el Derecho más estrechamente vinculado al supuesto a partir de los elementos presentes.

B) Las pretensiones basadas en el Derecho islámico

Según lo expuesto en el apartado anterior, el Derecho marroquí será aplicado en los procesos de disolución del matrimonio cuando los cónyuges ostenten una nacionalidad común o en los supuestos de matrimonios mixtos, siempre que la residencia del matrimonio –conexión subsidiaria– se localice en Marruecos. Por ello, interesa

³³ En este sentido se pronunció la AP de Barcelona en su sentencia de 6 de abril de 2000 (*Aranzadi Wetslaw, A.C.*. 2000\1088).

conocer el contenido material de este Derecho a los efectos de su eventual aplicación por parte de los Tribunales españoles. En concreto, nos detendremos en el análisis de la novedosa regulación que hace el nuevo CFM de la disolución del matrimonio.

a) La violencia de género como causa de disolución del matrimonio en el nuevo Código de Familia Marroquí

El actual CFM constituye un paso significativo en el reconocimiento de la igualdad entre hombre y mujer en las relaciones familiares. Las modificaciones son significativas en lo que respecta a la regulación de la disolución del matrimonio. Así, junto los distintos tipos de repudio (“*talak*”/ “*talmik*”/ “*koh l*”) previstos y el divorcio judicial que sólo puede instar la mujer por causas limitadas y tasadas por la ley (art. 98), el CFM introduce dos nuevos tipos de divorcio: el divorcio consensual o de mutuo acuerdo (art. 114 CFM) y el divorcio por desacuerdo o “*chiqaq*” (arts. 94–97). En virtud del primero, los cónyuges tienen derecho a pedir el divorcio (con o sin condiciones) siempre que no contravenga lo dispuesto en el Código y no perjudiquen a los hijos (art. 114 CFM). El Tribunal intenta reconciliar a los esposos y se ésta es imposible autoriza el divorcio. El segundo permite a cualquiera de los cónyuges dirigirse al Juez y solicitar el divorcio como consecuencia de la existencia de conflictos grandes, graves y duraderos (*ad. ex.* violencia de género), que hagan insoportable la vida en común de la pareja (arts. 94 y 95 CFM). El Juez de Familia, tras intentar sin éxito la reconciliación, declarará el divorcio y determinará los derechos debidos conforme a los arts. 83 a 85 del CFM, tomando en consideración para determinar la cuantía económica en concepto de indemnización que le corresponde entregar al cónyuge perjudicado, la parte de responsabilidad de cada uno de los esposos en el motivo de la separación³⁴.

La mujer marroquí para disolver su matrimonio, puede solicitar, como hemos visto, el repudio (“*talmik*” o “*kho l*”), o el divorcio judicial, sea éste de mutuo acuerdo (art. 114 CFM), por motivos de discordia –*ad. ex.* violencia de género– (arts. 94 a 97 CFM) o, por concurrir alguna de las causas previstas en los artículos 98 y siguientes del CFM. Estos últimos preceptos prevén cinco causas de divorcio: a) el incumplimiento por el esposo de alguna de las condiciones estipuladas en el acta de matrimonio (art. 99 CFM); b) el incumplimiento de la obligación de la pensión alimenticia (arts. 102 y 103 CFM); c) la ausencia del domicilio conyugal durante un período que sobrepase un año (arts. 104–106 CFM); d) vicio redhibitorio (arts. 107–111 CFM) y e) sevicia o perjuicio (art. 99 CFM). Esta última causa merece una especial atención. A tenor de la misma, si la esposa alega y prueba que ha sido víctima de un acto o comportamiento infamante o contrario a la buena conducta por parte del esposo capaz de infringirle un daño material o moral que le impida mantener los lazos conyugales (*ad. ex.* víctima violencia de género³⁵), el juez podrá pronunciar el divorcio, después de intentar una conciliación infructuosa³⁶. El

³⁴ Para un análisis de los mismos *vid.* FOGLETS, M.C., CARLIER J.Y., *Le Code marocain de la famille. Incidents au regard du Droit international privé en Europe*, Bruselas, Bruylant, 2005, pp. 54–71.

³⁵ De hecho, la traducción francesa de la antigua *Mudawana* usaba el término “*divorcio por malos tratos*”.

³⁶ Nos sorprende la noticia aparecida en prensa de que un Tribunal de Francfort, el pasado 22 de marzo de 2007, no permitiera que una mujer con doble nacionalidad marroquí y alemana, y residente en Alemania, obtuviera el divorcio de su esposo, de nacionalidad marroquí, invocando que el Corán autoriza los malos tratos (<http://www.liberation.fr/actualite/monde/242950.FR.php>), sin tener en cuenta lo establecido en el Derecho positivo marroquí, que sí lo permite.

Derecho marroquí castiga así los malos tratos psicológicos y físicos del marido hacia su mujer. El problema puede surgir a la hora de probar que la mujer ha sido objeto de violencia de género. A pesar de que el Derecho marroquí admite la utilización de la vía del juramento (arts. 55 ss. CPCM³⁷), se ha demostrado que es una prueba poco fiable. En cualquier caso, hay que apuntar que en España la admisibilidad de los medios de prueba y su fuerza probatoria son imperativamente reguladas por la ley española (art. 3 LEC). De forma que un juez español aceptará todos los medios de prueba que al respecto admita el Derecho español.

En suma, una mujer marroquí que sea víctima de violencia género por parte de su marido marroquí podrá obtener el divorcio en España, en caso de ser aplicable el Derecho marroquí, alegando la existencia de “perjuicio” (art. 98 CFM). Si no se pudiera probar la existencia de tal “perjuicio”, la mujer podría solicitar el divorcio por desacuerdo (arts. 94–97 CFM)³⁸, si bien es cierto que a ésta le resulta mucho más beneficioso el divorcio causal que el “*chiqaaq*” (divorcio por desacuerdo). Por una parte, porque con el divorcio causal tiene derecho a indemnización (art. 101 CFM) y, por otra, porque si la mujer marroquí solicita un divorcio causal, es decir, alegando ante Tribunales españoles algunas de las causas previstas en el CFM (arts. 98 ss), la sentencia española no tendría problemas para ser reconocida en Marruecos³⁹. Por lo que resulta recomendable que los Tribunales españoles atiendan a las causas de divorcio establecidas por el Derecho marroquí o motiven su decisión buscando cierta equivalencia.

b' Alegación y prueba del Derecho marroquí

La disolución del vínculo matrimonial, en algunos casos, debe regirse por lo establecido en un Derecho extranjero. En España, tal legislación, en principio, tiene que ser probada y alegada por las partes (art. 281.2º LEC, que deroga y sustituye al art. 12.6º.II C.c.). De esta manera, si una mujer marroquí quiere divorciarse de su marido marroquí en España conforme a lo establecido en el Derecho marroquí (nacionalidad común) deberá probarlo y alegarlo en el proceso a la hora de presentar la demanda⁴⁰.

La ineludible aplicación del Derecho extranjero al que remite el artículo 107.2º del C.c en materia de separación o divorcio evidencia las dificultades que plantea la regulación española en materia de alegación y prueba del Derecho extranjero. Y ello porque, aun cuando el artículo 281 de la LEC no modifica el sentido del artículo 12.6.II del C.c., al que sustituye, sí debe ser interpretado en el marco de una nueva normativa procesal que deja a las partes la responsabilidad de fijar en la demanda los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan sus pretensiones.

³⁷ B.O. núm. 3230 bis, de 30 de septiembre de 1974.

³⁸ Se trata más bien de una separación judicial por compensación. Así, si la mujer interpone una demanda de divorcio por “*chiqaaq*”, el Tribunal está obligado en el caso de admitir a trámite la demanda a aceptar y pronunciar el divorcio en un plazo de seis meses, teniendo en cuenta la responsabilidad de la esposa para evaluar la reparación del perjuicio del esposo lesionado (art. 97).

³⁹ *Vid.* las consideraciones realizadas en el capítulo “RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS ESPAÑOLAS SOBRE DISOLUCIÓN DE VÍNCULOS MATRIMONIALES EN MARRUECOS”.

⁴⁰ En cuanto a los medios de prueba del Derecho extranjero destaca la prueba documental y la pericial. No obstante, la jurisprudencia española se muestra dispar respecto a cuáles han de ser los medios de prueba, y aceptan, en ocasiones, como único medio de prueba la certificación de un experto jurídico.

Además, hay que tener presente la labor que ha desarrollado el Tribunal Constitucional al reconocer que el juez debe participar en la investigación del contenido del Derecho extranjero en los supuestos en que las partes hayan intentado probarlo, pero no lo hayan conseguido, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva. Así, lo manifestó en su Sent. 10/2000, de 17 de enero⁴¹. No obstante, no está del todo claro cuál es o debe ser la actitud de nuestros Jueces y Tribunales, cuando siendo aplicable el Derecho extranjero, a tenor del artículo 107.2º del C.c., las partes ni lo aleguen ni lo prueben. En este sentido, la jurisprudencia española se ha pronunciado de diversas maneras. En unos casos, ha desestimado la demanda (*ad. ex.* Sent. AP de Málaga de 29 de octubre de 2003⁴²) o ha aplicado de oficio el Derecho extranjero (*ad. ex.* Sent. AP de Madrid de 28 de septiembre de 2000⁴³), aunque la mayor parte de la jurisprudencia opta por resolver la falta de alegación o prueba del Derecho extranjero mediante la aplicación al fondo de la ley española (*lex fori*). De hecho, cabe señalar que optar por la legislación española para resolver la separación o divorcio de matrimonios integrados por nacionales marroquíes por parte de los jueces de primera instancia viene siendo la regla y no la excepción. La mayoría de las veces, la ley española se ha aplicado como remedio a una criticable práctica de los abogados y Juzgados de Primera instancia⁴⁴ y, en otras ocasiones, por considerar que dicha opción es más respetuosa con la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional (Sent. AP de Almería de 23 de junio de 2004⁴⁵). Ahora bien, esta práctica judicial de conceder la “separación a la española”, en los casos en los que podían obtenerlo conforme al Derecho de la nacionalidad común de los cónyuges, es criticable, ya que puede crear situaciones claudicantes –al no ser reconocida la sentencia española en Marruecos–. De ahí que consideremos que, en los casos en los que sea posible obtener un divorcio conforme al Derecho extranjero (conforme a la nacionalidad común de las partes), debe aplicarse éste último para dictar una solución justa y eficaz. Así lo entendió la AP de Barcelona en su Sent. de 17 de noviembre de 2005, donde declaró el divorcio de una pareja de marroquíes por concurrir una de las causas por las que, a la luz del CFM, puede solicitarlo la esposa: el “perjuicio” (art. 98.2º CFM)⁴⁶. De hecho, la

⁴¹ BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2000.

⁴² *Aranzadi Westlaw*, A.C. 2004\12430.

⁴³ *Aranzadi Westlaw*, A.C. 2000\1656.

⁴⁴ En ocasiones, los abogados españoles han tomado el atajo conocido del Derecho español y han solicitado la separación de acuerdo con el Derecho español prescindiendo del artículo 107 del C.c. Luego el Juez de Primera Instancia ha estimado la separación solicitada ante la falta de invocación del Derecho extranjero. Y, finalmente, cuando el pleito ha llegado hasta la Audiencia Provincial, está se ha encontrado ante el dilema de desestimar la separación declarada en primera instancia, por inaplicación de la norma de conflicto, o estimarla y poner fin al proceso. Desestimar la separación supone condenar a la esposa a iniciar un nuevo procedimiento ante los Juzgados, por lo que la Audiencia ha acabado casi siempre estimando la separación conforme a la ley española. Esta práctica se observa, entre otras, en las Sents. de la AP de Madrid de 21 de febrero de 2000 y de la AP de Barcelona de 30 de abril y 18 de junio de 2002 (QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “Nota a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de abril, de 18 de junio y de 30 de julio de 2002”, *R.E.D.I.*, 2003–I, vol. LV, p. 418). En estos supuestos, concretamente, habría sido posible solicitar en primera instancia un “divorcio por sevicias” conforme al Derecho marroquí (ley nacional común), en lugar de una “separación” conforme a la ley española.

⁴⁵ *Aranzadi Westlaw*, A..C. 2004\1440.

⁴⁶ *Aranzadi Westlaw*, A..C. 2006\66471.

doctrina española ha advertido que el artículo 282.1º de la LEC no limita las posibilidades procesales del juez en la indagación del Derecho extranjero⁴⁷.

En suma, la mujer marroquí casada con marroquí que pretenda obtener el divorcio en nuestro país deberá alegar y probar el contenido, vigencia e interpretación del Derecho marroquí. En el caso de que no lo hiciera así, los Tribunales españoles podrían –salvo cuando existiese una prueba mínima del Derecho extranjero– bien desestimar la demanda, aplicar la ley española, bien traer al proceso el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto. De lo que se deriva una gran inseguridad jurídica para la mujer marroquí ante la falta de claridad del sistema vigente en España.

Mención especial merecen los supuestos de separación y divorcio de mujeres víctimas de violencia de género. ¿Qué sucede cuando la mujer marroquí casada con marroquí ni alega ni prueba el Derecho extranjero? En tales casos, los Tribunales españoles parecen optar por la aplicación de la ley española. En unas ocasiones, éstos actúan motivados por la repercusión que puede tener su negativa a pronunciarse acerca de la separación, cuando ya se han dictado medidas provisionales para proteger de los malos tratos a la esposa y al hijo menor (Sent. AP de Guadalajara de 14 de enero de 2004)⁴⁸, mientras que en otras la aplican porque “*la separación deviene necesaria y urgente como medida que garantiza la seguridad y libertad de la actora*” (Sent. AP de Tarragona de 25 de abril de 2005)⁴⁹. A pesar de que esta postura es loable, porque trata de no perjudicar a personas que se encuentran en difíciles circunstancias, resulta insuficiente. A nuestro juicio, los supuestos en los que la mujer inmigrante marroquí, casada con un hombre de su misma nacionalidad, sufre violencia de género, son aquellos en los que, ineludiblemente, el juez tiene la obligación de aplicar de oficio el Derecho extranjero, con independencia que haya sido alegado y probado. No hay que olvidar que, en tales casos, la mujer se encuentra en una situación especialmente vulnerable por la inestabilidad social y la posible precariedad económica en la que puede encontrarse. Por tanto, debe ser objeto de una protección efectiva por parte de los poderes públicos. Además, de esta manera, la sentencia adoptada por los Tribunales españoles tendrá más posibilidades de ser reconocida en el Estado de origen de la mujer. De hecho, la normativa procesal y, en concreto el artículo 752 de la LEC, posibilita, como ha apuntado F. Garau Sobrino, que el Tribunal decrete de oficio cuantas pruebas estime pertinentes –lo que incluye al Derecho extranjero–, con independencia de las pruebas practicadas a instancia de las partes⁵⁰.

C) Ámbito de aplicación de la ley rectora de la crisis matrimonial

Una mujer marroquí puede tener interés en disolver su matrimonio según lo estipulado por el Derecho español, dado que éste puede resultarle más beneficioso. De hecho, el Derecho marroquí no contempla un régimen económico matrimonial y,

⁴⁷ En particular, ha apuntado que el Tribunal puede hacer uso de la facultad de señalamiento de pruebas en la audiencia previa al juicio verbal (art. 443.4º LEC), momento que parece más oportuno desde el punto de vista del desarrollo del proceso; aunque también es posible practicar las pruebas que no hayan podido realizarse en el acto de la vista en el plazo adicional de 30 días que establece el artículo 770.4º de la LEC.

⁴⁸ *La Ley Juris*. 157154\2004.

⁴⁹ *Aranzadi Westlaw*, A.C. 2005\183383.

⁵⁰ GARAU SOBRINO, F., “Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 9 de octubre de 2002”, *R.E.D.I.*, 2003–1, vol. LV, p. 399.

por tanto, tras la disolución del matrimonio no hay que liquidarlo porque existe una absoluta separación de bienes. Cada esposo es propietario de los bienes adquiridos antes y después del enlace. La liquidación de los bienes se solventa mediante la prueba de la propiedad del bien por parte de cada uno de los esposos⁵¹. Así, la mujer tiene derecho a la vivienda conyugal sólo en el caso de que le pertenezca⁵². Además, el Derecho marroquí aunque prevé compensaciones económicas para la mujer divorciada⁵³, éstas son exigüas. Por lo que se refiere a los menores, el padre tiene la autoridad paternal (“*wilaya*”) de los mismos, mientras que a la madre se le atribuye el cuidado del menor (“*hadana*”) –que no es equiparable a la guarda– hasta los 15 años, dado que los niños mayores de 15 años tienen derecho a elegir quién de sus padres asume dicho cuidado (art. 171 CFM), siempre y cuando la madre no pierda dicho Derecho (arts. 173–175 CFM).

En cualquier caso, la determinación de los efectos de la crisis matrimonial respecto a las relaciones entre los cónyuges (*ad. ex.*, pensión alimenticia) y entre padres e hijos (guarda y custodia, alimentos) no es una cuestión que dependa únicamente de la ley rectora de la crisis matrimonial, sino también de cada una de las relaciones afectadas. Así, la ley rectora de la separación y el divorcio concretará, entre otras cuestiones, la posibilidad de solicitar el divorcio o la separación, la necesidad o no de alegar causa de separación o divorcio, así como los efectos sobre las relaciones entre los cónyuges durante la tramitación del procedimiento y una vez finalizado el mismo. De la misma manera, dicha ley especificará, si procede, la cuantía de las prestaciones económicas compensatorias y, por extensión, el régimen de los alimentos, en este caso en virtud de la regla de accesoriedad prevista en el artículo 8 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre la ley aplicable a la deuda alimenticia⁵⁴. La ley rectora de la crisis deberá extenderse también a la determinación del uso de la vivienda habitual, siempre que no existan descendientes que puedan beneficiarse de ella, en cuyo caso será el Derecho rector de la obligación de alimentos respecto a los hijos el que determine el régimen de utilización de la vivienda⁵⁵. Ahora bien, la incidencia de la disolución del matrimonio en la liquidación del régimen económico de la pareja no se resuelve según el Derecho rector de la crisis matrimonial (art. 107.2º C.c.), sino por el Derecho rector de los efectos del matrimonio (arts. 9.2º y 9.3º C.c.). De la misma manera, será la ley rectora de las relaciones paterno-filiales la que establezca la forma en que la crisis matrimonial afecta a la titularidad o al ejercicio de la patria potestad. Otra cuestión a la que ha de aplicarse una normativa distinta es la de los alimentos que habrán de satisfacerse

⁵¹ Ver las consideraciones realizadas en el capítulo “RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE LA MUJER MARROQUÍ RESIDENTE EN ESPAÑA”.

⁵² Sin embargo, el CFM indica que el padre debe asegurar a sus hijos una vivienda o pagarles el importe del alquiler (art. 168). Así, en el caso, de que a la mujer se le conceda la guarda de los hijos (art. 171), es evidente que el marido deberá asegurarle tanto a ella como a los hijos el derecho a la vivienda, según sus posibilidades.

⁵³ Se trata, concretamente, del “*sadaq*” retrasado (si no fue entregado), de una pensión alimenticia (arts. 194–196 CFM), limitada al tiempo de la “*idda*”, y de una eventual indemnización o dádiva de consolación (“*moutâ*”), además de los gastos de vivienda, si resulta imposible que la mujer resida en el hogar conyugal durante el periodo de “*idda*”.

⁵⁴ Ver las consideraciones realizadas en El capítulo “DERECHO A ALIMENTOS DE LA MUJER MARROQUÍ EN ESPAÑA”.

⁵⁵ ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales...*, *op. cit.*, p. 332.

a los menores como consecuencia de la disolución del matrimonio. En este caso, será aplicable el Convenio de La Haya de 1973 sobre alimentos. Por lo demás, el Derecho español, como *lex fori*, regirá los aspectos de procedimiento, en particular la adopción de medidas cautelares, así como el pronunciamiento de la sentencia, su comunicación y la trascripción a los Registros españoles.

D) Conclusiones

La reforma del artículo 107.2º del C.c. tenía fines más que admirables. Sin embargo, el resultado obtenido no ha sido del todo positivo. Su análisis nos permite extraer una serie de conclusiones y formular una serie de consejos para la mujer marroquí que pretenda obtener la disolución de su matrimonio en España. En las páginas anteriores hemos demostrado que el artículo 107.2º del C.c. permite conseguir tal objetivo aplicando, bien el Derecho español o el Derecho marroquí. A partir de ahí, deberá ser la mujer marroquí quien, según sus expectativas, decida si la disolución del vínculo matrimonial deberá regirse por el Derecho marroquí o el Derecho español, según la opción que estime más conveniente para sus intereses y en función de si quiere evitar o no el carácter claudicante de la decisión que se dicte en última instancia, aunque ello le suponga un aumento en los costes del proceso.

- Así, si una mujer marroquí casada con marroquí residente en nuestro país quiere divorciarse según el Derecho español y ahorrarse los costes que implica alegar y probar el Derecho extranjero (marroquí), deberá interponer la demanda de mutuo acuerdo o con el consentimiento del marido. En caso de que ello no sea posible, puede pedir la “separación” y como el Derecho marroquí no admite tal posibilidad, acabaría siendo aplicado el Derecho español. El inconveniente que plantea esta última opción es que la mujer tendría que esperar el plazo legalmente establecido para obtener el divorcio, a menos que el marido compareciera en el proceso de separación solicitando el divorcio⁵⁶.
- Por el contrario, si quiere obtener la disolución del matrimonio conforme lo establecido en el Derecho marroquí, deberá imperativamente interponer una demanda contenciosa y, además, probar y alegar el Derecho marroquí (contenido, vigencia e interpretación) o aportar un “principio de prueba”.
- Es totalmente desaconsejable, cuando resulta aplicable el Derecho marroquí, mantener una manifiesta pasividad en torno a la alegación y prueba del Derecho extranjero, dado que los Tribunales españoles pueden desestimar la demanda, aplicar Derecho español o el Derecho marroquí.
- Mención especial merecen los supuestos de separación y divorcio de mujeres marroquíes, casadas con marroquíes, que son víctima de violencia de género. En tales situaciones, los Tribunales españoles parecen optar por la aplicación de la ley española para protegerla. A nuestro juicio, son estos supuestos en los que el Juez tiene obligación de aplicar de oficio el Derecho extranjero, con independencia que haya sido o no alegado y probado. De hecho, la normativa procesal española y, en concreto, el artículo 752 de la LEC, así lo posibilita. De esta manera, se hace posible que la sentencia española pueda ser reconocida en Marruecos.

⁵⁶ Según la normativa española, no hay inconveniente en que el cónyuge demandado de separación reconvenga y solicite el divorcio sin necesidad de alegar causa alguna. En tal caso, sería el marido el que estaría obligado a alegar y probar el Derecho extranjero.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS GARCÍA, R.: *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidade de Santiago de Compostela, 2004.
- *Id.*: “La nueva redacción del art. 107 Código Civil”, *REDI*, 2004–1, vol. LVI, pp. 205–224.
- ASENSIO MELLADO, J.M.^a: “Arts. 771–775”, en V. GIMENO SENDRA (dir.), *Proceso Civil Práctico*, Madrid, 2002, pp. 466–490.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito”, en AA.VV., *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos internacionales*, (A.L. Calvo Caravaca, E. Castellanos Ruiz dir.), Colex, Madrid, 2003, pp. 213–228.
- *Id.*: “Crisis matrimoniales”, en (A.L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González), *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Comares, Granada, 2006, pp. 95–126.
- *Id.*: “Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y Derecho extranjero”, *REDI*, 2004–1, vol. LVI, pp. 225–249.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Derechos humanos, diversidad cultural y DIPr”, *RDP*, 1998, pp. 541–558.
- ESPINOSA CALABUIG, R.: “Nota a la Sentencia de AP de Barcelona de 30 de septiembre de 2003”, *REDI*, 2004–1, vol. LVI, pp. 380–382.
- ESPULGUES MOTA, C.: *El divorcio internacional (jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2004.
- FOLETS, M.C. y CARLIER, J.Y.: *Le Code marocain de la famille. Incidentes au regard du Droit international privé en Europe*, Bruselas, Bruylant, 2005.
- FOLETS, M.C., y LOUKILI, M.: “Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: Quelles implications pour les Marocains en Europe?”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2006, pp. 520 ss.
- GARAU SOBRINO, F.F.: “Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 9 de octubre de 2002”, *REDI*, 2003–1. vol. LV, pp. 396–399.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Madrid, Tecnos, 1994.
- MARCHAL ESCALONA, N.: “Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 4 de febrero de 1995”, *R.E.D.I.*, 1997–1, vol. XLIX, pp. 201–204.
- *Id.*: “El repudio ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2002, vol. 5, pp. 367–377.
- MICHINEL ÁLVAREZ, M.A.: “La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias (con especial referencia a la condena de prestación económica de alimentos)”, *R.E.D.I.*, 2002–2, vol. LIV, pp. 641–668.
- MOYA ESCUDERO, M.: “Ley aplicable a la separación y al divorcio”, *AEDIPr.*, 2005, vol. 5, pp. 878–882.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, 2000.
- *Id.*: “Aplicación del nuevo Código de familia marroquí (2004) a supuestos de disolución del matrimonio”, *AEDIPr.*, 2006, vol. 6, pp. 977–979.

- *Id.*: “Nota a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de abril, de 18 de junio y de 30 de julio de 2002”, *R.E.D.I.*, 2003–I, vol. LV, pp. 418–424.
- *Id.*: “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico” en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2002, pp. 259–338.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, *R.E.D.I.*, 1994–2, vol. XLVI, pp. 576–580.
- *Id.*: “Jurisprudencia. Ley aplicable a los supuestos de separación y divorcio”, *AEDIPr*, 2004, t. IV, pp. 1010–1012.
- SOTO MOYA, M.: “Competencia de los tribunales españoles en materia de separación y de divorcio”, *AEDIPr*, 2004, vol. 4, pp. 862–864.
- ZEKRI, Z.: “El nuevo código de familia marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano marroquíes”, *R.E.D.I.*, 2004–1, vol. LVI, pp. 301–313.

10. LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL EN LAS RELACIONES BILATERALES HISPANO–MARROQUÍES

Houda Zekri**

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. RECONOCIMIENTO EN MARRUECOS DE SENTENCIAS ESPAÑOLAS DE DISOLUCIÓN DEL VINCULO MATRIMONIAL. 1. Breve recordatorio sobre la evolución histórica del *exequátur* en Marruecos. 2. Eficacia en Marruecos de las decisiones españolas sobre disolución del matrimonio. 3. Incidencia sobre las mujeres víctimas de malos tratos. III. RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE SENTENCIAS SOBRE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL PROCEDENTES DE MARRUECOS. 1. Cuestiones de competencia. 2. La modificación del repudio. 3. Cuestiones inherentes a la eficacia en España de decisiones marroquíes sobre ruptura matrimonial. A) El impacto de la revocabilidad del divorcio marroquí sobre su eficacia en España. B) Límites a la eficacia de la separación matrimonial entre cónyuges marroquíes. IV. PROPUESTAS. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN:

En estas últimas décadas, el periodo estival en Marruecos se ve marcado por el regreso por vacaciones de los marroquíes residentes en el extranjero cuya estancia en el país supone para los tribunales marroquíes un importante aumento de las demandas de reconocimiento de sentencias extranjeras. Según la investigación llevada a cabo por A. Ounnir¹, la mayor parte de estas demandas se concentra en las ciudades rifeñas de Marruecos –Nador y Alhucemas– procedentes de Alemania, Bélgica y Holanda mientras que el resto de las demandas se divide entre las demás ciudades marroquíes².

La continuidad de las relaciones jurídicas más allá de las fronteras se ha convertido en el núcleo de la cooperación judicial entre los países máxime cuando se trata de situaciones que atañan la vida personal y familiar de tales ciudadanas y ciudadanos. Sin el reconocimiento de los efectos de las decisiones judiciales extranjeras, los derechos y las expectativas de las personas se verían vulnerados y sus vidas afectadas de modo negativo por situaciones claudicantes.

En este contexto, se ha observado particularmente en estos últimos años un crecimiento considerable del tráfico jurídico entre Marruecos y España debido a la concentración cada vez mayor de inmigrantes marroquíes en el país vecino. Esta

* Consultora sobre género del Proyecto ADL –Fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia de Marruecos–. Doctoranda de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

¹ OUNNIR, A.: “Les justiciables dans le circuit judiciaire relatif au contentieux de la famille”, en *Le code de la famille. Perceptions et pratique judiciaire*, Casablanca, Friedrich Ebert Stiftung–FES Maroc, ImprimElite, 2007, p. 112.

² Según la misma investigación *supra*, se trata de tan sólo el 1,11% del tráfico jurídico interno.

situación implica numerosas incursiones en el ordenamiento de ambos Estados y requiere un mejor conocimiento de sus sistemas. Ello explica el gran número de estudios y análisis dedicados a las instituciones jurídicas islámicas y a su impacto sobre las sociedades europeas.

La disolución del vínculo matrimonial constituye, sin duda, la cuestión más frecuente y más problemática en el marco de las relaciones bilaterales hispano marroquíes dadas las diferencias que separan la institución del matrimonio –y su disolución– en ambos ordenamientos. Concretamente, en este capítulo se abordará, en una primera parte, la cuestión del reconocimiento en Marruecos de las sentencias españolas de divorcio, con especial referencia a las dictadas en caso de maltrato, haciendo igualmente alusión a la problemática con que se encuentran quienes tratan de hacer valer en Marruecos decisiones españolas de separación matrimonial. La segunda parte de este trabajo se dedicará al análisis de dos de las principales cuestiones que suscita el tema de la eficacia en España de las decisiones marroquíes sobre disolución del matrimonio, como son las cuestiones de competencia de las autoridades marroquíes que intervienen en el otorgamiento del divorcio y los problemas suscitados por una de las modalidades de divorcio admitidas en Derecho marroquí: el repudio. Finalmente, se cerrará el capítulo con un conjunto de propuestas de mejora.

II. RECONOCIMIENTO EN MARRUECOS DE SENTENCIAS ESPAÑOLAS DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

Antes de proceder al análisis de las posibilidades que tiene una sentencia española de disolución del matrimonio para ser reconocida y ejecutada en el territorio marroquí, conviene recordar brevemente la evolución histórica del sistema del reconocimiento en este país marcado por un antes y un después de la colonización.

1. Breve recordatorio de la evolución histórica del *exequátur* en Marruecos:

El peculiar sistema instaurado por el Protectorado diferenciaba entre las decisiones procedentes de Francia (o de sus colonias) y las procedentes de los demás Estados. Las primeras eran reconocidas y ejecutadas en Marruecos sin ningún tipo de control previo. En cambio, las decisiones procedentes de otros países extranjeros eran sometidas a una revisión de fondo y de forma antes de otorgarles el *exequátur*. En cuanto a las decisiones procedentes de países que habían renunciado a sus privilegios sobre Marruecos, eran objeto de un control de forma, siempre y cuando existiera reciprocidad de trato entre los tribunales de dicho país y los tribunales franceses. Esta reglamentación se desprendía de la lectura conjunta del artículo 19 del DCC³ y del artículo 289 del antiguo Código de Procedimiento Civil.

Con la llegada de la independencia y sobre todo con la entrada en vigor del nuevo Código de Procedimiento Civil de 28 de septiembre de 1974 (en adelante CPCM)⁴,

³ Dahir sur la condition civile des français et des étrangers, de 12 de agosto de 1913. *B.O.* de 12 de septiembre de 1913.

⁴ *B.O.* de 30 de septiembre de 1974.

se llevó a cabo la unificación del régimen aplicable a todas las decisiones extranjeras, independientemente de su país de procedencia. Además, el artículo 19 del DCC quedó implícitamente derogado y el poder del tribunal del *exequátur* fue limitado a un control de forma de la decisión extranjera sin menoscabar la obligación de controlar el respeto al orden público.

La nueva legislación marroquí sobre reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, incorporada en los artículos 430 y siguientes del CPCM y, en lo que concierne concretamente a las decisiones sobre disolución del vínculo matrimonial, en el artículo 128 del Código de Familia Marroquí (en adelante CFM)⁵, regula tanto el reconocimiento de sentencias judiciales como de documentos públicos extranjeros. Sin embargo, esta normativa no se aplica a las decisiones y documentos públicos españoles a los que rige el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, de 30 de mayo de 1997⁶, y más exactamente, por lo establecido en sus Títulos III (“Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, sentencias arbitrales y documentos auténticos”) y VI (“Disposiciones comunes”).

2. Eficacia en Marruecos de las decisiones españolas sobre disolución del matrimonio

A diferencia del convenio hispano-tunecino de 24 de septiembre de 2004, sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales⁷, el Convenio hispano-marroquí no prevé unas normas específicas relativas a la competencia judicial internacional. Se limita únicamente a remitir a las normas internas de cada Estado para determinar la competencia de sus propias jurisdicciones. A nivel de la práctica, esta opción implica la capacidad del juez del foro de conocer y analizar las normas extranjeras de competencia acreditadas por la parte interesada. Ello puede resultar dificultoso para los jueces marroquíes cuyo acceso a las legislaciones europeas se ve limitado por el hándicap del idioma. La traducción al árabe de las leyes de los países donde más se concentran los inmigrantes marroquíes y su difusión entre el personal judicial marroquí sería de una gran utilidad⁸. De hecho, según un análisis de la práctica judicial en el ámbito del Derecho de familia, el obstáculo más importante en el procedimiento del *exequátur* es la comprobación de la competencia del tribunal extranjero⁹.

⁵ Dahir núm. 1.04.22, de 3 de febrero de 2004, por el que se promulga la Ley núm. 70.03, relativa al Código de Familia (B.O. de 5 de febrero de 2004).

⁶ El texto del Convenio fue publicado en España en BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997. En Marruecos fue puesto en aplicación a través del Dahir núm. 1.98.150, de 13 de mayo de 1999 (B.O. de 17 de junio de 1999) entrando en vigor el 1 de julio de 1999. Téngase en cuenta, no obstante, la inaplicabilidad del Convenio a las resoluciones dictadas en las siguientes materias: 1) testamentaria y sucesoria; 2) concursal; c) Seguridad Social y d) medidas cautelares y provisionales, salvo las dictadas en materia de alimentos (art. 22.2 Convenio). Respecto de estas resoluciones sí que resultará aplicable la normativa interna marroquí sobre reconocimiento y ejecución.

⁷ BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2003.

⁸ En materia de violencia de género, el Proyecto ADL ofrece en su página web traducciones al árabe de la legislación española para facilitar su acceso y su difusión entre los jueces y fiscales marroquíes, vid. www.proyectoadl.com

⁹ KRINI, H., *Guía del procedimiento judicial en el ámbito del derecho de familia*, ed. Annajah al jadida, Casablanca, 2007, p. 98.

En virtud del artículo 23.1º del Convenio hispano marroquí, las resoluciones que emanan de un órgano jurisdiccional competente según las normas aplicables en el país en que hubieran sido dictadas, tienen autoridad de cosa juzgada en el Estado donde se solicita el reconocimiento y ejecución de dicha decisión. Esta norma viene corroborada por las disposiciones del artículo 128 del CFM y en el caso de decisiones españolas, hay que tener en cuenta lo siguiente:

Es improcedente solicitar en Marruecos el reconocimiento de un divorcio firmado por una autoridad religiosa islámica. Pese a la inclinación de una parte de la comunidad musulmana residente en el extranjero a organizar su vida personal y familiar recurriendo únicamente a los servicios de Imames de mezquitas o de jefes de asociaciones islámicas activas en los países de acogida, queda descartada la competencia de estos últimos en materia de divorcio. En España, el Acuerdo entre el Gobierno español y la Comisión Islámica de España (CIE) de 1992¹⁰ confiere validez a los matrimonios celebrados según la forma religiosa islámica pero el acuerdo no da cabida a la disolución del vínculo conyugal¹¹.

Es evidente que un divorcio emitido por un Imán que carece de *imperium* en España no puede ser reconocido en Marruecos máxime si sabemos que ninguna autoridad religiosa tiene competencia en Marruecos para pronunciar disoluciones de matrimonios. Tampoco se reconocería en Marruecos un divorcio realizado ante un cónsul marroquí en España. Ni el Convenio de Viena¹² ni el Dahir núm. 421.66, de 20 de octubre de 1969, relativo a las atribuciones de los agentes diplomáticos y los cónsules marroquíes en el extranjero¹³, confieren a los cónsules de este país la competencia para pronunciar divorcios entre sus nacionales¹⁴. Es importante diferenciar entre la prohibición para un cónsul marroquí de pronunciar un divorcio y entre su facultad de llevar a cabo sesiones de conciliación entre cónyuges marroquíes que deseen poner fin a su matrimonio. En efecto, según J. Tahiri, el CFM exonera a los cónyuges marroquíes residentes en el extranjero, que deseen divorciarse ante los tribunales marroquíes, de presentarse ante ellos en la fase de la conciliación siempre y cuando se trate de un divorcio por común acuerdo. Únicamente en este tipo de divorcio, la tentativa de conciliación puede ser realizada por vía de una comisión rogatoria en el Consulado más cercano al lugar de residencia de los cónyuges, encargándose éstos últimos, en caso de fracasar la conciliación, de enviar a Marruecos tanto el documento en el que se deja constancia de tal fracaso,

¹⁰ Aprobado por Ley 26/1992, de 10 de noviembre (BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992).

¹¹ Es más, ni tan siquiera hay garantías de que un matrimonio celebrado ante un “centro islámico” en España sea reconocido en Marruecos; *vid.* en este sentido la Sent. del Tribunal de Primera Instancia de Tánger núm. 455, de 28 de febrero de 2007 –expediente núm. 205–06– (inédita), en la que se denegó el reconocimiento a un matrimonio por falta de competencia de este centro islámico para celebrar matrimonios.

¹² Sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963.

¹³ Puesto en aplicación a través del Decreto núm. 2.66.646, de 29 de enero de 1970 (http://www.maec.gov.ma/fr/guide_conculaire/)

¹⁴ Las funciones consulares ejercidas por las misiones diplomáticas y puestos consulares de Marruecos en el extranjero son definidas por las disposiciones previstas tanto por el Convenio de Viena sobre las relaciones consulares de 24 de abril de 1963, ratificado por Marruecos el 21 de marzo de 1977 como por el Decreto nº 2–66–646 de 29 de enero de 1970 aplicando el Dahir núm. 421–66 de 20 de octubre de 1969 relativo a las atribuciones de los agentes diplomáticos y los Cónsules marroquíes en el extranjero.

como aquél otro en el que se contiene el acuerdo de divorcio¹⁵. Sin embargo, esta opción adolece de cierta lentitud que se ve acentuada por la amalgama que hacen los miembros de la comunidad marroquí residente en el extranjero entre el documento del acuerdo sobre el divorcio y el documento que atesta de la imposibilidad de conciliar entre los esposos. Las partes suelen pues mandar a Marruecos el primer documento legalizado por el Cónsul, obviando el segundo documento que es el más importante a nivel procedimental¹⁶.

En resumidas cuentas, sólo pueden aspirar al reconocimiento en Marruecos las decisiones que emanen de tribunales españoles competentes. Según el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹⁷, y, en concreto, en su artículo 3, de donde se infiere que los tribunales españoles serán competentes en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial si concurre alguna de estas situaciones: que los cónyuges tengan su residencia habitual en España o que su último lugar de residencia fuera España si por lo menos uno de los cónyuges sigue residiendo ahí, o que el demandado resida habitualmente en España, o que la demanda haya sido presentada de manera conjunta y que uno de los cónyuges siga residiendo en España, o que el demandante haya residido habitualmente en España un año antes de presentar la demanda o bien que el demandante haya residido habitualmente en España seis meses antes de presentar la demanda siempre y cuando tenga la nacionalidad española.

En todo caso, el control de la competencia judicial internacional es considerado en Derecho marroquí una cuestión de orden público que se suscita directamente por los tribunales marroquíes. Así lo confirma la jurisprudencia marroquí en la sentencia de juicio sumario del tribunal de primera instancia de Casablanca nº 824 de 16 de octubre de 1981 y en la sentencia del tribunal de apelación de Casablanca nº 324/8 de 28 de julio de 1981¹⁸.

El juez debe además comprobar una serie de requisitos antes de decidir sobre el *exequatur*, a saber, la regularidad de la decisión extranjera así como la conformidad de todas sus disposiciones con el orden público marroquí.

Por control de la regularidad de la decisión extranjera se entiende la comprobación por el juez del foro de que los derechos de defensa hayan sido respetados. Contrariamente a la opinión de algunos jueces marroquíes, no se trata de comprobar el respeto de las normas procesales extranjeras, sino simplemente de verificar, si en el procedimiento seguido en el Estado de origen, se respetaron o no los derechos de defensa del demandado. De hecho, en el ordenamiento marroquí, la vulneración de las normas procesales extranjeras sólo es motivo de casación si implica el perjuicio a los derechos de una de las partes (artículo 359.2º del CPCM). En este sentido conviene recordar que el Tribunal Supremo marroquí anuló la deci-

¹⁵ *Vid.* la Circular del Ministerio de Justicia de Marruecos, núm. 13 de 12 de abril de 2004, relativa a la aplicación del CFM a los miembros de la comunidad marroquí residente en el extranjero, M. Boufkir, *La mudawana de la familia y la jurisprudencia marroquí*, Publicaciones de estudios judiciales. Serie del Derecho y la jurisprudencia marroquíes. Ed. Annajah al jadida, Casablanca, 2006, p. 117.

¹⁶ TAHIRI, J., «Le critère de la résidence... », *op. cit.*, p. 197.

¹⁷ *DOCE* núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

¹⁸ *Revue de jurisprudence et de Droit*, núm. 130, 1981, p. 100.

sión del Tribunal de Apelación de Nador de 29 de febrero de 2000 que rechazaba el *exequátur* de una sentencia belga de divorcio por consentimiento mutuo, argumentando que no precisaba si la sentencia era pronunciada en nombre del Rey o del Pueblo como es costumbre en Bélgica¹⁹. El Alto Tribunal afirmó que dicha argumentación es contraria al espíritu de la ley que pretende facilitar la circulación de los derechos adquiridos por las personas.

La regularidad de la decisión extranjera se se acredita mediante la presentación del documento acreditativo de la notificación (según el artículo 28.4º del Convenio, copia certificada conforme de la citación hecha a la parte que haya sido condenada en rebeldía) o cualquier otro documento que cumpla la misma función (art. 431.2º CPCM). Esta última precisión confirma la validez de los documentos extranjeros –en este caso españoles– siempre y cuando atesten de la citación, representación o declaración en rebeldía de los demandados, tal y como lo requiere el Convenio hispano-marroquí (art. 23.2º).

Respecto al requisito del respeto al orden público marroquí, es el más problemático debido a la permeabilidad de este concepto. De manera general, se incluye en el orden público marroquí todo lo que afecta a los valores constitucionales, a los valores familiares...etc. Algunos autores consideran también contraria al orden público, toda decisión extranjera que contradiga decisiones ya dictadas o en un procedimiento pendiente en Marruecos²⁰. Ante la imposibilidad de acotar el contenido del orden público, incumbe al juez valorarlo a la hora de decidir sobre el *exequátur* de la resolución extranjera, controlando la conformidad de todo el contenido de la decisión extranjera con el orden público nacional y no únicamente la parte del fallo²¹.

Se desprende de la observación de la situación judicial en amparo de la antigua Mudawana que la contradicción con el orden público marroquí es la principal causa de denegación del *exequátur* a la mayoría de las demandas²². Ello es debido a la confusión que hacen los jueces entre la contrariedad al orden público marroquí y la aplicación por el juez extranjero de normas distintas a las de la Mudawana. Esta confusión dio lugar a decisiones “aberrantes” de denegación del *exequátur* basadas

¹⁹ Sentencia inédita, citada por DRIOUECH, S., “¿Cómo leer las disposiciones sobre la ejecución de las decisiones extranjeras a la luz del artículo 128 del Código de familia?”, *La gazette du Palais*, núm. 13, enero, 2006, p. 43 (en árabe).

²⁰ DARMICH, A., “El valor de la sentencia extranjera a la luz del Derecho marroquí y de los convenios internacionales”, *Al Mohamat*, núm. 20, 1982, p. 86 (en árabe).

²¹ DARMICH, A., “El valor de la sentencia extranjera ...”, *op. cit.*, p. 82. *Vid.* Sent. TS núm. 333, de 15 de junio de 2005 –expediente *chari* núm. 668/2/1/2004–, (*Jurisprudence de la Cour Suprême* núm. 63, año 26, Rabat, Oumnia, 2007, pp. 126–128). En ella, se admite el *exequátur* de una decisión de divorcio pronunciada por el Tribunal de primera instancia de Utrecht (Países Bajos), alegando que la decisión extranjera basada sobre la discordia entre los esposos no contradice el orden público marroquí. En este mismo sentido, *vid.* las Sents. TS núm. 1108 de 28 de noviembre de 2001 –expediente *chari* núm. 503/2/1/1999–, y núm. 12 de 4 de enero de 2006 –expediente *chari* núm. 311/2/1/2005–. Ambas decisiones inéditas son citadas en EL KACHBOUR, M.: *Explicación de la Mudawana de la familia*, vol. II: *La disolución del vínculo conyugal*, 1ª edic., Casablanca, Annajah al Jadida, 2006, pp. 165–166 (en árabe).

²² Un análisis de la jurisprudencia de los tribunales de Nador y Alhucemas de los años 1997 y siguientes llevado a cabo por J. Tahiri, así lo confirma. TAHIRI, J., “El orden público marroquí como límite a la eficacia de las decisiones judiciales extranjeras de disolución de los matrimonios mixtos”, *Revue marocaine d'études internationales. Le mariage dans les relations euro-maghrébines. Actes du colloque international des 13, 14 et 15 mars 2002*, número especial, octubre 2003, p. 89 (en árabe).

en argumentos tales como la obligación de que el divorcio se lleve a cabo ante adules y no ante un juez no musulmán²³. El análisis de la jurisprudencia (*vid.* nota núm. 17) permite dar constancia de que la mayoría de las resoluciones de primera instancia deniegan el *exequátur* para ser anuladas a posteriori por las jurisdicciones de segundo grado. También se observa que los jueces de primera instancia no argumentan de manera clara y suficiente sus decisiones, limitándose a declarar que la resolución extranjera vulnera el orden público marroquí.

En todo caso, el análisis en cuestión permite destacar algunas de las disposiciones contenidas en las decisiones extranjeras que provocaban su rechazo por el juez marroquí al amparo de la antigua ley de estatuto personal. Se trata de que los divorcios en el extranjero son obligatoriamente judiciales, lo cual vulnera el derecho del marido marroquí a repudiar a su esposa sin tener que pasar por los tribunales. Por otra parte, si un divorcio judicial a instancias de la esposa no se basaba sobre una causa explícitamente prevista por la anterior Mudawana, la denegación del *exequátur* era ineluctable atendiendo al orden público del foro. Igualmente los efectos de la disolución del matrimonio causaban la denegación del *exequátur* cuando diferían de lo previsto en la ley interna.

Es menester señalar que el Tribunal Supremo se encargó de dejar clara la incongruencia de este tipo de argumentaciones en varias decisiones²⁴, pero las reformas aportadas por el CFM son todavía más tajantes. El artículo 128 declara susceptibles de ejecución todas las decisiones extranjeras en materia de divorcio, divorcio judicial y divorcio por *jol'â*²⁵, producidas por un tribunal competente y basadas sobre motivos que no sean incompatibles con los previstos por el CFM. La exigencia de la compatibilidad no implica de ninguna manera que el juez extranjero tenga que aplicar las normas del CFM a la hora de decidir sobre una ruptura del vínculo conyugal entre esposos marroquíes para que su decisión pueda ser reconocida en Marruecos. De todos modos, la nueva normativa marroquí abarca un elenco tan amplio de motivos de disolución del matrimonio que resulta difícil plantearse unos motivos distintos incompatibles con ellos (perjuicio, abandono, discordia... etc.). En el caso concreto del Derecho español, teniendo presente la nueva regulación que en materia de divorcio se introdujo en el C.c. (arts. 85–89) por la Ley 15/2005, de 8 de julio²⁶ (que ya no exige ninguna causa para la concesión del mismo, ya se soli-

²³ Sents. TS núm. 90, de 24 de enero de 2001 –expediente *charî* núm. 212/2000– (*Jurisprudence de la Cour Suprême, op. cit.*, núms. 59 y 60, pp. 182 y siguientes) y núm. 180, de 24 de marzo de 2003 –expediente *charî* núm. 277/99– (*Jurisprudence de la Cour Suprême, op. cit.*, núm. 63, pp. 52 y siguientes). Esta confusión ha sido observada en las jurisdicciones de apelación incluso después de la entrada en vigor del nuevo CFM: *vid. p.e.*, las Sents. Del Tribunal de Apelación de Casablanca de 8 de abril de 2004 –expediente núm. 3401/03–, 29 de abril de 2004 –expediente núm. 2877/03– y 5 de febrero de 2005 –expediente núm. 1619/04– (decisiones todas ellas inéditas, citadas en FOBLETS, M.C y LOUKILI, M., “Mariage et divorce dans le nouveau code de la famille: Quelles implications pour les Marocains en Europe?”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 95, 2006, p. 545).

²⁴ Resolución TS nº 180 de 24 de abril de 2003, expediente *charî* nº 277/2/99; Resolución TS nº188 de 30 de marzo de 2005, expediente *charî* nº 622/2/1/2004; Resolución TS nº333 de 15 de junio de 2005, expediente *charî* nº 668/2/1/2004; *Jurisprudence de la Cour Suprême* nº 63, año 26, Editorial Oumnia, Rabat, 2007, pp. 52, 112 y 126 consecutivamente.

²⁵ El divorcio *Jol'â* permite a la mujer obtener su repudiación por medio de una compensación otorgada al marido, ya sea renunciando a la parte de la dote que aún no ha percibido, o restituyéndola, o bien ofreciéndole una suma de dinero o un objeto de valor.

²⁶ BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

cite por uno solo de los cónyuges, por ambos o por uno con el consentimiento del otro), el único supuesto que podría plantear problemas, por no encontrar correspondencia en Derecho marroquí, sería aquél en el que el divorcio se conceda a petición únicamente de la mujer. Pero no hay que olvidar que, de conformidad con la normativa española de DIPr. en cuestión de divorcio (art. 107.2º C.c.), la aplicación de la ley española, no presentándose la demanda de divorcio por ambos cónyuges de mutuo acuerdo o por uno con el consentimiento del otro, únicamente procederá en el caso de que uno de los cónyuges no sea marroquí, en tanto ley de la residencia habitual común de los cónyuges, pues, de ostentar ambos la nacionalidad de este país, ineludiblemente será la ley marroquí la que, en tanto ley nacional común al tiempo de la presentación de la demanda, haya de acabar siendo aplicada.

Es importante no perder de vista que la denegación del reconocimiento de una sentencia extranjera, en nuestro caso española, crea situaciones claudicantes que perjudican a las personas concernidas. A título de ejemplo, un ciudadano marroquí residente en el extranjero y divorciado ante el tribunal del país de acogida no puede casarse de nuevo en Marruecos si su sentencia no es reconocida por un tribunal marroquí, salvo que solicite y obtenga la autorización de la poligamia –aportando para ello las pruebas requeridas por el CFM–. Tampoco puede unirse en nuevo matrimonio en Marruecos una mujer marroquí divorciada en España y si lo hace en virtud de la ley española, puede tener que enfrentarse a una demanda de reintegración al domicilio conyugal una vez en territorio marroquí. Son estas situaciones complicadas que el nuevo código de familia pretende obviar introduciendo normas de derecho internacional privado que regulan los litigios de estatuto personal de la comunidad marroquí residente en el extranjero.

Ciertamente el art. 128 en cuestión debe ser analizado conjuntamente con las disposiciones del CPCM (art. 430 y siguientes) a los que remite para el procedimiento del *exequátur*. No obstante, en caso de que surgiera alguna contradicción entre la norma del CFM y el requisito del respeto del orden público marroquí, recogido en el art. 430 del CPCM, primaría el concepto introducido por el CFM siendo un texto especial y posterior al CPCM²⁷.

A los anteriores requisitos para reconocer una sentencia extranjera en Marruecos, hay que añadir un cuarto requisito relativo al carácter definitivo y ejecutorio de la resolución extranjera. Es importante resaltar el obstáculo que este requisito representa a nivel de la práctica. Una gran parte de las denegaciones del *exequátur* se deben a la no presentación de este documento. Según el estudio de campo realizado sobre este tema, las autoridades consulares a las que generalmente acuden los interesados no les orientan a la Secretaría del tribunal emisor de la decisión, sino que les otorgan un documento que atesta que la decisión extranjera fue notificada a la otra parte y que es definitiva. Esta atestación al carecer de cualquier validez jurídica provoca el rechazo de la demanda de *exequátur* en Marruecos²⁸.

En el Convenio bilateral, se prevé que para comprobar que la resolución ha adquirido autoridad de cosa juzgada y ha llegado a ser ejecutiva en España, la parte que solicita el reconocimiento y ejecución debe presentar una certificación del

²⁷ TAHIRI, J., “Le critère de la résidence...”, *op. cit.*, p. 204.

²⁸ Sent. del Tribunal de Primera Instancia de Alhucemas de 15 de marzo de 2004 y Sents. Tribunal de Apelación de Alhucemas de 26 de abril de 2005, 17 de mayo de 2005 y 24 de mayo de 2005, (inéditas y citadas en OUNNIR, A., “Les justiciables dans le circuit judiciaire...”, *op. cit.*, p. 113).

Secretario del tribunal que haga constar que la resolución no ha sido objeto de recurso ni de apelación (art. 28.3)²⁹.

Teniendo en cuenta la aplicación restrictiva que se hace de la normativa interna marroquí³⁰ (art. 431.3º del CPCM) por los jueces marroquíes y que ha obstaculizado en varias ocasiones el reconocimiento de sentencias extranjeras debido a la variedad de este tipo de atestaciones de un ordenamiento a otro, cabría preguntarse si no sería recomendable optar por la formulación más flexible del artículo 16.3º del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997³¹, que admitela presentación de “cualquier documento que pueda demostrar, según la Ley del Estado requirente, que la resolución es ejecutiva”. Esta formulación resultaría más acorde con el espíritu de la reforma del CFM que pretende favorecer el reconocimiento de las decisiones extranjeras en el ámbito del estatuto personal³².

Respecto a la no contrariedad de la decisión extranjera con alguna resolución dictada en el Estado requerido y que haya adquirido autoridad de cosa juzgada (art. 23.4º, segundo inciso CFM), se infiere que no se concederá el reconocimiento en Marruecos de una sentencia española de divorcio solicitado por la mujer en los casos en que ya exista en Marruecos un repudio llevado a cabo por el marido. Por otra parte, el Convenio bilateral exige la inexistencia ante ningún órgano jurisdiccional del Estado requerido, en el momento de plantearse la acción ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se trate de reconocer, de un proceso pendiente entre las mismas partes y por el mismo objeto (art. 23.5º CFM).

En definitiva, para que una resolución extranjera pueda ejecutarse en Marruecos, es necesario que pase por el trámite del *exequátur*. No obstante, la misma resolución puede surtir ciertos efectos independientemente de este procedimiento en virtud del art. 418.2º del Código marroquí de obligaciones y contratos. Una decisión judicial extranjera es considerada como un acto auténtico que da fe de los hechos contenidos en ella además de tener efectos probatorios y ello con independencia de obtener o no una fuerza ejecutiva a través del procedimiento del *exequátur*³³. En

²⁹ Vid. Sent. TS núm. 188, de 30 de marzo de 2005 –expediente *chari* núm. 622/2/1/2004–, (*Jurisprudence de la Cour Suprême, op. cit.*, núm. 63, p. 112).

³⁰ Que requiere igualmente la presentación de un certificado de la Secretaría del tribunal atestando de la ausencia de cualquier recurso contra la decisión original.

³¹ Publicado en España en *BOE* núm. 150, de 24 de junio de 1997.

³² La inscripción de la sentencia de divorcio en los Registros del estado civil no recibe la misma consideración de las jurisdicciones marroquíes. Ante una demanda de reconocimiento de un divorcio pronunciado por un tribunal holandés, el Tribunal de Primera Instancia de Rabat le deniega el *exequátur* mientras que el Tribunal de Apelación de Rabat estima que la formalidad de la inscripción en los Registros prueba que la decisión en cuestión es definitiva. (Sent. Tribunal de Primera Instancia de Rabat núm. 796, de 23 de mayo de 2003, –expediente núm. 1142/02/12, Sent. Del Tribunal de Apelación de Rabat núm. 163 de 11 de octubre de 2004, –expediente núm. 254/2003/10–), ambas Sents. inéditas citadas en F.Z. BOUKAÏSSI, “Du déroulement des audiences à la Section de la Justice de la famille près les tribunaux de première instance de Rabat”, *Le code de la famille. Perceptions...op. cit.*, p. 264.

³³ Así lo pone de manifiesto la Sent. TS núm. 922 de 4 de octubre de 2000 –expediente *chari* nº 494/2/1/1999– citada en TAWFIK, A., *Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de estatuto personal y de derecho inmobiliario, de 1957a 2002*, Casablanca, Annajah Al Jadida, 2002, p. 365. (en árabe).

este sentido, el Tribunal Supremo de Marruecos anuló en su Sent. de 12 de julio de 2006³⁴ una decisión del Tribunal de Apelación de Oujda que había rechazado como prueba, en un caso de pensión alimenticia solicitada por la esposa, una decisión holandesa de pensión alimenticia aportada por el marido quien alegaba que ya estaba pagando la pensión en virtud de la sentencia holandesa y por ende, no podía pagar dos pensiones a la vez. La argumentación del tribunal de apelación se basaba erróneamente en el artículo 430 del CPCM en vez del artículo 418 de la misma ley, exigiendo que para tener en cuenta los hechos contenidos en la decisión extranjera, hacía falta que la decisión en cuestión obtuviera el *exequátur*. La casación del Tribunal supremo es oportuna ya que la decisión holandesa en este caso se había presentado con fines probatorios y no para solicitar una ejecución en el territorio marroquí.

3. Incidencia sobre las mujeres víctimas de malos tratos:

En el ámbito del reconocimiento de resoluciones sobre rupturas de matrimonio, es muy importante tener presente el factor de la violencia de género y el alcance que tiene ante los jueces tanto de fondo como de *exequátur*. Huelga recordar que un gran porcentaje de las demandas de divorcio tiene como causa determinante los malos tratos sufridos por la mujer a manos de su cónyuge. En Marruecos cabe hablar de un 87% según datos recogidos por instituciones públicas y centros de escucha³⁵. Ante la gravedad de este fenómeno, es de notar que la legislación marroquí considera como circunstancias agravantes los malos tratos físicos “golpes y heridas” causados por una persona a su cónyuge. De ahí que las sanciones son más severas que en los demás casos de violencia en virtud del artículo 404 del código penal marroquí. Por otra parte, tanto la antigua Mudawana como el nuevo CFM prevén que el perjuicio causado a la esposa es una causa de divorcio. Por “perjuicio” se incluye a una amplia gama de situaciones que de manera general hacen imposible la continuación de la vida en común. Se trata *ad. ex.* de la vulneración de una de las condiciones incluidas en el acta de matrimonio o de comportamientos que perjudican a la esposa física o moralmente. Es de señalar que la redacción de la norma deja al juez un margen de apreciación del perjuicio invocado. En este sentido, la jurisprudencia marroquí incluye como perjuicio el adulterio del esposo³⁶, los insultos³⁷, los golpes y las heridas³⁸, la difamación³⁹, una gran discre-

³⁴ Sent. TS núm. 452, de 12 de julio de 2006, –expediente *chari* núm. 260/2/1/2005–, *Jurisprudence de la Cour Suprême, op. cit.*, núm. 66, p. 119.

³⁵ BELGHAZI, S., “Le coût économique de la violence conjugale”, Association marocaine de lutte contre la violence à l’égard des femmes, Centre d’Ecoute et d’orientation juridique et de soutien psychologique pour femmes victimes de violence, Mohammedia, Imprimerie de Fédala, 2006, p. 35.

³⁶ Sent. TS núm. 182, de 4 de noviembre de 2001 –expediente *chari* núm. 2000357 (inérita, citada en BELMEHJOUB, I.: “La jurisprudencia entre la Mudawana de estatuto personal y la ley de procedimiento civil”, *Al bohouth*, núm. 1, pp. 74 y siguientes (en árabe).

³⁷ Sent. TS núm. 371, de 16 de octubre de 2000 –expediente *chari* núm. 400/2/96– (inérita, citado en EL KASHBOUR, M.: *Explicación de la Mudawana de la familia*. Vol. II. *La disolución del matrimonio*, 1ª edic., Casablanca, Annajah al Jadida, 2006, p. 137 (en árabe).

³⁸ Sent. Tribunal de Apelación de Marrakech de 4 de enero de 1994 (*Al-Mohami*, núms. 25 y 26, pp. 247 y siguientes).

³⁹ Sent. TS de 21 de julio de 1987 (citada en EL KASHBOUR, M.: *Explicación de la Mudawana de la familia...*, *op. cit.*, p. 136).

pancia en la conducta moral de ambos cónyuges⁴⁰... etc.⁴¹ Todos estos hechos deben ser probados ante el juez, lo cual supone un gran obstáculo para la esposa víctima. La ley permite recurrir a todos los medios de prueba⁴² incluyendo el testimonio de testigos, el más común en este tipo de litigios.

Lo novedoso del CFM es prever una vía de disolución del matrimonio para los casos donde la esposa no puede probar los hechos violentos alegados por ella. Si persiste en su voluntad de separarse de su esposo, se abre un procedimiento de divorcio por discordia. Ciertamente es que económicamente hablando, es más ventajoso para la esposa obtener un divorcio por malos tratos que un divorcio por discordia, pero por lo menos existe la posibilidad de romper el vínculo conyugal con el marido violento.

Teniendo en cuenta la normativa marroquí en relación con los malos tratos hacia las mujeres, cabe suponer que una decisión española sobre divorcio basado en causas de violencia hacia la esposa sería reconocida –si reúne obviamente los requisitos necesarios– por el juez marroquí. Es de observar que en la mayoría de los casos, la defensa del demandado alega ante el tribunal del *exequátur* que la decisión extranjera es contraria al orden público marroquí por haber aplicado la ley del país de residencia en vez de las normas de estatuto personal marroquí. Algunos llegan incluso a pretender que los certificados médicos que atestatan de la violencia hacia la esposa no son suficientes para probar el perjuicio y disolver el matrimonio⁴³ haciendo caso omiso de que incluso en el ordenamiento marroquí, todos los medios de prueba son admisibles. Afortunadamente, las instancias superiores corrigen los errores cometidos por los tribunales de primera instancia que tienden a confundir –como se ha visto– orden público del foro y aplicación por el juez extranjero de las normas marroquíes de estatuto personal. Por lo tanto, una decisión española de divorcio entre dos marroquíes, basada sobre el maltrato ejercida por el marido sobre la esposa, es susceptible de reconocimiento en Marruecos si cumple los demás requisitos exigidos en el artículo 23 del Convenio; y ello con independencia de que aquélla se haya dictado en aplicación de la ley marroquí o de la ley española (aun cuando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 del C.c. español, lo normal, en tales casos, será que sea la ley marroquí la que, en tanto ley nacional de las partes al tiempo de la demanda, acabe siendo aplicada por los jueces españoles).

A nuestro juicio, el requisito del respeto del orden público marroquí previsto en el Convenio bilateral ha de ser interpretado a la luz de las nuevas reformas de la ley interna marroquí en este ámbito. Ello implica que el juez español puede basarse en su derecho del foro para decidir la ruptura del vínculo conyugal entre dos marroquíes residentes en España y su decisión ha de ser reconocida por el juez marroquí

⁴⁰ Sent. TS de 31 de mayo de 1994 (*Almolhaq al qadaí*, núm. 33, pp. 137 y siguientes).

⁴¹ Según el Derecho musulmán clásico, se considera perjuicio a la esposa incluso el hecho de que el marido deje de hablarle o gire su cara para no mirarla. Varios jueces citan esta definición para dar peso a sus argumentaciones en las decisiones de divorcio por perjuicio. *Ad. ex.*: Sent. del Tribunal de Apelación de Marrakech núm. 15 de 4-1-94, (*Al-Mohami* núms. 25 y 26, p. 247 y ss).

⁴² *Vid.* los medios de prueba regulados por el Código de obligaciones y contratos de 12 de agosto de 1913 en sus artículos 404 y siguientes.

⁴³ Sent. Tribunal de Apelación de Rabat de 26 de abril de 2004, –expediente núm. 147/2002/10– (inédita, citada en BOUKAISSI, F.Z.: “Du déroulement des audiences à la Section de la Justice de la famille...”, *op. cit.*, pp. 265–266).

siempre y cuando cumpla los demás requisitos de firmeza, competencia judicial y respeto de los derechos de defensa. El juez del *exequatur* sólo debe averiguar que la causa del divorcio invocada en la resolución española es compatible con alguna de las causas enumeradas en el CFM. El elenco previsto por dicho código es tan amplio que parece difícil imaginar una causa que no encuentre cabida en lo dispuesto en la ley marroquí⁴⁴. En cuanto a los casos de violencia de género, nos parece importante que el juez español determine los malos tratos según la normativa del foro ya que el Tribunal Supremo marroquí hizo hincapié en que no existe ninguna disposición legal en Marruecos que clasifique los malos tratos “admisibles” o “inadmisibles”. En efecto, la alta jurisdicción confirmó en una resolución⁴⁵ de sumo interés a nuestro juicio, que no incumbe al juez marroquí determinar el grado de fuerza o de gravedad de los golpes infligidos a la esposa para decidir disolver o no el vínculo conyugal. De ahí la anulación de una sentencia que denegaba el divorcio por perjuicio a una mujer cuyo esposo reconocía los golpes que le infligía reiteradamente pero alegaba que los golpes eran leves y con el fin de “educarla”. Se trata, sin duda, de una decisión cuestionable ya que el reconocimiento por parte del marido de ejercer actos violentos en contra de su mujer era *per se* un argumento suficiente para decidir la ruptura del vínculo conyugal.

Para el juez español, es fundamental que tenga presente la postura de la jurisprudencia marroquí en materia de violencia de género a la hora de evaluar los malos tratos como causa de divorcio entre marroquíes. Es inadmisibles que se produzcan en España sentencias parecidas a la polémica decisión alemana⁴⁶ que se basó en versos coránicos para justificar los actos violentos ejercidos contra una mujer de nacionalidad marroquí por su esposo de la misma nacionalidad y rechazar por ello su demanda de divorcio. La jueza alemana, a parte de obviar erróneamente el Derecho positivo marroquí aplicable en este caso, adopta un relativismo cultural cuyos efectos son peligrosos en todos los sentidos⁴⁷. En puridad, la tesis del relativismo cultural⁴⁸, concebida en su origen para frenar el etnocentrismo y la dominación de la cultura occidental, se ha transformado a la larga en un arma de doble filo. Por un lado, se usa para justificar el *statu quo* de los países del Sur y por otro, para tolerar las discriminaciones que se observan en las comunidades de inmigrantes

⁴⁴ Las siguientes decisiones del TS marroquí ofrecen un claro ejemplo de la tendencia jurisprudencial en Marruecos en cuanto al divorcio por perjuicio se refiere: Sent TS núm. 237, de 27 de marzo de 2002 –expediente *chari* núm. 56/2/1/2002–, donde se dispone que un perjuicio probado es causa de divorcio judicial sin necesidad de que dicho perjuicio haya sido reiterado, y Sent. TS núm. 178, de 6 de marzo de 2002– expediente *chari* núm. 503/2/1/2001–, que viene a confirmar que la apreciación del perjuicio queda a la discreción del juez, siempre y cuando su argumentación sea lógica y convincente (ambas decisiones inéditas son citadas en TAWFIK, A.: *Jurisprudence de la Cour Suprême en matière de statut personnel...*, *op. cit.*, pp. 456 y 447).

⁴⁵ Sent. TS núm. 88 de 24 de enero de 2001 –expediente *chari* núm. 497/2/1/2001– (inédita, citada en Tawfik, A., *Jurisprudence de la Cour Suprême en matière de statut personnel...* *op. cit.*, p. 403).

⁴⁶ Sentencia del tribunal de Francfort (Alemania), *Agence France–Presse*, miércoles 21 de marzo de 2007.

⁴⁷ Sobre todo en los casos de crímenes de honor –numerosos dentro de la comunidad turca residente en Alemania– acerca de los cuales se han criticado muchas decisiones judiciales alemanas estimadas excesivamente laxistas.

⁴⁸ Esta teoría se basa en el origen histórico y cultural de los valores morales por lo que los derechos humanos, siendo una creación de Occidente, no podrían ser adoptados por otra cultura –señaladamente la musulmana– porque vulnerarían la identidad cultural de sus miembros.

asentados en los países del Norte. Lamentablemente se pasa por alto la lucha llevada a cabo dentro de los países arabo-musulmanes por organismos y asociaciones de diversas ideologías que defienden todos los mismos valores humanos⁴⁹. Bien es cierto que este tipo de decisiones europeas, indulgentes hacia algunas prácticas de las comunidades inmigrantes, son excepciones. Cabría citar una decisión también alemana, la Sent. *Oberlandesgericht* de Hamm de 10 de febrero de 1992⁵⁰ sobre una demanda de divorcio por malos tratos presentada por una esposa marroquí. El juez alemán decidió la disolución del vínculo conyugal en aplicación de la ley marroquí (la antigua Mudawana) que recogía los malos tratos como causa de divorcio. Ante las alegaciones del marido según las cuales, los malos tratos forman parte de la cultura marroquí y no justifican el divorcio, el tribunal, acertadamente, interpretó la noción de los malos tratos según el Derecho de Alemania, ley del lugar de residencia de la esposa, concediéndole el divorcio.

A tenor de lo expuesto, pensamos que en el sistema marroquí no hay cabida para decisiones que denieguen el *exequátur* a sentencias españolas de divorcio por malos tratos, independientemente de la ley aplicada al caso –siempre y cuando cumplan los requisitos previstos para ello–. Las disposiciones del artículo 128 del CFM permitirán en nuestra opinión, fomentar el reconocimiento de las decisiones extranjeras sobre divorcios inclusive para los casos que entran en el ámbito de aplicación del Convenio hispano-marroquí. La reforma en este ámbito está realizando un cambio de actitud y una apertura en la interpretación de los jueces marroquíes que beneficiará a la circulación de las decisiones entre España y Marruecos.

II. RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE SENTENCIAS SOBRE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL PROCEDENTES DE MARRUECOS

Ante la imposibilidad de acotar dentro de este epígrafe este tema de manera muy amplia, se ha estimado conveniente orientar esta segunda parte al análisis de dos de las cuestiones más conflictivas en la práctica de la recepción por el juez español de una decisión marroquí sobre ruptura del vínculo conyugal.

En primer lugar, se impone examinar el tema de la competencia dentro del marco del reconocimiento en España de decisiones marroquíes de divorcio: se trata por un lado del control de la competencia judicial de los tribunales marroquíes y por otro lado, de las interrogantes acerca de la competencia de los adules. En segundo lugar, se abordará el análisis de la figura del repudio y su eficacia extraterritorial ya que es un tema ineludible en el ámbito de las relaciones bilaterales.

1. Cuestiones de competencia

Para que una decisión marroquí tenga fuerza de cosa juzgada en España, debe –entre otros requisitos– emanar de un tribunal competente según el Derecho

⁴⁹ *Vid.* los últimos dos informes de Marruecos relativos a la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, preparados por la Secretaría del Estado encargada de la familia, de la infancia y de las personas minusválidas, con el apoyo del Fondo de Desarrollo de Naciones Unidas para la Mujer –UNIFEM– (Rabat, Cana Print, junio 2006).

⁵⁰ *FamilienRecht Zeitschrift*, 1992, pp. 1180–1181.

marroquí (art. 23.1 del Convenio bilateral). Para delimitar el alcance de esta norma, conviene precisar que en el ordenamiento marroquí existe un vacío legal en cuanto a la determinación de la competencia judicial internacional. El DCC omitió en su momento pronunciarse sobre esta cuestión por razones de política colonial y el legislador marroquí lamentablemente nunca suplió esta laguna. Por ende, la doctrina⁵¹ propone que las normas de competencia territorial interna son aplicables también en el ámbito internacional, normas éstas que se hallan contenidas en el artículo 27 del CPCM, y, en lo que concierne al divorcio, que es la materia que en este momento nos interesa, también en el CFM, en concreto en su artículo 79, donde se recogen las reglas de competencia para una modalidad concreta de divorcio, como es el “divorcio bajo control judicial”. A la luz de este último precepto, cabría concluir que los tribunales marroquíes tendrán competencia judicial internacional para conocer de una demanda de divorcio bajo control judicial cuando en Marruecos se halle, y por este orden: 1) el domicilio conyugal; 2) el domicilio de la esposa; 3) la residencia de la esposa, ó 4) el lugar de celebración de matrimonio. En los demás casos, resultarían aplicables los criterios generales de competencia previstos en el artículo 27 del CPCM que atribuye la competencia al tribunal del domicilio o de la residencia del demandado. En caso de pluralidad de los demandados, el demandante puede optar por el tribunal del domicilio o de la residencia de cualquiera de ellos.

El examen de las que, en la práctica, y a falta de regulación legal específica, vienen siendo las reglas de competencia judicial internacional en cuestión de divorcio aplicables en Marruecos, permite apreciar una gran similitud entre éstas últimas y las que rigen en España, contenidas, como se viera, en el artículo 3 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003. Tan solo uno de los criterios admitidos en Derecho marroquí podría en su caso llegar a plantear problemas, como es el que atribuye competencia a las autoridades marroquíes por el hecho de haberse celebrado en Marruecos el matrimonio. El citado criterio, es verdad, no coincide con ninguno de los previstos en Derecho español. Pero lo realmente grave es que del referido criterio se podría decir que no atiende al principio de cercanía y proximidad al que, desde la óptica del legislador español, han de responder los criterios de competencia judicial internacional, lo que permitiría calificarlo como un foro de competencia judicial internacional exorbitante. Cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas consideran que una decisión dictada por un órgano jurisdiccional extranjero que haya fundado su competencia en un foro exorbitante difícilmente va a poder ser reconocida en España^{52,53}. Pero no hay que olvidar que, en el caso concreto de las sentencias procedentes de Marruecos, la posibilidad de denegar su reconocimiento por tal motivo queda descartada, ya que, en virtud del artículo 23.1º del Convenio hispano-marroquí, las autoridades españolas vienen obligadas a reconocer cualquier decisión procedente de Marruecos que haya sido dictada por un tribunal que resulte competente a la luz de la normativa marroquí. Y no hay duda de que la deci-

⁵¹ ABOUD, M.: *Al waghiz fil kanun dawli aljâss al maghrebi*, ed. Markaz zakafi al Arabi, Casablanca, 1994, p. 329; DARMICH, A., “El valor de la sentencia extranjera...”, *op. cit.*, p. 75; BOUDAHRAIN, A.: *Derecho judicial privado en Marruecos*, Rabat, Babel, 1994, pp. 85 y siguientes (en árabe).

⁵² *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, 4ª edic., Madrid, Thomson-Civitas, 2007, pp. 225–230.

⁵³ Junto al principio recogido por el artículo 27, se recogen en el artículo 28 excepciones relativas a la competencia en materias especiales, como alimentos, sucesiones, incapacidad, emancipación, etc.

sión de divorcio bajo control judicial que, al amparo del artículo 79 del CFM, se pueda adoptar en Marruecos en un supuesto en el que ambos cónyuges tengan su domicilio en el extranjero, por el simple hecho de que el matrimonio de aquéllos se hubiera celebrado en Marruecos, cumple tal requisito, por lo que habrá de ser reconocida.

En el ámbito del reconocimiento de sentencias marroquíes de disolución del matrimonio, siempre destaca la institución del repudio y por ende, el alcance de la competencia de los adules en esta materia. Se trata de funcionarios que pertenecen al sistema de “notariado tradicional” cuyos miembros son nominados por decisión del Ministro de Justicia previa proposición del juez y su profesión es incompatible con cualquier otro empleo administrativo o judicial⁵⁴. Además, cumplen en el ordenamiento marroquí una doble función⁵⁵: la de auxiliares de justicia, —encargados del sistema notarial en materia de estatuto personal, sucesorio e inmobiliario de los marroquíes musulmanes— y la de testigos. Esta última función se arraiga en el Derecho musulmán clásico que considera obligatoria la presencia de testigos para hacer pública una unión conyugal dentro de la sociedad.

En el ámbito de la disolución del matrimonio, los adules redactan el documento pertinente una vez hayan recibido la autorización del tribunal. Es fundamental resaltar la estricta dependencia de los adules con respecto al juez de familia. Sin la autenticación judicial, un documento adular carece de efecto ejecutivo. Además, el juez que hubiera autorizado en su momento la extensión del acta de divorcio deberá incluso dictar resolución motivada, con el contenido al que alude en el artículo 88 del CFM⁵⁶, resolución que será en todo caso susceptible de recurso judicial, según las reglas de procedimiento de Derecho común.

Partiendo de estas observaciones, se puede afirmar que los adules gozan de *imperium* en el ordenamiento marroquí ya que forman parte integrante del sistema. También queda descartado cualquier carácter religioso de estos funcionarios que, aunque puedan usar fórmulas y expresiones de shariâ islámica, sus funciones son puramente administrativas.

Lo dicho nos conduce a las interrogantes que rodean la institución del repudio⁵⁷, si es una sentencia judicial o un acto administrativo, si respeta o vulnera los derechos

⁵⁴ Su estatuto viene fijado en el Dahir núm. 1.06.56, de 14 de febrero de 2006, por el que se pone en ejecución la Ley núm. 16.03, de la Función Adular, que entró en vigor el 14 de junio de 2006 (*B.O.* de 2 de marzo de 2006).

⁵⁵ BOUDAHRAIN, A.: *Derecho judicial privado en Marruecos, op. cit.*, p. 147.

⁵⁶ Según éste último, en la referida decisión deberá hacerse constar, junto a los datos relativos a las partes, un resumen de las alegaciones y demandas formuladas por éstas, las pruebas y excepciones que las mismas hayan presentado, los procedimientos llevados a cabo en el expediente y las conclusiones del Ministerio Fiscal, además de cuanto concierne a la fecha de instrumentación del repudio por los adules, la atribución de la *hadana*, la organización del derecho de visita, la pensión alimenticia de los hijos y los derechos económicos de la esposa.

⁵⁷ Para un estudio exhaustivo de la institución del repudio, *vid.* la amplia bibliografía de A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La réception du nouveau code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, año XL, n°3, 2004, pp. 877–900; “Limitaciones infundadas al ius nubendi: el repudio revocable. En torno a la Resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001, sobre autorización de matrimonio civil”, *Derecho Registral Internacional* (homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero), Madrid, Iprolex, 2003, pp. 297–304; “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam. Cuadernos de Derecho Judicial*, VIII–2002, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 259–342; *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2000.

de defensa de la esposa repudiada, si la revocabilidad mencionada generalmente en los actos marroquíes de ruptura del matrimonio es una razón válida para denegarle el *exequátur* en España... etc. Pero antes de proceder a evaluar las modificaciones relativas al repudio, es menester señalar que un divorcio ante una autoridad religiosa o una autoridad consular no tendría ningún efecto en España por las mismas razones que las expuestas en la primera parte de este trabajo: para surtir efectos en España, una decisión de divorcio debe emanar de una autoridad competente y en Marruecos, la competencia en estos temas se limita a los jueces y a los adules (bajo su supervisión y control) y ninguno de ellos es considerado como una autoridad religiosa. Respecto a las autoridades consulares, el mismo Convenio de Viena antes mencionado rige las funciones de los agentes consulares españoles y por ende, descarta cualquier competencia en cuanto a divorcios se refiere.

2. La modificación del repudio

La definición más extendida en los países occidentales en relación con el repudio es que es un acto privado que recoge la voluntad unilateral del marido de disolver el vínculo conyugal sin ningún control judicial y sin ninguna consideración de la voluntad de la esposa⁵⁸. Ahora bien, centrándonos en la legislación marroquí actual, cabe señalar que el término repudio ha sido sustituido en el CFM por el de divorcio bajo control judicial. Sin duda el objetivo de esta modificación es mermar la connotación peyorativa de esta institución, pero lo dicho no implica que el repudio haya desaparecido del Derecho marroquí. Más bien se trata de una mejora de las garantías procesales que acompañan este tipo de ruptura del matrimonio.

El artículo 78 del CFM dispone pues que “el divorcio bajo control judicial es la disolución del pacto de matrimonio requerida por el esposo o por la esposa, según condiciones propias a cada uno, bajo el control de la justicia y conforme a las disposiciones del presente código”. Es evidente que si cada uno tiene que cumplir unas condiciones distintas a la hora de requerir este tipo de divorcio, ya no se puede hablar de igualdad entre hombre y mujer. La diferencia fundamental entre ambos reside en la imposibilidad de que un juez pueda denegar el divorcio a un marido quién no tiene que justificar ni probar ningún hecho afín de obtener una decisión de divorcio. En cambio la esposa está obligada a convencer al juez de su necesidad de romper el vínculo conyugal, ya sea probando los perjuicios causados por el marido, su ausencia, su abandono del hogar, su falta de sustento, los puntos de discordia que hacen imposible que continúe la vida conyugal... etc. No obstante, ello no es óbice para que en la práctica, el juez pida explicaciones al marido que solicite el divorcio bajo control judicial, particularmente para determinar las indemnizaciones a favor de la esposa lesionada. Es tal la importancia de este asunto que cada vez más maridos solicitan el divorcio por discordia para que el juez tenga en cuenta la responsabilidad de cada cónyuge a la hora de evaluar la reparación del perjuicio

⁵⁸ A modo ilustrativo, la definición ofrecida por M.C. FOBLETS, “el acto de repudio es, por así decirlo, asimilado a un divorcio, por la razón de que su efecto no es otro que la disolución del vínculo conyugal. Y esto, incluso si el repudio en el derecho musulmán es un acto privado que –contrariamente a lo previsto en Europa en la mayor parte de las legislaciones en materia de divorcio– no requiere normalmente la intervención de un juez ni otras autoridades estatales”, “El estatuto personal musulmán ante los tribunales europeos. Un reconocimiento condicional”, *Aequalitas*, núm. 18, enero–junio 2006, p. 9.

hacia el cónyuge lesionado⁵⁹. Llegados a este punto, sería de recibo señalar que el juez marroquí tiene tan arraigada la “costumbre” de exigir justificaciones a la esposa que probablemente, estime contraria a su orden público, una sentencia española de divorcio no causal donde la requirente sea la esposa. Por ello, la doctrina española⁶⁰ sugiere acertadamente que con el fin de facilitar el reconocimiento en Marruecos de los divorcios españoles –entre ciudadanos marroquíes–, los jueces españoles argumenten sus decisiones con la mira puesta en las causas del divorcio previstas en la ley marroquí, particularmente cuando sea la esposa la que solicite la ruptura del matrimonio.

En resumidas cuentas, el aspecto más importante de la reforma de la institución del repudio es el relativo al refuerzo de las garantías del proceso, especialmente en cuanto a notificación judicial se refiere⁶¹. Concretamente, el artículo 81 del CFM dispone que el tribunal habrá de convocar a la esposa a un acto de conciliación, señalando asimismo que, en caso de que, habiendo recibido aquélla la convocatoria, no se presentara y no efectuara observaciones por escrito, el tribunal la requerirá a través del Ministerio Fiscal y, de no presentarse tras tal requerimiento, lo hará constar en el dossier. Igualmente establece que, en caso de que la dirección de la esposa resulte desconocida, el tribunal se servirá del Ministerio Fiscal para averiguarla, previendo además, para el supuesto en que se llegara a comprobar que el marido efectuó declaraciones falsas para evitar la localización de la esposa, la aplicación a aquél, a solicitud de la esposa, de las disposiciones del artículo 361 del Código Penal⁶². El marido además, debe pagar tanto a la mujer como a los hijos los derechos económicos que les correspondan, previamente al registro del repudio. Es también de notar que el acta de divorcio autorizado por el juez, instrumentado por los adules y homologado por el juez debe recoger todos los detalles relativos a las partes, a su citación, a sus alegaciones y pruebas, a la fecha de instrumentación del repudio por los adules, a la atribución de la hadana, a la organización del derecho de visita, a la pensión alimenticia y a los derechos económicos de la esposa⁶³. Con su debida traducción al castellano, un acta marroquí de disolución del matrimonio así detallada permitirá al juez español comprobar si todos los requisitos del Convenio hispano marroquí han sido respetados y decidir en su función, otorgar o no el *exequátur*⁶⁴.

⁵⁹ Artículo 97 del CFM.

⁶⁰ A. QUIÑONES ESCÁMEZ: “Aplicación del nuevo código de familia marroquí (2004) a supuestos de disolución del matrimonio”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2006, p. 979.

⁶¹ Precisamente la vulneración de los derechos de defensa de la esposa ha venido siendo motivo de denegación del reconocimiento en España de repudios acordados en países islámicos. *Vid. p.e.*, los Autos TS de 16 de abril de 2002 (*JUR* 2002/120044) y de 18 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/50254) –respecto de repudios obtenidos, respectivamente, en Siria y Sudán–. No obstante, cabe también encontrar decisiones en las que se considera suficiente el conocimiento de la esposa. *Vid.*, p.e., Auto TS de 10 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/705).

⁶² Respecto a los cambios introducidos por el CFM en materia de repudio *vid.* ZEKRI, H.: “El nuevo código de familia marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano-marroquíes”, *Revista española de Derecho internacional*, núm. 1, vol. LVI, 2004, pp. 301–313.

⁶³ Se trata del *sadaq* (dote) retrasado (si no fue entregado en su totalidad), la pensión de la *idda* y la *moutâ*, don de consuelo, además de los gastos de vivienda si resulta imposible que la mujer resida en el hogar conyugal o en una vivienda conveniente, durante el periodo de la *idda*. (art. 84 C.F).

⁶⁴ En este sentido, el Auto de la AP de Toledo acierta al rechazar el *exequátur* de un divorcio *jolâ* (por compensación económica al marido) por carecer de disposiciones relativas a los hijos, a su guarda y custodia, al derecho de visita... etc. AP Toledo núm. 62/2006, de 1 de marzo (*JUR* 2006\127284).

3. Cuestiones inherentes a la eficacia en España de decisiones marroquíes sobre ruptura matrimonial

A) El impacto de la revocabilidad del divorcio marroquí sobre su eficacia en España

Toda decisión de disolución del vínculo matrimonial en el Derecho marroquí contiene una mención acerca de la revocabilidad —o no— de la decisión en cuestión. De hecho, los diferentes tipos de divorcio previstos en la ley marroquí se pueden clasificar según su revocabilidad⁶⁵. Pero lo más importante es lo que se entiende por revocabilidad en el CFM, es decir, la posibilidad de que los esposos puedan reanudar su vida en común sin necesidad de contraer un nuevo matrimonio. En cambio, cuando se trata de un divorcio irrevocable, los esposos tienen que casarse de nuevo si quieren volver juntos legalmente. La clave de la revocabilidad es el plazo legal fuera del cual la reanudación de la vida conyugal sin nuevo contrato de matrimonio es imposible⁶⁶. Se trata del periodo de viudedad (*idda*) que equivale a tres meses aproximadamente o bien hasta el alumbramiento en caso de embarazo⁶⁷. Teniendo en cuenta que el periodo de la *idda* se calcula a partir de la fecha del divorcio y que dicha fecha es la equivalente a la fecha de la redacción del acto por los adules⁶⁸, bien se puede afirmar que es imposible que un juez español tenga que decidir sobre el *exequátur* de un divorcio marroquí todavía no definitivo. Esta precisión es de suma importancia ya que descarta el peligro de inestabilidad en el estado civil de la comunidad marroquí residente en España que tanto preocupa a los jueces españoles.

Ahora bien, pese al carácter problemático de la recepción del repudio por el juez español, ello no significa que un repudio marroquí nunca vaya a poder surtir efecto en España. Ciertamente hay algunas circunstancias que es necesario tener en cuenta a la hora de decidir si se atribuye o no efecto en España a un repudio marroquí, circunstancias que pueden llegar a determinar una atenuación del orden público, posibilitando que el repudio en cuestión acabe siendo reconocido. En concreto, tales circunstancias serían dos: por un lado, el que el repudio esconda en realidad un divorcio por consentimiento mutuo (los cónyuges, en lugar de recurrir a un procedimiento judicial para disolver su matrimonio, consideran preferible servirse de una vía más rápida y económica de disolución del matrimonio admitida en su país de origen), como sucede en los supuestos de divorcio *kho'l*⁶⁹. Y, por otro, el que sea la mujer quien haga valer en su propio interés el repudio otorgado en Marruecos, p.e., para poder volver a contraer matrimonio en España, supuesto en el que cabría considerar que la desigualdad que conlleva la institución del repudio queda subsanada. Es más, el no reconocimiento en tal caso del repudio se tornaría

⁶⁵ *Vid.* arts. 122 y 123 del CFM.

⁶⁶ Sent. TS marroquí núm. 535 de 25 de diciembre de 1979 —expediente *chari* núm. 72953—, (citada en EL KASHBOUR, M.: *Explicación de la Mudawana...*, *op. cit.*, p. 192).

⁶⁷ Arts. 129 y ss CFM.

⁶⁸ Art. 88.3º CFM.

⁶⁹ Así lo confirman, p.e., los Autos TS de 27 de enero de 1998 (*RJ* 1998/2924), 21 de abril de 1998 (*RJ* 1998/3563) y 8 de junio de 1999 (*RJ* 1999/4346).

en contra del interés de la mujer, que se vería doblemente perjudicada⁷⁰. Por último, es preciso señalar que donde no debe haber ningún problema es para reconocer en España al repudio que, de conformidad con el artículo 89 del CFM, pueda haber ejercido la esposa marroquí en su país de origen.

B) Límites a la eficacia de la separación matrimonial entre cónyuges marroquíes

Cabe señalar que existe cierta “tentación” de equiparar el periodo de revocabilidad a la figura de la separación que existe en el Derecho español. No obstante, el Derecho marroquí y el Derecho musulmán en general, desconocen por completo la institución de la separación. Tan sólo se podría calificar al periodo de revocabilidad como un plazo –corto– de reflexión que permite a los cónyuges que hayan tomado una decisión precipitada de poner fin a su vínculo, retomar su vida común con cierta facilidad. Lo dicho implica que las sentencias de separación pronunciadas en España y que afectan a nacionales marroquíes, desembocarían irremediabilmente en situaciones claudicantes debido a que ningún juez marroquí les otorgaría el *exequátur*. A modo ilustrativo, la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de junio de 2002 que concede la separación matrimonial a dos cónyuges marroquíes residentes en España, basándose en el principio de equivalencia de instituciones y de resultados para asimilar el divorcio marroquí a la separación requerida por la esposa. Independientemente de la pertinencia de esta argumentación, está claro que la decisión en cuestión no podrá ser reconocida en Marruecos.

Ahora bien, resultaría interesante averiguar en los múltiples casos donde es la esposa marroquí quien solicita la separación matrimonial en virtud del Derecho español, si lo hace con conocimiento de causa y con el objetivo de obtener efectos solamente en el territorio español, que es, afín de cuentas, su lugar de residencia, o bien se trata simplemente de un asesoramiento no muy acertado por parte de las abogadas y abogados españoles. En el primer caso, la esposa marroquí que estime no guardar ningún vínculo efectivo con su país de origen y busque una decisión cuyos efectos se desplieguen plenamente en su país de acogida y que probablemente, sirva mejor sus intereses y los de sus hijos, procede de manera correcta al solicitar la separación matrimonial en virtud de la Ley española. En cambio, el segundo caso, que en la práctica es el más frecuente, supone que el asesoramiento jurídico en España debería tener más en cuenta todas las particularidades de los litigios en materia de Derecho de familia atinentes a miembros de la comunidad marroquí residentes en España. Aunque resulte pues más “cómodo” solicitar una separación en virtud del Derecho del foro, pese a no venir admitida aquélla por el Derecho marroquí (art.107.2º, apartado 2º C.c. español), resultaría más beneficioso para las partes requerir un divorcio conforme con el Derecho español, de solicitarse el mismo de mutuo acuerdo o por un cónyuge con el consentimiento del otro (art. 107.2º, apartado 2º, b) C.c.), o en caso contrario, en aplicación del Derecho marroquí (art. 107.2º, apartado 1º C.c.), evitando de este modo situaciones claudicantes. En algunos supuestos, la decisión española puede resultar problemática incluso antes de salir fuera del territorio español como es el caso de la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid de 21

⁷⁰ El TS, no obstante, se ha manifestado en contra del reconocimiento del repudio solicitado por la mujer por el hecho de ser el marido español en el momento de ejercitar el repudio. *Vid.* Auto TS de 23 de julio de 1998 (*RJ* 1998/5337).

de febrero de 2000⁷¹. Se trata de una decisión que deniega la separación a un matrimonio marroquí tras haber comprobado que no existe dicha institución en el Derecho marroquí, aplicable a este supuesto. Tampoco se podía aplicar el Derecho del foro usando la exclusión del orden público: « *Sin embargo no puede llegarse a tan excepcional criterio de exclusión, dado que la legislación marroquí contempla específicamente soluciones a la crisis matrimonial que no cabe calificar de anómalas, en cuanto contrarias al orden público, ya sea el interno español, ya el internacional, pues se encauzan aquéllas a través bien del repudio, bien del divorcio judicial..., que produce la disolución del vínculo conyugal...* ». Como consecuencia, el tribunal tuvo que desestimar la petición de la esposa marroquí, quien hubiera obtenido mejor resultado si hubiera solicitado el divorcio por sevicias conforme con su Ley nacional. Ante semejante demanda, el tribunal español no podía evidentemente otorgar a esta demandante un divorcio que no había solicitado. « *... lo cierto que ni en el escrito rector del procedimiento, ni en el curso de esta alzada, inclusive tras ser conocida, a través de la diligencia para mejor proveer acordada, la legislación sustantiva aplicable, se ha interesado por la dirección letrada de la esposa la disolución, por divorcio, del vínculo conyugal, insistiéndose, por el contrario, en una solución judicial que decreta, con mantenimiento de dichos lazos jurídicos, tan sólo la separación matrimonial; y no siendo ésta posible, a tenor de lo antedicho, un hipotético pronunciamiento de divorcio por este Tribunal supondría la flagrante vulneración de las previsiones del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en conexión con el principio dispositivo de las partes que rige todo proceso civil, donde las pretensiones (y las posiciones procesales en general) de los litigantes constituyen un límite a la potestad de juzgar de los Órganos jurisdiccionales, de manera que no pueda otorgarse más de lo pedido por el demandante, ni conceder u otorgar cosa distinta de la por él reclamada, o concederla por título distinto de aquel en que la demanda se funde (STC de 12 de junio de 1986 [RTC 1986/77])*».

Este caso permite poner sobre el tapete la importancia del asesoramiento jurídico en litigios que afectan a las vidas de muchas personas. En supuestos de malos tratos, una denegación de separación puede suponer incluso un peligro para la mujer demandante. Es fundamental pues divulgar y difundir en el seno de la comunidad marroquí así como entre los bufetes de asesoramiento jurídico en España, la pertinencia de enfocar las demandas en el ámbito del estatuto personal teniendo en cuenta las probabilidades de su eventual reconocimiento en Marruecos⁷².

IV. PROPUESTAS

A la vista de lo expuesto, son varias las propuestas que cabe efectuar a fin de facilitar la circulación de sentencias sobre disolución del matrimonio entre España y Marruecos. En Marruecos se impone facilitar el acceso de los jueces a la legislación española, afin de allanar las dificultades que se les plantean cada vez que tienen que verificar la competencia del tribunal español emisor de la sentencia. Ello implicaría la traducción al árabe de la legislación española y su difusión entre los abogados y los jueces, especialmente a nivel de las jurisdicciones de primer grado. No obstante, las

⁷¹Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de febrero de 2000 (AC 2000/11), en <http://westlaw.es/>

⁷² En este sentido, *vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 6 de abril de 2000, (AC 2000\1088, en <http://westlaw.es/>).

críticas vertidas a la práctica errónea de los tribunales de primera instancia en materia de *exequátur*, no concierne únicamente la interpretación de las leyes extranjeras, sino igualmente las internas. En efecto, se desprende del análisis de la jurisprudencia marroquí que la mayor parte de denegaciones de *exequátur* en materia de estatuto personal se debe al uso abusivo de la excepción de orden público cada vez que la sentencia española no se haya basado en las disposiciones del Derecho marroquí. Es necesario por ende concienciar los jueces y los abogados marroquíes que ya no supone una vulneración del orden público del foro la aplicación del juez extranjero de sus normas internas de divorcio. La nueva interpretación radica en la necesidad de que las causas de divorcio sobre las que se haya basado la sentencia extranjera sean compatibles con las causas previstas por el CFM.

Sería igualmente recomendable realizar cursos de formación entre el personal de los consulados marroquíes respecto al sistema de cooperación judicial hispano-marroquí, particularmente en el ámbito del Derecho de familia. Esta iniciativa permitiría mejorar el servicio de información y de orientación a la comunidad marroquí residente en España acerca de los diferentes documentos requeridos en el procedimiento de reconocimiento y ejecución en Marruecos.

Desde la perspectiva española, resultaría oportuno que, ante una decisión marroquí de ruptura del vínculo conyugal, el juez tuviera en cuenta algunos detalles precisos. En primer lugar, es importante comprobar las fechas de solicitud de las demandas de ambos cónyuges⁷³ afin de sancionar los divorcios “veraniegos”. En la mayoría de los casos de fraude, el marido recurre a la justicia marroquí para obtener un divorcio bajo control judicial justo después de que su esposa interponga una demanda de separación o divorcio en España. Se trata para el marido marroquí residente en España de recurrir a un foro de conveniencia que sirva mejor sus intereses, en especial los económicos. Sobra señalar que las pensiones alimenticias decretadas por los jueces marroquíes suelen ser muy inferiores a las pronunciadas en Europa por varias razones como la pobreza de una gran parte de la población, la dificultad de comprobar los ingresos efectivos del marido... etc⁷⁴. De ahí que el reconocimiento de una sentencia en estas condiciones vulneraría los derechos de la esposa y de los hijos.

En segundo lugar, resultaría decisivo tener en cuenta cual de ambos cónyuges solicita el reconocimiento de la decisión marroquí de divorcio. Cuando es la esposa quién pretende que su ruptura matrimonial surta efectos en España, el juez español debería considerar como prioridad sus pretensiones. Si la esposa pretende recuperar su *ius nubendi* independientemente de si la decisión de su divorcio fuera equitativa o no, denegarle el reconocimiento equivaldría a una doble penalización de esta

⁷³ Como es el caso en la Sent. AP de Murcia de 9 de marzo de 2007 (JUR/2007/264859). En ella, el tribunal comprueba que la demanda de divorcio en Marruecos fue interpuesta posteriormente a la demanda de separación solicitada al tribunal español y por ello, estima improcedente la alegación de cosa juzgada de la sentencia marroquí de divorcio. Según la AP, “...debiendo añadirse que una vez que ya se había iniciado el proceso de separación no resultaba admisible que el demandado se apresurase a pretender el divorcio ante el Tribunal de Marruecos, sin olvidar que contó con la posibilidad de pedir ese divorcio dentro del propio proceso de separación matrimonial ya iniciado en España, como le permitía la Disposición Transitoria Única. 2. de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (B.O.E. de 9 de julio de 2.005), que entró en vigor el 10 de julio de 2.005”.

⁷⁴ Para una enumeración de los distintos obstáculos que caracterizan las demandas de nafaqa (pensión alimenticia), vid. KRINI, H., *Guía del procedimiento judicial... op. cit.*, pp. 51–57. (en árabe).

persona. En los casos de divorcio por malos tratos, el reconocimiento debería ser incondicional para obstar cualquier tipo de vínculo con el agresor. En los demás supuestos, nos parece difícil en amparo del nuevo CFM que se compruebe la indefensión de la esposa. Pero incluso en tal situación, se puede recurrir a un reconocimiento parcial atinente a la parte que disuelve el vínculo conyugal⁷⁵.

Asimismo, se impone una amplia difusión por parte de los agentes jurídicos españoles de los sistemas jurídico y judicial marroquí en materia de Derecho de familia con un especial énfasis en el *imperium* de los adules, en el papel de los tribunales en los diferentes tipos de divorcios en Marruecos, en la realidad jurídica del repudio y su supuesta revocabilidad... etc. Ello ayudaría tanto al juez español en su trabajo como al asesor jurídico a la hora de presentar demandas relativas a residentes marroquíes en España. En este sentido, sería aconsejable evitar en la medida de lo posible demandas de separación matrimonial cuando las partes poseen la nacionalidad marroquí, excepto que ambos así lo requieran realmente. De no ser así, la abogada o el abogado español deben ser conscientes de la extraterritorialidad de los divorcios entre marroquíes y de que en cualquier momento, uno de los cónyuges, o ambos, necesitarán que su sentencia de disolución del matrimonio surta efectos en el país de origen, ya sea para contraer un nuevo matrimonio o para temas relacionados con la organización del derecho de visita de sus hijos.... etc. De hecho, los jueces españoles aumentarían igualmente las posibilidades de reconocimiento de sus sentencias en Marruecos, si enfocaran sus argumentaciones de manera a usar instituciones equivalentes en ambos sistemas jurídicos.

Por último, y a fin de facilitar la circulación de las sentencias de divorcio entre España y Marruecos, resultaría de gran utilidad la modificación del artículo 28.3º del Convenio de Cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, sustituyéndolo por unas disposiciones más flexibles parejas a las dispuestas en el artículo 16.3º del Convenio sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores.

Indudablemente, la mejora en la circulación de las sentencias de divorcio entre España y Marruecos redundará en beneficio del importate colectivo de personas de la comunidad marroquí residente en España que mantienen vínculos estrechos tanto con su país de origen como con el de acogida. Es de confiar que los sistemas jurídico y judicial de ambos países se convierta en una herramienta para ayudar y allanar los obstáculos a los que deben hacer frente los miembros de aquella comunidad. Baste recordar que la ruptura del vínculo conyugal no representa, en muchos casos y especialmente para la mujer marroquí, el fin de sus problemas sino el comienzo de una etapa de lucha y de sufrimientos. Este es igualmente el caso para las mujeres españolas divorciadas pero las marroquíes ven sus problemas acentuados por las disposiciones todavía discriminatorias mantenidas en el CFM. De hecho, en la mayoría de los casos, la pensión alimenticia decidida por los jueces marroquíes es irrisoria y la libertad nupcial de la mujer es un mito cuando hay hijos por en medio. A modo ilustrativo, el artículo 175 del CFM dispone claramente que “el matrimonio de la madre encargada de la custodia (hadana) de su niño no produce la caducidad de su derecho a la custodia en los casos siguientes: 1) si el

⁷⁵ DIAGO DIAGO, M.P.: “La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LVI, 2004, 2, p. 1081.

niño no ha sobrepasado la edad de 7 años o si su separación de su madre le causa un perjuicio; 2) si el niño en custodia es afectado por una enfermedad o una minusvalía haciendo su guarda difícil a asumir por otra persona que no sea su madre; 3) si su esposo es un pariente del niño con el cual tiene un impedimento matrimonial o se es su representante legal y 4) si es representante legal del niño⁷⁶. Es decir que en todos los demás casos (la mayoría), puede perder la guarda de sus hijos por el hecho de rehacer su vida con otro hombre. El margen de apreciación del que dispone el juez marroquí en estos supuestos – como para decidir si hay perjuicio o no en separar el niño de su madre– puede atentar seriamente contra el *ius nubendi* de la madre divorciada. Este problema es de tal amplitud que se ha destacado en el balance de los 4 años de vigencia del CFM, que el perfil conservador y tradicionalista de los jueces marroquíes representa uno de los principales obstáculos al éxito de la reforma del Código de familia en Marruecos⁷⁷.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ABOUD, M.: *Al waghiz fil kanun dawli aljâss al maghrebi*, Casablanca, Markaz zakafi al Arabi, 1994 (en árabe).
- BELGHAZI, S.: *Le coût économique de la violence conjugale*, Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes, Centre d'Ecoute et d'orientation juridique et de soutien psychologique pour femmes victimes de violence, Mohammedia, Imprimerie de Fédala, 2006.
- BELMEHJOUR, I.: “La jurisprudencia entre la Mudawana de estatuto personal y el Código de Procedimiento Civil”, *Al bohouth*, núm. 1, p. 74 y siguientes (en árabe).
- BOUDAHRAIN, A.: *Derecho judicial privado en Marruecos*, Rabat, Babel, 1994 (en árabe).
- BOUFKIR, M.: *La Mudawana de la familia y la jurisprudencia marroquí*, Publicaciones de Estudios Judiciales. Serie del Derecho y la Jurisprudencia Marroquíes, Casablanca, Annajah al Jadida, 2006 (en árabe).
- BOUKAISSI, F.Z.: “Du déroulement des audiences à la Section de la Justice de la famille près les tribunaux de première instance de Rabat”, *Le code de la famille. Perceptions et pratique judiciaire*, Casablanca, Friedrich Ebert Stiftung–FES Maroc, ImprimElite, 2007.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003.
- DARMICH, A.: “El valor de la sentencia extranjera a la luz del Derecho marroquí y de los convenios internacionales”, *Al Mohamat*, núm. 20, 1982 (en árabe).
- DIAGO DIAGO, M.P.: “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E.: *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2002, pp. 271–294.
- *Id.*: “Repercusiones de la nueva Mudawwana en la inmigración marroquí”, en *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*, Zaragoza, Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, A. Vicente, 2004, pp. 141–165.

⁷⁶ Traducción del CFM al español ofrecida por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

⁷⁷ “Moudawana” Quatre ans pour rien?” *Telquel*, núm. 311, 16 a 22 de febrero de 2008, pp. 66–67.

- *Id.*: “La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado”, *R.E.D.I.*, vol. LVI, 2004, 2, pp. 1078–1083.
- DRIQUECH, S.: “¿Cómo leer las disposiciones sobre la ejecución de las decisiones extranjeras a la luz del artículo 128 del Código de Familia?”, *La Gazette du Palais*, núm. 13, enero 2006, pp. 41–51 (en árabe).
- EL KASHBOUR, M.: *Explicación de la Mudawana de la familia*. Vol. II. *La disolución del matrimonio*, 1ª edic., Casablanca, Annajah al Jadida, 2006 (en árabe).
- FOGLETS, M.C.: “El estatuto personal musulmán ante los tribunales europeos. Un reconocimiento condicional”, *Aequalitas*, núm. 18, enero–junio 2006.
- FOGLETS, M.C. y LOUKILI, M.: “Mariage et divorce dans le nouveau code de la famille: Quelles implications pour les Marocains en Europe?”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 95, 2006, pp. 521–555.
- FONTÁN SILVA, E.J., “El *exequátur* de las decisiones dictadas por los Tribunales de Marruecos”, *Actualidad Civil*, t. 1998–4, núms. 36 a 48.
- KRINI, H.: *Guía del procedimiento judicial en el ámbito del derecho de familia*, Casablanca, Annajah al Jadida, 2007 (en árabe).
- OUNNIR, A.: “Les justiciables dans le circuit judiciaire relatif au contentieux de la famille”, *Le code de la famille. Perceptions et pratique judiciaire*, Casablanca, Friedrich Ebert Stiftung–FES Maroc, ImprimElite, 2007.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2000.
- *Id.*: “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*. Cuadernos de Derecho Judicial, VIII, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 259–342.
- *Id.*: “Limitaciones infundadas al ius nubendi: el repudio revocable. En torno a la Resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001, sobre autorización de matrimonio civil”, *Derecho Registral Internacional (homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero)*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 297–304.
- *Id.*: “La réception du nouveau code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XL, 2004, pp. 877–900.
- *Id.*: “Aplicación del nuevo código de familia marroquí (2004) a supuestos de disolución del matrimonio”, *AEDIPr*, 2006, pp. 977–979.
- TAHIRI, J.: «Le critère de la résidence à l'étranger dans le code de la famille», *REDMAR*, núm. 11, mayo de 2007.
- *Id.*: “El orden público marroquí como límite a la eficacia de las decisiones judiciales extranjeras de disolución de los matrimonios mixtos”, *Revue marocaine d'études internationales. Le mariage dans les relations euro-maghrébines. Actes du colloque international des 13, 14 et 15 mars 2002*, número especial, octubre 2003 (en árabe).
- TAWFIK, A.: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de estatuto personal y de Derecho inmobiliario, de 1957 a 2002*, Casablanca, Annajah Al Jadida, 2002 (en árabe).

11. EL DERECHO DE *HADANA* DE LA MUJER MARROQUÍ CON RESPECTO A SUS HIJAS E HIJOS EN RELACIÓN CON EL DERECHO ESPAÑOL

G. Esteban de la Rosa, K. Ouald Ali y T. Saghir**

“La energía religiosa genera la norma”

(P. Mandriola, *Introducción al Derecho islámico*, 1998, 73)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REGULACIÓN DE LA *HADANA* EN EL NUEVO CÓDIGO DE FAMILIA DE MARRUECOS. 1. Concepto y contenido de la *hadana*. 2. Personas que tienen el derecho de *hadana* y causas de pérdida. 3. El derecho de visita en el CFM. III. SITUACIONES QUE SE PLANTEAN EN RELACIÓN CON LA CUSTODIA Y EL DERECHO DE VISITA CUANDO LA MUJER MARROQUÍ RESIDE EN TERRITORIO ESPAÑOL: 1. Presentación. 2. La custodia de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos en el marco de la disolución del matrimonio: referencia a la violencia de género. 3. Otros casos. IV. LA *HADANA* DE LA MUJER MARROQUÍ QUE TRASLADA SU RESIDENCIA A ESPAÑA. V. RECONOCIMIENTO EN MARRUECOS DE LAS DECISIONES ESPAÑOLAS EN MATERIA DE CUSTODIA Y DERECHO DE VISITA. VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA. VII. JURISPRUDENCIA CITADA.

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de la *hadana* y del derecho de visita por el actual CFM permanece fiel a la tradición islámica (escuela malequí). Cuando se trata de realizar una aproximación a la situación jurídica de la mujer marroquí con respecto a su hija o hijo, tanto si nace en España como si nace en Marruecos o en otro país, es preciso hacer una comparación o, al menos, un contraste, entre el sentido de la institución de la *hadana* en el Derecho marroquí con la patria-potestad, tal y como es concebida en el Derecho español, dado que la custodia (guarda) y el derecho de visita se desprenden del reconocimiento que hace el ordenamiento español de la existencia de una “relación de protección” entre el padre y la madre con respecto a su hija o hijo, que se mantiene en caso de ruptura de la pareja o del matrimonio, pero se frac-

* La presente investigación se enmarca en el Proyecto de Excelencia SEJ 820 “Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza”, subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

** G. Esteban de la Rosa es Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Jaén, K. Ouald Ali y T. Saghir son Licenciadas en Derecho por la Universidad de Uxda (Marruecos) y Doctoradas en inmigración por la Universidad de Jaén. Las autoras de esta investigación desean agradecer muy sinceramente las observaciones y aportaciones recibidas de M. Loukili y de J. Ouhida, Profesores de Derecho internacional privado de la Universidad Mohammed V (Rabat, Marruecos) para elaborar este manuscrito.

ciona en funciones: la titularidad o representación legal de la hija o del hijo y su custodia (guarda), esto es, su cuidado. En tercer extremo, al progenitor que no tiene la custodia se le puede atribuir (judicialmente) el derecho a ver (visitar) a su hijo o hija o, por el contrario, negarle dicho derecho.

Es preciso advertir desde el inicio que la búsqueda de una expresión en lengua castellana que permita aprehender el sentido de la noción de *hadana* es infructuosa, dado que la medida de la custodia (guarda), tal y como es concebida en el Derecho español, no presenta similitudes con respecto a aquélla. Las principales diferencias parten de la propia comprensión de las relaciones materno y paterno-filiales entre ambos ordenamientos, dado que la patria potestad (entendida en el sentido de “autoridad paterna”) sobre el hijo o hija sólo la tiene el padre en el CFM. Si bien es frecuente utilizar la expresión “tutela” para hacer referencia a la relación que nace (por obra de la ley) entre el padre y el hijo o la hija por el nacimiento, dicha palabra no permite entender que, realmente, surge un vínculo muy parecido a la “*patria potestas*”, tal y como se concebía en el Derecho romano, esto es, como poder exclusivo y soberano que el *pater familias* tiene sobre los hijos (RODRÍGUEZ ENNES). El término “*wilaya*” significa “poder”.

De hecho, en la época pre-islámica, la autoridad paterna –al igual en el Derecho romano– confería al padre el *ius vitae nescisque*, esto es, el poder de decidir acerca de la vida del hijo o de la hija. Sin embargo, Mahoma trató de introducir en esta relación la noción de protección, esto es, trató de transformar el poder de control en un poder de protección de la hija y del hijo, que las costumbres han ido modificando de forma lenta. Ambos sistemas familiares (romano y árabe) responden a un modelo de familia simetrizada de carácter patrilineal, esto es, que define papeles simétricos para los hermanos e implica un reparto equitativo de los bienes del que las hermanas suelen estar excluidas (E. TODD). Esto es, dicho poder de control y protección (*wilaya*), tanto de la persona como de los bienes de hijo y de la hija, que corresponde al padre, está relacionado con la sucesión y con el derecho a la herencia.

En este contexto, la utilización de la expresión “tutela” para hacer referencia a la relación que se establece entre el padre y el hijo o la hija por el hecho de la filiación (legítima), se presta a equívocos. Cabe decir, por tanto, que en el actual Derecho de familia de Marruecos no existe una noción parecida a la conocida en España de patria potestad, que presupone –en todo caso– la igualdad entre hombre y mujer en relación con sus obligaciones y derechos para con sus hijos e hijas. De este modo, en el ordenamiento marroquí sólo el padre tiene la autoridad paterna sobre el hijo o la hija y a la madre corresponde el derecho de crianza (*hadana*), esto es, los cuidados personales y materiales (excluidos los alimentos) hasta su mayoría de edad (véase *infra*).

De nuevo, se aprecia la clara diferencia de papeles que tienen el hombre y la mujer, no sólo en el seno del matrimonio, sino también en relación con el cuidado de los hijos e hijas. La *hadana* consiste en la crianza, esto es, el cuidado y atenciones de tipo personal que presta la persona que la tiene atribuida, que, en todo caso, no tiene la *wilaya*, ni sobre la persona ni sobre los bienes del hijo o de la hija. La persona que tiene la guarda –habitualmente la madre– no puede decidir ni la formación o instrucción que va a recibir su hijo o hija, al tratarse de una función que corresponde al padre, como representante legal (art. 236 CFM) tanto de la persona como de los bienes del hijo o de la hija, hasta que alcanza la mayoría de edad. Dicho

cuidado corresponde, en primer lugar, a la madre ,y sólo en su defecto, podrán también ser guardadores o guardadoras otras personas, entre las que ahora se encuentra también el padre (véase *infra*). Por tanto, en el actual CFM sólo cuando el hijo o la hija no tienen filiación paterna corresponde a la madre marroquí su *wilaya* (además de la *hadana*).

Cabe apreciar, por ello, de otro lado, que la utilización de la noción de custodia para hacer referencia a la institución de la *hadana* puede inducir a confusión, pues no conlleva el derecho de la persona que la ejerce a desplazar al hijo o a la hija, esto es, a trasladar la residencia habitual. Derecho éste que tiene –en todo caso– la persona que ostenta la custodia o la guarda en la mayoría de los países occidentales, como se pone de relieve, especialmente, en el artículo 5 del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de conformidad con el cual “*el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia*”¹.

De otro lado, la disolución del matrimonio complica esta situación, en la medida en que se trata de la primera ocasión en la que es preciso discernir o determinar en qué medida se separan las tareas que corresponden al padre y a la madre de la hija o del hijo con respecto al cuidado de su persona, de su moral y de su patrimonio (véase *infra*). Y, por ello, dificulta también la homologación en Marruecos de las decisiones judiciales españolas en las que se determina –en particular– en caso de ruptura de la pareja, cuál de los progenitores tiene la custodia y el derecho de visita, dado que –en la mayor parte de las ocasiones– la patria potestad es compartida y el progenitor que ostenta la custodia tiene el derecho de decidir el lugar de residencia del hijo o de la hija (véase de forma más detenida *infra*).

Por ello, las diferencias en la concepción de la patria–potestad, custodia (guarda) y derecho de visita entre los ordenamientos marroquí y español son tan significativas que –como ha advertido la doctrina especializada– la utilización de estos términos puede impedir apreciar realmente la diversa función que cumplen estas instituciones en el actual CFM. Por este motivo, es preferible indicar las palabras transliteradas del árabe, aunque se emplearán también los términos traducidos, que son usualmente empleados por los tratadistas de los países occidentales, salvando siempre las diferencias señaladas. Estas divergencias en cuanto a la comprensión de la función de las instituciones también pueden suscitar importantes cuestiones de calificación cuando se trata de dar respuesta a una situación privada internacional vinculada con la inmigración, en particular, en las relaciones privadas hispano–marroquíes que tienen lugar en el momento actual, como se pone de relieve –en particular– cuando se plantea una demanda de determinación de la custodia del hijo o de la hija con respecto a sus progenitores (siendo la madre de nacionalidad marroquí), como se verá de forma más detenida *infra*.

II. REGULACIÓN DE LA *HADANA* EN EL NUEVO CÓDIGO DE FAMILIA DE MARRUECOS

1. Concepto y contenido de la *hadana*

En primer lugar, en el Derecho marroquí la patria potestad corresponde al padre, como “tutor” (*wilaya*) de los hijos e hijas, tanto de su persona como de su patri-

¹ BOE de 24 de agosto de 1987; corr. errores BOE de 24 de enero de 1996.

monio. El tutor es, de otro lado, el representante legal (art. 229 CFM), hasta la mayoría de edad (art. 233 CFM), que se sitúa a los 18 años. La madre no es titular de la patria potestad sobre sus hijos o hijas, tal y como se entiende este concepto en los ordenamientos de los países del ámbito occidental, sino que tiene el derecho de cuidarlos, esto es, de criarlos, pero no tiene la facultad de decidir su formación, pe., ni tampoco el lugar de su residencia habitual, que –en todo caso– no puede situarse en un espacio lejano del lugar en el que reside el padre o la persona que tenga la tutela (representación legal), con la finalidad de que ésta pueda ejercer el poder de control que le confiere la “*wilaya*”.

Por este motivo, el CFM dispone reglas muy precisas en orden a determinar si el desplazamiento, por parte de la madre que tiene la *hadana*, del hijo o de la hija puede ser limitado, en especial si tiene lugar al extranjero (arts. 178–179), lo que tiene especial trascendencia, en particular, en el caso de ruptura de la pareja cuando se presenta una demanda de disolución del matrimonio ante las autoridades españolas y éstas tienen que pronunciarse necesariamente con respecto a la situación en la que quedan los hijos e hijas (véase *infra*).

El CFM regula la *hadana* en los artículos 163–186. Cabe apreciar la importancia que otorga el nuevo Código a la protección (jurídica) de la mujer y de los menores, siguiendo lo establecido en el Convenio sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificado por el Reino de Marruecos el 21 de junio de 1993, así como en el Convenio sobre la eliminación de toda forma de discriminación hacia la mujer, adoptado por Naciones Unidas, del 18 de diciembre, de 1979 y ratificado por Marruecos el 21 de junio de 1993. De otro lado, el CFM –como se sabe– ha seguido la doctrina de la escuela malequí en la regulación de la *hadana* y –en todo caso– la interpretación de esta escuela ha de ser seguida también cuando el citado Código no regule cuestiones concretas relativas a dicha medida de protección (art. 400 CFM).

La *hadana* consiste en la salvaguardia de las niñas y de los niños de aquello que les pueda perjudicar y la vigilancia de su educación y de sus intereses en ausencia del representante legal y en caso de necesidad (art. 163 del CFM). De otro lado, es difícil establecer la diferencia entre la denominada “tutela personal” (*wilaya ala annafs*) y la “*hadana*”, al tratarse de instituciones que presentan una gran coincidencia en cuanto a su contenido. Los autores señalan que, de hecho, el contenido de la *hadana* es parte de la tutela personal y consiste en el cuidado, entendido como manutención y protección de todo lo que pueda afectar negativamente a la persona del hijo o de la hija, mientras que la tutela personal comprende la facultad de tomar las decisiones que pueden afectar a su futuro, así como a su formación moral, como se deduce del artículo 235 del CFM. No obstante, ha de tomarse en consideración que el nuevo CFM también considera la *hadana* un derecho del hijo o de la hija, en la línea del reconocimiento de los derechos de los menores emprendida por el Reino de Marruecos tras la firma del Convenio de los Derechos del Niño de 1989. La citada tutela personal no está regulada de forma expresa en el CFM, salvo para el caso particular del matrimonio, en el que – como se sabe– la *wilaya* es (a diferencia de la regulación dada por la antigua *Mudawana*) una facultad que tiene la mujer de ser representada por uno de sus parientes masculinos, titular de la referida tutela personal (art. 25). La *hadana* continúa hasta alcanzar la mayoría de edad legal para ambos sexos, lo que supone una novedad, dado que el anterior código situaba dicho momento a los 12 años para el caso de los hijos y a los 15 para las

hijas. Esta regulación había sido muy criticada por su carácter claramente discriminatorio, que se ha corregido en el momento actual con la finalidad de adaptar el ordenamiento marroquí a la normativa internacional *supra* referida.

Por tanto, al indicar el CFM que ambas instituciones, *hadana* y *wilaya*, se extinguen al alcanzar el hijo y la hija la mayoría de edad, no tiene lugar la situación a la que se refieren los autores y las autoras de la escuela malequí, en virtud de la cual, en el momento en que se extinguía la “*hadana*”, el hijo y la hija quedaban bajo la tutela personal del padre o de quien éste hubiese designado.

En lo que concierne a los gastos de la *hadana*, ha de hacer frente a ellos el representante legal del hijo o de la hija, que –en cualquier caso– son distintos de los gastos referidos a la lactancia y a la manutención. Durante la vigencia del matrimonio o durante el denominado “período de espera” del *talaq* (repudio bajo control judicial) la mujer no tendrá derecho a la remuneración de la *hadana*, dado que convive en el domicilio de la pareja. Una novedad relevante se refiere a los gastos del domicilio, que se consideran independientes de la manutención, de la remuneración de la *hadana* y de otros gastos (art 168). De este modo, se ha tratado de evitar la situación de marginación que sufrían las madres que se encontraban abandonadas en la calle con sus hijos e hijas sobre los que ejercían el derecho de *hadana*, dado que la antigua *Mudawana* no regulaba de forma expresa cuál de los progenitores debía asegurar la vivienda de los hijos y de las hijas en caso de disolución del matrimonio.

La jurisprudencia anterior a la entrada en vigor del CFM consideraba que la mujer que ejercía la *hadana* no tenía derecho a conservar el domicilio conyugal en caso de disolución del matrimonio y tras expirar el período de la retirada legal. Cabe citar en este sentido, entre otras, la Sent. del Tribunal de Segunda Instancia de Rabat (núm. 1747/90) de 18 de marzo de 1991 (“*el hecho de que la madre sea la que tiene el derecho de hadana no le atribuye el derecho de quedarse en el domicilio conyugal con los hijos, una vez que finaliza el periodo de la idda –retirada legal–. La esposa divorciada no tiene derecho a mantener el domicilio*”, traducción propia). Por ello, el legislador ha querido salvaguardar la posición de la mujer y de los hijos e hijas sobre los que ésta tenga el derecho de *hadana*, de tal forma que el padre ha de asegurarles un domicilio digno, así como pagar la prestación de alimentos, de conformidad con lo que dispone el artículo 191 del CFM.

Por tanto, de conformidad con el artículo 168 del CFM, el hijo o la hija no pueden ser desalojados del domicilio conyugal hasta después del momento en que el padre cumpla la parte de la sentencia referida a este aspecto y, de otro lado, la autoridad judicial ha de fijar las medidas que permitan garantizar el cumplimiento de la sentencia. Tras la entrada en vigor del nuevo CFM la jurisprudencia reconoce a los hijos e hijas el derecho a permanecer en el domicilio (conyugal), con independencia de las demás obligaciones que recaigan sobre el padre como representante legal. En este sentido, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo (núm. 533) de 23 de noviembre de 2005, que indica que “*el artículo 168 del Código de familia prevé que el responsable de la manutención del hijo o de la hija ha de asegurar también un domicilio digno o abonar una cantidad de dinero que permita alquilar una vivienda*” (traducción propia).

De otro lado, el padre, el representante legal o la madre que tenga la *hadana* deberán interesarse por los asuntos del niño o de la niña con respecto a su educación y a su asistencia a la escuela. Sólo podrá dormir en el domicilio de la persona que tenga el

derecho de *hadana*, excepto cuando el juez acuerde otra cosa en su interés. Si la persona que ejerce la *hadana* no es la madre, tiene también la obligación de velar por el niño o la niña, cuidarlo, custodiarlo, realizar un seguimiento de sus estudios y cualquier desacuerdo o discrepancia entre el representante legal y ha de someter a la autoridad judicial, quien decidirá de conformidad con el interés del niño o de la niña.

Si bien cabe apreciar en la nueva regulación de la *hadana* que el CFM ha intentado proteger a la familia, en general, y particularmente a las mujeres y a los niños y niñas, no se han tratado otras cuestiones, que son igualmente importantes en el momento actual, como sucede con la situación de las madres solteras, que sigue siendo en Marruecos un tema tabú como consecuencia de la influencia que aún tiene la religión en todos los ámbitos de la vida. Como es sabido, en el Derecho islámico toda relación sexual fuera del matrimonio está totalmente prohibida y es considerada un delito. De otro lado, las hijas y los hijos de esta relación son ilegítimos. La doctrina de la escuela malequí, la antigua *Mudawana* y el actual CFM consideran que esta relación no tiene ningún fundamento legítimo.

Sin embargo, el fenómeno de las madres solteras es cada vez más importante en Marruecos, como lo ponen de relieve las estadísticas realizadas por las ONGs que trabajan en la calle. Sólo en Casablanca hay más de 500 mujeres que viven en esta situación. La asociación “Cooperación social femenina” pone de relieve que entre 2003 y 2004 se han dado más de 590 casos de madres solteras: el 40% de estas mujeres son empleadas domésticas y fueron violadas el 31% son empleadas del sector textil. De otro lado, un 71% son analfabetas. La mitad de ellas se quedaron embarazadas entre los 21 y 29 años y el 26% entre los 14 y 20 años². Ante estas situaciones, el CFM ha recogido ciertas soluciones que puedan permitir reconocer la situación de estas madres, partiendo de que el artículo 16 prevé que el acta del contrato matrimonial se considera el instrumento aceptado como prueba del matrimonio.

Si causas de fuerza mayor impiden registrar el acta en su momento, el tribunal –a solicitud de los cónyuges– utilizará todos los medios de prueba para que pueda registrarse el citado matrimonio. Asimismo, tomará en consideración que la pareja haya tenido hijos o hijas nacidos del embarazo de la mujer durante el matrimonio, pero que la referida relación no se haya inscrito por causa de fuerza mayor. El CFM prevé un período de cinco años tras su entrada en vigor (que tuvo lugar el 5 de febrero de 2004) para que la mujer pueda demostrar que el hijo o hija ha de ser considerado legítimo, a pesar de que en el momento de su nacimiento no tuvo esta consideración como consecuencia de la falta de registro del acta de matrimonio.

De otro lado, el artículo 146 del CFM reconoce la filiación materna de los hijos e hijas, con independencia del hecho del matrimonio. Concretamente, esta disposición señala que “*la filiación materna producirá los mismos efectos, sea resultado de una relación legítima o ilegítima*” (traducción propia). En tercer extremo, si bien el CFM no hace referencia expresa a las madres solteras, sino a la filiación materna legítima o ilegítima, el legislador marroquí les da la oportunidad de solicitar a la autoridad judicial la inscripción del nacimiento del hijo o de la hija (en el registro general), así como de darle su apellido, si no hay ningún inconveniente por parte de su padre o hermanos (abuelo y tíos del hijo ilegítimo). Cabe citar en este sentido la Sentencia del Tribunal de Segunda Instancia de Tánger (núm. 817) de 19 de abril

² Véase, “Umahat azibat fi al maghreb halatun chibh siriyaun” (<http://www.foxarab.com>, 27/9/2007).

de 1997, que indica que “*puesto que el hijo no tiene padre, para el bien y la protección del interés del menor, la legislación concede a la madre el derecho de darle su apellido, si su padre y hermanos están de acuerdo*”.

En general, para que se reconozca la filiación materna legítima debe tratarse de alguna de estas situaciones: inscripción del acta de matrimonio que no se ha realizado con anterioridad por causa de fuerza mayor, error judicial y cuando el embarazo ha sido consecuencia de una violación. Como indica el artículo 147 del CFM “*la filiación en relación con la madre se establecerá por: el hecho del parto, el reconocimiento de la madre según los mismos requisitos establecidos en el art. 160 y por sentencia firme*” (traducción propia). Sin embargo, el legislador marroquí no ha tratado la filiación ilegítima, que tiene lugar en las situaciones de adulterio, cuando el matrimonio tiene algún vicio y en caso de que se mantengan relaciones extramatrimoniales.

Puede decirse por ello que estas medidas siguen siendo insuficientes, dado que las mujeres siguen afrontando estas situaciones sin que se haya hecho recaer sobre el hombre ninguna responsabilidad. El reconocimiento por la mujer de haber mantenido relaciones sexuales fuera del matrimonio es considerado un delito por el Código Penal (art. 490), de tal forma que la mujer prefiere ocultar su maternidad. Así, es titular del derecho de *hadana* (y también de la *wilaya*), pero no cuenta con ninguna ayuda, salvo la que le prestan algunas asociaciones comprometidas con esta cuestión.

2. Personas que tienen el derecho de *hadana* y causas de pérdida

De conformidad con la doctrina de la escuela malequí, la mujer reúne mejores condiciones que el hombre para el ejercicio del derecho de *hadana*, dada su aptitud inicial derivada del instinto maternal natural de la madre con respecto a sus hijos e hijas y, por ello, le corresponde en primer lugar. De este modo, el CFM atribuye a la madre el derecho a criar a sus hijas e hijos salvo si concurre alguna causa de pérdida del referido derecho, en especial, tras la disolución del matrimonio, que era una causa frecuente de privación de la *hadana* de conformidad con la antigua *Mudawana*. No obstante, la *hadana* es un deber de ambos padres durante el tiempo en que dura el matrimonio, que es ejercido de forma conjunta. Ahora bien, su extinción supone no sólo la ruptura del vínculo entre la pareja, sino que conlleva –en su caso– efectos sobre los hijos y las hijas comunes, como es la atribución de la *hadana* y de la “responsabilidad legal”.

De conformidad con el artículo 171 del CFM, corresponde el referido derecho en primer lugar a la madre, en segundo término al padre y, en tercer extremo, a la abuela materna. En su defecto, la autoridad judicial decidirá en interés del menor o de la menor, atribuyendo la *hadana* al pariente más capacitado, con una remuneración que garantice un domicilio apropiado para el custodiado. El tribunal podrá solicitar la ayuda de una asistente social para la realización de un informe sobre el domicilio de quien tenga la custodia y sobre si esta persona garantiza las necesidades esenciales, materiales y morales, del custodiado. La atribución de la *hadana* al padre es una novedad relevante del nuevo CFM, dado que la antigua *Mudawana* establecía la preferencia de la abuela materna, excluyendo al padre. No obstante, el artículo 99 del anterior Código se reformó en 1993 para reconocer también el derecho preferente del padre a la *hadana* después de la madre. Por tanto, sólo corresponde la *hadana* al padre en caso de pérdida del derecho por la madre (véase *infra*).

Si ninguna de las personas que prevé el nuevo CFM se hace cargo de la *hadana* o no cumple los requisitos exigidos, el Ministerio Público o cualquier persona que tenga interés presentará el caso a la autoridad judicial, que constituirá la *hadana* en favor de la persona que considere más capacitada de entre los parientes del niño o de la niña y, en caso contrario, podrá confiarlo a una institución (art. 165). Sin embargo, el hijo o la hija que haya cumplido quince años podrá elegir cuál de sus progenitores ejercerá la *hadana*. En caso de que ninguno de ellos exista, podrá elegir a uno de sus parientes estipulados en el artículo 171, a condición de que no esté en contradicción con sus intereses y que su representante legal esté de acuerdo. En caso de que no exista acuerdo, el caso se someterá al juez, que decidirá conforme al interés del menor.

El CFM ha previsto determinadas condiciones para que las personas a las que el ordenamiento atribuye el derecho de *hadana* puedan ejercerlo. Esto es, se pierde la *hadana* (con carácter general), al no reunir alguno de los requisitos que prevé el artículo 173 del CFM. En primer lugar, ha de tratarse de personas mayores de edad si no son los progenitores del niño o de la niña; en segundo extremo, rectitud y honradez; en tercer extremo, capacidad para educar, proteger y velar por el menor o la menor, espiritual, física y moralmente, y controlar sus estudios; y, por último, la soltería de la persona que solicite el derecho, salvo en los casos previstos en los artículos 174 y 175 del CFM. Por tanto, una conducta ignominiosa o que atente contra las buenas costumbres por parte de la persona que tiene el derecho de *hadana* y pueda perjudicar al niño o a la niña es causa de pérdida del referido derecho. Es este sentido, es frecuente que el padre presente una demanda alegando la mala conducta de la persona que tiene la *hadana* (habitualmente la madre) y, que al mismo tiempo, la madre alegue también una conducta reprochable del padre. En tales casos, la autoridad judicial tiene potestad discrecional para valorar las pruebas y decidir en interés del hijo o de la hija.

El pár. 3º del artículo 173 del CFM prevé que la persona que ejerza la *hadana* ha de tener capacidad para educar, proteger y vigilar al niño o niña física, moral y espiritualmente. Asimismo, la persona que ejerce una profesión que no le permite su guarda puede perder la *hadana*, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo (núm. 33) de 10 de febrero de 1975. Ahora bien, “*no es razón para la pérdida de la custodia el hecho de que la mujer ejerza una profesión administrativa o educativa que no le ocupa mucho tiempo, puesto que no le impide vigilar al custodiado*” (traducción propia). De otro lado, la Sentencia del mismo Tribunal (núm. 327) de 28 de marzo de 2000 señaló que “*el hecho de trabajar no es una razón para perder la hadana si no perjudica al custodiado, salvo si se demuestra que es un obstáculo para su educación en todos los sentidos*” (traducción propia). Se trata de un tema discutido entre los teólogos musulmanes, que, sin embargo, queda claro, tanto en los artículos 5–8 de la Constitución de Marruecos como en el Capítulo I del Dahir de 24 de febrero de 1958, donde se prevé que la mujer no pierde el derecho de *hadana* por el mero hecho de realizar una actividad laboral, salvo que se pruebe ante el juez que su trabajo perjudica al custodiado.

Por otra parte, los artículos 174 y 175 del CFM prevén que el matrimonio de la mujer que tenga la *hadana*, cuando no sea la madre, hará perder dicha custodia, excepto en los casos siguientes: en primer lugar, si el esposo es un pariente en grado prohibido o representante legal del custodiado y, en segundo término, si ella es la representante legal del custodiado. Por su parte, el artículo 175 del CFM dispone

que el matrimonio de la madre que tenga la *hadana* no hará perder su custodia en los siguientes casos: si el custodiado es un menor que no tiene más de siete años o se le causa un perjuicio con su separación; si tiene un enfermedad o defecto físico que haga su *hadana* difícil para quien no sea su madre; si su esposo es un pariente en grado prohibido o representante legal del custodiado, o si ella es la representante legal de custodiado.

El CFM, en estos dos preceptos, ha contemplado nuevos supuestos en los que la mujer conserva la *hadana*, en particular, la madre a pesar de contraer nuevo matrimonio. Se trata de casos en los que no tiene lugar la pérdida de la *hadana* que ya había reconocido la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor del nuevo Código. Cabe mencionar en este sentido la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de *Agadir* (núm. 352/98) de 4 de junio 1998, que concedió la *hadana* de una niña que tenía una enfermedad grave a la madre, dado que requería atenciones y cuidados que sólo podían ser atendidos por ella. La jurisprudencia marroquí ha confirmado la pérdida de la *hadana* cuando la madre contrae matrimonio con un hombre que no es pariente en grado prohibido. Puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo (núm. 22) de 12 de enero de 2005, que indica que: “...el tribunal ha decidido atribuir el derecho de la *hadana* al padre en aplicación del artículo 171 del Código de familia tras comprobar que la madre ha contraído matrimonio con un hombre que no es pariente en grado prohibido...” (traducción propia).

Por último, el artículo 176 del CFM prevé que “*el silencio de quien tenga el derecho de la hadana durante un año desde que tiene conocimiento de la consumación del matrimonio, le hará perder su derecho de hadana excepto en caso de fuerza mayor*” (traducción propia). En todo caso, el matrimonio de la madre que tenga la custodia dispensa al padre de los gastos relativos al domicilio del hijo o de la hija y de la propia *hadana*, pero la manutención (prestación de alimentos) del hijo y de la hija sigue siendo una obligación del padre.

Otra cuestión que reviste interés en orden a la –posible– privación del derecho de *hadana* se refiere a la educación moral y religiosa de los hijos e hijas, que adquiere mayor importancia en el caso de los matrimonios mixtos. La persona que tiene el derecho a la *hadana* ha de educar a las hijas y los hijos en la religión musulmana, pues, de lo contrario, pierde el referido derecho. Se trata, de otro lado, de un derecho del niño y de la niña (art. 54)³. La antigua *Mudawana* regulaba claramente esta cuestión en el artículo 108, al indicar que la mujer –que no era la madre– que

³ El art. 54 del CFM prevé que, “los deberes de los padres respecto a sus hijos son los siguientes:

1. proteger su vida y velar por su salud desde la concepción hasta que alcancen la mayoría de edad
2. establecer y preservar su identidad, en particular el nombre, nacionalidad y la inscripción en el Registro civil;
3. garantizar la filiación, la *hadana* y la pensión alimenticia de acuerdo con las disposiciones del Libro tercero de este Código,
4. amamantar a los hijos por parte de la madre en la medida de lo posible;
5. adoptar todas las medidas posibles con el fin de garantizar el crecimiento normal de los hijos, preservando su integridad física y psicológica, velando por su salud a través de la prevención y los cuidados;
6. garantizar su orientación religiosa e inculcarles las normas de buena conducta y valores nobles que favorecerán la honradez en la palabra, la acción y descartará el recurso a la violencia, perjudicial al cuerpo y al espíritu; y abstenerse, además de todo lo que pueda comprometer el interés del niño;

no profesara la religión musulmana tenía el derecho de *hadana* sólo los primeros cinco años de vida del hijo o de la hija. En caso de que la mujer fuese la madre del hijo o de la hija, tenía el derecho de *hadana* siempre que no lo utilizara para educar al hijo o a la hija fuera de la fe de su padre.

Si bien el actual art. 173, 3º del CFM prevé que la persona que ejerza la *hadana* ha de garantizar la formación religiosa del *hadin* (persona sometida a la *hadana*), no se indica de forma expresa que tenga que profesar la religión musulmana. En todo caso, la doctrina de la escuela malequí indica que la persona atea no tiene derecho a la *hadana* (art. 400 CFM). De otro lado, si bien la escuela malequí no ha tenido tradicionalmente inconveniente en que la guarda la tenga una persona que no profesa la religión musulmana, también puede ser causa de privación de la misma el hecho de que la madre no profese la citada religión, en el caso de que la autoridad judicial (a iniciativa de otra persona que también sea beneficiaria del referido derecho) lo plantee judicialmente y logre demostrar que no es conveniente al interés del hijo que la guarda sea ejercida por tal persona.

La pérdida de la *hadana* también puede tener lugar por renuncia de la madre al citado derecho. Antes de la entrada en vigor del actual CFM, los casos más frecuentes de renuncia estaban relacionados con el divorcio de la mujer (repudio por compensación). En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo (núm. 1161) de 22 de abril de 2004, que indicó que “*cabe aceptar la renuncia por la madre a la hadana de su hijo, que no afecta al derecho de la abuela*” (traducción propia). La falta de regulación en el actual CFM de esta cuestión requiere acudir a la doctrina de la escuela malequí, de conformidad con la cual, para que pueda tener lugar la referida renuncia por la mujer a su derecho de *hadana*, es preciso que se realice ante un tribunal competente y que el juez asegure los intereses del hijo o de la hija antes de autorizar la citada renuncia. Por último, la *hadana* se extingue por el fallecimiento de la persona que tiene dicho derecho o del hijo o de la hija, o por la llegada a la mayoría de edad (18 años cumplidos) y “*...si se produce un cambio en la situación de quien tenga la hadana que haga temer que cause un perjuicio al custodiado, la perderá y corresponderá a la persona designada en segundo lugar...*”, de conformidad con el artículo 173 del CFM (traducción propia).

3. El derecho de visita en el CFM

El CFM regula el derecho de visita en los artículos 180–186. En primer lugar, el padre que no tenga la *hadana* tendrá derecho a visitar al hijo o hija y a ser visitado por ellos. Los progenitores podrán organizar esta visita por acuerdo entre ambos, que harán llegar al tribunal, que lo inscribirá –a su vez– en el acta de la *hadana* (art. 181). En caso de que no exista acuerdo, el tribunal fijará en la referida acta el tiempo de la visita, precisando el momento y el lugar en la que se celebrará, no siendo posible modificar tales extremos. El tribunal, en todo caso, tendrá en cuenta las circunstancias de las partes. Esta parte de la sentencia es susceptible de apelación (art. 128, 1º CFM).

7. garantizarles la enseñanza y la formación que les permita acceder a la vida activa como miembros útiles en la sociedad; y crear para ellos, en la medida de lo posible, las condiciones adecuadas para proseguir sus estudios según sus aptitudes intelectuales y físicas. (...). Traducción propia.

Si tienen lugar nuevas circunstancias que afectan al régimen de visitas, fijado bien por el acuerdo de los padres, bien judicialmente, que impidan o hagan mucho más difícil para una de las partes o para el hijo o la hija que puedan tener lugar, ha de plantearse una demanda de modificación para proceder a su adaptación a la nueva situación. En este caso, el tribunal adoptará las medidas que considere convenientes, incluyendo el reajuste del régimen de visitas y la pérdida del derecho de custodia en caso de infracción o cambio en el cumplimiento del acuerdo o de la organización fijada para la visita.

En caso de que fallezcan los progenitores, tienen derecho de visita los abuelos, que tendrá lugar de conformidad con las precedentes disposiciones. La jurisprudencia marroquí se muestra muy estricta en el cumplimiento del derecho de visita de los abuelos, como pone de relieve, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Casablanca (núm. 3751) de 27 de julio de 1968, al indicar que “...*la prohibición por la madre de la visita del abuelo a su nieto cuyo padre falleció es un acto muy grave e ilegítimo que permite la intervención judicial urgente para poner fin a esta situación y recuperar tal derecho legítimo del abuelo para visitar a su nieto*” (traducción propia).

III. SITUACIONES QUE SE PLANTEAN EN RELACIÓN CON LA CUSTODIA Y EL DERECHO DE VISITA CUANDO LA MUJER MARROQUÍ RESIDE EN TERRITORIO ESPAÑOL

1. Presentación

Si bien los casos que pueden presentarse ante las autoridades españolas en relación con la guarda de los hijos y el derecho de visita cuando la mujer marroquí se encuentra o reside de forma habitual en territorio español pueden ser muy variados, se va a hacer una clasificación en orden a su estudio que permita abarcar la mayoría de ellos, en atención, en particular, a la situación jurídica existente entre los progenitores, esto es, en función a si están casados, divorciados o se trata de personas solteras, en primer lugar, y al nacimiento del hijo o hija en España (o no), en segundo extremo. En principio, el nacimiento en España de un niño o niña de madre de nacionalidad marroquí hace nacer una relación (jurídica) de patria potestad, y ello con independencia de lo que indique un ordenamiento extranjero que resulte de aplicación por tratarse de la ley correspondiente a la nacionalidad de la madre o del hijo o hija, dado que el artículo 154.1º del C.c. puede considerarse una norma imperativa (“*los hijos no emancipados están bajo la patria potestad del padre y de la madre*”).

De otro lado, dicho nacimiento también hace nacer la relación de patria potestad de forma automática con respecto a su padre, con independencia de que ambos (el padre y la madre) estén casados entre sí. El referido nacimiento se inscribe en el Registro civil español (art. 15 LRC) del lugar en el que se ha producido, en el Libro correspondiente, que abre la hoja personal básica que contiene todos los datos referidos al estado civil de la persona. Al margen de la inscripción se anota el nombre de la madre y del padre (si es conocido) así como el hecho –en su caso– del matrimonio.

Sin embargo, esta regulación entra en contradicción con lo que indica el ordenamiento marroquí, en el que la madre sólo tiene derecho de *hadana*, pero en ningún

caso la patria potestad sobre su hijo o hija, salvo que se trate de alguno de los supuestos en los que el Derecho marroquí no reconoce la filiación paterna del hijo o de la hija –como se ha señalado–. De otro lado, ha de recordarse que la existencia de un vicio en el matrimonio no empece el reconocimiento de la relación paterno-filial. Así, el padre ostenta *ex lege* (por obra directa de la ley) la *wilaya* sobre el hijo o hija (tanto sobre su persona como sobre su patrimonio), hasta la mayoría de edad del primero.

La *hadana* también se mantiene hasta la mayoría de edad del hijo o de la hija, pero no siempre corresponde a la madre, como se ha indicado *supra*, sino que puede perder tal derecho si no reúne las condiciones requeridas para su atribución (art. 173 CFM) o si contrae matrimonio en casos distintos de los que regula el artículo 175 del CFM, siempre por decisión judicial. Pero su contenido no se corresponde con la patria potestad, tal y como es entendida en la actualidad esta relación de protección en el ordenamiento español, que se establece entre los progenitores de un niño o niña, tras su nacimiento, y que comprende su cuidado, pero también su representación legal a todos los efectos. Como se verá *infra*, esta situación cambia –en parte– cuando el hijo o la hija de la mujer marroquí no han nacido en territorio español, sino en Marruecos, y la madre se traslada a España con posterioridad.

Las cuestiones que pueden presentarse con respecto a la atribución de la guarda y del derecho de visita a los progenitores de un niño o de una niña que ha nacido en territorio español cuando la madre es de nacionalidad marroquí tendrán lugar, habitualmente, a propósito de la petición de una demanda de separación o de divorcio a instancia de ésta o de su cónyuge. Sin embargo, puede tratarse también de casos en los que la mujer marroquí, madre del hijo o de la hija, no se encuentre casada, pero se suscita la cuestión de la atribución de la guarda y del derecho de visita con respecto a ambos progenitores.

2. La custodia de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos en el marco de la disolución del matrimonio: referencia a la violencia de género

En principio, los efectos que conlleva la disolución del matrimonio en España de la mujer marroquí con respecto a sus hijos e hijas, se determinan de conformidad con el Derecho español, esto es, la decisión judicial que pronuncie la separación o el divorcio (o la nulidad del matrimonio) determinará la custodia de los hijos e hijas, el derecho de visita –en su caso– y la prestación de alimentos que corresponda, en atención a su mayoría o minoría de edad, así como una pensión compensatoria, si procede (SAP de Barcelona núm. 381/2006 –Sección 12ª–, de 8 de junio). Por tanto, los extremos sobre los que ha de pronunciarse la autoridad judicial española son los previstos por el Derecho español, sin que un ordenamiento extranjero pueda concretar o precisar otra cosa. Distinta de ésta es la cuestión del régimen jurídico de tales aspectos vinculados con la disolución del matrimonio, dado que el sistema español de DIPr. cuenta con normas de conflicto que permiten dar una respuesta específica a tales cuestiones.

Si bien tales normas conducen a un fraccionamiento que, en ocasiones, puede considerarse excesivo (en especial, cuando reclaman la aplicación de ordenamientos diversos para cada uno de estos aspectos), no se justifica aplicar en exclusiva el artículo 107 del C.c., en particular, para determinar la custodia y el régimen de visita de los hijos comunes, planteamiento este último seguido por la jurisprudencia

dencia (SAP de Málaga, núm. 48/2005 –Sección 7ª–, de 13 de mayo). Tampoco se determinan tales cuestiones de conformidad con el artículo 9.2º del C.c., dado que no se refiere a ninguno de los efectos de la disolución del matrimonio, sino sólo a los referidos efectos (personales y patrimoniales) durante el tiempo en el que está constante y a la liquidación del régimen económico matrimonial. Sin embargo, la jurisprudencia no siempre aprecia la diferencia entre ambas cuestiones (SAP de La Rioja Sección 1ª–, núm. 211/2005, de 21 de julio).

La atribución de la custodia y del derecho de visita a los hijos e hijas comunes de la pareja se determina de conformidad con el art. 9.4º del C.c., desplazado por el artículo 3 del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores (CPM), que prevé que: “*en todos los Estados contratantes se reconocerá una relación de autoridad resultante de pleno derecho de la ley interna del Estado del que es nacional el menor*”⁴. Sin embargo, la aplicación de esta disposición plantea dudas por dos motivos: de un lado, por su (posible) derogación tras la entrada en vigor del Reglamento núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁵ y, de otro, porque no se trata propiamente de una norma de conflicto que determine el ordenamiento que regula las relaciones de autoridad que nacen por obra de la ley, sino que tiene –más bien– la finalidad de indicar al operador jurídico que, en caso de que sea preciso constituir una medida de protección en interés del niño o niña, habrá que observar (tomar en consideración) lo que indica el ordenamiento correspondiente a su nacionalidad.

Como operación previa en cada uno de los casos indicados es preciso calificar, esto es, subsumir la petición de que se trate en el supuesto de hecho de la norma del sistema español de DIPr. (esto es, de la norma de conflicto), que no es baladí, dado que, como se sabe, la diversa comprensión existente entre ambos ordenamientos en cuanto al matrimonio, hace que pueda ponerse en duda la aplicación en tales casos del artículo 107 del C.c., que procederá –en todo caso– por la vía de la calificación de la acción, que es previa. Por tanto, si el operador jurídico incoa un procedimiento de disolución del matrimonio, no podrá considerarse que la norma de conflicto que regula tal cuestión pertenece al ámbito de las obligaciones contractuales, dado que la acción habrá determinado –también– el objeto de la demanda.

La SAP de Barcelona (Sección 12ª), de 17 de noviembre de 2005, permite explicar bien las cuestiones que suscitan las situaciones privadas internacionales cuando uno de los cónyuges, en particular la mujer, ostenta la nacionalidad marroquí, en orden a la determinación de la custodia y del derecho de visita en las situaciones de crisis de la pareja, así como en los casos en los que tal disolución está relacionada con una situación de violencia de género. La citada AP considera que concurre una de las causas de divorcio que prevé el artículo 98 del CFM, más concretamente, “*comportamiento infamante por parte del esposo (...), como se deduce de la incoación de causa criminal al esposo, por la presunta comisión de un delito de lesiones causadas a su esposa (...) habiendo recaído sentencia condenatoria*”. De otro lado, confirma los pronunciamientos relativos a la atribución a la madre de la custodia y guarda de la hija menor y al padre del derecho de visita. Sin embargo, el

⁴ BOE de 20 de agosto de 1987.

⁵ DOCE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

traslado de residencia de la madre de Barcelona a Pamplona hace que el Tribunal considere que el padre ha de visitar a la hija en el Punto de Encuentro de esta última localidad.

Cabe recordar que tanto el nuevo CFM como la anterior *Mudawana* recogen como causa de disolución del matrimonio a instancia de la mujer la causación de un perjuicio (art. 98.2º CFM), entendiéndose por tal, no sólo el incumplimiento del contrato matrimonial, sino, también, cualquier conducta del esposo que sea contraria a las buenas costumbres y que cause a la esposa un daño material y/o moral que haga imposible la vida conyugal. Es preciso probar los hechos ante la autoridad judicial, que declarará la disolución del matrimonio junto con una indemnización a la esposa (prevista en el Derecho islámico, de conformidad con el rito de la escuela malequí) Si la esposa no logra probar los hechos y persiste en la demanda de divorcio, podrá recurrir al procedimiento por disensión (“*al chiqaq*”). Como se ha señalado, la disolución del matrimonio se regula por el artículo 107 del C.c. (en su redacción tras la reforma por la LO 11/2003), según el cual al tratarse de dos personas de nacionalidad marroquí, procede la aplicación de la referida ley y, en concreto, uno de los motivos que prevé el actual artículo 98 del CFM. Cabe recordar que la modificación del artículo 107 del C.c. estuvo relacionada de forma directa con las situaciones de indefensión en que se encontraban las mujeres marroquíes víctimas de malos tratos, quienes, para poder mantener la orden de protección, tenían que presentar una acción civil en el ámbito familiar en el plazo de 30 días, de conformidad con el artículo 544 *ter* de la LECrim (tras su modificación por la Ley 27/2003, de 31 de julio)⁶. En dicho momento, al no estar prevista en el ordenamiento (interno) español la posibilidad de solicitar de forma directa el divorcio, sino la separación, inexistente –de otro lado– en el Derecho marroquí, se frustraron estas pretensiones, provocando un resultado claramente injusto para la mujer marroquí.

No obstante, estas situaciones no tienen lugar en el momento actual tras la referida reforma, ni tampoco debieron haber sucedido con anterioridad, en la medida en que la demanda en materia matrimonial (consiguiente y necesaria a la constitución de la orden de protección) se puede presentar –en todo caso– de conformidad con el ordenamiento marroquí, si se trata del común a la nacionalidad de los cónyuges, como se ha señalado, dado que en dicho ordenamiento se prevé el divorcio por malos tratos (por perjuicios).

De otro lado, en lo que respecta a los hijos e hijas del matrimonio, la aplicación de su ley nacional a las “relaciones de autoridad” que nacen *ex lege* (art. 3 CPM) conduce a que se regule este extremo por el mismo sistema jurídico que determina la extinción de la convivencia de la pareja, esto es, el Derecho marroquí. En este sentido, el artículo 171 del CFM prevé que la *hadana* del niño o de la niña se confía a la madre, en primer lugar, en segundo extremo, al padre y, después, a la abuela por parte de madre. En su defecto, la autoridad judicial decidirá la atribución de la guarda a otros familiares, en atención al interés del menor. La *hadana* es, por tanto, un derecho que tiene la mujer (madre) marroquí, que nace directamente por obra de la ley desde el momento del nacimiento y no es preciso que tenga lugar ningún acto declarativo ni constitutivo del mismo.

Si bien es cierto que –como se ha señalado *supra*– es preciso que la persona que ostenta el derecho reúna un conjunto de condiciones, se consideran cumplidas salvo

⁶ BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003.

en el caso de que se suscite ante la autoridad judicial un procedimiento específico destinado a privar a la madre del referido derecho. Por tanto, la madre no tiene la patria potestad sobre el hijo o la hija, sino sólo su guarda, siendo el padre su tutor y representante legal hasta que alcance la mayoría de edad, que se sitúa a los 18 años en el nuevo CFM. Por tal motivo, el padre puede limitar la posibilidad de que la madre traslade su residencia habitual (y, por ello, la residencia de su hijo o hija), si dicho desplazamiento puede suponer la pérdida de la facultad de control y de supervisión que conlleva la *wilaya*.

En cuanto a la atribución del referido derecho de *hadana*, la escuela malequí no exige que ni el hombre ni la mujer profesen la religión islámica para que puedan ser guardadores del hijo o de la hija, pero –en cambio– sí se exige de una forma estricta que, en caso de que corresponda al hombre el referido derecho, cuente con la asistencia de una mujer, que le ayude en las tareas de cuidado del hijo e hija para las que al hombre le falta experiencia o no tiene paciencia, sobre todo en caso de que el/la niño/a sea pequeño. No obstante, se trata del caso en el que la guarda corresponda a un hombre que no sea el marido de la mujer, dado que la mujer marroquí ha de contraer matrimonio con un hombre que sea, en todo caso, musulmán.

No obstante, puede considerarse que esta **regulación es incompatible** con el orden público español, dado que no atribuye la patria potestad del hijo o de la hija a la madre por el sólo hecho de que se trata de una mujer, ya que el hombre sí tiene su representación legal. En tal caso, dejará de aplicarse el Derecho marroquí para regular los efectos personales de la disolución del matrimonio en relación con los hijos e hijas, aplicándose –en su defecto– el Derecho español, con las consiguientes limitaciones que tendrán lugar cuando se solicite el reconocimiento de la decisión en Marruecos.

En cuanto al ejercicio del derecho de visita, se regula en los artículos 181 y ss del CFM, básicamente a través de la ratificación por el juez del acuerdo que –en su caso– alcancen los progenitores del menor. Como se ha señalado, el CFM prevé que ambos progenitores pueden ponerse de acuerdo acerca de la modalidad del ejercicio del derecho de visita por parte del que no tenga el derecho de *hadana*, y también cabe pensar en la posibilidad de que acuerden el ejercicio del derecho de *hadana*, en la medida en que la persona que es llamada en primer lugar (la madre) ceda este derecho a otras personas a las que el ordenamiento reconoce también en segundo y tercer extremo, como puede suceder en el caso del padre.

Ahora bien, si se toma en consideración la función que hombre y mujer tienen en el seno de la familia, del matrimonio y en relación con los hijos e hijas en el ordenamiento marroquí, sólo al padre se le puede atribuir el derecho de visitar a sus hijos, pero, en la medida en que se trata de la persona que ostenta la autoridad paterna sobre ellos, dicho derecho no puede limitarse, salvo en los casos de privación de la patria potestad (*wilaya*), ni tampoco entorpecerse. De este modo, las decisiones españolas en las que se indica que el derecho de visita corresponde al padre (marroquí), que se llevará a cabo en el lugar que constituye la nueva residencia habitual de los hijos e hijas de la pareja, tras la disolución del matrimonio, no serán reconocidas en Marruecos (véase *infra*).

Por último, la renuncia por parte de la mujer a su derecho de *hadana* también puede ponerse en relación con las formas de disolución del matrimonio, en especial, si se considera que la guarda es un derecho de la mujer, al que puede renunciar, en especial, cuando se trata de la modalidad de divorcio por compensación.

De otro lado, como derecho de la mujer/madre, puede haberse realizado una indicación al respecto en el contrato de matrimonio, en el sentido de que se trata de una compensación que puede utilizar la mujer en el supuesto de una de las modalidades de disolución judicial del matrimonio (*talaq*, en todo caso, esto es, repudio).

Por tanto, el derecho de custodia y del derecho de visita en tales casos se regula por la ley personal del hijo o de la hija y, en caso de que ésta esté indeterminada, según la ley de su residencia habitual (art. 9.4º C.c.). Por ello, habrá que atender a lo previsto por el ordenamiento de conformidad con el cual se atribuye al hijo o a la hija la nacionalidad de sus progenitores y, en caso de plurinacionalidad o de apatridia, aplicar los artículos 9.9º y 9.10º C.c., como normas de funcionamiento del sistema de DIPr. para concretar la citada “ley nacional”.

3. Otros casos

Si la mujer marroquí está casada en España con una persona que no profesa la religión musulmana, el Derecho marroquí no reconoce el referido matrimonio, pero sí lo hace de la filiación paterna. Si el hijo o la hija nacen en España, surge de forma automática la relación de patria potestad, por aplicación del artículo 154 del C.c. El divorcio procederá, en todo caso, de conformidad con el Derecho español, pero el reconocimiento de la decisión es Marruecos no podrá tener lugar por ser incompatible con el orden público marroquí el hecho de que la mujer esté casada con una persona que no profesa la referida religión. Cuestión distinta a ésta es que pueda tener lugar el reconocimiento parcial de la decisión española.

En segundo extremo, si la mujer marroquí tiene un hijo o una hija en España con un hombre con el que no está casada, el Derecho marroquí no sólo no reconoce esta relación incestuosa, sino que la sanciona el Código penal, de un lado y, de otro, en cuanto a sus consecuencias en el ámbito del Derecho de la persona, no hace surgir la relación paterno-filial, salvo en los supuestos excepcionales *supra* indicados. En la medida en que se trata de una situación que el ordenamiento rechaza de forma expresa, el nuevo CFM no la regula, pero es preciso entender que la madre no sólo tiene el derecho de *hadana* sobre el hijo o la hija, sino también la *wilaya*, tanto de su persona y de sus bienes hasta que alcanza la mayoría de edad.

Puede verse el caso que resolvió la SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 27 de julio de 2004, que se pronuncia con respecto a un procedimiento de determinación de los efectos de la ruptura de la convivencia de la pareja, que llevó a la sentencia de instancia a conceder la custodia de los hijos comunes a la madre y el derecho de visita al padre, ambos de nacionalidad marroquí. En cuanto al contenido de la decisión de la AP, atribuye en exclusiva la patria potestad de los hijos e hijas comunes de la pareja a la madre, de tal modo que se trata de la única que tiene la patria-potestad, de conformidad con el ordenamiento español. La norma del sistema español de DIPr. que disciplina tales relaciones es el artículo 9. 4º del C.c. —como se ha señalado—, que prevé la aplicación de la ley personal del hijo o de la hija y, en caso de que no pueda determinarse dicha ley, la correspondiente a su residencia habitual.

El Derecho marroquí no reconoce la relación paterno-filial con respecto a un hijo o a una hija que no ha nacido en el marco de las relaciones sexuales matrimoniales (salvo los casos excepcionales que ahora también regula el nuevo CFM). Esto es,

de conformidad con el ya citado art. 3 del CPM de 1961 (ley nacional –en su caso– marroquí del hijo o de la hija) no existe –ni tan siquiera– el citado vínculo paterno–filial. Sin embargo, esta regulación es contraria al orden público español (art. 12.3º del C.c.). De este modo, la aplicación del Derecho español tiene lugar como consecuencia del efecto positivo de la cláusula de orden público, que prevé que la patria potestad corresponde a ambos progenitores o a uno de ellos, en defecto del otro (art. 154 C.c.).

En este sentido, la *hadana* nace también de forma automática (por obra de la ley) de conformidad con el Derecho marroquí (art. 3 CPM), en relación con la madre. Sólo requerirá su constitución judicial cuando sea reclamada por persona que tiene el derecho de forma secundaria y alegue que la primeramente llamada no reúne las condiciones que exige el CFM.

IV. LA *HADANA* DE LA MUJER MARROQUÍ QUE TRASLADA SU RESIDENCIA A ESPAÑA

Como se ha señalado, el legislador marroquí también ha tomado en consideración la situación que puede presentarse cuando la mujer marroquí traslada su residencia. En principio, el referido desplazamiento no es motivo de pérdida del citado derecho, salvo en los supuestos que prevé el artículo 178 del CFM. Esto es, “*excepto si fuesen evidentes al tribunal elementos que motivasen la pérdida de la hadana, de acuerdo con los intereses del custodiado, las circunstancias relativas al padre o al representante legal y la distancia que separe al custodiado del representante legal*” (traducción propia). Por último, a petición del Ministerio Fiscal o del representante legal del hijo, podrá prohibirse el desplazamiento al extranjero sin acuerdo de su representante legal.

La filosofía aplicada en el actual CFM es la protección de los intereses del hijo o de la hija que se encuentran bajo la medida de la *hadana*, del mismo modo que ya se hacía en la antigua *Mudawana*. Asimismo, son muchas las decisiones que ponen de relieve la importancia que otorga ahora el legislador marroquí al interés del menor y de la menor, entre las que cabe citar, la Sentencia del Tribunal Supremo (núm. 47) de 5 de diciembre de 1994, que consideró que la distancia entre dos ciudades marroquíes permite al padre visitar a su hijo. Otra decisión del mismo Tribunal (núm. 1252), de 27 de julio de 1995, señaló que: “*no se pierde la hadana por el traslado de la residencia de la persona que tiene el derecho de hadana o el representante legal, si existe la posibilidad de control del custodiado, y quien tenga el derecho de la hadana pueda realizar su función respetando los interés del custodiado...*” (traducción propia).

En lo que concierne el viaje con el custodiado fuera de Marruecos, el actual CFM prevé que: “*el tribunal, a demanda del ministerio público o el representante legal del custodiado, podrá incluir en el acta del documento de la hadana o en una acta adjunta la prohibición de viajar con el custodiado fuera de Marruecos sin la conformidad del representante legal*” (art. 179). Sin embargo, si el representante legal se niega a que el hijo o la hija viaje fuera del país, se podrá recurrir al juez de urgencias para obtener una autorización para ello. No se atenderá a esta demanda excepto después de asegurarse de la característica casual del viaje y de la vuelta del custodiado a Marruecos. El Ministerio público se encargará de notificar a las autoridades competentes la prohibición establecida con el objetivo de que se tomen las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento.

Se ha pretendido de este modo adoptar medidas que permitan prevenir el fenómeno del secuestro de los niños y de las niñas marroquíes por parte de sus progenitores, que los trasladan con ellos a vivir en el extranjero, en especial, en el caso de hijos o hijas de matrimonios mixtos. El secuestro de menores es un fenómeno conocido en el mundo entero, y muchos países, entre ellos, Marruecos han firmado convenios sobre cooperación judicial con la finalidad de prevenir o resolver esta situación, entre ellos, cabe citar el Convenio con Francia, de 10 de agosto de 1981, el Convenio con España, de 30 de mayo de 1997.

De otro lado, no puede considerarse que la mujer marroquí que viaja a España y traslada a este país su residencia habitual junto con su hijo e hija tiene la patria potestad, sino la *hadana*, aunque el ordenamiento español le reconoce la patria potestad sobre sus hijos e hijas –en todo caso–, a pesar de que no exista un pronunciamiento expreso. La homologación en España de la referida medida de protección marroquí tendrá lugar a través de la aportación del Libro de familia (marroquí) o del documento que corresponda en el que conste que la madre tiene atribuido el citado derecho de conformidad con el CFM. Ha de tomarse en consideración que la mujer no tiene la representación legal del hijo o de la hija y que, por tanto, las posibilidades que tiene la madre de tomar decisiones con respecto a cuestiones que pueden resultar esenciales con respecto a la vida del hijo o de la hija en territorio español son muy limitadas, en la medida en que no es su representante legal.

No obstante, si la mujer solicita en España que le sea reconocida la custodia de su hijo o de su hija, tal atribución supondrá también –de forma implícita o expresa– la atribución de la patria potestad, salvo que concurra alguna causa de privación de la misma.

V. RECONOCIMIENTO EN MARRUECOS DE LAS DECISIONES ESPAÑOLAS EN MATERIA DE CUSTODIA Y DERECHO DE VISITA

Como se ha señalado, con frecuencia las cuestiones que se suscitan en relación con la atribución de la custodia y del derecho de visita están vinculadas con la petición de separación o de divorcio, dado que la autoridad judicial española ha de pronunciarse con respecto a estos extremos. En tales casos, es frecuente que la responsabilidad parental sea compartida, la guarda se atribuya a uno de los padres, así como el derecho de visita. Como sucede, en el caso que se planteó ante la AP de Madrid, que resolvió en Sentencia núm. 367/2006, de 23 de marzo, que confirma la sentencia de instancia que había declarado el divorcio de dos personas de nacionalidad marroquí de conformidad con el Derecho español y reconocido el ejercicio de la patria potestad de forma compartida por los dos progenitores, atribuyendo la custodia a la madre y el derecho de visita al padre.

En tales casos, suscita dudas la posibilidad de que tales decisiones sean homologadas en Marruecos, habida cuenta de que el padre de los hijos e hijas –salvo supuestos de privación– es el único titular de la patria potestad sobre sus hijos y, por tanto, determina –entre otras cuestiones– el lugar de su residencia habitual. Cuando una autoridad judicial español determina el progenitor al que le corresponde la custodia del hijo o de la hija y el progenitor al que le corresponde el derecho de visita, está indicando, en todo caso, que la patria potestad es compartida, esto es, la titularidad de la patria potestad es común a ambos progenitores en caso de ruptura de la pareja, de tal manera que si la mujer marroquí ostenta la

custodia sobre su hijo o hija no sólo tiene el derecho de vivir con él, cuidarlo y protegerlo, sino que también tiene derecho a determinar el lugar de su residencia habitual, así como a tomar decisiones con respecto a su formación, patrimonio, etc, de forma conjunta con el padre, en caso de que no haya sido privado de la patria potestad.

En cuanto al régimen de reconocimiento en Marruecos de las decisiones relativas a la atribución de la custodia y del derecho de visita a los progenitores del menor, hay que indicar que está establecido en el Convenio bilateral de 30 de mayo de 1997. Además, y a título de régimen de mínimos, se recoge en los artículos 430–432 del CPCM de 1974. El citado reconocimiento se supedita a un procedimiento que se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado o, en su defecto, del lugar en el que tenga que llevarse a cabo la ejecución de la decisión (art. 430). La ejecutoria extranjera ha de reunir un conjunto de condiciones, entre las que se encuentra, el control de la competencia judicial (tanto internacional como interna), del orden público y de la regularidad de la decisión extranjera, así como la ausencia de incompatibilidad con una decisión que ya se haya dictado en Marruecos o con un procedimiento pendiente.

Ahora bien, no van a reconocerse en Marruecos las decisiones españolas en las que se determina el reparto de la responsabilidad parental entre los progenitores de los hijos e hijas, dada la importante diferencia que existe entre el sentido de estas medidas de protección en el Derecho español y el que le da el ordenamiento marroquí, como se ha señalado. Si se compara la regulación que otorga el CFM a la guarda, se aprecian diferencias significativas con respecto a la comprensión de la finalidad de esta institución en el ordenamiento español. En el Derecho marroquí, la guarda se constituye en interés del niño, pero es un derecho que reconoce el ordenamiento a la madre, como primera beneficiaria. En cuanto a su contenido, está mucho más limitado que en el caso de la custodia/guarda del Derecho español, en la medida en que, en todo caso, no conlleva el derecho de determinar el lugar de la residencia habitual del hijo, facultad ésta que tiene –en todo caso– la persona que ostenta la custodia del hijo e hija en el ordenamiento español.

De otro lado, la patria potestad del hijo o de la hija corresponde en exclusiva al padre, que es su tutor y representante legal. No hay una situación de patria–potestad compartida en el Derecho de familia marroquí, ni cuando el matrimonio convive ni en caso de disolución, a pesar de que uno de los objetivos de la reforma fue equiparar al hombre y a la mujer en el ámbito de las responsabilidades (compartidas) en el seno de la familia (art. 4 CFM).

En otras ocasiones, la homologación en Marruecos de una decisión española en la que se determina la custodia y el derecho de visita de los progenitores puede requerir el previo reconocimiento del matrimonio celebrado en España, bien en forma religiosa islámica, bien en forma civil. Como se sabe, el legislador marroquí ha previsto en el nuevo CFM nuevas disposiciones (arts. 14 y 15) que tienen la finalidad de facilitar las gestiones que es preciso realizar en orden a que tenga lugar la homologación en Marruecos de los matrimonios celebrados por personas de esta nacionalidad (y que profesan la religión islámica) en el extranjero.

Con independencia de las críticas que se han realizado a estas disposiciones, en el sentido de que no han logrado evitar el denominado “matrimonio doble”, tanto en el país extranjero de residencia como en Marruecos, en todo caso, para que tenga lugar la referida homologación es preciso que la mujer marroquí haya contraído

matrimonio con un hombre musulmán, que sigue considerando el ordenamiento de este país un impedimento temporal. No obstante, el hijo o la hija que nacen de esta relación es legítimo/a con respecto a su padre. Ahora bien, este hecho, esto es, que la mujer marroquí haya contraído matrimonio en forma civil con una persona que no profesa la religión musulmana va a impedir que pueda reconocerse el matrimonio en Marruecos y, por ende, la decisión de disolución del referido matrimonio que contenga un pronunciamiento con respecto a la custodia y al derecho de visita.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ABARCA JUNCO, P.: “Un ejemplo de materialización en el Derecho internacional privado español. La reforma del art. 107 del Código civil”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo II, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1095 y ss.
- ADAM MUÑOZ, M^a D.: “La modificación del art. 107 del Código civil y su incidencia en cuanto a la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo”, *Ámbitos. Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades*, 2004, 2^a época, núm. 11, pp. 79 y ss.
- BLANMAILLAND, FR. Y VERBROUCK, C.: “Code sans frontières. La garde des enfants dans le nouveau Code de la famille marocain”, *Revue du Droit des Étrangers*, 2004, núm. 130, pp. 559–573.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003.
- CHARLES, R.: *Le droit musulman. Que sais-je?*, París, Presses Univ. de France, 1972.
- DÉPREZ, J.: “Bilan de vingt cinq années de Droit international privé au Maroc”, *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, 1981, vol. 10, pp. 125–151.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, 3^a edic., Madrid, Civitas, 2004.
- FOBLETS, M^a C.: *Les familles maghrébines et la justice en Belgique. Anthropologie juridique et immigration*, Karthala, 1994.
- FOBLETS, M^o.C. y CARLIER J.Y.: *Le Code marocain de la famille. Incidentes au regard du droit international privé en Europe*, Bruselas, Bruylant, 2005.
- FOBLETS, M^a.C. y LOUKILI, M.: “Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: Quelles implications pour les Marocains en Europe?”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006, vol. 3, pp. 521 y ss.
- KACHBOUR, M.: *Charh mudawantu alusrati, inhilal mitaq azawjiyati*, Vol.II. matbatu anajah aljadida, Casablanca, 2006.
- LINANT DE BELLEFONDS, Y.: *Traité de Droit musulman comparé. Filiation. Incapacité. Liberalités entre viifs*, París/La Haye, Mouton and co., 1973.
- MANDRIOLA BRIEUX, P.: *Introducción al Derecho islámico*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- MILLIOT, L. y BLANC, F.P.: *Introduction à l'étude du Droit musulman*, París, Sirey, 1987, margs. 531 y ss.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE: *Guide pratique du Code de la famille*, Rabat, Publications de l'Association de Difusión de l'information juridique et judiciaire, 2005.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE: *Code de la Familla*, Publications de l'Association de Difusión de l'information juridique et judiciaire, Collection de textes législatifs, núm. 9, 2^a edic., Rabat, 2005.

- OUHIDA, J.: *Atar al wiladati wa alahliyi wa aniyabati al qanuniyati fi itari mudawanati al usrati, kuliyyatu al uloumi al qanuniyati wa al ijtimaiyati*. Rabat, 2007.
- OUNNIR, A.: “La reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers au Maroc”, *Estudios e Informes sobre la Inmigración extranjera en la provincia de Jaén (2005–2006)*, Observatorio Permanente sobre la Inmigración en la provincia de Jaén, Comares, Granada, 2007 (en prensa).
- RUIZ-ALMODÓVAR, C.: “El nuevo Código marroquí de la familia”, *Miscelánea de Estudios árabes y hebraicos, Secc. Árabe-islam*, vol. 53, 2004, pp. 209 y ss.
- *Id.*: “Hacia un nuevo concepto de familia: principales cambios del nuevo Código marroquí de la familia”, en C. PÉREZ BELTRÁN (ed.): *Sociedad civil, derechos humanos y democracia en Marruecos*, Granada, Eirene, 2006, pp. 356–357.
- SCHACHT, J.: “Chapter 22. Family”, *An Introduction to Islamic law*, Oxford, Clarendon Press, 1964, pp. 161 y ss.
- TODD, E.: *El destino de los inmigrantes. Asimilación y segregación en las democracias occidentales*, Trad. de G. Ormaechea, Barcelona, Tusquets, 1996.
- ZEKRI, H.: “El nuevo Código de Familia marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano-marroquíes”, *R.E.D.I.*, 2004–1, pp. 301 y ss.

VII. JURISPRUDENCIA CITADA

A) Decisiones de autoridades españolas

- SAP de Murcia núm. 166/2003 (sección 1ª), de 12 de mayo (*BDA AC 2003\1676*).
- SAP de Barcelona núm. 963/2003 (Sección 18ª), de 27 de julio (*BDA AC 2004\1459*).
- SAP de Málaga núm. 48/2005 (Sección 7ª), de 13 de mayo (*BDA JUR 2005\163244*)
- SAP de La Rioja núm. 211/2005 (Sección 1ª), de 21 de julio (*BDA JUR 2005\188411*)
- SAP de Barcelona (Sección 12ª), de 17 de noviembre de 2005 (*BDA, JUR 2006\66471*)
- SAP de Madrid núm. 367/2006 (Sección 24ª), de 23 de marzo (*BDA JUR 2006\163828*)
- SAP de Barcelona núm. 381/2006 (Sección 12), de 8 de junio (*BDA, JUR 2007\19193*)

B) Decisiones de autoridades marroquíes

- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Casablanca (núm. 3751) de 27 de julio de 1968 (Dossier urgente núm. 36158), publicada en *majalatu almahakimi al maghribiati*, Vol. 48. Casablanca.
- Sentencia del Tribunal Supremo (núm. 33) de 10 de febrero de 1975 (*Dossier social 418.31*), publicada en *charhu mudawwanati alusrati*.
- Sentencia del Tribunal Supremo (núm.1161) de 22 de abril de 1994 (*Dossier número 98/7690*), publicada en *mudawwanatu alusrati wa alamali alqadai almaghrib*.

- Sentencia del Tribunal Supremo (núm. 47) de 5 de diciembre de 1994 (*Dossier Legítimo* número 94/6103), publicada en *majalatu al muhami*, Vol. 25.
- Sentencia del Tribunal de Segunda Instancia (núm. 817) de 19 de abril de 1995, (*Dossier civil* núm. 62/94), publicada en *Revista Annadwa*, vol.14. Tánger.
- Sentencia del Tribunal Supremo (núm. 1252) de 27 de julio de 1995 (Dossier legítimo núm. 94/5198), publicada en *charhu mudawanati alusrati*,
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (núm. 352/98) de 4 de junio de 1998 (*Dossier* núm. 245/97). Inédita.
- Sentencia del Tribunal Supremo (núm. 327) de 28 de marzo de 2000 (*Dossier legítimo* núm. 480/2115), publicada en *charhu mudawwanati alusrati*.

12. DESPLAZAMIENTO “ILEGAL” A MARRUECOS DE LOS HIJOS E HIJAS DE MADRES MARROQUÍES*

Mercedes Moya Escudero**

SUMARIO: I. LA LUCHA CONTRA LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. II. SUPUESTOS EN LOS QUE EL TRASLADO SE CONSIDERA ILÍCITO EN EL CONVENIO HISPANO-MARROQUÍ. 1. Resolución judicial del Estado requirente 2. Violación de un derecho de custodia. 3. Acuerdo concertado entre las partes. 4. Minoría de edad especial. III. ¿EXISTEN INSTRUMENTOS PARA OBTENER EL RETORNO? 1. Intervención de la Autoridad Central. 2. Interposición de denuncia ante la jurisdicción penal. IV. MEDIDAS A ADOPTAR ANTE LA INEFICACIA DEL CONVENIO. 1. Planteamiento general. 2. Delimitación territorial del derecho de visita. 3. Ratificación del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA LUCHA CONTRA LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

El art. 11 del Convenio de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 establece que a los Estados les corresponde adoptar “todas las medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”, promoviendo tratados bilaterales o multilaterales o la adhesión a los existentes¹. Los instrumentos jurídicos específicos de carácter multilateral con que cuentan las autoridades administrativas y judiciales españolas para luchar contra los traslados ilícitos son: Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles en la sustracción internacional de menores² y Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980³. Tales convenios no son aplicables cuando el traslado se produce a un país o desde un país, o se proviene o no se retorna a un Estado, que no forma parte de dichos tratados. Y Marruecos no forma parte de ninguno de los dos. Para las relaciones con el Reino de Marruecos se imponía la cooperación, la

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Excelencia SEJ 820 “Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza”, subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

** Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

¹ *BOE* núm. 313, de 1 de diciembre de 1990. Marruecos es también Estado parte del Convenio aunque con algunas reservas.

² El convenio entró en vigor para España el 1 de septiembre de 1987 (*BOE* núm. 202, de 24 de agosto de 1987 (corr. errores *BOE* núm. 155, de 30 de junio de 1989, y *BOE* núm. 21, de 24 de enero de 1996).

³ *BOE* núm. 210, de 1 de septiembre de 1984, siendo esta la fecha de su entrada en vigor.

conclusión de un tratado bilateral, la participación en un futuro en multilaterales en los que ambos Estados formen parte o, incluso, la adopción de medidas unilaterales que eviten la sustracción ilícita y posibiliten el derecho de los hijos e hijas a relacionarse con ambos padres. En estos momentos está vigente un Convenio bilateral con el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia de derecho de custodia, derecho de visita y devolución de menores⁴, cuyo primer objetivo, según el art. 1, apartado a) es “garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos, ilegalmente, a uno de los dos Estados contratantes”.

España es en la actualidad un país con un elevado número de inmigrantes de nacionalidad marroquí. Su llegada no supone una homogeneización de culturas y la cooperación para evitar situaciones claudicantes es necesaria. El origen de los problemas muchas veces está en el desconocimiento de las instituciones jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico marroquí. Por esto es preciso una tarea de información, sobre todo a las parejas de nacionalidad diferente, en cuanto a la legislación sobre matrimonio, filiación y atribución de los derechos de custodia y visita vigentes en ambos Estados, y respecto a los instrumentos internacionales existentes para actuar frente a los traslados ilícitos de menores. Es importante en esta materia la comunicación entre las autoridades competentes, las reuniones periódicas entre los funcionarios responsables de los expedientes, la formación de los jueces incluyendo seminarios en los que puedan intercambiar puntos de vista, y la información a la ciudadanía sobre los pasos que han de seguirse para solicitar, llegado el caso, la devolución de los menores.

Pero, examinar las medidas represivas no es suficiente. También es importante reflexionar acerca de las causas jurídicas que originan la sustracción internacional y el modo de prevenirla. La búsqueda del foro de amparo por parte del progenitor que desplaza o no retorna a su hijo o a su hija, en tanto en cuanto no existe un tratado que distribuya, que delimite la competencia judicial internacional⁵; el diferente contenido de la custodia y la *hadana*; la delimitación geográfica del derecho de visita y los obstáculos a su ejercicio; y la existencia de procedimientos de reconocimiento y ejecución de decisiones demasiado rígidos, contribuyen, junto con el conflicto de culturas, a la sustracción internacional de los menores.

Nuestro trabajo se va a limitar al análisis del Convenio hispano-marroquí, medida “aparentemente” represiva⁶ y, si se quiere, disuasiva del secuestro, si la cooperación fuese efectiva, que ya adelantamos en esta introducción que no lo es. Una visión completa de la materia exigiría abordar tanto cuando los hijos e hijas son trasladados o retenidos ilícitamente⁷ en España como cuando son trasladados o retenidos

⁴ Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores (*BOE* de 24 de junio de 1997), que se aplica de forma provisional desde su firma el 30 de mayo de 1997, y que entra en vigor el 1 de julio de 1999 (Anuncio de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores de 15 de junio de 1999, *BOE* de 25 de junio de 1999).

⁵ En la actualidad España y Marruecos han firmado el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 que delimita la competencia, pero no está ratificado por España.

⁶ Fundamentalmente y no exclusivamente porque es también objetivo del Convenio, además de hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativas a la custodia y al derecho de visita, favorecer el libre ejercicio del derecho de visita en el territorio de ambos Estados.

⁷ Sorprende en la lectura de este precepto la calificación de “ilegal” y no de ilícito del desplazamiento, término este último que es el utilizado en los demás instrumentos jurídicos en los que España es parte.

en Marruecos, ya que la aplicación del Convenio hispano-marroquí, como todo tratado bilateral, se limita al territorio de los Estados firmantes. Sin embargo, nuestra exposición se va a centrar en la salida de los hijos e hijas de madre marroquí residentes en España hacia el Reino de Marruecos, o la retención en aquel país tras el ejercicio de un derecho de visita, por parte del padre (marroquí, español o de otra nacionalidad). Y ya avanzamos una valoración pesimista por las dificultades que el propio convenio plantea para solicitar y obtener la devolución de los menores.

II. SUPUESTOS EN QUE EL TRASLADO SE CONSIDERA ILÍCITO EN EL CONVENIO HISPANO-MARROQUÍ

1. Resolución judicial del Estado requirente

El artículo 7 del convenio hispano-marroquí determina cuando se considerará ilegal el traslado. Dispone: “El desplazamiento de un menor del territorio del Estado requirente hacia el territorio del Estado requerido, se considerará ilegal y la autoridad judicial ordenará, por consiguiente, su devolución inmediata cuando: a) el desplazamiento hubiera tenido lugar haciendo caso omiso de una resolución judicial dictada en juicio contradictorio y de carácter ejecutivo en territorio del Estado requirente, y que en el momento de la presentación de la solicitud de devolución del menor, este tuviera su residencia habitual en territorio de dicho Estado, y el menor y sus padres, en el momento del desplazamiento, tuvieran, únicamente, la nacionalidad del Estado requirente”.

La lectura del apartado a) lleva a una primera afirmación: no es aplicable este precepto cuando la madre es marroquí ya que exige para calificar el traslado como ilícito que todos tengan la nacionalidad del Estado requirente, en nuestro caso la española. Si ambos padres son marroquíes no existe la ilicitud, incluso aunque el niño o la niña sean españoles por haber nacido en España y haber adquirido la nacionalidad española por residencia legal de un año conforme a lo preceptuado en el art. 22 del C.c.. Tampoco si el padre es español y, en consecuencia, lo son el hijo o la hija (art. 17 C.c.), pero la madre es marroquí⁸. Y ni cuando todos son españoles porque la madre marroquí ha adquirido la nacionalidad española tras un año de residencia legal en España, al estar casada con español. Y ello porque no será únicamente española, seguirá siendo marroquí a los ojos del Derecho marroquí, a no ser que haya renunciado expresamente a esta nacionalidad, lo cual es harto difícil ya que en Marruecos se afirma: “Nace marroquí, muere marroquí”.

El momento fijado para apreciar la ilicitud es claramente un error, y debe referirse al momento del desplazamiento. Así lo preceptúa el art. 3 del Convenio hispano-marroquí, que exige presentar con la solicitud de retorno inmediato el acto o documento que establezca la nacionalidad del menor con anterioridad al desplazamiento. Pero, aún erróneo, constituye la letra de la norma y ha de aplicarse tal

Así, en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 (art. 3), por el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 (art. 1 d) y el Reglamento (CE) 2201 /2003 (art. 10). Y será este último término el que se utilizará en estas páginas por considerar que es el correcto.

⁸ Como se expone en el capítulo de este trabajo dedicado a la nacionalidad de los nacidos en territorio español de madre marroquí, los hijos también serán marroquíes ante el ordenamiento jurídico de Marruecos.

cual. Así las cosas, si la residencia hay que apreciarla, según el texto del apartado a), en el momento de la solicitud de devolución y dicha solicitud se produce pasado un tiempo desde que se produjo el traslado o retención, ¿Dónde tiene el menor su residencia?

Por lo que se refiere a las condiciones establecidas para considerar el desplazamiento ilícito, no es admisible supeditar la aplicación del Tratado a que, tanto los progenitores como los hijos, tengan únicamente la nacionalidad del Estado requirente. Ello, como se ha dicho, deja sin posibilidad de acudir al Convenio a la madre marroquí que ha obtenido la custodia de sus hijos en España tras un proceso de divorcio o, simplemente, aunque no exista divorcio y ni tan siquiera matrimonio, cuando haya una decisión judicial respecto a la custodia y visitas o, en general, respecto a la patria potestad, sea el padre marroquí o español. A estos efectos debe tenerse en cuenta que ambos Estados siguen el criterio del *ius sanguinis*, que la adquisición de la nacionalidad española por un nacional marroquí no produce la pérdida de su nacionalidad marroquí a la luz del Derecho marroquí, que la adquisición por parte de uno de los progenitores de nuestra nacionalidad no lleva implícita la adquisición automática por los hijos menores, que el hijo de marroquíes nacido en España puede adquirir por residencia legal de un año la nacionalidad española... ¿A quien o qué quiere protegerse? ¿Por qué no es el desplazamiento ilícito si alguno o todos tienen la nacionalidad del Estado requerido? ¿Significa yo juzgo a los míos? ¿Ello permite a la Autoridad Central española denegar su intervención, es decir, no tramitar la solicitud de devolución? Evidentemente la respuesta es afirmativa, ya que así lo dispone el art. 3.2 del Convenio⁹, y de hecho hay expedientes que no han sido tramitados por esta razón. En tal caso, y aunque la madre marroquí puede acudir a reclamar en cualquier momento a las autoridades judiciales marroquíes, ¿tendrá alguna eficacia su reclamación?¹⁰

Los órganos jurisdiccionales españoles poseen competencia judicial internacional para conocer de los derechos de guarda y de visita si los hijos menores residen en España, a tenor de lo establecido en el art. 8 del Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo¹¹. Por tanto, el órgano jurisdiccional español conocerá acerca de los derechos de custodia y visita de los menores dobles nacionales, o exclusivamente marroquíes, o únicamente españoles, que residan en territorio español. Y la residencia del menor en el Estado requirente, en nuestro supuesto España, cuyos órganos jurisdiccionales han dictado una resolución judicial, ¿no es bastante para calificar el desplazamiento como ilegal? ¿Dónde está el respeto y la confianza que debe inspirar un convenio de este tipo?

Pero si no hay retorno, ¿entrarán entonces las autoridades marroquíes competentes a conocer acerca de la custodia, generando una nueva sentencia que, en muchos supuestos, será contradictoria con la pronunciada por los órganos jurisdiccionales

⁹ “La Autoridad Central competente podrá denegar su intervención cuando no se reúnan las condiciones requeridas por el presente convenio”.

¹⁰ Dispone el art. 3.3 del Convenio: “el presente Convenio no será obstáculo para la facultad de toda persona interesada de acudir directamente, en cualquier momento del procedimiento, a las Autoridades judiciales de los Estados contratantes”.

¹¹ Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, *DOUE* núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

españoles? ¿Les negaremos a esos niños su derecho a relacionarse con ambos padres y promocionaremos el re-secuestro? La conclusión es que el precepto contenido en el apartado a) del artículo 7 limita el ámbito de aplicación convencional y casi excluye la posibilidad de devolución, de reconocimiento y de organización del derecho de visita en el caso de matrimonios o progenitores mixtos de nacionalidad, ambos de nacionalidad marroquí o, en concreto en el objeto de nuestro estudio de madre es marroquí, cuando se ha pronunciado una decisión acerca del derecho de custodia.

Ello, además, es aún más incomprensible si se relaciona con los otros supuestos recogidos en los apartados siguientes del art. 7. Y, aunque resulte irónico, la razón última de esta exclusión quizás sea la copia e incorrecta interpretación del art. 8 del Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. Dicho precepto dispone: “en caso de traslado sin derecho, la autoridad central del Estado requerido dispondrá que se proceda inmediatamente a restituir al menor: a) cuando en el momento de entablar el procedimiento en el estado donde se dictó la resolución correspondiente o en la fecha del traslado sin derecho, si este se produjo con anterioridad, el menor y sus padres no tengan más nacionalidad que la de dicho Estado y el menor tenga residencia habitual en el territorio de dicho Estado”. Pero, como puede comprobarse, esta norma no está destinada a calificar el traslado como ilícito, sino, para cuando lo sea, ordenar la restitución inmediata por la proximidad-nacionalidad de todos y residencia del menor- con el Estado requirente.

2. Violación de un derecho de custodia

El segundo lugar, el apartado b) del art. 7 califica el desplazamiento ilegal si se hubiera producido la violación de un derecho de custodia atribuido, exclusivamente, al padre o a la madre, por el Derecho del Estado del que fuera nacional. La remisión al ordenamiento de la nacionalidad se aleja totalmente de lo preceptuado en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 que considera ilícito el traslado cuando se infringe un derecho de custodia atribuido conforme al Derecho vigente en el Estado donde el menor tenía su residencia habitual (art. 3). Y, ya referido a nuestro ordenamiento, este precepto se aleja del espíritu y la letra de la ley por cuanto la custodia de los hijos se ejerce por ambos padres o por uno con el consentimiento del otro (art. 156 del C.c). En caso de conflicto entre los padres, estén o no casados, con o sin procedimiento de disolución del matrimonio, será el órgano jurisdiccional en interés de los hijos quien determine a quien atribuye la guarda que, incluso puede ser compartida, y el derecho de visita (arts. 90 a 96 del C.c.). Por el contrario, el apartado b) del art. 7 si es coherente con el Derecho marroquí que dispone la atribución *ex lege* de la custodia. Hubiera sido necesario recoger en el Tratado una calificación autónoma de custodia que permitiera la restitución de los hijos menores, del corte de la establecida en el Convenio de La Haya, donde se dispone expresamente que el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia (art. 5 a).

En este segundo apartado no hay referencia a atribución de la custodia por decisión judicial, pero yo entiendo que, si se ha atribuido según el Derecho del que el hijo o

la hija menor es nacional, podemos calificar el desplazamiento como ilegal según este precepto si hay una sentencia al respecto aunque los progenitores y los hijos no sean todos nacionales españoles. Lo contrario no sería lógico, sobre todo si se tiene en cuenta que en nuestro Derecho la regla general es que la custodia sea compartida hasta que recaea sentencia,¹² que, en su caso, atribuya los derechos de guarda y de visita a cada uno de los cónyuges.

Ahora bien, ¿cuál es el Derecho de la nacionalidad del hijo o la hija de madre marroquí si, además de la nacionalidad marroquí, poseen la española en los términos explicitados anteriormente? ¿De acuerdo con qué Derecho nacional se debe determinar la exclusividad de la custodia y, aún más importante, lo que debe entenderse por tal? Evidentemente, si se presenta una solicitud de restitución ante la Autoridad Central española sería absurdo que si los menores, además de marroquíes, poseen la nacionalidad española, se resolviera acerca de si la madre posee exclusivamente el derecho de custodia conforme al Derecho de familia marroquí, basándose en la nacionalidad marroquí de esta última. Lo coherente, es que tal determinación se realice conforme al Derecho español. Pero, aún en tal caso, si no hay decisión judicial que establezca lo contrario, nuestro ordenamiento jurídico dispone la custodia compartida, no exclusivamente para la madre marroquí. Tan solo si aquella decisión judicial existe, y se ha atribuido la custodia a la madre, podrá reclamar la restitución del menor. Pero, ¿se aceptará tal calificación en el Estado requerido cuando el niño es también nacional marroquí al ser su madre marroquí? La respuesta, aunque criticable, es meridiana: la Autoridad Central marroquí y, si llega hasta ellos los órganos jurisdiccionales del país vecino, estimarán que no hay sustracción ilícita a nos ser que el juez español haya atribuido a la madre exclusivamente la custodia según Derecho marroquí. ¿Cuándo se le otorga?

En el ordenamiento jurídico marroquí no existe el concepto de custodia sino el de *hadana*, términos que no son equivalentes. La atribución de la custodia en España incluye, en principio, el derecho a elegir la residencia de los hijos. Por el contrario, la *hadana* se refiere a su cuidado y alimentación, pero no a la toma de este tipo de decisiones que corresponden al padre. La madre no tiene la patria potestad sobre el hijo o la hija, solo su guarda, siendo el padre su tutor o representante legal hasta que alcance la mayoría de edad. El padre, por tanto, puede limitar la posibilidad de que la madre traslade su residencia o, lo más importante, ella no tiene derecho a elegir la residencia de sus hijos. A lo que debe añadirse que el art. 8 del Convenio hispano-marroquí dispone que, aún tratándose de traslado ilícito, la autoridad competente no estará obligada a ordenar la devolución “cuando el menor sea nacional exclusivamente del Estado requerido y, según la ley interna de este Estado, el padre con el que se encuentra el menor sea el único titular, de pleno derecho, de la patria potestad”. Y en nuestra realidad jurídica, en el día a día, cuando ambos progenitores son marroquíes residentes en España y el padre traslada al menor a Marruecos, no se procede al retorno de los menores, si bien es cierto que en la mayoría de las reclamaciones se argumenta que no han podido ser localizados. El objetivo pomposo del Convenio proclamado en el art. 1 a) queda, en la mayoría de las ocasiones, vacío de contenido.

¹² Debe tenerse en cuenta que la decisión judicial también puede establecer la custodia compartida.

Tan sólo si no existe, según el Derecho marroquí, filiación paterna¹³, puede interpretarse que la madre será titular de la *wilaya*, y podrá decidir acerca del lugar de residencia de sus hijos. Sin embargo, en la medida en que se trata de una situación que el ordenamiento marroquí rechaza (madre soltera) no se regula en el CFM¹⁴. Y, evidentemente, si no hay “padre jurídico” lo normal es que se proceda a la devolución sin más, aunque la madre “no se atreverá” en la mayoría de las ocasiones a pedir la restitución porque, el mantener relaciones sexuales fuera del matrimonio, está sancionado en el Código Penal (art. 490). La situación de las madres solteras no ha sido resuelta en el nuevo CFM, pero el art. 146 al menos admite la filiación materna legítima e ilegítima.

3. Acuerdo concertado entre las partes

Por último, el apartado c) del art. 7 determina que el desplazamiento es ilegal cuando: “infrinja un acuerdo concertado entre las partes implicadas, refrendado por una Autoridad judicial de uno de los dos Estados contratantes”.

Ese acuerdo existe en el Derecho español y constituye el convenio regulador en los supuestos de nulidad, separación y divorcio que, según preceptúa el art. 90 del C.c., será aprobado por el juez salvo que resulte dañoso para los hijos o perjudicial para uno de los cónyuges. A nuestros efectos, si los cónyuges acuerdan que la madre tendrá la custodia, evidentemente entendida como se conceptúa en Derecho español, y posteriormente se sustraen los menores hacia Marruecos por parte del padre, o no los retorna tras el ejercicio del derecho de visita, hay un traslado ilícito y podría reclamarse al hijo o a la hija por medio de la Autoridad Central. Pero, ¿para qué el procedimiento? Como al padre no se le ha atribuido el ejercicio exclusivo de la patria potestad porque va contra nuestro orden público, la Autoridad marroquí no está obligada a retornar al menor, salvo que el padre sea español y, por tanto, los hijos no sean sólo nacionales marroquíes (art. 8.2 a). Resulta absolutamente censurable que los negociadores españoles aceptaran los términos en los que se ha redactado el mencionado precepto porque, prácticamente, imposibilita la devolución cuando ambos padres son marroquíes.

4. Minoría de edad especial

El desplazamiento “ilegal” en los términos definidos anteriormente solo tiene lugar si los hijos e hijas son menores de edad. El Convenio hispano-marroquí, como el resto de los tratados que versan sobre esta materia, fija el límite de edad en los dieciséis años.

El anterior Código de Estatuto Personal marroquí establecía el final de la custodia en el caso del varón a los doce años, y en el de la mujer a los quince. A partir de esa edad se les permitía elegir con quien querían vivir, lo que podía chocar con la edad establecida en el Tratado hispano-marroquí a efectos de secuestro. No

¹³ No nos corresponde analizar esta materia, pero si no existe matrimonio o este no es válido en Marruecos, en principio, no hay filiación paterna, aunque el matrimonio sea válido en España o, si no existe, el padre haya procedido al reconocimiento voluntario de la filiación.

¹⁴ Para un estudio del tema en esta misma obra puede verse el capítulo, “El derecho de *hadana* de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos, en relación con el Derecho español”.

obstante, el actual CFM dispone que la *hadana* continua hasta alcanzar la mayoría de edad para ambos sexos, fijada en los dieciocho años, con lo que cubre con creces, al igual que el Derecho español, la edad recogida en el Acuerdo.

Pero, además del límite de edad, el Convenio circunscribe su ámbito de aplicación personal a otras dos condiciones: que el hijo o la hija no estén emancipados y que sean nacionales de uno de los Estados contratantes (art. 2). En relación a este último requisito se cierra la puerta a los menores residentes en España o Marruecos de otras nacionalidades que sean desplazados de uno a otro Estado. Y, aunque no afecta al tema concreto, de nuevo debe criticarse la adopción de un criterio rígido y nacionalista, frente a criterios flexibles que permitan adecuar la solución jurídica a la realidad que pretende regular, una realidad caracterizada por el proceso de globalización al que asistimos. El ejemplo a seguir lo proporcionaba el Convenio de La Haya de 1980 que, sin distinción de nacionalidad, protege a todos los menores que residan en el territorio de un Estado contratante que son trasladados ilícitamente a otro Estado contratante.

III. ¿EXISTEN INSTRUMENTOS PARA OBTENER EL RETORNO?

1 Intervención de la Autoridad Central española

El Art. 3 del Convenio dispone que “se designa a los Ministerios de Justicia de ambos Estados como las Autoridades centrales, encargadas de satisfacer las obligaciones previstas por el presente Convenio”. Y, a tenor de lo preceptuado en el art. 4 las solicitudes de devolución se dirigirán a la Autoridad Central del Estado de residencia habitual del menor, anterior a su desplazamiento o no devolución. La solicitud por parte de la madre marroquí no precisa intervención de procurador ni abogado, aunque lo normal es que se asesoren y le ayuden a preparar los documentos precisos. Se dirigirá a la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional, Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, Servicio de Convenios. C/San Bernardo 62. Madrid 28071. El modelo para realizar la petición se encuentra en la página web del Ministerio de Justicia¹⁵. La Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia traducirá la documentación necesaria y la transmitirá a la Autoridad Central del país donde se encontrara el menor, solicitando la restitución inmediata. Las funciones que debe cumplir la Autoridad Central marroquí son las especificadas en el art. 4: localizar a los menores desplazados; prevenir que sufran mayores daños, garantizar la restitución voluntaria o amigable; intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente; facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio; incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se organice o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita; conceder o facilitar según el caso la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado; garantizar, desde

¹⁵ Menores. Sustracción internacional de menores. Procedimiento administrativo para requerir la restitución.

el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; mantener mutuamente informada a la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia sobre los trámites. Pero, y esto es lo que nos interesa, la Autoridad Central podrá denegar su intervención cuando no se reúnan las condiciones requeridas por el Convenio. ¿Se reúnen las condiciones establecidas en el Convenio cuando a la madre se le ha otorgado la custodia según el Derecho español, de acuerdo con la concepción de custodia española? Parece que la respuesta es negativa. ¿La Autoridad Central se negará a admitir la solicitud? Considero que, aún cuando no pueda calificarse el traslado de ilegal, estas Autoridades pueden promocionar la devolución voluntaria, facilitar una solución amistosa, en aras del objetivo del convenio: el derecho de los hijos e hijas a relacionarse con ambos padres. Si se tiene en cuenta que el art. 5 de este Tratado impuso la creación de una Comisión mixta consultiva, compuesta por los representantes de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Justicia, con el fin de facilitar los casos que se planteen en la aplicación del Convenio, no puede menospreciarse este mecanismo. Además, este instrumento tiene carácter gratuito. La Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, como autoridad requirente, hará un seguimiento de las actuaciones que se lleven a cabo en el extranjero y mantendrá informado, en todo momento, al solicitante. Evidentemente dicha Autoridad puede negarse a hacer cualquier gestión ya que el desplazamiento no puede ser calificado como ilegal.

Ahora bien, incluso cuando la sustracción pueda calificarse como ilícita a tenor de lo preceptuado en el Convenio, este Tratado establece unas causas que permiten a las autoridades marroquíes no retornar al menor a España y que deben valorarse antes de proceder a la petición de retorno ante la Autoridad Central española, o de ir directamente a Marruecos a presentar la solicitud de devolución. En primer lugar, será causa de no devolución a España que se demuestre que el retorno pueda exponer a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable, siempre que haya transcurrido un plazo superior a seis meses desde el secuestro, requisito que debe calificarse de absurdo¹⁶. Este peligro ha de tener su causa en el retorno al país de residencia y no en la separación del progenitor sustractor, o en el hecho de que se encuentre atendido perfectamente en Marruecos. De otro modo se permitiría que quien ha cometido un ilícito se prevalga de él para conseguir su propósito. La apreciación en cada caso del peligro que supondría para el hijo o la hija menor el retorno a su residencia habitual anterior depende de los jueces de fondo, en el caso en estudio de la interpretación que realicen las autoridades marroquíes. La absoluta mecanicidad puede llevar al rechazo consciente de las dudas que pueden suscitarse en cuanto a las garantías ofrecidas por la madre marroquí, investida del derecho de guarda por el orden jurídico español. Esta causa de denegación debe interpretarse restrictivamente y no puede dar lugar a un reexamen del conflicto que opone a los padres en cuanto al fondo. Y lo que es fundamental: la existencia de dicho peligro ha de ser demostrada por quien se opone a la devolución, sin poder estimarse suficiente el testimonio de los menores a efectos de la denegación. Pero es un misterio como se interpreta este precepto por las autoridades marroquíes.

¹⁶ ¿Puede admitirse que la existencia de un peligro físico o psíquico sólo exista si se solicita la devolución pasados seis meses desde el desplazamiento tal como establece el art. 9?

Junto al peligro físico o psíquico, y como ya se ha mencionado, el Convenio hispano-marroquí tipifica como causa de denegación en el art. 8 que la Autoridad no estará obligada a ordenar la devolución del menor cuando: “ a) el menor sea nacional, exclusivamente, del Estado requerido y, según la ley interna de ese Estado, el padre con el que se encuentra el menor sea el único titular de pleno derecho de la patria potestad”.

Por último, no se retornará a los hijos menores si existe en el Estado requerido una sentencia contradictoria, lo que resulta más que probable si el padre se encuentra en Marruecos y ha solicitado a los órganos jurisdiccionales un pronunciamiento a su favor. La existencia de decisiones contradictorias, que ocasionan continuas situaciones claudicantes, tienen su razón de ser en el hecho de que los jueces de ambos países poseen foros de competencia judicial internacional para conocer del asunto. Pero es que, aún cuando no haya recaído sentencia en Marruecos, solicitar el reconocimiento y ejecución de la decisión española que otorga a la madre marroquí la custodia, como medio para obtener el retorno, va a recibir una respuesta negativa por parte de los órganos jurisdiccionales marroquíes, como han puesto de manifiesto acertadamente las autoras que realizan el trabajo correspondiente al derecho de *hadana* de la mujer marroquí, al que me remito. Ello impide el ejercicio del derecho de los hijos e hijas a relacionarse con ambos padres y el pacífico ejercicio del derecho de visita ante el temor del secuestro, debido a la ausencia de medidas adecuadas para obtener el retorno.

2. Interposición de denuncia ante la jurisdicción penal

El Código Penal español tipifica como delito en el art. 225 bis la sustracción ilícita de los hijos, y condena su comisión con la pena de dos a cuatro años, imponiéndose la pena superior si se traslada a los menores fuera de España. El Código Penal ha asumido el criterio que identifica el interés de los hijos e hijas menores con el de permanecer en un entorno familiar y educativo estable, y con esta norma se pretende proteger al menor de los efectos negativos que puedan derivarse de un cambio injustificado de su entorno habitual.

A efectos de esta condena se considera ilícito: “el traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con el que conviva habitualmente...”. Por tanto, sin consentimiento de la madre marroquí con quien los hijos conviven. Y también constituirá delito la retención incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. Resolución que, en su caso, han pronunciado los órganos jurisdiccionales españoles atribuyendo la custodia a la madre.

El sujeto pasivo del delito es el hijo o la hija menor de dieciocho años, no emancipados, que se ven privados del derecho a mantener relaciones personales con sus dos padres¹⁷. También será sujeto pasivo del delito, concretado al tema que nos ocupa, la madre marroquí que se ve privada ilícitamente del ejercicio de sus facultades como titular de una relación materno-filial y privada de la compañía de sus hijos e hijas. La base es la separación, por lo que ni siquiera es necesaria la existencia de una resolución jurídica sobre la custodia. La exigencia de una resolución

¹⁷ Aún cuando se esté cercano a la mayoría de edad, se entenderá existente la sustracción si el traslado o la retención se ha realizado por medio de una actuación del padre.

judicial si está presente en la segunda modalidad de sustracción tipificada: la retención. Esta resolución puede tener lugar en el contexto de las medidas provisionales comunes fijadas en los procesos de nulidad, separación o divorcio del art. 103 del C.c., o definitivas de los arts. 90.1, 91 y 92 del C.c., cuando existe resolución firme sobre el matrimonio anterior, o bien, en los supuestos de separación de hecho, las medidas de los arts. 156.5 o 159 del C.c. Pero ha de ser un incumplimiento grave, no basta el mero retraso en la devolución. Constituirá eximente la inmediata devolución o la comunicación por el padre de que tiene al menor o a la menor y su compromiso de proceder a la devolución en 24 horas. Y constituye atenuante la entrega en 15 días. El tiempo se computará desde la fecha de la denuncia.

Lo cierto es que, con la tipificación del secuestro internacional de los hijos menores como delito, cuando el padre marroquí traslada a sus hijos a Marruecos con la esperanza de que se consolide la situación que ha creado, encuentra ahora un obstáculo adicional: la persecución penal por tal delito dificultará poder proporcionarles un ambiente familiar adecuado. La pena impuesta permite solicitar la extradición, pudiendo requerirse la detención internacional como vía para iniciar un procedimiento de esta clase. Pero, si ello es válido a nivel general, ¿existe tal posibilidad con Marruecos? ¿Aceptará la autoridad marroquí que condenemos a quien es el absoluto titular de la patria potestad? ¿Extraditará a España al padre marroquí para que sea juzgado y cumpla la condena? La respuesta es negativa. Aunque existe un Convenio de extradición entre el Reino de España y el Reino de Marruecos firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997¹⁸, el art. 3 dispone que no se concederá la extradición de los propios nacionales. La condición de nacional se apreciará en el momento en que hubiere cometido el delito por el que se demanda la extradición. No obstante, la Parte requerida se compromete a proceder judicialmente, en la medida en que tenga competencia para juzgarlos, contra sus propios nacionales, si han cometido infracciones castigadas como delitos en ambos Estados. Pero en Marruecos no constituye delito la acción del padre ya que ni siquiera constituye desplazamiento ilícito en el ámbito civil.

IV. MEDIDAS A ADOPTAR ANTE LA INEFICACIA DEL CONVENIO

1. Planteamiento general

Decidir quién va a ostentar la guarda es, en definitiva, decidir con quien estarán mejor los hijos. Arbitrar un determinado régimen de visitas ha de hacerse en beneficio de aquellos. El interés del hijo o la hija menor es el principal criterio interpretativo para articular el ejercicio de su derecho de relación con ambos padres y, en concreto, el derecho a relacionarse con el progenitor con el que no convive en el país de residencia de este, en acatamiento de lo preceptuado en el art. 10. 2 del Convenio de los derechos del niño. Pero los órganos jurisdiccionales españoles tendrán que modular el régimen en función de la naturaleza del derecho. Y las circunstancias concretas de cada caso llevarán a valorar la distancia, los medios de transporte existentes, los medios económicos de los progenitores, la disponibilidad

¹⁸ BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997.

del progenitor para recibir a los hijos durante periodos más largos que sus propias vacaciones... A tal efecto, debe tener en cuenta los caracteres internacionales del supuesto. Y debe afirmarse que el análisis de muchas decisiones judiciales evidencia un importante cambio de perspectiva por parte de los magistrados españoles, en cuanto a la necesidad, no sólo de que los hijos mantengan contactos con ambos padres, sino que puedan relacionarse con el progenitor no conviviente en el país de la residencia de este. Atender, en definitiva, al derecho a la identidad cultural de los menores, elemento conformador del interés de aquellos. Concretar el régimen de visitas en función de la residencia actual o futura del progenitor en un país diferente supone, en última instancia, conseguir el efectivo ejercicio del derecho de relación transfronterizo. Pero la desconfianza es inevitable cuando la regulación de las relaciones familiares responde a diferencias de cultura entre los Estados implicados que pueden conllevar a que, ante un desplazamiento ilícito, no se proceda a la devolución de los hijos.

Ante esa desconfianza, el legislador español posibilita al órgano jurisdiccional que disponga como medidas provisionales, cuando exista un riesgo de sustracción, la prohibición de salida del territorio español, salvo autorización judicial previa; y la prohibición de expedición de pasaporte al menor o su retirada si ya lo posee (arts. 158.3 y 103 del C.c.). Sin embargo, cuando se trata de un menor o de una menor de nacionalidad marroquí, aún cuando pudieran ser también españoles, tendrán pasaporte marroquí y, por tanto, su retirada no será posible. Igualmente, la dificultad de control en la frontera respecto a un padre que acompaña a su hijo, y los mecanismos que serían necesarios para constatar que tiene prohibida la salida, conducen a afirmar que dichas medidas no tendrán demasiada eficacia.

Ciertamente, los órganos jurisdiccionales españoles, para evitar desplazamientos al extranjero, han retenido el pasaporte del progenitor, lo cual no es de recibo cuando este reside en el extranjero y atenta además a su derecho humano de salir del país. En la mayoría de las ocasiones suelen establecer tan sólo una prohibición general de desplazar al menor al extranjero, si bien en algunos casos se tiene en cuenta la necesidad de adoptar medidas concretas. A efectos del desarrollo del derecho de visitas en nuestro territorio, se plantea la necesidad de crear un Registro de custodias, requisito que comienzan a exigimos países como Australia; que nuestros jueces dicten la llamada orden espejo de los ingleses; concesión del *exequatur* con expeditivo cuando se establezca por la autoridad del Estado de origen como requisito previo al traslado del menor... estas medidas se discuten, se admiten o se rechazan en las negociaciones que, sobre esta materia, se están realizando en la actualidad en diversos foros internacionales. Constituye también medida preventiva, una vez dictada resolución al respecto, supeditar el ejercicio del derecho de visita en el país vecino, al reconocimiento de la resolución española. No obstante, y como ya se ha afirmado, esto resulta ineficaz porque denegarán tal reconocimiento sobre la base del orden público marroquí y, por tanto, no hay garantía de devolución de los hijos por esta vía. A estos efectos, el Convenio franco-argelino de 21 de junio de 1988 relativo a los matrimonios mixtos franco-argelinos, si bien supedita la entrega del niño o la niña a un procedimiento de *exequatur* en el otro país, rechaza descartar toda excepción de orden público vinculada a las diferencias de estatuto personal de los dos países, para no tomar en consideración más que el interés de los menores, que deben continuar conociendo a su padre y a su madre. La guarda deja de ser presentada como una prerrogativa de los padres para constituir un derecho del niño, el derecho a conservar las relaciones afectivas con su padre y su madre. Es sólo el interés de los

hijos el que se toma en cuenta, y no se podrá atender a disposiciones de las legislaciones de los dos países para justificar la entrada del orden público. Aquellos han nacido de un padre y una madre de culturas y religiones diferentes, y podría estimarse que su salud moral exige que conozca ambas. En otros términos, el juez que rechace el ejercicio de un derecho de visita transfronterizo deberá justificar su decisión sobre motivos distintos a la religión y a las diferencias de los derechos positivos de ambos países. Pero, aún loable el esfuerzo que supone este Tratado, y aún considerando que debería seguirse esa línea, su ámbito de aplicación sólo abarca los matrimonios mixtos, no cuando los dos sean argelinos. Y mucho nos tememos que, ante la posible negociación de un Tratado entre España y Marruecos del mismo corte, no se admitiría que entraran en su ámbito de aplicación los matrimonios en los que ambos son de nacionalidad marroquí.

La reducción de casos de sustracción de menores y, por ende, el logro de una cierta efectividad en el ejercicio de las relaciones personales cuando los padres residen en países diferentes, sólo puede conseguirse con una auténtica cooperación internacional, estableciendo unos principios comunes en torno al interés de los menores en un marco convencional que englobe los países de ambas civilizaciones. En el llamado proceso de Malta se ha abierto un diálogo entre los países miembros del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y los países de tradición islámica acerca de estos problemas. Ya se han realizado dos importantes encuentros y precisamente en la Declaración elaborada en la segunda reunión se plantea la necesidad de unificar las normas de competencia judicial internacional y de reconocimiento acerca de los derechos de custodia y de visita. Aunque se trate aún de los primeros pasos, aunque estas Declaraciones no sean vinculantes, sí pueden suponer una puesta en común que pueda llevar a una eficaz cooperación.

2. Delimitación territorial del derecho de visita

Ante situaciones en las cuales el derecho de visita ha de realizarse en un país distinto a donde se ejerce la guarda, el órgano jurisdiccional puede delimitar el ejercicio del derecho de visita al territorio del Estado donde el hijo o la hija residen, en nuestro caso al territorio español. Sin embargo, dado su reconocimiento como derecho, esta limitación deberá tener carácter excepcional y justificarse en hechos precisos. Y habría que preguntarse sobre la oportunidad de proceder a la adopción de una medida que restringe la libertad de desplazamiento de los niños en sus relaciones familiares, sobre todo cuando se trata de nacionales de Estados que han firmado un convenio. En efecto, el art. 1 del Tratado hispano-marroquí recoge entre sus objetivos: favorecer el libre ejercicio del derecho de visita en el territorio de ambos Estados y luchar contra los traslados ilícitos. Ello debe llevar en principio a la no delimitación geográfica del mismo, sobre todo cuando el art. 4,c) establece que la Autoridad Central adoptará o hará tomar cualquier medida apropiada para facilitar una solución amistosa, supervisar la entrega voluntaria del menor y el ejercicio del derecho de visita. Y el art. 13 se destina a regular la organización y protección del ejercicio del derecho de visita. Delimitar el derecho de visita va en contra de la lógica del sistema convencional, que reposa en la idea de que el niño se vincula a las dos familias, a los dos medios, eventualmente a las dos culturas, debiendo entenderse esa doble vinculación como enriquecedora y no como causa de daño. Pero es que existen serias dudas respecto a que el Acuerdo concertado

constituya un instrumento disuasorio del secuestro de los hijos e hijas menores por parte del padre.

Por ello, y siendo en principio mi opinión contraria a la delimitación territorial del ejercicio del derecho de visitas, ante la ineficacia del mecanismo convencional, y el peligro de no devolución, no puede censurarse a las autoridades judiciales españolas que, en más de una ocasión, limiten el ejercicio del derecho otorgado al padre marroquí, a quien su ordenamiento jurídico le concede *ex lege* la patria potestad, a nuestro territorio. Máxime cuando, como se ha mencionado, el Convenio establece que la Autoridad no estará obligada a ordenar la devolución cuando el menor sea nacional, exclusivamente del Estado requerido, y según la ley interna de ese Estado, el padre con el que se encuentra el menor sea el único titular de pleno derecho de la patria potestad (art. 8 c). Esta misma actitud se mantiene por las autoridades belgas y francesas cuyas resoluciones delimitan territorialmente el derecho de visita que debe ejercerse en un espacio vigilado.

No obstante, aún admitiendo tal medida, se plantean dificultades respecto al progenitor “visitante” en aras del derecho humano del menor a relacionarse con ambos padres y del propio derecho del progenitor a ver a su hijo por las dificultades con las que puede encontrarse a efectos de entrar y permanecer en España. En efecto, si es de nacionalidad española y reside en Marruecos o en cualquier otro país tiene derecho a entrar y circular libremente por nuestro territorio en virtud de lo preceptuado en el art. 19 de la Constitución Española. Pero, si es de nacionalidad marroquí, supuesto en el que estamos centrando nuestra atención, necesitará un visado de estancia¹⁹, para lo que tendrá que cumplir los requisitos establecidos en los arts. 25 a 29 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social²⁰. Evidentemente podrá acreditar el objeto del viaje –visitar a su hijo– y no debería de haber problemas en su concesión. Es factible solicitar un visado de estancia múltiple (art. 26.b), pero la necesidad de acreditar medios económicos suficientes, seguro médico, alojamiento, garantía de retorno..., y la amplia discrecionalidad de la autoridad consular, así como la lentitud del procedimiento y el coste económico que supone, pueden llevar a disuadir al padre de visitar a sus hijos en España. El legislador debería de haber arbitrado un mecanismo específico para estos supuestos y entiendo que debe autorizarse la entrada aunque no se cumplan escrupulosamente todos los requisitos. El derecho de los hijos a relacionarse con ambos padres no puede ser limitado salvo por orden público, salud pública o seguridad pública, conceptos jurídicos indeterminados que, como tales, deben ser interpretados con carácter absolutamente restrictivo.

3. Ratificación del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996

Una de las principales causas “jurídicas” del secuestro es el conocimiento a efectos de la atribución de los derechos de custodia y de visita por parte de los órganos jurisdic-

¹⁹ Los nacionales marroquíes necesitan visado de estancia por encontrarse el Reino de Marruecos incluido en el Anexo contenido en el Reglamento (CE) núm. 2317/95 del Consejo que determina los países terceros cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, modificado por los Reglamentos 574/99, de 12 de marzo y 539/2001, de 15 de marzo, modificado por los Reglamentos de 6 de marzo de 2003 y 2 de junio de 2005.

²⁰ Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, *BOE* núm. 6, de 7 de enero de 2005.

dicionales de los distintos Estados por foros diferentes, lo que ocasiona, en última instancia, sentencias contradictorias y promueve el secuestro al obtener el secuestrador un foro de amparo. El interés de los hijos menores, concretado en la permanencia con sus padres, en el derecho a vivir y a relacionarse con ellos, en caso de separación, al menos periódicamente, implica el efectivo ejercicio de los derechos de guarda y de visita cuando los padres viven en países diferentes y, para ello, han de adoptarse las medidas adecuadas contra los desplazamientos ilícitos. Una de estas medidas ha de ser la limitación de la competencia judicial internacional y la tipificación de la residencia habitual como foro prevalente, aunque no sea exclusivo, lo que exige también la admisión de la litispendencia. Asimismo, es preciso arbitrar un auténtico sistema de reconocimiento de decisiones judiciales que impida la proliferación de sentencias contradictorias. Y, en la actualidad, el art. 13 c) del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos admite el conocimiento por los órganos jurisdiccionales del Estado requerido cuando se haya denegado el reconocimiento o la ejecución de la resolución relativa a la custodia, lo que va a ser normal sobre la base del orden público marroquí en el caso que nos ocupa.

Pues bien el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad paterna y de medidas de protección de niños que ha sido firmado por Marruecos puede suponer un avance importante si España lo ratifica ya que, no solo incluye de manera expresa en su ámbito de aplicación los derechos de guarda y de visita, sino que arbitra normas específicas para los supuestos de secuestro internacional de menores²¹. Para ello ha sido necesario que la Unión Europea de su consentimiento, al tratarse de materia que ha regulado. A estos efectos hay que tener presente que, desde el 3 de abril de 2007, la Comunidad Europea es miembro de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado²².

El punto de partida es la consideración de que las autoridades de otro Estado contratante— el de la residencia habitual del menor con anterioridad al traslado— son en principio las mejores situadas para conocer de los derechos de guarda y de visita, y de los cambios que puedan producirse por modificación de las circunstancias. Y por ello el art. 7 contempla específicamente los supuestos de desplazamiento o retención ilícita a efectos de considerar en qué momento la autoridad de la nueva residencia tiene competencia judicial internacional. Para ello será necesario que: a) el progenitor titular del derecho de guarda ha consentido de manera expresa el desplazamiento; o b) consiente de manera tácita al no solicitar el retorno; o c) habiendo reclamado, la demanda ya ha sido examinada. En los dos últimos casos se requiere una permanencia de los menores en el Estado al que han sido trasladados por lo menos de un año y que se compruebe que se ha adaptado a su nuevo ambiente. Por ello, aunque no regula el secuestro de menores de manera directa, viene a llenar una laguna en el ámbito de la competencia judicial internacional. El mantenimiento de la competencia de las autoridades del Estado de procedencia es un arma disuasiva porque desaparece el foro de amparo. Máxime cuando, a tenor del art. 23.2

²¹ *Id.* Decisión del Consejo de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, *DOCE* núm. L 48, de 21 de febrero de 2003.

²² Decisión del Consejo 2006/719/CE, de 5 de octubre de 2006, *DOCE* L 297, de 26 de octubre de 2006.

a) el reconocimiento y la ejecución de la decisión judicial se subordina a que haya sido adoptada por una autoridad que resulte competente según las normas del Tratado. Y, a pesar de que surgirán dudas procedimentales y problemas interpretativos, debe considerarse un importante logro en el ámbito de la cooperación internacional.

De todos modos, como afirma A. Shapira²³, la experiencia del *kidnapping* es traumática por definición y causa un daño inevitable a los niños y niñas que lo sufren. Por eso deben utilizarse en todos y cada uno de los casos las medidas preventivas directas e indirectas. No hay soluciones fáciles –legales o de otro tipo–, para estos complejos dilemas. Y es ilusorio, y muchas veces inadecuado, resolver los problemas que se suscitan con simples reglas empíricas.

V BIBLIOGRAFÍA

- BORRAS RODRÍGUEZ, A.: “La protección del menor inmigrante y la cooperación en materia de custodia y derecho de visita y devolución de menores”, *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural*, (Cursos Internacionales de la Ciudad Autónoma de Melilla y la Universidad de Alcalá), Alcalá de Henares, Serv. pub. Universidad de Alcalá, 1999, pp. 237–261.
- FOGLETS, M^a C.; CARLIER, J.Y.: *Le Code marocain de la famille. Incidentes au regard du droit international privé en Europe*, Bruselas, Bruylant, 2005.
- GOSSELAIN, C.: “Enlèvement d’enfants et droit de visite transfrontière: Conventions bilaterales et États de tradition islamique”, <http://www.hch.net>.
- JAYME, E.: “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, tom. 251 (1995–1), pp. 185–186.
- MONEGER, F.: “La convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparés Franco–Algériens, de 21 de junio de 1988”, *Journal de Droit international*, vol. 116, 1989, pp. 41–62.
- MOYA ESCUDERO, M.; HOUDA ZEKRI: “Nuevo régimen bilateral de asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIX, 1997–2, pp. 369–377.
- MOYA ESCUDERO, M.: “Sustracción internacional de menores y derecho de relación Transfronterizo”, *Revista Jurídica La Ley*, 1998–1, pp. 1779 y ss.
- MOYA ESCUDERO, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998.
- RUIZ–ALMODÓVAR, C.: “Hacia un nuevo concepto de familia: principales cambios del nuevo Código marroquí de la familia”, *Sociedad civil, derechos humanos y democracia en Marruecos* (C. PÉREZ BELTRÁN ed.), Granada, Eirene, 2006.
- SHAPIRA, A.: “Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit international privé de La Haye*, tom. 214 (1989–II), pp. 127–250.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: “Reflexiones sobre los delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia”, *Tendencias actuales en el Derecho de familia*, ROCÍO LÓPEZ SAN LUIS; ANA MARÍA PÉREZ–VALLEJO (eds.), Almería, Universidad de Almería, pp. 155–176.

²³ A. Shapira, “Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases”, *Recueil des Cours*, 1989-II, t. 214, págs. 127-250, en espec., pág. 210.

13. DERECHO A ALIMENTOS DE LA MUJER MARROQUÍ EN ESPAÑA*

Andrés Rodríguez Benot*

SUMARIO: I. EL DERECHO A LA OBTENCIÓN DE ALIMENTOS. 1. El derecho a la obtención de alimentos, un derecho universal. 2. Contenido y titularidad del derecho a la obtención de alimentos. 3. La cooperación internacional para facilitar el derecho a la obtención de alimentos. II. ANTE QUÉ AUTORIDAD SOLICITAR EL DERECHO A LA OBTENCIÓN DE ALIMENTOS. 1. Instrumentos supraestatales vigentes en España para determinar la autoridad competente ante la que reclamar la obtención de alimentos. A) Parte deudora de los alimentos domiciliada en un país miembro de la UE. B) Parte deudora de los alimentos domiciliada en Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza. C) Alimentante residente en un Uruguay. 2. Determinación de la autoridad competente ante la que reclamar la obtención de alimentos a falta de instrumentos supraestatales vigentes en España. 3. Problemas comunes a la reclamación de alimentos. A) Modificación de la resolución judicial por la que se establece la cuantía de la pensión de alimentos. B) Fijación de los alimentos de mutuo acuerdo por los cónyuges. C) Adopción de medidas cautelares para la fijación de los alimentos. III. QUÉ ORDENAMIENTO DETERMINA EL DERECHO A LA OBTENCIÓN DE ALIMENTOS. 1. Instrumentos supraestatales vigentes en España para determinar el ordenamiento aplicable a una reclamación de alimentos. A) Instrumentos de carácter multilateral: la relevancia del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973. B) El Convenio con Uruguay de 4 de noviembre de 1987. 2. Determinación del ordenamiento aplicable a la reclamación de alimentos a falta de instrumentos supraestatales vigentes en España. V. CÓMO EJECUTAR EN UN ESTADO LOS ALIMENTOS RECONOCIDOS POR LA AUTORIDAD JUDICIAL DE OTRO ESTADO. 1. Instrumentos supraestatales vigentes en España para procurar la eficacia transfronteriza de las resoluciones en materia de alimentos. A) Instrumentos de carácter multilateral. a) Resolución que hubiera de producir eficacia respecto de un Estado miembro de la UE. b) Resolución que hubiera de producir eficacia respecto de Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza. c) Resolución que hubiera de producir eficacia respecto de países no miembros de la UE (Suriman, Australia y Turquía). B) Instrumentos de carácter bilateral (Israel, China, Bulgaria, Marruecos, Túnez y Uruguay). 2. Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia de alimentos a falta de instrumentos supraestatales. 3. Aspectos comunes al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de alimentos. VI. BIBLIOGRAFÍA.

* La presente investigación se enmarca en el Proyecto de Excelencia SEJ 820 "Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza", subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

** Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla).

I. EL DERECHO A LA OBTENCIÓN DE ALIMENTOS

1. El derecho a la obtención de alimentos, un derecho universal

Se entiende por derecho a la obtención de alimentos el derecho que tiene una persona denominada *alimentista* (acreedora de tales alimentos) a reclamar lo necesario para satisfacer sus necesidades vitales a otra persona llamada *alimentante* (deudora de los alimentos) con la que le une un vínculo de parentesco. En consecuencia, para el reconocimiento de este derecho por la autoridad competente se exigen tres requisitos previos:

- que la persona acreedora y la deudora de los alimentos se hallen vinculados por relación de parentesco o familia;
- que la persona acreedora de los alimentos se encuentre en estado de necesidad, de manera que no pueda proveer por sí misma a su sustento; y
- que la persona deudora de los alimentos tenga suficiente capacidad económica para proveer al sustento del alimentista sin detrimento propio.

La relevancia social y jurídica del derecho a la obtención de alimentos ha provocado su elevación al grado de derecho humano reconocido y protegido para todo ser humano más allá de las fronteras de cualquier Estado.

a) Así ocurre, en un plano genérico, con los artículos 25, apartado 1º, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966.

b) En el ámbito específico de los menores, el derecho a la obtención de alimentos deriva de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 y del artículo 27, apartado 4º, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989¹.

La presencia de algún elemento extranjero en una situación en la que una persona reclame alimentos a otra implica que la misma tendrá que resolverse desde la perspectiva del Derecho internacional privado. Ello resulta cada vez más frecuente en la sociedad globalizada y multicultural de nuestros días: en efecto, desde un punto de vista sociológico se incrementan los supuestos en que alimentista y alimentante tienen nacionalidades, residencias habituales o domicilios en países diferentes; lo cual conlleva la lógica complejidad jurídica a la hora de resolver las situaciones de esta naturaleza que se planteen así como en orden a procurar que la solución alcanzada sea reconocida en los países afectados².

Así las cosas, son tres los problemas esenciales que puede plantear la obtención de alimentos en Derecho internacional privado para una mujer marroquí domiciliada en España: la determinación de la autoridad ante la que pueden solicitarse (epígrafe II); la designación del ordenamiento nacional que vaya a regular la obtención de los

¹ Cuando el derecho a los alimentos se reclame ante una autoridad española, todos estos instrumentos internacionales gozan de una peculiar importancia en virtud de lo dispuesto en el artículo 10, apartado 2º, de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE).

² En el supuesto de las relaciones familiares hispano-marroquíes, la presencia de más de 576.000 residentes marroquíes en situación regular en nuestro país (cifra a 1 de enero de 2007) supone un *plus* respecto de la frecuencia con la que se recurre a esta institución; en la Comunidad Autónoma de Andalucía, la población marroquí en situación regular –con una cifra superior a las 78.000 personas– es la más numerosa de entre las de procedencia extranjera.

alimentos (epígrafe III); y la eficacia de la resolución sobre alimentos más allá del Estado al que pertenece la autoridad que los haya concedido (epígrafe IV).

Para resolver los problemas indicados, los legisladores, las autoridades y los particulares han de tener presente que el interés de la persona más débil –y digna, en consecuencia, de mayor protección– ha de ser el norte en sus respectivas actuaciones, siendo dicha persona la alimentista o acreedora de los alimentos. En el seno de nuestro ordenamiento, esta exigencia deriva directamente del mandato contenido en el artículo 39 de la CE, que dedica un precepto *ad hoc* a las obligaciones de los padres y las madres respecto de los hijos e hijas: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda” (apartado 3º).

2. Contenido y titularidad del derecho a la obtención de alimentos

La institución de los alimentos no posee el mismo contenido ni significado en todos los ordenamientos jurídicos ni en todos los textos supraestatales que los disciplinan (*infra*). Así, por ejemplo, en el plano interno, tal institución es objeto de reglamentación, en el ordenamiento marroquí, en el Título III (artículos 187 a 205) del Libro Tercero del nuevo Código de Familia o *Mudawana* (en adelante CFM) aprobado por el *Dahir* de 3 de febrero de 2004³ y, en el ordenamiento español, en el Título VI (artículos 142 a 153) del Libro I del Código Civil (en adelante C.c.), cuya redacción fue modificada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

a) En lo que atañe al contenido de la institución, en el ordenamiento marroquí se parte de la base de que la pensión alimenticia incluye los alimentos, la vestimenta, la atención médica y cualesquiera gastos habitualmente indispensables, así como la educación del menor (art. 189 CFM). En el ordenamiento español se entiende por alimentos lo indispensable para el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica; asimismo se comprenden en los alimentos la educación e instrucción de la persona alimentista mientras sea menor de edad (y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable), del mismo modo que también se consideran alimentos los gastos de embarazo y parto siempre que no estén cubiertos de otro modo (art. 142 C.c.)⁴.

b) En lo que se refiere a las personas obligadas a la prestación de alimentos, el ordenamiento marroquí establece en el CFM que la obligación de manutención es consecuencia del matrimonio, de la paternidad y del compromiso (art. 187), de manera que deberán atender a esta necesidad el esposo para con la esposa (arts. 194

³ La traducción utilizada es la elaborada para el Proyecto ADL para el Fortalecimiento y Modernización de la Justicia de Marruecos 2005–2008 (www.proyectoadl.com). Téngase presente que Marruecos es un Estado plurilegislativo de base personal, pues los nacionales marroquíes de confesión judía, a diferencia del resto de compatriotas, se someten al estatuto personal hebraico marroquí (art. 2, párrafo 2º, CFM).

⁴ A diferencia de lo dispuesto en algunos instrumentos supraestatales y en determinados ordenamientos nacionales, el C.c. español no incluye en el concepto de alimentos la llamada ‘pensión compensatoria’ que se deben los cónyuges entre sí como consecuencia del desequilibrio económico derivado de una separación o de un divorcio y por cuya virtud uno de los cónyuges vería empeorada su situación económica respecto de la que tenía antes de dicha separación o divorcio; esta otra pensión, que podrá ser periódica –de duración temporal o indefinida– o única, será determinada bien en el convenio regulador de la separación o del divorcio bien en la sentencia correspondiente (art. 97 C.c.).

a 196), los padres respecto de los hijos (arts. 198 a 202) y los hijos para con los padres (arts. 203 y 204). En el ordenamiento español están obligados recíprocamente a darse alimentos los cónyuges así como los ascendientes y los descendientes; los hermanos sólo se deben los auxilios alimenticios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen parar su educación (art. 143 C.c.).

Estas referencias ponen de manifiesto una coincidencia básica entre ambos sistemas jurídicos a la vez que algunas diferencias formales y materiales en la consideración de la institución de los alimentos. En la práctica, si una mujer marroquí reclama su derecho a los alimentos ante las autoridades españolas, de no existir instrumento estatal que vincule a España y a Marruecos en este punto (cuestión que se tratará más adelante), la calificación de qué se entiende por ‘alimentos’ se hará conforme a lo establecido por el ordenamiento español en los términos que acabamos de analizar; ahora bien, será el Derecho que resulte aplicable al fondo de la reclamación –sea el mismo ordenamiento español como *lex fori*, sea un ordenamiento extranjero– el que determine a la concreción del orden en que deben reclamarse los alimentos a las personas obligadas a prestarlos, a la determinación de la cuantía de los alimentos así como a su modificación en función de la evolución de las circunstancias, a la fijación de la forma y periodicidad de su abono, a las causas del cese de la obligación de prestar alimentos, etc. Del mismo modo, si la mujer marroquí presentase la reclamación de alimentos ante los órganos judiciales del Reino vecino, éstas resolverían calificando o interpretando todos los citados aspectos de la obligación de alimentos conforme a lo dispuesto en el CFM y disposiciones de desarrollo.

En las reclamaciones transnacionales de alimentos provocadas por crisis matrimoniales o de parejas el derecho a los alimentos corresponde usualmente no ya a uno de los cónyuges o miembros de la pareja frente al otro, sino también a los hijos comunes. En el caso frecuente de que éstos sean menores de edad (lo cual se acredita conforme al ordenamiento de su nacionalidad, según disponen comúnmente los sistemas marroquí y español de Derecho internacional privado, artículo 9, apartado 1º del C.c. y artículo 3 del *Dahir* de 12 de agosto de 1913), la representación de los mismos corresponde al padre y/o a la madre en los términos establecidos por el ordenamiento aplicable a las relaciones paterno-filiales; y ello por cuanto la representación legal de los hijos y de las hijas forma parte del contenido jurídico de éstas (a lo que se aplica, de nuevo, la ley personal del hijo o de la hija, pues así lo establece *ex professo* en nuestro sistema de Derecho internacional privado el artículo 9, apartado 4º, del C.c.). En el caso de que una resolución judicial hubiese articulado los derechos de representación, custodia y visita de los hijos y de las hijas comunes como consecuencia de un proceso de separación o de divorcio, será el cónyuge a quien se haya atribuido aquélla el facultado para reclamar al otro cónyuge los oportunos alimentos que correspondan a los hijos y a las hijas menores comunes.

3. La cooperación internacional para facilitar el derecho a la obtención de alimentos

La multiplicación de casos de prestación de alimentos transfronterizos ha dado pie a una activa y progresiva intervención de los Estados implicados a fin de regular esta situación para prevenir y evitar conductas ilícitas en general así como con el

objetivo específico de salvaguardar el interés de los alimentistas, siendo la cooperación internacional la vía más indicada para alcanzar ambos móviles.

La citada cooperación se instrumenta a través de la elaboración y aplicación de Convenios internacionales, en los que cabe abordar cuestiones relativas a la fijación de la competencia de las autoridades –judiciales o administrativas– que deciden sobre la prestación de alimentos; a la cooperación y asistencia entre ellas; a la determinación del ordenamiento aplicable al fondo de las reclamaciones; o al reconocimiento de los efectos de las resoluciones sobre alimentos de unos países en otros. En la práctica son diversos los instrumentos internacionales en vigor en España para facilitar la prestación de alimentos de los que podría beneficiarse una inmigrante marroquí domiciliada en nuestro país y que iremos abordando en los respectivos apartados de este trabajo. En este punto nos vamos a limitar a analizar los Convenios relativos a la cooperación propiamente dicha y a la asistencia entre autoridades estatales.

1º) De ámbito universal. España y Marruecos son parte en el Convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero, hecho el 20 de junio de 1956 en Nueva York bajo el auspicio de la Naciones Unidas⁵. El Convenio tiene por finalidad facilitar a una persona que se encuentra en el territorio de un Estado parte (por ejemplo una nacional marroquí domiciliada en España) la obtención de alimentos que pretende tener derecho a recibir de otra persona que se halle en otro país contratante (por ejemplo su *ex* esposo domiciliado en Marruecos o en cualquier otro país al que se aplique el Convenio)⁶. Dicha finalidad se procura mediante la cooperación de los servicios prestados por organismos denominados “autoridades remitentes” (en el Estado en que se encuentre la persona demandante de alimentos) e “instituciones intermediarias” (en el país en que se halle la persona demandada para prestar alimentos); en nuestro Reino una y otra función vienen ejercidas por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia⁷.

Es importante señalar que las normas del Convenio de 1956 se aplican con independencia de la nacionalidad de alimentista y alimentante, pues desde un punto de vista subjetivo sólo se requiere que ambas partes se encuentren en el territorio de dos de los Estados contratantes (el artículo 1 del mismo utiliza, por ejemplo, la expresión anglosajona estar ‘sujeto a la jurisdicción’ de uno de esos Estados). Precisamente esta peculiaridad cubre los supuestos en que la parte obligada a prestar alimentos se traslada a otro país para evitar tener que pagar éstos; piénsese, por ejemplo, en el caso del matrimonio de marroquíes residentes en España en el que, ante una crisis, el esposo se establece en Marruecos para evadir la obligación respecto de su esposa.

El Convenio de Nueva York se erige sobre la base de la representación que la persona reclamante de los alimentos (por ejemplo una nacional marroquí domiciliada en España) puede conferir a la autoridad intermediaria de cualquier otro Estado parte en el Convenio en el que se encuentre la persona a la que se reclaman

⁵ Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* (en lo sucesivo *BOE*) núm. 281, de 24 de noviembre 1966. Además de a los dos Reinos, el Convenio se aplica a otros sesenta y seis países de los más variados sistemas políticos, jurídicos y económicos, lo que da muestra de su exitosa aplicación.

⁶ Este instrumento no aborda directamente las cuestiones relativas al ordenamiento aplicable a la reclamación de alimentos ni al reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre los mismos.

⁷ Ubicada en la calle de San Bernardo núm. 62, 28015–Madrid. La página web es www.mju.es y el teléfono de atención a la ciudadanía el 902 00 72 14.

los alimentos (por ejemplo su *ex* esposo). Esta autoridad goza de una notable amplitud y flexibilidad en sus facultades para lograr la exitosa obtención de alimentos transfronterizos (art. 6, apartado 1º); así, tomará todas las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos (inclusive por medio de transacción) y podrá, en caso necesario, ejercitar y proseguir una acción judicial de reclamación de alimentos, así como hacer ejecutar cualquier sentencia, decisión u otro acto judicial extranjeros sobre alimentos.

La práctica en la aplicación de este instrumento por parte de las autoridades españolas testifica que la riqueza de posibilidades que el mismo ofrece ha venido siendo infrutilizada; hasta fechas recientes, ante una reclamación de alimentos realizada en España con base en una decisión extranjera, nuestras autoridades no han solido acudir al trámite del exequátur (la vía más sencilla y rápida que permite el Convenio de Nueva York de 1956), sino que han acostumbrado a iniciar una nueva acción de alimentos en nuestro país conforme a lo establecido en el artículo 6, apartado 3º, del mismo⁸; en esta línea podría citarse una abundante jurisprudencia menor o, más recientemente, del propio Tribunal Supremo. La única justificación de esta actitud podría hallarse en los supuestos en que el éxito del exequátur pudiera ser dudoso o en que no existiera sentencia extranjera al respecto.

2º) En el ámbito regional de la Unión Europea (en adelante UE) no existe un instrumento supraestatal que regule la cooperación entre autoridades nacionales de los Estados comunitarios para facilitar el cumplimiento de las obligaciones de alimentos entre parientes, pues el Convenio sobre simplificación de procedimientos para el cobro de las prestaciones alimenticias, hecho en Roma el 6 de noviembre de 1990, nunca llegó a entrar en vigor. No obstante, la entrada en vigor el 1 de mayo de 1999 del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 provocó un impulso en el espacio judicial europeo para la elaboración y promulgación de distintos instrumentos en materia de cooperación judicial en materia civil, lo que ha afectado a los alimentos. En concreto la Comisión Europea adoptó en 2004 un Libro verde sobre las obligaciones alimentarias⁹, que debería dar pie a la adopción de reglas concretas en esta materia en un futuro no muy lejano que beneficiarán a las mujeres inmigrantes marroquíes sufridoras de crisis de pareja.

Dicho texto parte del hecho de que las reclamaciones de alimentos afectan directamente a la vida diaria de las personas que residen en la UE, pues se considera esencial el cobro efectivo de las deudas para el bienestar de los ciudadanos y las ciudadanas. Tal cobro, a veces, viene dificultado desde un punto de vista procesal por el atraso en el abono de las pensiones y más concretamente, como apunta el citado Libro verde sobre obligaciones alimentarias de 2004, por una eventual prescripción de la acción de cobro de las pensiones devengadas conforme al ordenamiento del Estado requerido. Desde una perspectiva subjetiva otra dificultad se ha suscitado en

⁸ Hasta hace un tiempo ha venido actuando en España el Ministerio Fiscal a estos efectos, si bien desde la Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 5 de marzo de 2004 y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 2003), que modificó el artículo 9 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas (*BOE* núm. 285, de 28 de noviembre de 1997), la utilización de los mecanismos precisos para lograr la efectividad de los alimentos en el marco del Convenio de 1956 corresponde a la propia persona interesada o en su caso a la Abogacía del Estado en representación del Ministerio de Justicia.

⁹ Documento COM (2004) 254 final, de 15 de abril de 2004.

relación con las personas respecto de las que se predica la figura, esto es, en relación con la definición de “parientes” y ello por cuanto el citado Libro verde plantea la eventual inclusión en ella de las parejas de hecho, institución que adquiere cada vez mayor relieve. Lo cierto es que las soluciones futuras que apunta este texto se asientan sobre la base de un refuerzo de la cooperación entre autoridades de los Estados de la UE, que tendrían amplias competencias en la materia.

Para desarrollar estas previsiones, la Comisión Europea presentó en 2005 una ambiciosa propuesta de Reglamento relativo a la competencia, a la ley aplicable, al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones, así como a la cooperación en materia de obligaciones de alimentos que actualmente se halla en fase de estudio con vistas a su promulgación¹⁰. El futuro texto implicará que, con independencia de su nacionalidad, los ciudadanos y ciudadanas residentes en un Estado de la UE (por ejemplo, una mujer marroquí en España) puedan acogerse a sus reglas para ver facilitado el derecho a la obtención de alimentos en el espacio judicial comunitario.

3º) En el plano bilateral, no hay instrumento supraestatal que vincule a Marruecos y a España en el ámbito de la cooperación de autoridades en materia de alimentos. El único que existe es el Convenio con Uruguay sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987¹¹, concluido en razón de las históricas relaciones de migración existentes entre los dos países y que en realidad aborda en sus catorce artículos cuestiones más amplias que las reseñadas en su rúbrica. Entre ellas se encuentra lo que denomina “cooperación jurídica”¹², cuya regulación se remite al Convenio que sobre esa materia rubricaron España y Uruguay en la misma fecha (que, por cierto, excluye de su ámbito de aplicación material las obligaciones alimenticias respecto a menores en su artículo 1, letra b)¹³. En cualquier caso la aplicación del Convenio hispano-uruguayo de 1987 al supuesto de análisis en este capítulo (mujer marroquí domiciliada en España que reclama alimentos) supone que sólo lo sería cuando la persona alimentante (por ejemplo su *ex* marido), cualquiera que fuese su nacionalidad, tuviera su residencia habitual en Uruguay.

II. ANTE QUÉ AUTORIDAD SOLICITAR EL DERECHO A LA OBTENCIÓN DE ALIMENTOS

Expuestos los elementos esenciales del derecho a la obtención de alimentos y la importancia de la cooperación internacional en los supuestos que afecten a dos o más Estados, el primer interrogante que debe abordar una mujer marroquí domiciliada en España que desee ejercer su derecho a obtener alimentos de otra persona es ante qué autoridad estatal hacerlo. Para la determinación de tal autoridad, el sistema español de Derecho internacional privado contiene diferentes soluciones, en función de consideraciones geográficas y jurídicas, que se articulan en torno a la existencia o no de instrumentos supraestatales que vinculen a nuestro Reino con

¹⁰ Documento COM (2005) 649 final, de 15 de diciembre de 2005.

¹¹ BOE núm. 31, de 5 de febrero de 1992.

¹² Art. 9: libramiento y tramitación de las cartas rogatorias, así como reconocimiento y ejecución de las decisiones y transacciones judiciales de fijación de alimentos.

¹³ BOE núm. 103, de 30 de abril de 1998.

otros países. En consecuencia, la inmigrante marroquí domiciliada en España debe, en primer término, verificar si su situación ha de ser regulada por algún instrumento supraestatal para, seguidamente, acudir a la solución ofrecida por nuestro sistema de Derecho internacional privado en ausencia de tales instrumentos.

1. Instrumentos supraestatales vigentes en España para determinar la autoridad competente ante la que reclamar la obtención de alimentos

La mujer marroquí que desee reclamar alimentos a un pariente (por ejemplo, el *ex* marido o el marido del que se halle separada) puede hacerlo ante las autoridades nacionales señaladas a continuación conforme a los diferentes instrumentos supraestatales en vigor para España.

A) Parte deudora de los alimentos domiciliada en un país miembro de la UE

Si la inmigrante marroquí domiciliada en España deseara reclamar alimentos a una persona domiciliada en veinticinco Estados miembros de la UE, debería acogerse a lo establecido en el Reglamento comunitario 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁴. Es importante reseñar que este instrumento se aplica con independencia de la nacionalidad de la persona demandante o de la demandada (arts. 2 a 4), pues el criterio clave es el domicilio en la UE de la persona demandada; a su vez, para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro ante cuyos tribunales se presente una reclamación de alimentos, tales tribunales aplicarán el ordenamiento interno de dicho Estado (en España, el artículo 40 del C.c. establece que, a efectos civiles, una persona se considera domiciliada donde resida habitualmente).

Pese a tratarse de una materia propia del Derecho de familia, los alimentos entre parientes fueron incluidos en su momento en el ámbito de aplicación sustantivo de un instrumento procesal referido al Derecho patrimonial como era el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 –antecedente del Reglamento 44/2001 y sustituido por éste– por el contenido económico de este tipo de obligación, así como por la previa labor de codificación que en este campo había acometido la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. En la interpretación de dicho Convenio el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ofrecido una definición de alimentos entre esposos autónoma (esto es, propia y común para el ámbito comunitario) en su sentencia en el asunto C-220/95, *A. Van den Boogard*

¹⁴ Publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (en adelante *DOCE*) núm. L 12, de 16 de enero de 2001; las modificaciones posteriores del mismo han sido publicadas en el *DOCE* núm. L 176, de 5 de julio de 2002, en el *DOCE* núm. L 225, de 22 de agosto de 2002 y en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (en lo sucesivo *DOUE*) núm. L 236, de 23 de septiembre de 2003. Dichos Estados son Alemania, Austria, Bélgica, Chequia, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido (incluyendo Gibraltar) y Suecia. Queda aún pendiente la incorporación a este instrumento de Bulgaria y Rumanía conforme al compromiso adquirido en las respectivas actas de adhesión a las Comunidades Europeas.

c. *P. Laumen*, de 27 de febrero de 1997, donde estableció que “una resolución, dictada en el contexto de un proceso de divorcio, por la que se ordena el pago de una cantidad global, así como la transmisión de la propiedad de determinados bienes de uno de los esposos a favor de su ex cónyuge, hace referencia a obligaciones alimentarias (...), en la medida en que tenga por objeto garantizar la manutención de dicho ex cónyuge”.

Como consecuencia de la orientación jurisprudencial iniciada por esta y otras sentencias del Tribunal de Luxemburgo, en el marco del Reglamento 44/2001 se consideran ‘alimentos’ una amplia gama de prestaciones, todas ellas con la característica común de tener por objetivo que una persona con medios económicos atienda a las necesidades de otra persona sin recursos con la que le une un vínculo de parentesco, con independencia de la denominación jurídica con la que sean conocidas tales prestaciones por los distintos ordenamientos nacionales: cargas matrimoniales, deber de manutención, alimentos e incluso la pensión entre ex cónyuges (que, en algunos sistemas jurídicos estatales no tiene naturaleza alimenticia sino compensatoria, como ya se ha explicado que ocurre en el español según el artículo 97 del C.c.).

Conforme a lo establecido en el Reglamento 44/2001, la persona reclamante de los alimentos puede presentar su reclamación ante las autoridades judiciales de los países que se indican¹⁵.

1º País del domicilio o de la residencia habitual de la persona acreedora de los alimentos (art. 5, apartado 2º, primera parte)¹⁶. Por consiguiente, la mujer marroquí domiciliada o residente en España podría reclamar alimentos a un pariente domiciliado en uno de los Estados vinculados por el Reglamento (por ejemplo en Francia) ante los órganos judiciales españoles. La competencia territorial interna de éstos viene determinada en el apartado 3º del artículo 769 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) del siguiente modo en relación con los hijos menores: “*En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor*”.

El beneficio procesal que esta regla proporciona al alimentista o demandante de los alimentos se explica por cuanto en teoría se considera que ocupa una posición jurídicamente más débil que la del alimentante, lo que exige que el legislador intervenga para reequilibrar sus relaciones¹⁷. Así, la mujer marroquí domiciliada en una

¹⁵ Para conocer ante qué órganos judiciales concretos debe presentarse la demanda de reclamación de alimentos puede consultarse el Atlas Judicial Europeo en la página http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_es.htm.

¹⁶ En el plano teórico, la residencia habitual es un concepto diferente al domicilio por cuanto incorpora un sentido más flexible y realista al hacer referencia al medio o ámbito geográfico en que una persona efectivamente desarrolla su vida. En la práctica nuestro ordenamiento las equipara (recuérdese el art. 40 C.c.).

¹⁷ Ello explica asimismo que el único beneficiario de este foro procesal sea la persona física acreedora de los alimentos (la mujer marroquí para sí misma o para sus hijos e hijas si ostenta su representación); en otros términos, las entidades públicas que, en algunos Estados, abonan los alimentos a dicha persona ante el incumplimiento de su obligación por la deudora de los mismos no pueden aprovechar este criterio de competencia judicial internacional para reclamarle el reembolso de lo abonado sino que han de

ciudad española no tendría que demandar forzosamente a su *ex* marido ante los órganos judiciales del Estado en que estuviera domiciliado (por ejemplo Francia), permitiéndosele una mayor cercanía al desarrollo del proceso (y, por tanto, un menor coste), el presunto conocimiento de la lengua utilizada en el mismo, la mayor facilidad de búsqueda de representantes legales (abogado y procurador en su caso), etc.

El inconveniente de utilizar esta regla procesal estribaría en el hecho de que la sentencia eventualmente condenatoria que dictara el órgano judicial español competente debería ser ejecutada en Francia para hacer efectivo el abono de los alimentos, con los inconvenientes que ello podría provocar; no obstante, el propio Reglamento 44/2001 facilita dicha ejecución como tendremos ocasión de comprobar.

2º) País del domicilio del deudor de los alimentos (art. 2, apartado 1º). Ello significa que la mujer marroquí domiciliada en España podría reclamar alimentos a un pariente domiciliado en uno de los Estados vinculados por el Reglamento 44/2001 ante los órganos judiciales del Estado en el que, en concreto, estuviese domiciliado dicho pariente (por ejemplo en Francia); la competencia territorial interna de dichos órganos se regularía por la normativa procesal propia de cada Estado, pudiendo obtenerse información de la misma en el ya citado Atlas Judicial Europeo.

La principal ventaja de decantarse por esta opción consistiría en el hecho de que en el supuesto en el que, por ejemplo, los órganos judiciales franceses condenaran al *ex* marido de la mujer marroquí al abono de los alimentos no sería preciso solicitar la ejecución extraterritorial de la resolución judicial francesa, pues ésta sería plenamente eficaz en territorio francés sobre los bienes y haberes que tuviese el condenado en tal país. En cambio el inconveniente primordial de esta posibilidad procesal se referiría al hecho de que la demandante marroquí domiciliada en España tendría que litigar ante los tribunales de otro país, en otra lengua, conforme a un sistema jurídico que le resulta ajeno, mediante representantes legales extranjeros, etc.

3º) País señalado por el sistema de Derecho internacional privado del Estado cuyos órganos judiciales estuvieran conociendo de una acción relativa al estado civil (art. 5, apartado 2º, segunda parte), como podría ser por ejemplo una acción de divorcio o una acción de reclamación de la filiación. Si un órgano judicial de uno de los Estados de la UE indicados (por ejemplo Francia) estuviera conociendo de una acción de tal naturaleza y se demandaran incidentalmente alimentos, conocerían de esta nueva reclamación los órganos judiciales del Estado señalados como competentes por la legislación procesal francesa, siempre que dicha competencia no se basara exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes. Esta compleja regla se justifica ante la circunstancia de que en los procesos en materia de familia (divorcio, filiación) puedan suscitarse nuevas reclamaciones no planteadas inicialmente (por ejemplo de obtención de alimentos), lográndose así, en aras de la economía procesal, una concentración de litigios que evitaría la dispersión internacional del pleito.

hacerlo conforme a otros criterios admitidos por el Reglamento 44/2001. En España, el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos (*BOE* núm. 299, de 14 de diciembre de 2007) pretende garantizar unos mínimos en el cobro de las pensiones alimenticias de los hijos menores acordadas por resolución judicial con ocasión de los procesos matrimoniales de separación, divorcio o nulidad, de los procesos de filiación o de los de alimentos, incrementando así el actual cuadro de medidas de protección familiar.

4º) Cualquier otro país de un Estado de la UE a elección del acreedor y del deudor de los alimentos, esto es, mediante la denominada sumisión de ambas partes a los órganos judiciales de dicho país. La sumisión a la que nos referimos puede ser de dos tipos y prevalece sobre cualesquiera de los criterios que hemos analizado en los números 1º a 3º.

a) Expresa (art. 23 Reglamento 44/2001). La parte alimentista y la alimentante –siempre que al menos uno de ellas estuviera domiciliada en un Estado miembro de la UE parte en el Reglamento– deberían acordar por escrito o verbalmente con confirmación escrita que los órganos judiciales o un concreto órgano judicial de uno de dichos Estados serían competentes –en principio con carácter exclusivo, salvo pacto en contrario– para conocer del litigio surgido o que pudiera surgir de la obligación alimenticia existente entre ellas¹⁸. A modo de ejemplo, la mujer marroquí domiciliada en España podría haber pactado tras la crisis matrimonial con su marido domiciliado en Marruecos que serían competentes para fijar la pensión alimenticia los órganos judiciales de Lyon (Francia), ciudad en la que residieron como matrimonio años atrás, por considerarlo un foro más conveniente para ellos; en cualquier caso, este precepto no requiere la necesidad de vinculación alguna del litigio con el Estado cuyos órganos judiciales vayan a conocer del mismo.

b) Tácita (art. 24 Reglamento 44/2001). La parte alimentista podría demandar a la alimentante ante los órganos judiciales de cualquier Estado miembro de la UE –aun existiendo un acuerdo expreso de sumisión a los de otro Estado miembro de la UE–, de manera que si la parte alimentante compareciera y no se limitara en tal comparecencia a impugnar la competencia de dichos órganos judiciales se entendería que tácitamente habría consentido que los mismos conocieran del litigio relativo a los alimentos¹⁹. A modo de ejemplo, la mujer marroquí domiciliada en España podría demandar a su *ex* marido domiciliado en Francia ante los órganos judiciales de Amberes (Bélgica), ciudad en la que residieron como matrimonio años atrás, por considerarlo un foro más conveniente para ella; si el demandado compareciera ante el órgano judicial de Amberes y contestara a la demanda de la esposa en cuanto al fondo, se consideraría que habría aceptado que tal órgano judicial fuese el competente para dirimir la cuestión.

B) Parte deudora de los alimentos domiciliada en Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza

Si la mujer marroquí domiciliada en España deseara reclamar alimentos a una persona domiciliada en Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza debería acogerse

¹⁸ Dicho acuerdo podría articularse mediante un documento público o privado firmado por ambas partes o a través de un intercambio de documentos (ejemplo, cartas), siendo válida a estos efectos toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcionen un registro duradero del acuerdo (así, el correo electrónico), según dispone el apartado 2º del aludido artículo 23 del Reglamento 44/2001. Excepción hecha de cuestiones tales como la validez de la emisión de los consentimientos de las partes, el resto de requisitos formales y sustanciales de los acuerdos de elección de foro, así como sus efectos, se disciplinan en el citado artículo 23.

¹⁹ Este precepto del Reglamento 44/2001, además, reconoce competencia internacional a los órganos judiciales de los países comunitarios aun cuando ninguna de las partes (alimentista y alimentante) estén domiciliadas en ninguno de ellos; de ahí la relevancia práctica y versatilidad de este criterio de competencia judicial internacional.

a lo establecido en el Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988²⁰. Este texto tomó como modelo el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, hecho sobre la misma materia entre los países miembros de la UE, cuyas principios fundamentales acoge y cuyas disposiciones reproduce sustancialmente (incluyendo su aplicabilidad con independencia de la nacionalidad de la persona demandada, pues la condición para la misma es el domicilio de ésta en el territorio de uno de los Estados citados).

Dado que el Convenio de Bruselas se halla asimismo en el origen del antes analizado Reglamento 44/2001, las consideraciones realizadas respecto de éste deben ser reproducidas, *mutatis mutandis*, en relación con el Convenio de Lugano. Por consiguiente, los órganos judiciales de los países parte en éste serían competentes para conocer de una reclamación de alimentos presentada por la persona acreedora de éstos conforme a los mismos foros procesales antes analizados: domicilio o de la residencia habitual de la parte acreedora de los alimentos (art. 5, apartado 2º, primera parte); domicilio de la parte deudora de los alimentos (art. 2, apartado 1º); país señalado por el ordenamiento del Estado cuyos órganos judiciales estuvieran conociendo de una acción relativa al estado civil (art. 5, apartado 2º, segunda parte); sumisión expresa (art. 17); y sumisión tácita (art. 18).

C) Alimentante residente en un Uruguay

En un plano estrictamente bilateral, España y Uruguay son parte en el ya citado Convenio sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987. El mismo erige su regulación de la competencia judicial internacional, respecto de las relaciones entre los dos países, sobre la base de una serie de criterios que favorecen al menor reclamante de los alimentos, el cual puede presentar la demanda, a su elección, ante los órganos judiciales del Estado (art. 7, párrafo 1º) de la residencia habitual del menor (letra a), de la residencia habitual del deudor (letra b) y donde el deudor tuviere bienes o ingresos (letra c). A modo de ejemplo, una mujer marroquí residente en España podría reclamar ante los órganos judiciales españoles o uruguayos –a su elección– a su *ex* marido residente en Uruguay los alimentos que correspondieran a una hija común cumpliéndose los requisitos procesales expuestos.

2. Determinación de la autoridad competente ante la que reclamar la obtención de alimentos a falta de instrumentos supraestatales vigentes en España

No resultando aplicable ninguno de los instrumentos supraestatales reseñados hasta el momento que vinculan a España con otros países, una mujer marroquí podría reclamar alimentos ante los órganos judiciales españoles en los siguientes casos previstos en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ).

²⁰ Publicado en el *BOE* núm. 251, de 20 de octubre de 1994. Este instrumento supraestatal vincula a Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza.

1º) Si la persona acreedora de los alimentos (en nuestro planteamiento, la mujer marroquí) residiera habitualmente en España, según el artículo 22, apartado 3º; resulta en este punto irrelevante la nacionalidad y el país del domicilio de la persona deudora de los alimentos²¹. En este supuesto, a modo de ejemplo, la mujer marroquí residente habitualmente en nuestro país podría reclamar alimentos ante los órganos judiciales españoles a un *ex* marido español domiciliado en Marruecos, a un *ex* marido marroquí domiciliado en Estados Unidos, etc.

2º) Si alimentista y alimentante se sometiesen expresamente a los órganos judiciales españoles conforme a lo dispuesto en el artículo 22, apartado 2º; en este supuesto resulta irrelevante la nacionalidad de tales personas y el país de su domicilio²². Al carecer la LOPJ de reglamentación de los requisitos de validez formal y sustancial de los acuerdos de elección de foro, habrá que estar analógicamente a lo establecido sobre el particular en el artículo 23 del Reglamento 44/2001. A modo de ejemplo, una mujer marroquí domiciliada en Marruecos podría haber pactado con su *ex* marido domiciliado en Túnez que serían competentes para fijar la pensión alimenticia los órganos judiciales españoles por considerarlo un foro más conveniente para ellos (*v.gr.*, porque ambos quisieran en un futuro trasladar su residencia habitual a España). No debe olvidarse que la reglamentación consagrada por la LOPJ lo es con carácter unilateral, esto es, para los supuestos en que el legislador español ha considerado que sería conveniente y lógico que conocieran los órganos judiciales patrios. Ello podría implicar que el Estado en que debiera producir efectos la resolución dictada por éstos (pensemos en Marruecos por hallarse allí domiciliada la persona condenada al abono de los alimentos) podría negarse a reconocer y ejecutar aquélla por considerar que el criterio de competencia internacional por el cual hubieran conocido dichos órganos no sería admisible en el Estado requerido, provocándose de esta manera una situación claudicante (es decir, válida para uno de los Estados concernidos pero nula o inexistente para el otro). La solución a estos inconvenientes pasa por la reglamentación convencional o pactada de la materia entre los Estados afectados (lo cual sería muy recomendable entre España y Marruecos por el notable volumen de situaciones familiares de carácter mixto) y, en su defecto, por que los legisladores nacionales atribuyan un volumen normal o adecuado de competencia a sus órganos judiciales conforme a un principio de proximidad o vinculación mínima del litigio con éstos (sea por razones objetivas o subjetivas, como es el caso de los acuerdos de sumisión); en esta línea cabe considerar que los dos foros de competencia de la LOPJ estudiados –los de los apartados 2º y 3º de su artículo 22– son respetuosos con esta exigencia²³.

²¹ Siempre que no se trate, naturalmente, de un país de los vinculados con España por el Reglamento 44/2001, por el Convenio de Lugano de 1988, o por el de Uruguay pues, en estos casos, la determinación de los órganos judiciales competentes para conocer de la demanda de alimentos se efectuaría según lo previsto en tales instrumentos.

²² Con la misma salvedad que la realizada en la nota anterior. Por otra parte, caso de producirse una sumisión tácita de las partes a los órganos judiciales españoles la reglamentación de la misma se produciría conforme a lo establecido en el artículo 24 del Reglamento 44/2001 y no en el artículo 22, apartado 2º, de la LOPJ, por cuanto, según se indicó más arriba, el Reglamento no requiere domicilio de alimentista y/o alimentante en el territorio de los países parte en él para que opere la sumisión tácita en los términos en que la regula.

²³ Por ejemplo se consideraría exorbitante o inapropiado que fuesen competentes los órganos judiciales españoles por el simple hecho de que la persona acreedora de los alimentos tuviese nacionalidad española; por ello este criterio no consta en la LOPJ.

3. Problemas comunes a la reclamación de alimentos

Expuestos los posibles órganos judiciales competentes para conocer de una obligación alimenticia en el marco del sistema español de Derecho internacional privado, es preciso abordar tres cuestiones funcionales de relevante calado práctico²⁴.

A) Modificación de la resolución judicial por la que se establece la cuantía de la pensión de alimentos

Por diversas circunstancias puede resultar aconsejable o necesario modificar la cuantía de referencia: alteración de la situación económica de la persona alimentista y/o alimentante; adquisición de determinada edad por los hijos o hijas; averiguación de datos atinentes a la parte acreedora y/o deudora de los alimentos desconocidos en el momento de la fijación de dicha cuantía, etc. En los supuestos de carácter internacional se suscita, en estas circunstancias, la duda relativa a cuáles órganos judiciales serán competentes para la modificación de la cuantía de la obligación. En ausencia generalizada de una solución expresa de la cuestión, se considera por la mejor doctrina que esta pretensión debe tratarse como una reclamación judicial nueva, de manera que habría que determinar qué órganos judiciales serían competentes para conocer de la misma, que podrían coincidir o no con los que resolvieron la reclamación inicial²⁵.

A modo de ejemplo, la mujer marroquí domiciliada en Granada que recibiera de su *ex* esposo domiciliado en Marruecos una cuantía en concepto de alimentos discreta –por los limitados ingresos de éste– y que descubriera con posterioridad que su *ex* marido se ha domiciliado en los Países Bajos, donde desempeña un trabajo más lucrativo, podría presentar una demanda contra él ante los órganos judiciales de Granada para modificar la cuantía de la pensión alimenticia conforme al artículo 5, apartado 2º, del Reglamento 44/2001 (*supra*).

B) Fijación de los alimentos de mutuo acuerdo por los cónyuges

En ocasiones ocurre que alimentista y alimentante alcanzan un acuerdo para la fijación de los alimentos que corresponde abonar a la persona deudora de los mismos, tanto en su cuantía como en su forma de abono. Se trata de una hipótesis altamente recomendable en el tráfico internacional –pues ello aporta previsibilidad y seguridad jurídica–, en particular si el pacto se plasmase por escrito y con intervención de fedatario público o con homologación judicial. Ahora bien, en el supuesto de que surgiera un litigio respecto del acuerdo de fijación de los alimentos, la determinación de los órganos judiciales competentes para conocer del mismo no se llevaría a cabo acudiendo a los criterios establecidos para los alimentos entre parientes, sino a los fijados para las obligaciones contractuales en

²⁴ Cfr. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Alimentos”, en CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CASTELLANOS RUIZ, E.: *Derecho de familia internacional*, 3ª ed., Madrid, Colex, 2005, pp. 237–238.

²⁵ No obstante, el artículo 7, párrafo 2º, del citado Convenio con Uruguay de 4 de noviembre de 1987 reconoce la competencia de los órganos judiciales que hubieren conocido de la acción de fijación de alimentos para conocer también de las acciones de cese, reducción y aumento de los alimentos.

los artículos 2, 5 (apartado 1º), 23 y 24 del Reglamento 44/2001; en los artículos 2, 5 (apartado 1º), 17 y 18 del Convenio de Lugano, y en el artículo 22, apartados 2º y 3º, de la LOPJ (*supra*).

C) Adopción de medidas cautelares para la fijación de los alimentos

Las circunstancias de la situación que origina la necesidad de dicha fijación (por ejemplo, la separación o el divorcio de los cónyuges) pueden aconsejar a veces una intervención previa a la reclamación principal para asegurar el abono de los mismos. En tal caso los instrumentos normativos supraestatales y estatales con los que cuenta el sistema español de Derecho internacional privado consagran reglas específicas para determinar los órganos judiciales competentes para adoptar las medidas cautelares, aseguratorias o provisionales, a saber.

a) En el marco supraestatal, aunque los órganos judiciales de un Estado fueran competentes para conocer del litigio principal cabría solicitar la adopción de este tipo de medidas a los órganos judiciales de otro Estado si el ordenamiento de éste regulase dichas medidas. Por ejemplo, la mujer marroquí domiciliada en España que hubiera presentado contra su *ex* marido domiciliado en Italia una demanda de alimentos ante los órganos judiciales españoles conforme a lo dispuesto en los artículos 5, apartado 2º, del Reglamento 44/2001 y del Convenio de Lugano, podría asimismo solicitar a los órganos judiciales franceses la adopción de medidas cautelares para garantizar el abono futuro de la pensión alimenticia por parte de su *ex* marido si éste poseyera bienes en Francia. Así lo establecen los artículos 31 del Reglamento 44/2001 y 24 del Convenio de Lugano²⁶.

b) En el marco de la LOPJ (art. 22, apartado 5º), la misma mujer marroquí domiciliada en España que hubiera presentado una demanda principal de alimentos ante los órganos judiciales de Marruecos contra su *ex* marido allí domiciliado, podría solicitar a los órganos judiciales españoles la adopción de medidas provisionales que asegurasen el futuro abono de los alimentos por parte de aquél siempre que éste tuviese bienes en territorio español.

III. QUÉ ORDENAMIENTO DETERMINA EL DERECHO A LA OBTENCIÓN DE ALIMENTOS

Resuelta la pregunta de ante qué autoridad reclamar los alimentos a los que la mujer marroquí podría tener derecho, el segundo interrogante que hemos de abordar atañe a la determinación de qué ordenamiento nacional va a aplicar dicha autoridad competente al fondo de la reclamación de entre los que estén conectados con el asunto. Para responder a este interrogante, el sistema español de Derecho internacional privado contiene de nuevo diferentes soluciones, en función de consideraciones geográficas y jurídicas, que se articulan en torno a la existencia o no de instrumentos supraestatales que vinculen a nuestro Reino. En consecuencia, la reclamación presentada por la

²⁶ El artículo 7, párrafo 2º, del citado Convenio con Uruguay de 4 de noviembre de 1987 reconoce la competencia de los órganos judiciales que hubieren conocido de la acción de fijación de alimentos para conocer también de la adopción de medidas aseguratorias. En este mismo sentido, el artículo 8 de este instrumento bilateral considera también competentes para asignar alimentos provisionales a los menores a los jueces que conozcan en los juicios de divorcio, separación de cuerpos e investigación de la paternidad, cuando ello fuere impuesto por la respectiva ley aplicable.

mujer marroquí domiciliada en España debe resolverse verificando, en primer término, si es de aplicación algún instrumento supraestatal para, seguidamente, acudir a la solución ofrecida por nuestro sistema de Derecho internacional privado en ausencia de tales instrumentos; no obstante, como tendremos ocasión de apreciar, este planteamiento ofrece una peculiaridad por la eficacia universal o *erga omnes* del primero de los instrumentos que analizaremos a continuación.

1. Instrumentos supraestatales vigentes en España para determinar el ordenamiento aplicable a una reclamación de alimentos

A) Instrumentos de carácter multilateral: la relevancia del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973.

Con un ámbito de aplicación geográfico de carácter multilateral, la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado ha elaborado dos instrumentos en la materia, en los que España es parte: el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto de menores, firmado el 24 de octubre de 1956²⁷, y el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, rubricado el 2 de octubre de 1973²⁸. Las reglas de aplicabilidad de estos instrumentos se resumen en lo que sigue.

1ª) El Convenio de 1956 es sustituido por el de 1973 salvo para las relaciones entre los países que sean parte en aquél y no en éste (a saber, Austria, Bélgica y Liechtenstein); por tanto, en el sistema español de Derecho internacional privado la aplicabilidad del Convenio de La Haya de 1956 queda limitada a las situaciones que se susciten entre nuestro Reino y alguno de esos tres países. Las principales diferencias entre los Convenios de 1956 y de 1973 conciernen al ámbito de aplicación de su normativa respecto de las personas beneficiarias de los alimentos (en el primer supuesto limitado al hijo o hija menor de veintiún años “legítimo, no legítimo, o adoptivo y no casado” –art. 1, párrafo 4º–); al sistema de criterios de conexión consagrado para la determinación de la legislación aplicable en defecto del criterio primario de la residencia habitual del acreedor de los alimentos y, en particular, a la eficacia universal o *erga omnes* del Convenio de 1973 a la que a continuación nos referimos.

2ª) La aludida eficacia universal o *erga omnes* del Convenio de 1973 implica una doble consecuencia.

– Por una parte sustituye o desplaza a la norma de conflicto en la materia consagrada por nuestro sistema de Derecho internacional privado en defecto de instrumento supraestatal aplicable (art. 9, apartado 7º, C.c.).

– Por otra parte el ordenamiento nacional declarado aplicable al fondo del asunto por la normativa del Convenio de 1973 será aplicado aunque sea el de un Estado no parte en el mismo²⁹; por ejemplo, si una mujer marroquí residente en Inglaterra

²⁷ BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1974. En él son parte, además de España, Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Italia, Japón, Liechtenstein, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Suiza y Turquía.

²⁸ BOE núm. 222, de 16 de septiembre de 1986. En él son parte, además de España, Alemania, Estonia, Francia, Grecia, Italia, Japón, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suiza y Turquía.

²⁹ Art. 3: “La Ley designada por el Convenio se aplica con independencia de cualquier condición de reciprocidad, incluso si se trata de la Ley de un Estado no contratante”.

presentase una reclamación de alimentos contra su *ex* marido ante los órganos judiciales españoles, éstos aplicarían a tal reclamación el Derecho inglés aunque tal país no haya firmado el Convenio de 1973.

Expuesto lo anterior, el análisis práctico de la determinación del ordenamiento aplicable a la reclamación de alimentos efectuada ante los órganos judiciales españoles por una mujer marroquí domiciliada en nuestro Reino se ha de ceñir a lo establecido en el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973³⁰.

a) El Convenio de 1973 se aplica a las obligaciones alimenticias que se derivan de las relaciones de familia, parentesco, afinidad o matrimonio, incluso respecto de los hijos no legítimos (artículo 1) sin tomar en consideración la nacionalidad de alimentista y alimentante; ello no podía ser de otra manera en nuestro sistema jurídico, por cuanto atendería contra nuestro orden público constitucional la distinción de las clases de filiación a los fines de conceder o no alimentos a quien los reclame (arts 14 y 39 CE). La expresión ‘obligación alimenticia’ debe ser entendida en sentido amplio, comprendiendo en ella incluso la pensión compensatoria que, en el Derecho interno español, es diferente a los alimentos entre parientes (*supra*); por otro lado el Convenio nada establece acerca de si la expresión ‘relación de familia’ incluye las situaciones derivadas de las llamadas parejas de hecho, lo cual se explica por la irrelevancia jurídica de esta institución en la fecha de su elaboración.

b) El ordenamiento aplicable es la ley interna del Estado de la residencia habitual de la persona acreedora de los alimentos (art. 4, párrafo 1º, que acoge el criterio habitual consagrado en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado como centro de gravedad de la institución afecta a la persona necesitada de protección). Si la parte alimentista no pudiera obtener alimentos conforme a esa legislación, se aplicaría el ordenamiento de la nacionalidad común de alimentista y alimentante (artículo 5). Y, de nuevo, si la parte alimentista no pudiera obtener alimentos conforme a las Leyes anteriores, se aplicaría el ordenamiento interno de la autoridad que conociera de la reclamación como *lex fori* (artículo 6), es decir, el ordenamiento español si la mujer marroquí hubiera presentado la reclamación de alimentos ante nuestros órganos judiciales. Como se habrá apreciado, en este sistema los criterios de conexión sucesivos ordenados jerarquizadamente operan no en defecto del criterio precedente, sino en efecto del resultado perseguido lo cual potencia de forma notable el papel del Juez en orden a la justicia del caso concreto. No obstante, tal sistema de soluciones ha de ser doblemente matizado.

– Por una parte, nuestro Reino ha realizado una reserva en cuya virtud las autoridades españolas aplicarán nuestra legislación cuando el acreedor y el deudor de alimentos posean nacionalidad española y siempre que este último tenga su residencia habitual en España (art. 15 en relación con el 24)³¹.

³⁰ Al igual que expusimos en orden a determinar los órganos judiciales competentes para conocer de una reclamación de alimentos, cuando la prestación de éstos derive de un acuerdo contractual entre alimentista y alimentante nos hallaremos ante un supuesto de obligación contractual y, por consiguiente, la determinación del ordenamiento aplicable se realizará por las normas de conflicto sobre la materia de nuestro sistema de Derecho internacional privado, que se contienen en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (de eficacia asimismo universal o *erga omnes*).

³¹ En la práctica esta excepción se ha convertido en la regla general por cuanto la mayoría de los Estados parte en el Convenio han efectuado dicha reserva.

– Por otra parte, en los casos de separación judicial, divorcio, anulación o nulidad del matrimonio, el ordenamiento aplicado a cada una de esas instituciones en el Estado contratante en que se haya decidido la separación judicial, el divorcio, la anulación o la nulidad del matrimonio será la que regule las obligaciones alimenticias entre los cónyuges (art. 8).

c) El derecho de una institución pública a obtener el reembolso de la prestación suministrada al acreedor de los alimentos se regirá por el ordenamiento al que esté sujeta la citada institución (art. 9).

d) El ordenamiento declarado aplicable determina, entre otros aspectos, si la persona acreedora (por ejemplo la mujer marroquí) puede reclamar alimentos, en qué medida y a quién; qué personas están legitimadas para ejercitar la acción alimenticia y en qué plazos (de particular importancia cuando la mujer marroquí actúa en representación de sus hijos o hijas menores de edad), y los límites de la obligación de la persona deudora, cuando la institución pública que aportó alimentos a la acreedora demandase el reembolso de su prestación (art. 10). No obstante, en las relaciones alimenticias entre parientes por vía colateral o por afinidad (esto es, vinculados entre sí por una relación lejana), la persona deudora podrá oponerse a la pretensión de la acreedora sobre la base de la no existencia de tal obligación en la ley nacional común de alimentista y alimentante o, a falta de nacionalidad común, en la legislación interna de la residencia habitual de la parte deudora (art. 7). En todo caso, y con independencia de lo dispuesto en el ordenamiento declarado aplicable, en la determinación del montante de la prestación alimenticia deberán tenerse en cuenta las necesidades de la parte acreedora y los recursos de la deudora (art. 11, párrafo 2°).

B) El Convenio con Uruguay de 4 de noviembre de 1987

En el plano bilateral resulta precisa la referencia al único instrumento existente, el ya mencionado Convenio entre España y Uruguay de 4 de noviembre de 1987. El Convenio –que, recuérdese, se aplica en las relaciones entre personas residentes en ambos países– declara como aplicable al fondo de la reclamación de alimentos, a elección de la persona acreedora de éstos (por ejemplo, la mujer marroquí), la legislación del Estado de su residencia habitual (España) o la del Estado de la residencia habitual de la persona deudora (Uruguay). Aunque la vigencia de este Convenio no se vea afectada por la vigencia del Convenio universal de La Haya de 1973 (por así permitirlo el artículo 19 de éste), lo cierto es que aporta mayor complejidad a nuestro sistema de Derecho internacional privado tanto por ofrecer un sistema de soluciones distinto al consagrado en el citado Convenio de La Haya como por las deficiencias técnicas presentes en su articulado. En cualquier caso, como ya se ha indicado, la aplicación del Convenio hispano–uruguayo de 1987 al supuesto de análisis en este capítulo (mujer marroquí domiciliada en España que reclama alimentos) supone que sólo lo sería cuando la persona alimentante (por ejemplo su *ex* marido), cualquiera que fuese su nacionalidad, tuviese su residencia habitual en Uruguay.

2. Determinación del ordenamiento aplicable a la reclamación de alimentos a falta de instrumentos supraestatales vigentes en España

El artículo 9, apartado 7°, del C.c. contiene la norma de conflicto existente en nuestro sistema de Derecho internacional privado para determinar el ordenamiento

estatal que, en defecto de instrumento supraestatal, nuestras autoridades aplicarían al fondo de una reclamación de alimentos. Ahora bien, la eficacia universal o *erga omnes* del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 ha provocado que, desde la entrada en vigor de éste para nosotros (el 1 de octubre de 1986), dicho artículo resulte inaplicable, aunque erróneamente algunas resoluciones judiciales de nuestros Tribunales no lo hayan entendido así. El hecho de que el legislador español no haya intervenido formalmente en la redacción del C.c., manteniendo intacto el dictado de la norma contenida en el apartado 7º de su artículo 9, sin advertir de su sustitución íntegra o total por el Convenio de La Haya de 1973, da pie a la confusión que se hallaría en el origen de ese error jurisprudencial³².

En definitiva, ante la cuestión relativa a la determinación de la legislación aplicable a un supuesto de reclamación de alimentos con elemento extranjero por parte de una mujer marroquí domiciliada en España, las autoridades españolas resolverían el asunto conforme a lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 con independencia de los países que sean parte en él (excepción hecha de los supuestos en que la reclamación afectara a los tres países que son parte en el Convenio de La Haya de 24 de octubre de 1956 antes referidos).

IV. CÓMO EJECUTAR EN UN ESTADO LOS ALIMENTOS RECONOCIDOS POR LA AUTORIDAD JUDICIAL DE OTRO ESTADO

Una vez que la autoridad competente ha conocido de la reclamación de alimentos efectuada por la inmigrante marroquí (cuestión a la que hemos dedicado el epígrafe II de este capítulo) y que la ha resuelto en cuanto al fondo aplicando un determinado ordenamiento estatal (aspecto abordado en el epígrafe III), resta responder a un tercer y último interrogante: cómo lograr que la resolución adoptada por las autoridades de un Estado produzcan eficacia en el territorio de otro Estado o, dicho en otros términos, cómo garantizar la continuidad transfronteriza de la solución más allá de las fronteras políticas.

Para responder al mismo, el sistema español de Derecho internacional privado una vez más ofrece diferentes soluciones, en función de consideraciones geográficas y jurídicas, que se articulan en torno a la existencia o no de instrumentos supraestatales que vinculen a nuestro Reino. En consecuencia, la eficacia extraterritorial de las resoluciones en materia de alimentos debe analizarse verificando, en primer término, si es de aplicación algún instrumento supraestatal para, seguidamente, acudir a la solución ofrecida por nuestro sistema de Derecho internacional privado en ausencia de tales instrumentos.

³² Una de las primeras aplicaciones del CFM por los órganos judiciales españoles la ofreció la Sentencia de la Sala de lo Civil (Sección 12ª) de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de noviembre de 2005 (*Aranzadi Westlaw JUR* 2006/66471), comentada por A. QUIÑONES ESCÁMEZ en la *Revista Española de Derecho Internacional*, 2006, núm. 1, pp. 482-484. La misma versaba sobre el divorcio de dos cónyuges marroquíes residentes en España, respecto del cual hubo que determinar los efectos para con los hijos comunes y la esposa.

1. Instrumentos supraestatales vigentes en España para procurar la eficacia transfronteriza de las resoluciones en materia de alimentos

Diversos son los instrumentos supraestatales vigentes en nuestro sistema de Derecho internacional privado que permiten articular la eficacia de las resoluciones judiciales españolas en materia de alimentos en otros países y viceversa. Los criterios de aplicabilidad ante la concurrencia de los mismos se sintetizan como sigue.

1º) En ocasiones los propios instrumentos incluyen reglas de coordinación y/o compatibilidad con otros textos internacionales, por lo que habrá que estar en primer término a lo establecido al efecto.

2º) En ausencia de tales especificaciones sería preciso acudir a las reglas sobre especialidad y prioridad temporal contenidas en los apartados 2º y 4º del artículo 30 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969³³, por los cuales en caso de coexistencia de textos concluidos en una misma materia, el posterior deroga al anterior para los Estados que sean parte en ambos, manteniéndose vigente el anterior para los que no lo sean.

3º) Si persistieran las dudas acerca de la aplicabilidad de dos o más instrumentos a una misma resolución, hasta el punto de que fuese factible que el reconocimiento y la ejecución de ésta pudiera acogerse a más de uno de esos instrumentos, habría que estar al principio de la “eficacia máxima”, por cuya virtud se habría de recurrir al instrumento que se considerase más conveniente de entre los concurrentes para favorecer la eficacia extraterritorial de las decisiones en materia de alimentos; a tal efecto, habría que respetar en primer término la voluntad del ciudadano o de la ciudadana de decantarse por un concreto instrumento y, seguidamente, si éste no invocase la aplicación de ninguno, la autoridad española debería acudir a aquel que potenciara en mayor medida la eficacia de la resolución extranjera en materia de alimentos³⁴.

Expuesto lo anterior, la mujer marroquí que quisiera que una resolución judicial sobre alimentos adoptada por las autoridades de un país produjera eficacia en otro país podría valerse de los instrumentos supraestatales que a continuación se analizan.

A) Instrumentos de carácter multilateral

a) Resolución que hubiera de producir eficacia respecto de un Estado miembro de la UE

Si la mujer marroquí deseara que produjera eficacia en España una decisión judicial sobre alimentos adoptada por una autoridad de uno de los restantes Estados miembros de la UE (excepción hecha de Bulgaria y Rumanía), o que produjera eficacia en uno de ellos una resolución judicial española en la misma materia, el instrumento que lo articularía sería el Reglamento comunitario 44/2001. Este instrumento, al igual que realizara el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 en el que tiene su origen, reglamenta en su Capítulo III (artS. 32 a 56) el reco-

³³ BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980.

³⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Alimentos”, *cit.*, pp. 255–256.

nocimiento y ejecución de las resoluciones adoptadas en materia de alimentos por una autoridad perteneciente a cualquiera de los países en que resulta aplicable. Tal reglamentación resulta ágil, efectiva y simple.

1º) Se parte del reconocimiento automático de las resoluciones (art. 33, apartado 1º), debiendo la persona interesada únicamente instar su ejecución –esto es, su homologación o conversión en título ejecutorio– ante la autoridad judicial del Estado donde se pretende que despliegue su eficacia mediante un procedimiento previsto en los artículos 38 y ss³⁵.

2º) En dicho procedimiento se ha de aportar una copia auténtica de la resolución cuya ejecución se interesa, así como la certificación conforme al formulario normalizado que figura en el Anexo V del propio Reglamento (art. 53), no pudiéndose exigir la legalización o formalidad análoga en relación a tales documentos (art. 56); además, las causas de oposición al reconocimiento y/o a la ejecución que puede invocar la otra parte afectada por la resolución son tasadas (arts. 34 y 35).

3º) La fase inicial de homologación de la sentencia extranjera se tramita sin audiencia de la parte demandada (art. 41), de manera que si se otorgase la ejecución, la resolución por la que se hiciera –en España un auto– podría ser recurrida por la demandada en plazo de uno o dos meses, según tuviese su domicilio en España o en otro Estado parte en el Reglamento 44/2001. Es con ocasión de la interposición de dicho recurso cuando podrían hacerse valer ante la Audiencia Provincial los motivos de oposición a la ejecución³⁶.

4º) Obtenido el exequátur de la resolución extranjera en materia de alimentos tras seguirse el procedimiento expuesto, sólo quedaría la ejecución material de la misma si la persona condenada no cumpliera voluntariamente lo acordado. A estos efectos debe considerarse competente al órgano judicial que conoció de la solicitud inicial de exequátur. Así pues, la mujer marroquí habría de presentar finalmente una ‘demanda ejecutiva’, en la forma prevista en la LEC, instando el oportuno despacho de ejecución (art. 38, apartado 1º, Reglamento 44/2001).

5º) Junto el reconocimiento por homologación que acabamos de explicar en los cuatro puntos precedentes, en el Reglamento 44/2001 se prevé también la posibilidad de un ‘reconocimiento incidental’ dado que toda decisión judicial dictada en un Estado miembro puede ser invocada directamente ante los tribunales de cualquier otro Estado miembro sin necesidad de tramitar previamente procedimiento *ad hoc* alguno a tal efecto. Para ello, debe de tratarse de una resolución dictada sobre materia del Reglamento, que cumpla los presupuestos formales (art. 32) y que no concurra un motivo de denegación (arts. 34 y 35). La principal característica de este procedimiento es que, al tener carácter incidental, sólo tiene efectos en el proceso en que se hace valer, es decir, no surte efectos *erga omnes*.

Finalmente, el Reglamento 44/2001 incorpora importantes preceptos acerca de su compatibilidad con otros instrumentos supraestatales que pudieran utilizarse para reconocer y ejecutar una resolución judicial en materia de alimentos.

³⁵ En el Anexo II del Reglamento se indican cuáles son los órganos competentes en cada Estado a estos efectos, siéndolo en España el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la parte que se opone a la ejecución o del lugar donde interese llevar a cabo ésta (art. 39, apartado 2º).

³⁶ Frente a la resolución de la Audiencia Provincial, que puede adoptar la forma de auto o sentencia, cabe un recurso extraordinario de casación ante el Tribunal Supremo por los motivos previstos en la LEC, texto normativo que se seguirá en todo lo relativo a la tramitación del recurso.

– Por una parte, sustituye a los Convenios firmados por los Estados miembros que pudieran resultar incompatibles con él, lo que significa para España que no podrían ser invocados para procurar la eficacia transfronteriza de una decisión sobre alimentos los Convenios con Francia de 28 de mayo de 1969³⁷; con Italia de 22 de mayo de 1973³⁸; con Alemania de 14 de noviembre de 1983³⁹; con Austria de 17 de febrero de 1984⁴⁰; y con las Repúblicas Checa y Eslovaca como consecuencia del Convenio firmado con Checoslovaquia el 4 de mayo de 1987⁴¹.

– Por otra parte, el artículo 71 del Reglamento 44/2001 no impide que las personas domiciliadas en los Estados parte en él puedan utilizar otros instrumentos supraestatales en materias particulares tanto para presentar una demanda reclamando alimentos como para reconocer y ejecutar la oportuna decisión judicial que se dictara. Ello permitiría, en teoría, recurrir a los Convenios de La Haya que estudiaremos en un epígrafe posterior, si bien en la práctica ello carecería de sentido por la mayor adecuación, conveniencia y efectividad de la reglamentación contenida en el Reglamento 44/2001.

Al Reglamento 44/2001 se debe añadir otra opción más reciente para que la mujer marroquí inmigrante establecida en el espacio europeo pueda ejecutar una resolución judicial por la que se establecen alimentos: nos referimos al Reglamento 805/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados⁴². Este instrumento, que no impide recurrir al Reglamento 44/2001, se aplica a las resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva sobre créditos no impugnados teniendo por finalidad la creación de un título ejecutivo europeo para tales créditos que permita, mediante la fijación de normas mínimas, la libre circulación en todos los Estados miembros de las citadas resoluciones, transacciones y documentos sin que deba llevarse a cabo ningún procedimiento intermedio en el Estado miembro de ejecución para el reconocimiento y ejecución.

b) Resolución que hubiera de producir eficacia respecto de Islandia, Liechtenstein, Noruega o Suiza

Si la mujer marroquí deseara que produjera eficacia en España una decisión judicial sobre alimentos adoptada por una autoridad de uno de esos cuatro países, o que produjera eficacia en uno de ellos una resolución judicial española en tal materia, el instrumento que lo articularía sería el citado Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988. Al haberse tomado como modelo para éste el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y al hallarse a su vez éste en el origen del recién analizado Reglamento 44/2001, las consideraciones realizadas respecto de él deben ser reproducidas, *mutatis mutandis*, respecto del Convenio de Lugano. Al igual que se ha expuesto en relación con el Reglamento 44/2001, el Convenio de 1988 aporta relevantes preceptos sobre su compatibilidad con otros instrumentos

³⁷ BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1970.

³⁸ BOE núm. 273, de 15 de noviembre de 1977.

³⁹ BOE núm. 40, de 16 de febrero de 1988.

⁴⁰ BOE núm. 207, de 29 de agosto de 1985.

⁴¹ BOE núm. 290, de 3 de diciembre de 1988.

⁴² DOUE núm. L 143, de 30 de abril de 2004.

supraestatales que pudieran utilizarse para reconocer y ejecutar una resolución judicial en materia de alimentos.

– Por un lado, sustituye a los Convenios firmados por los Estados miembros que pudieran resultar incompatibles con él (art. 55), lo que significa para España que no podría ser invocado para procurar la eficacia transfronteriza de una decisión sobre alimentos el Tratado con Suiza de 10 de noviembre de 1896⁴³.

– Por otro lado, el artículo 57 del Convenio de Lugano incorpora diferentes reglas por las cuales no se impide que los ciudadanos domiciliados en los Estados parte en él puedan utilizar otros instrumentos supraestatales en materias particulares tanto para presentar una demanda reclamando alimentos como para reconocer y ejecutar la oportuna decisión judicial que se dictara, lo que permitiría, en teoría, recurrir a los Tratados de La Haya que estudiaremos en un epígrafe posterior, si bien en la práctica ello carecería de nuevo de sentido por la mayor adecuación, conveniencia y efectividad de la reglamentación contenida en el Convenio de Lugano.

c) Resolución que hubiera de producir eficacia respecto de países no miembros de la UE (Suriman, Australia y Turquía)

En el plano universal es de destacar la labor realizada por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en este campo, que se ha concretado en un doble resultado: el Convenio de 15 de abril de 1958 relativo al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones en materia de obligaciones alimentarias respecto de menores⁴⁴ y el Convenio de 2 de octubre de 1973 referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias⁴⁵. Las reglas sobre las relaciones de aplicabilidad de estos dos textos, tanto entre sí como respecto del conjunto de instrumentos supraestatales vigentes en nuestro sistema de Derecho internacional privado, se resumen en lo que sigue.

1ª) El Convenio de La Haya de 15 de abril de 1956 ha sido sustituido por el de 1973 (art. 29 de éste) salvo para las relaciones entre los países que sean parte en aquél y no en éste (a saber, Austria, Bélgica, Hungría, Liechtenstein y Surinam). En efecto, pese a ser parte Austria, Bélgica y Hungría en el Reglamento 44/2001, una mujer marroquí que, en representación de un hijo o de una hija menor, quisiera reconocer una decisión judicial sobre alimentos que afectara a una situación que la vinculase con algunos de esos países podría en teoría acogerse al Convenio de La Haya de 1958 (*ex art.* 71 Reglamento 44/2001); no obstante, como se adelantó, en la práctica ello no resultaría lógico, pues sería preferible aplicar los Reglamentos comunitarios 44/2001 y 805/2004 (*supra*). Idéntica consideración cabría hacer respecto de Liechtenstein en relación con el Convenio de Lugano de 1988 (art. 57). En consecuencia, la aplicabilidad del Convenio de La Haya de 15 de abril de 1958 se limitaría a las situaciones de alimentos de menores con Surinam.

⁴³ *Gaceta de Madrid* núm. 190, de 9 de julio de 1898.

⁴⁴ *BOE* núm. 271, de 12 de noviembre de 1973. En él son parte, además de España, Alemania, Austria, Bélgica, Chequia, Dinamarca, Eslovaquia, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Liechtenstein, Noruega, Países Bajos, Portugal, Suecia, Suiza, Surinam y Turquía.

⁴⁵ *BOE* núm. 192, de 12 de agosto de 1987. En él son parte, además de España, Alemania, Australia, Chequia, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza y Turquía.

2ª) El Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 se aplicaría al reconocimiento de resoluciones en materia de alimentos, instada por una mujer marroquí, en las relaciones con cualquiera de los veintiún países que son parte en el mismo junto con España. En este sentido, en virtud de lo dispuesto en el reiterado artículo 71 del Reglamento 44/2001, el Convenio de 1973 podría seguir aplicándose, en teoría, respecto de decisiones dictadas con los que son miembros de la UE⁴⁶, aunque, como se acaba de exponer, en la práctica ello no resultaría lógico, pues sería preferible aplicar los Reglamentos comunitarios 44/2001 y 805/2004 por las razones ya apuntadas. Igual planteamiento cabría hacer respecto de Noruega y Suiza en relación con el Convenio de Lugano de 1988 (*supra*). Por consiguiente, la aplicabilidad del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 se limitaría a las situaciones de alimentos que vinculasen a España con Australia y Turquía.

Aclarado lo anterior, se ha de indicar que las principales diferencias entre los Convenios de 1958 y de 1973 conciernen al ámbito de aplicación de su normativa respecto de los beneficiarios de los alimentos: en el primero se limita al hijo menor de veintiún años “legítimo, no legítimo, o adoptivo y no casado” (art. 1, párrafo 1º), en tanto que en el segundo se extiende a obligaciones alimenticias que se derivan de las relaciones de familia, parentesco, afinidad o matrimonio, incluso respecto de los hijos no legítimos (art. 1).

El Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 persigue el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales o administrativas y de transacciones en materia de alimentos que afecten tanto a alimentista y alimentante como a éste y a una institución pública que persiga el reembolso de la prestación facilitada al alimentista (arts. 1 y 2). En su Capítulo II (arts. 4 a 12) se regulan las condiciones que se exigen para el reconocimiento y la ejecución de decisiones o transacciones (destacando la acreditación de la competencia de la autoridad judicial o administrativa del Estado de origen y el carácter ejecutivo de las decisiones o transacciones), indicándose en el artículo 5 las causas de oposición a ello. En el Capítulo III (arts. 13 a 17) se describe el procedimiento articulado para el reconocimiento y la ejecución (que se remite en principio a lo establecido en el Estado requerido), teniendo especial relieve la relación de documentos que se han de presentar al efecto pretendido (art. 17). El Capítulo IV (arts. 18 a 20) contiene algunas disposiciones complementarias para las instituciones públicas intervinientes en este campo.

B) Instrumentos de carácter bilateral (Colombia, Israel, Rusia, China, Bulgaria, Marruecos, Rumanía, El Salvador, Túnez, Argelia, Mauritania y Uruguay)

Además de los instrumentos multilaterales analizados en los epígrafes precedentes, en nuestro sistema de Derecho internacional privado se contienen varios Convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales que incluyen en su ámbito de aplicación la materia relativa a los alimentos.

1º) Es el caso, por ejemplo, de los ya citados instrumentos con Alemania, Austria, Chequia, Eslovaquia, Francia, Italia y Suiza que, no obstante, resultan inaplicables al haber sido desplazados por el Reglamento 44/2001 y por el Convenio de Lugano de 1988.

⁴⁶ Alemania, Chequia, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido y Suecia.

2º) Es asimismo el caso de los Convenios con Colombia de 30 de mayo de 1908⁴⁷; Israel de 30 de mayo de 1989⁴⁸; con la URSS de 26 de octubre de 1990 (de aplicación a la Federación Rusa)⁴⁹; con China de 2 de mayo de 1992⁵⁰; con Bulgaria de 23 de mayo de 1993⁵¹; con Marruecos de 30 de mayo de 1997⁵²; con Rumanía de 17 de noviembre de 1997⁵³; con El Salvador de 7 de noviembre de 2000⁵⁴; con Túnez de 24 de septiembre de 2001⁵⁵; con Argelia de 24 de febrero de 2005⁵⁶ y con Mauritania de 12 de septiembre de 2006⁵⁷. Por el objeto de esta Guía, el Convenio firmado entre España y Marruecos merece un mínimo análisis: el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de alimentos se regularía en su Título III (arts. 22 a 32), donde se contiene una relación de los requisitos que habría de cumplir la resolución dictada en uno de los Estados para tener autoridad de cosa juzgada en el territorio del otro Estado (art. 23); la competencia se atribuye a los juzgados o tribunales de primera instancia (art. 25) y se explicitan los documentos que se requieren para el efecto que se persigue en el artículo 28 del Convenio.

3º) Digno de reseñar resulta de nuevo el Convenio con Uruguay de 4 de noviembre de 1987 que, junto al reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, disciplina con carácter previo la competencia judicial internacional para conocer de una acción de alimentos, así como para asignarlos provisionalmente (*supra*).

2. Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia de alimentos a falta de instrumentos supraestatales

En defecto de instrumento internacional aplicable, cuenta nuestro sistema de Derecho internacional privado con mecanismos propios para el reconocimiento o/y ejecución en España de decisiones extranjeras en materia de alimentos. En la actualidad, y hasta tanto se apruebe la tan esperada Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, se aplican ‘provisionalmente’ los artículos 951 a 958 de la LEC de 3 de febrero de 1881. En dicho artículos se contienen los dos procedimientos de reconocimiento y ejecución existentes en nuestro sistema autónomo, el llamado ‘de reciprocidad’ (hoy en desuso) y el denominado ‘de condiciones’. Al tratarse de una normativa obsoleta no se hace distinción entre reconocimiento y ejecución, aunque la doctrina establece que es posible solicitar una u otra, o ambas, según interés.

1º) Actualmente conocen los Juzgados de Primera Instancia (arts. 85, apartado, 5º, LOPJ y 136 Ley 62/2003, de 20 de diciembre de 2003), aunque anteriormente la competencia para otorgar el exequátur a las resoluciones extranjeras residía con exclusividad en la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal Supremo.

⁴⁷ *Gaceta de Madrid* núm. 108, de 18 de abril de 1909.

⁴⁸ *BOE* núm. 3, de 3 de enero de 1991.

⁴⁹ *BOE* núm. 151, de 25 de junio de 1997.

⁵⁰ *BOE* núm. 26, de 31 de enero de 1994.

⁵¹ *BOE* núm. 155, de 30 de junio de 1994.

⁵² *BOE* núm. 151, de 25 de junio de 1997.

⁵³ *BOE* núm. 134, de 5 de junio de 1999.

⁵⁴ *BOE* núm. 256, de 25 de octubre de 2001.

⁵⁵ *BOE* núm. 52, de 1 de marzo de 2003.

⁵⁶ *BOE* núm. 103, de 1 de mayo de 2006.

⁵⁷ *BOE* núm. 267, de 8 de noviembre de 2006.

Territorialmente es competente, en primer término el Juzgado del domicilio o lugar de residencia de la parte ejecutada o de la persona a quien se refieren los efectos de aquella; en segundo lugar, en defecto del criterio anterior, se determinará la competencia por el lugar de ejecución o donde la resolución deba producir efectos.

2º) Los presupuestos sustanciales comunes a ambos sistemas de reconocimiento y ejecución en relación con los requisitos que debería cumplir la resolución extranjera en materia de alimentos que la mujer marroquí pretendiese que fuera eficaz en España son los siguientes: debe tratarse de una resolución judicial extranjera; debe ser firme, sin que quepa recurso alguno; debe haberse dictado en un procedimiento contencioso; debe versar sobre materias de Derecho privado (lo cual ocurre con los alimentos entre parientes).

3º) En cuanto al procedimiento de reconocimiento, asimismo común a los dos sistemas, destacamos lo siguiente.

a) Con la solicitud ha de presentarse una traducción de la sentencia, junto a una copia auténtica del texto íntegro de la misma.

b) Se debe oír al Ministerio Fiscal (algo que hoy carece de sentido) y a la parte contraria por un período de nueve días; si el demandado no comparece continúa el procedimiento.

c) El Juzgado competente dictará la resolución (en teoría irrecurrible); si ésta consistiese en otorgar el exequátur, el solicitante podría instar la demanda ejecutiva si el condenado no hiciese frente al pago de los alimentos. El título ejecutivo estaría compuesto por la sentencia extranjera y por la decisión del Juez español que le hubiera otorgado el exequátur.

d) El órgano competente para tramitar la ejecución, aplicando analógicamente el artículo 545, apartado 1º, de la vigente LEC, debe ser el mismo ante el cual se solicitó el reconocimiento en primera instancia.

e) Finalmente, dado que ya hemos señalado que el sistema de reciprocidad de los artículos 952 y 953 de la LEC de 1881 se encuentra en desuso, vamos a analizar el sistema de condiciones del artículo 954 de la misma. A tenor de él, el Juez –de oficio, salvo en relación con la condición establecida en el apartado 2º– se limita a comprobar que la resolución extranjera cumple los requisitos que son los que a continuación exponemos.

– Que la resolución extranjera no haya sido dictada en materias competencia exclusiva de los tribunales españoles (art. 954, apartado 1º), siendo así que en materia de alimentos el artículo 22 de la LOPJ no atribuye a nuestros órganos judiciales competencia exclusiva.

– Que la decisión extranjera no sea el resultado de un proceso en el que se hayan infringido los derechos de defensa del demandado (art. 954, apartado 2º).

– Que el reconocimiento de la resolución no suponga una infracción del orden público internacional español (art. 954, apartado 3º).

– Que se acredite la autenticidad de la sentencia extranjera (art. 954, apartado 4º).

– Que la resolución no resulte inconciliable con una sentencia anterior dictada o reconocida en España (cosa juzgada) y que no exista un proceso pendiente en España (litispendencia) que pudiera dar lugar a una sentencia inconciliable con la resolución extranjera. Se trata de un requisito no recogido en el artículo 954 pero añadido por el Tribunal Supremo con el fin de evitar la existencia en España de dos sentencias incompatibles.

3. Aspectos comunes al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de alimentos

Con independencia de cuáles sean las normas (supraestatales o estatales) de nuestro sistema de Derecho internacional privado a las que se recurra para reconocer y ejecutar una resolución en materia de alimentos, surgen problemas comunes de evidente calado práctico.

1º) El primero de ellos consistiría en la negativa de la persona deudora de los alimentos, condenada judicialmente al abono de los mismos, a satisfacerlos en favor de la acreedora. El incumplimiento de las obligaciones alimenticias, que resulta recurrente en prácticamente todos los Estados, deviene aún más grave en los supuestos de tráfico externo por el aprovechamiento, por parte de las personas infractoras, de las fronteras políticas estatales: en efecto, el traslado de la parte deudora de los alimentos a otro país obedece con no poca frecuencia a un ánimo de evadir sus obligaciones para con la parte acreedora de los mismos. En estos supuestos conviene distinguir según que el país en el que resida la parte deudora esté vinculado o no con España mediante un instrumento supraestatal.

a) En el primer supuesto (existencia de un instrumento que vincule a España con el país de la residencia de la parte deudora de los alimentos) habrá que estar a lo dispuesto en el texto normativo que corresponda. En el marco del Convenio de Nueva York 20 de junio de 1956 (aplicable a sesenta y ocho países, entre ellos Marruecos y España) se previó la hipótesis del traslado de la persona obligada a prestar alimentos a otro país para evitar tener que abonarlos; piénsese, por ejemplo, en el caso del matrimonio de marroquíes domiciliados en España en el que, ante una crisis, el esposo se establece en Marruecos para evadir la obligación respecto de su esposa. Pues bien, el Convenio dispone de mecanismos eficaces para impedir la evasión o el fraude en este ámbito, como se ha explicado en páginas precedentes, consagrando una estrecha cooperación entre autoridades estatales a las que, además, se atribuyen facultades notoriamente amplias y flexibles para garantizar la exitosa obtención de alimentos transfronterizos (art. 6, apartado 1º): en efecto, podrán tomar todas las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos (inclusive por medio de transacción) y podrán, en caso necesario, ejercitar y proseguir una acción judicial de reclamación de alimentos, así como hacer ejecutar cualquier sentencia, decisión u otro acto judicial extranjeros sobre alimentos.

b) En el segundo supuesto (inexistencia de instrumentos que vinculen a España con el país de la residencia de la parte deudora de los alimentos) la lucha contra la evasión de la obligación del abono de éstos se complica. No obstante, el Derecho internacional ofrece mecanismos en los que se combina tanto la iniciativa de la parte alimentista para procurar el reconocimiento y ejecución de la resolución judicial en el país de la residencia de la alimentante (por ejemplo, la mujer marroquí debería instar dichos efectos ante las autoridades del Estado de la residencia de su *ex* marido recurriendo a las normas del sistema de Derecho internacional privado de éste), como la cooperación jurídica y política bilateral que ambos Estados puedan desarrollar de forma puntual para evitar estas situaciones de fraude (por ejemplo, a través de los representantes diplomáticos o consulares respectivos). En todo caso, la solución inmediata tanto a estas situaciones como a aquellas en las que resulten alteradas las circunstancias que dieron origen a la fijación de alimentos pasa, en la mayor parte de los supuestos, por realizar una reclamación judicial nueva, de manera que habría que determinar qué órganos judiciales serían

competentes para conocer de la misma, que podrían coincidir o no con los que resolvieron la reclamación inicial.

2º) El segundo problema práctico frecuente en las reclamaciones transnacionales de alimentos atañe al supuesto en el que la fijación de la cuantía de la pensión por las autoridades de un Estado resulte desproporcionada en función del nivel económico existente en el otro Estado. Supongamos que la cuantía de la pensión alimenticia hubiera sido fijada, por ejemplo, por los órganos judiciales españoles (al ser España el Estado del domicilio de la mujer marroquí acreedora de los mismos) y que debiera ser efectiva en Marruecos (por ser este Reino el del domicilio de su *ex* marido alimentante). Si el traslado de este último a Marruecos obedeciera a causas fraudulentas que persiguieran, en esencia, beneficiarse de las diferencias económicas entre los dos Estados para alegar la imposibilidad de atender a la cuantía decretada por la resolución judicial española, nos hallaríamos ante un supuesto que debe ser combatido por las autoridades estatales en el marco, una vez más, de los instrumentos supraestatales existentes, ofreciendo el Convenio de Nueva York de 1956 –en el que, recuérdese, son parte España y Marruecos– los instrumentos oportunos a las autoridades competentes para verificar los auténticos ingresos de la persona alimentante. Si, por el contrario, el traslado de la parte deudora de los alimentos a este último Reino atendiera a razones objetivas derivadas de su nueva situación familiar (regreso a su ciudad de origen, reagrupación con su familia marroquí, inicio de una nueva vida, etc.), y ello implicara una disminución de sus ingresos, la cuestión resultaría difícilmente resoluble en detrimento de la parte acreedora de los alimentos, en cuyo caso sólo la intervención correctora de las autoridades del Estado del domicilio de ésta (España) mediante mecanismos públicos podría aportar alguna solución.

De nuevo la solución inmediata pasaría por ejercitar una nueva reclamación judicial ante los órganos de alguno de los Estados afectados (*supra*), en tanto que debería asimismo platearse la cobertura de estos supuestos por el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre⁵⁸. En particular, su artículo 4 distingue, en cuanto a los beneficiarios de los anticipos con cargo al Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, entre los españoles y los nacionales de los demás Estados de la UE por una parte (apartado 1º) y los nacionales de países extracomunitarios por otra (apartados 2º y 3º). A estos últimos se les exige para ser beneficiarios, con carácter cumulativo, residir legalmente en España al tiempo de solicitar el anticipo, así como haberlo hecho durante cinco años (de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del anticipo)⁵⁹; que el Estado de su nacionalidad, de acuerdo con lo que se disponga en los tratados, acuerdos o convenios internacionales o en virtud de reciprocidad tácita o expresa, reconozca anticipos análogos a los españoles en su territorio; y formar parte de una unidad familiar cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente y por todos sus conceptos, no superen los límites que se establecen en el artículo 6 del Real Decreto.

⁵⁸ BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2007.

⁵⁹ Para los menores de cinco años estos periodos de residencia se exigirán a quien ejerza su guarda y custodia; no obstante, si el titular de ésta fuera español bastará con que el menor resida legalmente en España al tiempo de solicitar el anticipo, sin necesidad de acreditar ningún periodo previo de residencia. La residencia a la que nos venimos refiriendo se ha de corresponder con alguna de las situaciones de residencia legal previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La solución definitiva a las disfunciones antes indicadas sólo puede provenir de la estrecha cooperación entre las autoridades estatales y de la elaboración de instrumentos supraestatales que permitan superar las diferencias. A modo de ejemplo, en lo que concierne al ámbito comunitario europeo, las iniciativas de futuro antes expuestas prevén, para garantizar la eficacia transfronteriza de las resoluciones judiciales en la materia, la limitación de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución sólo a la violación de los derechos de defensa, al atentado contra el orden público internacional del Estado requerido, al conflicto de decisiones y a la litispendencia (cuestión ésta de enorme relieve en este punto, pues no resulta infrecuente el cruce de demandas entre ambos cónyuges en solicitud de alimentos para sí y, sobre todo, para los hijos e hijas comunes); a su vez, para las medidas de ejecución de las resoluciones en materia de alimentos se proponen ideas como una declaración europea de haberes, una decisión europea de retención bancaria o una decisión europea de retención de salario.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA JUNCO, A.P.: “La regulación de la sociedad multicultural”, en CALVO CARAVACA, A.L. y IRIARTE ÁNGEL, J.L. (eds.): *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 163 ss.
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “Los alimentos y el título ejecutivo europeo”, en ADROHER BIOSCA, S. y OTROS: *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Sevilla, Comisión Europea/Universidad de Sevilla 2006, pp. 79 ss.
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y AGUILAR GRIEDER, H.: “Alimentos y orden público (I y II)”, *B.I.M.J.*, núm. 2011 (15 de abril de 2006), pp. 1561 ss. y núm. 2012 (1 de mayo de 2006), pp. 1747 ss.
- ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.A. y BONOMI, A.: *Le Droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux (Etude de Droit comparé sur les aspects de Droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse)*, Zúrich, Schulthess, 1999.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Acción de regreso alimenticio y competencia judicial internacional: un nuevo paso en la progresiva delimitación del artículo 5.2 del Convenio de Bruselas”, *La Ley (Unión Europea)*, núm. 6116 (28 de octubre de 2004), pp. 1 ss.
- *Id.*: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Civitas, 1996.
- ARROYO MONTERO, R.: “Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997”, *AEDIPr.*, 2000, pp. 598 ss.
- BELMIR, S.: “La conflictividad de las Leyes en el Derecho internacional especial marroquí y el Derecho internacional especial español; aplicación a los vínculos familiares, al matrimonio mixto y a la nacionalidad”, en *Primer encuentro judicial hispano-marroquí organizado por el Consejo General del Poder Judicial (España) y la Corte Suprema de Marruecos*, Rabat, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, 2002, pp. 9 ss.
- BENRADI, M., ALAMI M'CHCHI, H., OUNNIR, A., MOUAQIT, M., ZORA BOUKAÏSSI, F. y ZEIDGUY, R.: *Le Code de la Famille: perceptions et pratique judiciaire*, Rabat, Friedrich Ebert Stiftung (FES MAROC), 2007.

- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. y ADAM MUÑOZ, M^a.D.: *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Sevilla, Junta de Andalucía, 2005.
- BORRAS RODRÍGUEZ, A.: “La sociedad multicultural: la integración del mundo islámico”, en BORRAS RODRÍGUEZ, A. y MERNISSI, S. (eds.): *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d’Estudis i Cooperació, 1998, pp. 163 ss.
- BORRAS RODRÍGUEZ, A. y MERNISSI, S. (eds.): *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d’Estudis i Cooperació, 1998.
- CARRASCOA GONZÁLEZ, J.: “Alimentos”, en CALVO CARAVACA, A.–L., CARRASCOA GONZÁLEZ, J. y CASTELLANOS RUIZ, E.: *Derecho de familia internacional*, 3^a edic., Madrid, Colex, 2005, pp. 235 ss.
- *Id.*: “Alimentos”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOA GONZÁLEZ, J. (dirs.): *Derecho internacional privado*, vol. II, 8^a edic., Granada, Comares, 2007, pp. 261 ss.
- COMBALIA, Z.: “Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial islámico”, *Aequalitas*, núm. 6 (enero–abril de 2001), pp. 14 ss.
- DEPREZ, J.: “Environnement social et Droit international privé. Le Droit international privé marocain entre la fidélité à l’Umma et l’appartenance à la communauté internationale”, en *Droit et environnement social au Maghreb*, Casablanca, CNRS, 1989, pp. 281 ss.
- *Id.*: “Maroc (Pluralisme des statuts personnels. Conflits interpersonnels)”, *Juris–Classeur de Droit Comparé*, Fasc. 1, 1975.
- DIAGO DIAGO, P.: “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español”, *Aequalitas*, núm. 6 (enero–abril de 2001), pp. 6 ss.
- *Id.*: “La dot islamique à l’épreuve du conflit des civilisations sous l’angle du Droit international privé espagnol”, *Annales de Droit de Louvain*, 2001, núm. 4, pp. 407 ss.
- *Id.*: “La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado”, *R.E.D.I.*, 2004, núm. 2, pp. 1078 ss.
- *Id.*: “Repercusiones de la nueva Mudawanna en la inmigración marroquí”, en VICENTE, A. (ed.): *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*, Zaragoza, Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, 2004, pp. 141 ss.
- ESPINAR VICENTE, J.M^a.: *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Alimentos”, en *Derecho internacional privado*, 4^a edic., Madrid, Thomson–Civitas, 2007, pp. 403 ss.
- FOBLETS, M.C. y CARLIER, J.Y.: *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du Droit international privé en Europe*, Bruselas, Bruylant, 2005.
- FOBLETS, M.C. y LOUKILI, M.: “Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 2006, núm. 3, pp. 521 ss.
- FORCADA MIRANDA, J.: “Obligaciones alimentarias: hacia la supresión del exequátur”, en ADROHER BIOSCA, S y OTROS: *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Sevilla, Comisión Europea/Universidad de Sevilla, 2006, pp. 265 ss.
- GARAU SOBRINO, F.: “La normativa convencional hispano–marroquí sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales, documentos públicos con fuerza ejecutiva y laudos arbitrales en materia civil, mercantil y administrativa”, BOE, Madrid, 1999, pp. 167 ss.

- *Guide pratique du Code de la Famille*, 3ª edic., Rabat, Association de Diffusion de l'Information Juridique et Judiciaire, 2005.
- *Guide pratique du Droit familial. Le nouveau Code marocain de la famille en questions*, Bruselas, Association pour le Droit des Étrangers (ADDE), 2005.
- GUZMÁN ZAPATER, M.: “La superación del exequátur en el espacio judicial europeo: decisiones relativas a derecho de visita y obligación de alimentos”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria–Gasteiz*, 2006, pp. 211 ss.
- HERNÁNDEZ CABALLERO, Mª.J.: “La equiparación jurídica de los cónyuges en el seno de la comunidad matrimonial en una sociedad multicultural”, *Revista General Informática del Derecho*, 2006, núm. 1.
- HERNÁNDEZ GIL, F.: “El Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero: su aplicación en la práctica”, *A.C.*, 2001, núm. 41 (5 a 11 de noviembre), pp. 1 ss.
- JUÁREZ PÉREZ, P.: “Hacia un Derecho internacional privado intercultural”, en CALVO CARAVACA, A.L. y BLANCO–MORALES LIMONES, P. (coords.): *Globalización y Derecho*, Madrid, Colex, 2003, pp. 331 ss.
- LAROCHE–GISSEROT, F.: “Le nouveau Code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 2005, núm. 4, pp. 335 ss.
- MARTÍN MAZUELO, F.J.: “Pensiones a favor de hijos y cónyuge, en especial en procedimientos matrimoniales”, en ADROHER BIOSCA y OTROS, S.: *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Sevilla, Comisión Europea/Universidad de Sevilla, 2006, pp. 145 ss.
- MERNISSI, S.: “El estatuto de la mujer en Marruecos”, en BORRAS RODRIGUEZ, A. y MERNISSI, S. (eds.): *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, 1998, pp. 103 ss.
- MIRALLES SANGRO, P.P.: “La obligación alimenticia: hacia nuevas fórmulas de protección internacional del menor”, en ABARCA JUNCO, A.P. (dir.): *Derecho internacional privado*, vol. II, 2ª edic., Madrid, UNED, 2004, pp. 215 ss.
- MOYA ESCUDERO, M. y ZEKRI, H.: “El nuevo régimen bilateral de asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos”, *R.E.D.I.*, 1997, núm. 2, pp. 369 ss.
- MOULAY R'CHID, A.: “Le Droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel”, en CARLIER, J.Y. y VERWILGHEN, M. (dirs.): *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et Droit international privé*, Bruselas, Bruylant, 1992, p. 143 ss.
- PÉREZ BEVIA, J.A.: “El Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997”, *Justicia*, 1998, núms. 1–2, pp. 73 ss.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “La réception du nouveau Code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2004, núm. 3, p. 877 ss.
- *Id.*: *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones*, Tomo I: África del Norte y América Latina, Barcelona, Atelier, 2006.
- RODRÍGUEZ BENOT, A.: “El estatuto personal común”, *Primer encuentro judicial hispano–marroquí organizado por el Consejo General del Poder Judicial (España) y la Corte Suprema de Marruecos*, Rabat, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, 2002, pp. 43 ss.

- *Id.*: “La filiación y los alimentos”, en AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y OTROS, *Derecho civil internacional*, 2ª edic., Madrid, Tecnos, 2006, pp. 165 ss.
- *Id.* (ed.): *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002.
- *Id.*: “Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento jurídico español”, en RODRÍGUEZ BENOT, A. (ed.): *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 15 ss.
- SAREHANE, F.: “Le nouveau Code de la famille”, *Gazette du Palais (Chonique Judiciaire)*, núms. 247–248 (3–4 de septiembre de 2004), pp. 2 ss.
- SAREHANE, F. y LAHLOU–RACHDI, N.: “Maroc (Conflits de lois. Conflits de juridictions)”, *Juris–Classeur de Droit Comparé*, fasc. 4, 1994, núm. 67, pp. 1 ss.
- ZABALO ESCUDERO, E.: “Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al Islam”, en RODRÍGUEZ BENOT, A. (ed.): *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 221 ss.

14. LA MUJER MARROQUÍ EN ESPAÑA Y EL DERECHO DE SUCESIONES*

Andrés Rodríguez Benot**

SUMARIO: I. LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE EN SUPUESTOS DE CARÁCTER INTERNACIONAL. 1. La sucesión por causa de muerte, una institución universal. 2. Los esfuerzos por la codificación internacional del Derecho sucesorio. A) Los esfuerzos doctrinales: el ámbito científico. B) Los esfuerzos jurídicos: el ámbito convencional. a) El plano regional. b) El plano universal. C) Los esfuerzos institucionales: el ámbito comunitario europeo. 3. La organización de la sucesión por causa de muerte afectante a una mujer marroquí domiciliada en España: aspectos generales. II. LA MUJER MARROQUÍ COMO CAUSANTE DE LA SUCESIÓN. 1. Sucesión de la mujer marroquí habiendo otorgado testamento. A) Autoridad ante la que otorgar el testamento. B) Capacidad para otorgar testamento. C) Forma del testamento. D) Contenido del testamento. 2. Sucesión de la mujer marroquí no habiendo otorgado testamento. 3. Aspectos comunes a la sucesión testada e intestada de la mujer marroquí. III. LA MUJER MARROQUÍ COMO HEREDERA. 1. Derecho de la mujer marroquí a heredar. 2. Capacidad de la mujer marroquí para recibir bienes por herencia. 3. Pensión de viudedad de la mujer marroquí domiciliada en España. IV. ASPECTOS PROCESALES DE LA SUCESIÓN INTERNACIONAL. 1. Ante qué autoridad presentar una demanda en materia de sucesión internacional. A) La competencia internacional de los órganos judiciales españoles para adoptar medidas provisionales o urgentes en materia sucesoria. B) La competencia internacional de los órganos judiciales españoles para conocer en cuanto al fondo de litigios surgidos o por surgir en materia sucesoria. 2. Cómo ejecutar en un Estado una resolución en materia de sucesión internacional adoptada por un órgano judicial de otro Estado. A) Instrumentos supraestatales vigentes en España para procurar la eficacia transfronteriza de las resoluciones en materia sucesoria. B) Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia sucesoria a falta de instrumentos supraestatales. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE EN SUPUESTOS DE CARÁCTER INTERNACIONAL

1. La sucesión por causa de muerte, una institución universal

La institución de la sucesión admite una doble acepción. Desde una perspectiva dinámica indica una acción y un efecto: la entrada o continuación de una persona o

* La presente investigación se enmarca en el Proyecto de Excelencia SEJ 820 "Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza", subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

** Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

cosa en lugar de otra; cuando la sucesión se produce *mortis causa* –esto es, por el fallecimiento de una persona–, la acción y el efecto consistirán en la entrada de otra u otras personas como herederas o legatarias en la posesión de los bienes del difunto. Desde una óptica estática se designa con el término sucesión el conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles a una persona heredera o legataria; esta última acepción de sucesión con frecuencia se utiliza como sinónimo del término herencia.

La herencia, entendida como patrimonio global que perteneció a la persona difunta, se compone –al igual que se componía aquél– de una parte activa conformada por los bienes así como por los derechos sobre ellos y de una parte pasiva consistente en las deudas. El complejo *iter* que transcurre desde la apertura de la sucesión hasta la adquisición de la posesión de la herencia por las personas destinatarias de ésta es conocido como *fenómeno sucesorio*; dicho *iter* está compuesto por fases como la citada apertura, la vocación a la sucesión, la delación de la herencia, la aceptación de la misma y la adquisición de su posesión.

Cuando en una sucesión por causa de muerte se halle presente un elemento extranjero (de carácter personal, material o territorial), la solución a la misma se abordará desde la perspectiva del Derecho internacional privado. Tal ocurriría si, por ejemplo, una mujer marroquí falleciese en España; desease otorgar testamento ante autoridad española; poseyese bienes en España; estuviere domiciliada en España y fuese heredera o legataria de un causante extranjero, etc.

La regulación de la sucesión *mortis causa* en Derecho internacional privado resulta extremadamente compleja por diversas consideraciones: las divergencias materiales en las normas sucesorias de los ordenamientos nacionales; la concurrencia de principios de solución contrapuestos (el de universalidad *versus* al de fragmentación en la consideración de los bienes hereditarios y el de unidad *versus* al de pluralidad en la determinación del ordenamiento aplicable); el carácter testado o intestado de la sucesión; la legítima de ciertos herederos forzosos; o la existencia de sistemas jurídicos plurilegislativos¹.

Para regular un fenómeno tan complejo como el de la sucesión en los supuestos de tráfico jurídico externo, los sistemas de Derecho internacional privado recurren a la amplia diversidad de técnicas de reglamentación que constituyen su contenido normativo. En este sentido, en un mismo sistema –pongamos por caso el español– coexistirán normas de origen supraestatal y de orden estatal por una parte, así como normas de carácter directo y de naturaleza indirecta por otra. La diversidad material presente en los ordenamientos nacionales en materia sucesoria, así como la índole pluridimensional de esta institución en Derecho internacional privado, han dado pie a un esfuerzo codificador digno con el fin de reseñar tanto en el plano conflictual como en el sector de la cooperación de autoridades.

¹ Tal es el caso de España, que lo es de base territorial (existen peculiaridades de orden sucesorio en las compilaciones forales del Derecho civil propio de ciertas regiones amparadas en la Disposición Adicional primera de la Constitución de 1978, en adelante CE) y de Marruecos, que lo es de base personal (pues los nacionales marroquíes de confesión judía, a diferencia del resto de compatriotas, se someten al estatuto personal hebraico marroquí según dispone el artículo 2, párrafo 2º, del nuevo Código de Familia o *Mudawana* -en adelante CFM- aprobado por el *Dahir* de 3 de febrero de 2004).

2. Los esfuerzos por la codificación internacional del Derecho sucesorio

A) Los esfuerzos doctrinales: el ámbito científico

En el plano científico o doctrinal, la regulación uniforme de la sucesión *mortis causa* en Derecho internacional privado ha suscitado un tradicional y notable interés.

1º) Es el caso, por una parte, de la Unión Internacional del Notariado Latino, organización no gubernamental creada en 1948 con el objeto de promover, coordinar y desarrollar la función y la actividad notariales en todo el mundo mediante la más estrecha colaboración entre los notariados nacionales. En la actualidad conforman esta organización setenta y cinco Estados (treinta y cuatro europeos, veintitrés americanos, quince africanos y tres asiáticos; entre ellos se encuentra España pero no Marruecos). Atenta al papel esencial que los fedatarios públicos adoptan en el ámbito sucesorio (tanto en la fase del otorgamiento del testamento como en la partición y adjudicación del caudal hereditario), esta institución ha abordado la cuestión desde una perspectiva comparatista.

2º) Por otra parte, el Instituto de Derecho Internacional, organización científica no oficial creada en 1873 con el objeto de favorecer el progreso de Derecho internacional, ya adoptó en su primera época las llamadas Reglas de Oxford (1880) que preconizaron la aplicación al fondo de la sucesión el ordenamiento de la nacionalidad del causante y, en su defecto, el de su domicilio. Casi un siglo más tarde, en la sesión celebrada en Niza en 1967, esta institución se ha mostrado más cautelosa en orden a determinar el ordenamiento aplicable a la sucesión testada ante las dificultades que suscita la figura en el tráfico externo.

B) Los esfuerzos jurídicos: el ámbito convencional

a) El plano regional

1º) En el continente americano, los esfuerzos de codificación internacional del Derecho sucesorio han dado sus frutos en forma de tratados multilaterales, concretándose en dos textos históricos adoptados el pasado siglo:

– Por una parte, el Convenio de Derecho internacional privado hecho en la Habana el 20 de febrero de 1928, que incorpora el conocido como Código de Bustamante (el cual, a su vez, regula la cuestión sucesoria en los Capítulos III a V de su Título III), se decantó por someter la sucesión al principio de universalidad –esto es, sin distinguir bienes muebles e inmuebles–, declarando aplicable la ley personal de quien cause la sucesión, concretada por su nacionalidad, su domicilio o cualquier otra conexión que pudiera determinar la legislación interna de los Estados vinculados por el Código (art. 144).

– Por otra parte, el Tratado de Derecho civil internacional de Montevideo, en su versión de 19 de marzo de 1940, que dedica su Título XII a las sucesiones, y que acoge el criterio del lugar de la ubicación de los bienes hereditarios en el momento del fallecimiento de la persona causante para determinar el Derecho aplicable al fondo de la sucesión (arts. 44 y 45).

2º) En el continente europeo, la codificación internacional del Derecho de sucesiones ha dado también resultados diversos a lo largo del siglo XX.

– Así, en un ámbito regional más limitado, es de destacar el Convenio sobre el régimen de las sucesiones adoptado por la Unión Nórdica el 19 de noviembre de

1934, aplicable a las situaciones que vinculen a algunos de los cinco Estados escandinavos, incluyendo normas de conflicto, normas sobre competencia judicial internacional y normas sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras.

– En el sector de la cooperación internacional de autoridades, y en un ámbito regional más extenso, resulta esencial la referencia al Convenio del Consejo de Europa relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, hecho el 16 de mayo de 1972 en Basilea, por el que se facilita la averiguación de la existencia de un testamento mediante un sistema de autoridades centrales estatales². Este instrumento permite inscribir un testamento ante una autoridad pública no sólo del Estado del lugar de residencia de quien haya otorgado el testamento, sino también de cualquier otro Estado parte en él; y es que el Convenio prevé la creación, en cada país, de uno o varios organismos competentes para la inscripción de los testamentos, los cuales a su vez proporcionan a las personas interesadas, con ocasión del deceso de quien otorgó el testamento, las informaciones sobre el testamento que ha registrado³. A modo de ejemplo, una mujer marroquí domiciliada en España llamada a la sucesión de su esposo podría utilizar este instrumento para consultar el registro de actos de última voluntad de Francia a fin de verificar si aquél otorgó testamento ante autoridad de tal país si el matrimonio, antes de trasladarse a España, estuvo establecido en el país vecino.

b) El plano universal

1º) En el seno del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), organización intergubernamental cuya finalidad consiste en estudiar los medios para armonizar y coordinar el Derecho privado de los Estados o grupos de Estados así como preparar gradualmente la adopción por los diversos países de normas uniformes de Derecho privado, se ha elaborado un Convenio en que se contiene una Ley uniforme sobre la forma de un testamento internacional, el cual fue abierto a la firma en Washington el 28 de octubre de 1973 y que no ha tenido un destacado éxito en la práctica notarial⁴.

2º) La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado se ha ocupado de la sucesión *mortis causa* mediante una serie de Convenios que abordamos seguidamente.

– Un primer bloque lo conforman sendos instrumentos elaborados con la pretensión de unificar las normas de conflicto en dos ámbitos diferentes.

• En el campo específico de la sucesión testada, se firmó el 5 de octubre de 1961 el Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones

² Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) núm. 239, de 5 de octubre de 1985. El Convenio se halla igualmente en vigor para Bélgica, Chipre, Estonia, Francia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Turquía, en tanto que lo han firmado (sin ratificación posterior) Alemania, Dinamarca, Reino Unido y Ucrania.

³ La autoridad central española es el Registro General de Actos de Última Voluntad, adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado (Ministerio de Justicia), sita en la plaza de Jacinto Benavente s/n, 28071-Madrid. Su página web es www.mju.es y el teléfono de atención a la ciudadanía el 902 00 72 14.

⁴ En vigor desde el 9 de febrero de 1978, en el Convenio son parte actualmente Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Canadá, Chipre, Ecuador, Eslovenia, Francia, Italia, Libia, Nigeria, Portugal y Yugoslavia (Bosnia y Montenegro), en tanto que lo han firmado sin posterior ratificación los Estados Unidos de América, Irán, Laos, el Reino Unido, la República Checa, Rusia, Sierra Leona y el Vaticano.

testamentarias, que goza de un éxito reseñable⁵. El Convenio posee naturaleza *erga omnes* o eficacia universal (art. 6), lo que implica, en lo concerniente a nuestro sistema de Derecho internacional privado, que ha desplazado la norma de conflicto de fuente interna en la materia, contenida en el artículo 11 del Código Civil (en adelante C.c.), excepción hecha de la conexión *lex causae*, que se mantiene operativa por admitirlo su artículo 3⁶. Además de por el amplio respaldo obtenido en cuanto al número de Estados parte en él y de por la importancia de su naturaleza *erga omnes*, el Convenio de 1961 destaca por otras dos razones: por una parte, por la amplitud de su ámbito de aplicación material (pues en su título utiliza la expresión “disposiciones testamentarias” con un evidente ánimo de evitar conflictos calificadorios, art. 2); y, por otra parte, por la amplia variedad y flexibilidad de criterios admitidos para la designación del ordenamiento aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias, todo ello marcado por un plausible *favor testamenti*⁷.

• En materia de ordenamiento aplicable al fondo de la sucesión –testada e intestada–, se hizo el 1 de agosto de 1989 el Convenio sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, de nula aceptación práctica⁸. El presente texto, en esencia, establece en sus artículos 5 y 6 un mecanismo que permite a la persona causante de la sucesión designar como aplicable a su herencia el ordenamiento de la nacionalidad o de la residencia habitual que tuviera en el momento de su óbito. Dicho mecanismo atiende a la idea de la máxima flexibilidad posible en orden a la determinación del ordenamiento aplicable al fondo de la sucesión mediante una fórmula que persigue el compromiso entre sistemas personalistas y patrimonialistas apoyado en los siguientes pilares: la eficacia universal o *erga omnes* del propio Convenio (art. 2); la consagración del principio de universalidad de la sucesión; la admisión de la *professio iuris* para designar el ordenamiento de la nacionalidad o de la residencia habitual de la persona causante de la sucesión (arts. 5 y 6); y la aplicación, en defecto de elección de ley, de tres conexiones objetivas subsidiarias en cascada que procuran un equilibrio entre nacionalidad y domicilio.

– Un segundo bloque, ceñido a la cooperación internacional de autoridades, lo constituye el Convenio sobre la administración internacional de las sucesiones, hecho el 2 de octubre de 1973⁹. Se trata de un instrumento que, pese a su mínima

⁵ BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1988. En él son parte, además de España, Alemania, Antigua y Barbados, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Botswana, Brunei Darussalam, China (Hong Kong), Croacia, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Fidji, Finlandia, Granada, Francia, Grecia, Irlanda, Israel, Japón, Lesotho, Luxemburgo, Macedonia, Mauricio, Montenegro, Noruega, Polonia, Países Bajos, Reino Unido, República Sudafricana, Serbia, Suiza, Suecia, Swazilandia, Tonga y Turquía. Pese a haber rubricado el Convenio, no lo han ratificado Italia y Portugal.

⁶ Art. 3: “El presente Convenio no se opone a las normas actuales o futuras de los Estados contratantes que reconozcan disposiciones testamentarias hechas en forma de una ley no prevista en los artículos precedentes”.

⁷ En efecto, y en lo que respecta a este último aspecto, se admiten, de manera alternativa, la utilización (art. 1) de la conexión del lugar del otorgamiento, de una conexión personal de quien haya otorgado el testamento (sea la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual, incluso concretadas ora en el momento del otorgamiento ora en el del óbito), de la conexión *rei sitae* para los inmuebles e, incluso, como se ha adelantado, la aplicación de cualquier otro ordenamiento presente o futuro.

⁸ El Convenio ha sido firmado por Argentina, Luxemburgo, Suiza y los Países Bajos, el único Estado que lo ha ratificado y que lo ha declarado unilateralmente en vigor mediante Ley de 4 de septiembre de 1996.

⁹ El Convenio ha sido firmado por Italia, Luxemburgo, los Países Bajos, el Reino Unido, Turquía, Portugal, Chequia y Eslovaquia, pero únicamente se halla en vigor desde el 1 de julio de 1993 para los tres últimos.

eficacia práctica, goza de un loable alcance teórico en orden a la superación de las dificultades que se suscitan en el complejo sector de la administración de la herencia en los supuestos de tráfico externo persiguiendo un doble objetivo: evitar una dualidad de liquidaciones sucesorias y facilitar la prueba en el ámbito internacional de la cualidad de la persona habilitada para administrar la herencia (siendo la pieza maestra a tal fin la creación de un certificado internacional emitido por la autoridad competente de la residencia habitual de la persona difunta, cuya sola presentación en todos los Estados contratantes diferentes al del lugar de su emisión testimoniaría la designación de quien deba administrar la herencia y los poderes de la persona a quien se atribuyese esta cualidad).

La acción de la Conferencia de La Haya en este sector del ordenamiento no se agota en los logros reseñados, pues desde la decimosexta sesión de la Conferencia (1988) se decidió inscribir en el orden del día de futuros trabajos el estudio de la competencia judicial, así como del reconocimiento y de la ejecución de resoluciones en materia sucesoria, empeño que se mantiene en la actualidad sin que hasta la fecha haya cristalizado en un proyecto concreto.

C) Los esfuerzos institucionales: el ámbito comunitario europeo.

En el estado actual de las cosas de la construcción europea, el Derecho de sucesiones ha venido siendo incluido desde un primer momento en el bloque de un Derecho de familia entendido en sentido amplio. La realidad demuestra, no obstante, que diversas consideraciones de carácter formal y material impiden afirmar la existencia de una auténtica competencia comunitaria en materia de Derecho de familia y de sucesiones, de manera que la Unión Europea (en lo sucesivo UE) se ha tenido que limitar a legislar, de manera indirecta, en este ámbito.

Sin embargo, la relevancia jurídica del Derecho sucesorio se ha incrementado recientemente en la UE, en orden al desarrollo pleno del espacio de libertad, seguridad y justicia por una serie de consideraciones, que han sido puestas de manifiesto por el Libro verde sobre sucesiones y testamentos adoptado por la Comisión el 1 de marzo de 2005¹⁰: la creciente movilidad de personas –ciudadanas comunitarias o no– en el territorio comunitario, el consiguiente incremento del número de uniones –jurídicas y de hecho– entre ellas, o la frecuente adquisición de inmuebles en otros Estados comunitarios. A esta realidad social se añade otra, esta vez jurídica, no menos relevante en el origen de los numerosos problemas surgidos de las sucesiones internacionales y que han sido igualmente apuntadas por el Libro verde de 2005: la disparidad de normas sustantivas, procesales y conflictuales existente en los Estados miembros (influencia en no pocos casos de concepciones culturales diversas), así como a las diferencias en la terminología utilizada.

Todo lo anterior justifica la necesidad material de elaborar normas comunitarias en este ámbito que, a medio plazo, serán una realidad para los ciudadanos y ciudadanas residentes en la UE con independencia de cuál sea su nacionalidad, lo que beneficiará a las mujeres marroquíes inmigrantes establecidas por ejemplo en España. El Libro verde citado planteaba la conveniencia de que se presentase una propuesta normativa en 2006, que debería estar adoptada en 2011 a más tardar, en la que se incluyeran normas armonizadas sobre competencia judicial y reconoci-

¹⁰ Documento COM (2005) 65 final.

miento y ejecución de resoluciones, normas sobre reconocimiento de documentos y actos extrajudiciales (testamentos, documentos notariales y documentos administrativos), normas armonizadas sobre conflictos de leyes (ante la dificultad de avanzar en el plano material), normas sobre registro de testamentos de los residentes en la UE y normas sobre un certificado europeo de heredero. El primer plazo no se ha cumplido, pues en el momento de elaboración de estas líneas se continúa trabajando en la elaboración de una propuesta normativa en la materia.

3. La organización de la sucesión por causa de muerte afectante a una mujer marroquí domiciliada en España: aspectos generales

Expuestas las consideraciones anteriores, conviene clarificar el complejo panorama en el que podría verse afectada en la práctica una mujer marroquí domiciliada en España en relación con un supuesto sucesorio.

1º) Mujer marroquí causante. Por una parte podría ocurrir que la mujer marroquí en cuestión fuera la causante de la herencia como consecuencia de su fallecimiento. Según está admitido en la generalidad de los ordenamientos jurídicos estatales —y el español o el marroquí no son una excepción—, resultaría preciso distinguir entre el supuesto en el que la citada mujer hubiera otorgado testamento (en cuyo caso su sucesión se consideraría *testada*) y aquel en el que no lo hubiera hecho (en cuyo caso su sucesión se regularía como *intestada*).

En el caso de la sucesión testada son diversas las cuestiones que plantea a su vez el acto de última voluntad por el que la causante organiza su futura sucesión. Así, habremos de analizar la autoridad estatal ante la que otorgar el testamento, la capacidad para hacerlo, las formas admitidas para tal otorgamiento o el contenido de dicho testamento. Tratándose todas ellas de cuestiones que pueden ser reguladas por ordenamientos nacionales diferentes, no conviene nunca obviar una visión de conjunto de la operación sucesoria para dar una adecuada solución en función de los intereses en presencia (de la testadora, de sus herederos o herederas, de los Estados vinculados por la ubicación de los bienes sucesorios, etc.).

2º) Mujer marroquí heredera. Por otra parte, podría suceder que la inmigrante marroquí en cuestión tuviese derecho a heredar a otra persona. En este supuesto de nuevo habrían de tenerse en cuenta diversas consideraciones para una adecuada regulación del mismo: la verificación de si la titularidad del derecho a la herencia deriva del testamento otorgado por el fallecido o de lo establecido en el ordenamiento que resultara aplicable caso de hallarnos ante una sucesión intestada; de si la causante de la herencia es persona de nacionalidad española o extranjera, o de si se halla domiciliada o no en España; del país de situación de los bienes hereditarios; etc.

3º) Diferencias en la concreción de la herencia. Son varios los factores que provocan la existencia de diferencias en la concreción de algunos aspectos de la concreción de la herencia, diferencias que, en ocasiones, dan origen a una extraordinaria complejidad en la solución de los supuestos de sucesiones internacionales. Así ocurre con la determinación de si debe haber herederos forzosos (y quiénes en su caso) o con la fijación de las cuotas hereditarias en función de la existencia o no de dichos herederos, siendo frecuente el conflicto entre ordenamientos de países islámicos (por ejemplo Marruecos) y de países occidentales (por ejemplo España) en la salvaguarda del principio de igualdad de todos y todas en cuanto a los derechos sobre la herencia.

4º) Intervención de distintas autoridades. En la fase de otorgamiento del testamento, dependiendo de las distintas formas admitidas en los diferentes ordenamientos nacionales, es posible que puedan intervenir igualmente diferentes autoridades estatales en calidad de fedatarios públicos (notarios y notarias, *adules*, cónsules, etc.), quienes pueden asimismo actuar en la fase de la liquidación de la herencia. En la fase de la administración de la sucesión, asimismo pueden intervenir otras personas en calidad de administradores ya sean designadas en el testamento por voluntad de la persona fallecida (ejecutor o ejecutora del testamento o albacea), o sean designadas conforme a la Ley (administradores judiciales de la herencia).

5º) Problemas procesales comunes. Con independencia de que la sucesión internacional sea testada o intestada, la mujer marroquí involucrada en ella puede verse afectada por idénticos problemas procesales en caso de surgimiento de un litigio: la determinación de los órganos judiciales competentes para conocer del mismo y la eficacia transfronteriza de las decisiones adoptadas por la autoridad de un Estado. En las páginas que siguen se acometerá un análisis sintético, práctico y ordenado de los principales problemas a los que nos acabamos de referir. En primer término abordaremos el supuesto en el que la mujer marroquí domiciliada en España fuera la causante de su sucesión, distinguiendo si hubiera otorgado testamento o no (epígrafe II); seguidamente estudiaremos el supuesto en el que dicha mujer fuera llamada como heredera o legataria en una herencia internacional (epígrafe III); y, por último, nos centraremos en las cuestiones procesales comunes a ambos supuestos (epígrafe IV).

II. LA MUJER MARROQUÍ COMO CAUSANTE DE LA SUCESIÓN

En la hipótesis en que en la sucesión internacional la causante fuese la mujer marroquí domiciliada en España, cabe distinguir dos variantes: que hubiera otorgado un testamento válido (apartado 1) o que no lo hubiera hecho (apartado 2). En el primer supuesto, su sucesión se ordenará conforme a lo establecido por ella en tal acto de última voluntad; en el segundo, dicha ordenación se llevará a cabo conforme a lo establecido por una de las legislaciones estatales vinculadas con la sucesión.

1. Sucesión de la mujer marroquí habiendo otorgado testamento

Como acto de última voluntad, el testamento consagra una determinada organización de la futura sucesión de la persona que lo otorga. Por tal razón es la vía más recomendable para solucionar tan compleja institución en el tráfico jurídico externo. Sin perder de vista una aproximación global o de conjunto del testamento internacional (que ha de permitir valorar los múltiples intereses en presencia), es preciso distinguir en la práctica las siguientes cuestiones singulares relacionadas con el mismo.

A) Autoridad ante la que otorgar el testamento

En el supuesto del que partimos (mujer de nacionalidad marroquí domiciliada en España) podría ocurrir que el otorgamiento del testamento se efectuase ante las autoridades españolas, marroquíes o de un tercer Estado.

En nuestro ordenamiento, por ejemplo, el artículo 676 del C.c. permite que el testamento pueda ser otorgado ante autoridad notarial en forma abierta (la testadora manifestaría su última voluntad ante ésta arts. 679 y 694 ss. C.c.) o cerrada (la testadora entregaría un pliego al notario con su última voluntad, arts. 680 y 706 ss. C.c.); del mismo modo admite el llamado testamento ológrafo, esto es, el que escribiría y firmaría la propia testadora sin presencia de autoridad notarial (arts. 678 y 688 ss. C.c.), modalidad ésta que el artículo 688 permite efectuar a los extranjeros en su propio idioma (con lo cual la mujer marroquí podría hacerlo en árabe).

En el ordenamiento marroquí el testamento es asimismo otorgado ante *adules* o notarios, según lo previsto desde el *Dahir* de 4 de mayo de 1925 acerca de la organización del notariado¹¹, cuyo artículo 26 incluyó asimismo una referencia al testamento ológrafo. En la actualidad el testamento en Derecho marroquí es objeto de reglamentación en el Libro V (arts. 277 a 320) del CFM de 2004 (*infra*)¹².

Mención aparte merece la posibilidad, admitida en los ordenamientos español y marroquí, de que los ciudadanos y ciudadanas nacionales de los respectivos Reinos otorguen testamento ante autoridad consular de su país acreditada en el extranjero, la cual actuaría en calidad de autoridad notarial; en otras palabras, la mujer marroquí domiciliada en España podría otorgar testamento, conforme al Derecho marroquí, ante una autoridad consular de Marruecos acreditada en nuestro país y competente a estos efectos. La fundamentación jurídica de esta posibilidad se asienta en el artículo 5 del Convenio sobre relaciones consulares, hecho el 24 de abril de 1963 en Viena¹³, en el que son parte Marruecos y España, que establece que las funciones consulares serán, entre otras,

“f) *Actuar en calidad de notario, en la de funcionario del registro civil y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor*”.

El caso del testamento de nacionales marroquíes ante cónsul de su país acreditado en España se hallaría amparado por el Decreto marroquí 2-66-646, de 29 de enero de 1970, relativo a la aplicación del *Dahir* 421-66, de 20 de octubre de 1969, sobre las atribuciones de los agentes diplomáticos y de los cónsules en el extranjero, que habilita a éstos a ejercer como *adel* a los fines de autorizar cualquier acto que en Marruecos sea autorizado por un *adul*¹⁴.

B) Capacidad para otorgar testamento.

La apreciación de si la mujer marroquí tendría o no capacidad para otorgar el acto testamentario ante autoridad española, marroquí o de un tercer Estado forma parte del llamado estatuto personal, esto es, del conjunto de materias reguladas por la ley personal. Así las cosas, el criterio de conexión utilizado por los sistemas de Derecho internacional privado de España y de Marruecos para determinar la ley

¹¹ *Boletín Oficial* de 23 de junio de 1925, p. 1050.

¹² La traducción utilizada es la elaborada para el Proyecto ADL para el Fortalecimiento y Modernización de la Justicia de Marruecos 2005-2008 (www.proyectoadl.com).

¹³ *BOE* núm. 56, de 6 de marzo de 1970.

¹⁴ *Boletín Oficial* de 1970, p. 258. En el sistema jurídico marroquí el *adul* es un notario tradicional de confesión musulmana con competencia para autorizar actos relativos al estado civil, a las relaciones de familia (por ejemplo el matrimonio o el divorcio bajo la autoridad y el control de un juez notario o *cadi attaouthik*) y a la sucesión *mortis causa*.

personal (ordenamiento aplicable al estatuto personal) es la nacionalidad, en este caso de quien vaya a otorgar el testamento.

1º) En el ordenamiento marroquí, la nacionalidad es la regla tradicional para determinar la ley personal, y así se consagra desde los *Dahires* de 12 de agosto de 1913 sobre condición civil de los franceses y de los extranjeros en el Protectorado francés de Marruecos (que se considera que contiene las normas de conflicto en materia de estatuto personal del sistema marroquí de Derecho internacional privado) y de 1 de junio de 1914 sobre la condición de los españoles y extranjeros en el Protectorado español de Marruecos. En consecuencia, la apreciación de si una mujer marroquí tiene capacidad para otorgar testamento ante una autoridad marroquí (por ejemplo, un cónsul de su país acreditado en España) será verificada por ésta conforme a lo establecido en el ordenamiento marroquí. En el supuesto de que la mujer ostentara, además de la marroquí, la nacionalidad de otro país, la autoridad marroquí ante la que quisiera otorgar testamento la consideraría en todo caso marroquí, pues así se desprende de la compleja norma de conflicto unilateral del artículo 2 del CFM, que implica, para las autoridades marroquíes, aplicar dicho cuerpo legal a todos los marroquíes (aunque ostenten además otra u otras nacionalidades, por ejemplo la española)¹⁵.

2º) En el sistema español de Derecho internacional privado la solución consagrada en el artículo 9, apartado 1º, del C.c. se adscribe, como se ha indicado en páginas anteriores, a los sistemas que utilizan la conexión de la nacionalidad del individuo. En consecuencia, la mujer marroquí que desease otorgar testamento ante autoridad notarial en España vería verificada su capacidad a tal efecto conforme a lo establecido en el ordenamiento marroquí; si éste incluyera alguna discriminación de la mujer respecto del varón a estos efectos –lo cual no se desprende del nuevo CFM, que avanza sensiblemente en la igualdad entre sexos–, la autoridad española rechazaría la aplicación del Derecho marroquí y, en su sustitución, aplicaría a la verificación de la capacidad testamentaria de la mujer marroquí el Derecho español (artículo 12, apartado 3º, del C.c.). La cuestión podría complicarse si la testadora tuviera dos (o más) nacionalidades: conforme a lo establecido en el apartado 9º del mismo Código, si una de ellas fuese la española y la otra la marroquí, la autoridad notarial la consideraría española; si una de ellas fuese la marroquí y otra la de un Estado tercero, el notario la considerará nacional del país de su última residencia habitual y, en su defecto, del de la última nacionalidad adquirida. A lo anterior se deben añadir dos precisiones técnicas importantes:

– por una parte, el momento para determinar la capacidad testamentaria de la mujer marroquí (y, por tanto, la validez o invalidez por este motivo del testamento) sería el del otorgamiento del mismo (art. 9, apartado 8º, del C.c.); y

¹⁵ La regulación de la nacionalidad marroquí ha sido recientemente abordada por la Ley 62-06 (promulgada por el *Dahir* núm. 1-07-80, de 23 de marzo de 2007), por la que se modifica y completa la Ley de 6 de septiembre de 1958 que aprobó el Código de la Nacionalidad Marroquí o CNM (promulgada a su vez por el *Dahir* núm. 1-58-280), *Boletín Oficial* núm. 5513, de 2 de abril de 2007, en árabe y núm. 5514, de 5 de abril de 2007 en francés. Entre las más señaladas y celebradas modificaciones se halla la reforma del artículo 6 del CNM por cuya virtud es marroquí el hijo de padre o de madre marroquí (sin especificarse nada sobre el estado civil de ésta), lo que supone la igualación de ambos sexos en la atribución de la nacionalidad marroquí de origen. De interés resulta asimismo el supuesto de pérdida de la nacionalidad marroquí por la nacional de este país que se case con extranjero y que, por tal hecho, adquiera la de su marido (art. 19).

– por otra parte, el cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior (art. 9, apartado 1º, párrafo 2º, del C.c.), lo que significa que el testamento válidamente otorgado por la mujer marroquí mayor de edad conforme al ordenamiento marroquí¹⁶ no podría ser declarado inválido *a posteriori* por el simple hecho de que ella hubiera adquirido la nacionalidad de otro Estado conforme a cuyo ordenamiento fuera considerada menor y no mayor de edad.

El ordenamiento de la nacionalidad de la testadora regulará la determinación de su personalidad y los medios de hacerla valer, la validez intrínseca de las disposiciones testamentarias por esta causa, las cuestiones referentes a la ejecución del testamento y las acciones para la declaración de validez o nulidad del testamento.

C) Forma del testamento

La forma desempeña una doble función en el Derecho: por una parte es un medio de expresión de una voluntad (incluida la que se hace *mortis causa*), aun para aquellos actos respecto de los cuales se predica su carencia total de forma; por otra parte es un medio de prueba de la existencia o autenticidad y del contenido del acto jurídico en cuestión, con lo que, en definitiva, se persigue proporcionar la seguridad o certeza que se precisa en el tráfico jurídico en general y en el internacional en particular.

La mujer marroquí que desee manifestar su última voluntad a través de un testamento tendrá que respetar las formas que para éste prevean las normas jurídicas que resulten de aplicación.

1º) En el sistema marroquí de Derecho internacional privado no existe una norma de conflicto *ad hoc* para la determinación del ordenamiento estatal aplicable a la forma del testamento, ante lo cual la doctrina se divide por estimar aplicable bien la ley nacional del testador (tesis mantenida también por la jurisprudencia), bien las reglas sobre la forma de los actos jurídicos contenidas en el artículo 10 del *Dahir* de 12 de agosto de 1913. De resultar aplicable al fondo el ordenamiento marroquí por una u otra vía, el nuevo CFM dedica el Capítulo V de su ya citado Libro V a la forma de los testamentos (arts. 295 a 297), en el que se parte de una notable flexibilidad, al permitirse que se otorgue el testamento por medio de cualquier expresión o escrito (o por cualquier signo inequívoco en el caso de que quien teste no tenga posibilidad de expresarse verbalmente o por escrito, art. 295) y en el que se admite tanto la forma de escritura constatada por los *adules* (autoridades notariales) o por cualquier otra autoridad oficial habilitada para otorgar escrituras, como la forma del ológrafo del documento manuscrito de la persona que otorgue el testamento y firmado por ella (artículo 296).

2º) En el sistema español de Derecho internacional privado, tales normas jurídicas se contienen en el ya citado Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 así como en el artículo 11 del C.c. en tanto no haya sido desplazado o sustituido por dicho instrumento supraestatal dada su eficacia universal o *erga omnes*.

a) La citada eficacia del Convenio de 1961 no sólo implica la consecuencia aludida, sino que también supone que el ordenamiento nacional declarado aplicable al fondo del asunto por la normativa de tal instrumento será aplicado aunque sea el de un

¹⁶ Lo cual ocurre a los dieciocho años: arts. 209, 210 y 279 CFM.

Estado no parte en el mismo¹⁷; por ejemplo, la forma de un testamento otorgado ante notario español por una mujer marroquí podría someterse a lo dispuesto en la materia por el ordenamiento de Marruecos (art. 1, letra a, del Convenio), pese a no ser parte este país en el mismo. El Convenio de 5 de octubre de 1961 se caracteriza, además, por la amplitud de su ámbito de aplicación material pues en su título utiliza la expresión “disposiciones testamentarias” con un evidente ánimo de evitar conflictos de calificaciones (art. 2). En cuanto al sistema de designación del ordenamiento aplicable a la forma de los testamentos, se admite, de manera alternativa, la utilización (artículo 1) de la conexión del lugar del otorgamiento, de una conexión personal del testador (sea la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual, incluso concretadas ora en el momento del otorgamiento ora en el del óbito), de la conexión *rei sitae* para los inmuebles e, incluso, conforme al artículo 3, la aplicación de cualquier otro ordenamiento presente o futuro.

b) Esta última referencia nos permite afirmar que el artículo 11 de nuestro C.c. se halla vigente respecto de la regla que permite aplicar a la forma de un testamento lo establecido en la *lex causae*, esto es, en el ordenamiento aplicado al fondo del mismo, cuestión a la que dedicamos las líneas que siguen.

D) Contenido del testamento.

En lo que concierne al fondo del testamento, esto es, al contenido de las disposiciones de última voluntad que pudiera manifestar la mujer marroquí en su testamento, las soluciones que se consagran en los ordenamientos de España y de Marruecos son las siguientes.

1º) En el sistema español de Derecho internacional privado la norma de conflicto para determinar el ordenamiento aplicable al fondo en materia de sucesiones se contiene en el artículo 9, apartado 8º, del C.c., que determina como aplicable la ley nacional del causante en el momento de otorgamiento del testamento, salvedad hecha de la legítima que se somete en todo caso a la ley de la última nacionalidad del causante, todo ello con independencia de la naturaleza de los bienes y del lugar de su ubicación.

2º) En el sistema marroquí de Derecho internacional privado, el artículo 18 del *Dahir* de 12 de agosto de 1913 dispone la aplicación de la ley nacional del causante al fondo de la sucesión testada e intestada; la práctica judicial marroquí pone de manifiesto que no suelen existir obstáculos a la aplicación de la ley nacional en esta materia.

El ordenamiento así designado por uno u otro sistema determinaría la designación de los herederos, las partes de la herencia, la cuota disponible y la reserva, la validez intrínseca del testamento por cuestión de fondo y sus efectos, así como los impedimentos para suceder.

2. Sucesión de la mujer marroquí no habiendo otorgado testamento

Si la mujer marroquí no hubiera manifestado su voluntad *mortis causa* a través de un testamento, o lo hubiera hecho pero no pudiera éste considerarse válido

¹⁷ Art. 6: “La aplicación de las normas de conflicto establecidas por el presente Convenio será independiente de toda condición de reciprocidad. El Convenio se aplicará aunque la nacionalidad de los interesados o la ley aplicable en virtud de los artículos precedentes no sean la de un Estado no contratante”.

conforme al ordenamiento que resultara aplicable, nos hallaríamos ante el supuesto de sucesión intestada. En tal caso corresponde ordenar la sucesión a la Ley (de ahí que se denomine a este tipo de sucesión legal o intestada), que se limitaría a disciplinar la cuestión de la determinación del ordenamiento estatal aplicable al fondo de la sucesión de la mujer marroquí.

En este punto las soluciones indicadas respecto de la sucesión testada (*supra*) resultan idénticas, si bien moduladas por el hecho de que la nacionalidad del causante que se ha de tener en cuenta para determinar el ordenamiento aplicable al fondo de la sucesión es la que se ostente en el momento de su fallecimiento (y no del otorgamiento pues, por lógica, no se habría otorgado válidamente testamento). En nuestro sistema de Derecho internacional privado, en caso de apertura de la sucesión de la mujer marroquí ante autoridad española ésta declararía aplicable al fondo de la misma el ordenamiento de la nacionalidad de la testadora en el momento de su fallecimiento (el marroquí) cualesquiera que fuesen la naturaleza de los bienes y el país en que se encontrasen (art. 9, apartado 8º, del C.c.); si la mujer marroquí tuviese además otra u otras nacionalidades, la solución sería idéntica a la expuesta anteriormente distinguiendo si la otra nacionalidad fuera la española o la de un tercer país (art. 9, apartado 9º, C.c.).

Ahora bien, podría ocurrir que con ocasión de la sucesión de la mujer marroquí abierta ante autoridad española el citado artículo 9, apartado 8º C.c., declarase aplicable al fondo de la misma el ordenamiento marroquí y que entraran en juego los impedimentos contenidos en el artículo 332 del CFM, que prohíbe que haya sucesión entre un musulmán y un no musulmán o que la haya en el supuesto de negación legal de la filiación paterna. En concreto, en lo que concierne a la desigualdad por razón de la religión, el Derecho musulmán clásico distingue entre la sucesión testada y la intestada, de manera que, si respecto de la primera, la regla de base de origen coránico es que el musulmán puede disponer a favor del no musulmán (infiel o *kafir*), del mismo modo que los no musulmanes pueden disponer entre sí, en la sucesión intestada la doctrina musulmana se manifiesta por unanimidad, con fundamento en el Corán, a favor de negar el derecho de un no musulmán de heredar a un musulmán (respecto de la posibilidad de que un musulmán herede a un no musulmán, la escuela chiíta se inclina por una respuesta favorable, mientras que la sunnita lo hace por una desfavorable). En tales circunstancias, y por virtud de la actuación de la excepción de orden público internacional (artículo 12, apartado 3º, del C.c.), la autoridad española se vería obligada a rechazar la aplicación de la Ley marroquí por discriminatoria (artículos 14, 32 y 39 CE) y a aplicar, en su sustitución, la Ley española en materia sucesoria.

3. Aspectos comunes a la sucesión testada e intestada de la mujer marroquí

Diversos son los aspectos que merecen una regulación idéntica, sea testada o intestada la sucesión, sometiéndose todos ellos a lo dispuesto en el ordenamiento nacional declarado aplicable al fondo de la sucesión. En primer término, es el caso de la apertura de la sucesión, siendo así que los sistemas español y marroquí consideran que la sucesión se abre con la muerte o con la declaración de fallecimiento (artículos 196 y 657 C.c. y artículos 323 ss. CFM). Seguidamente, la administración de la herencia se disciplina asimismo por el ordenamiento aplicado al fondo

de la sucesión según lo establecido en ambos sistemas de Derecho internacional privado, ya exista un albacea designado en testamento, ya sean administradores los propios herederos, ya se haya nombrado un administrador judicial. En tercer lugar, la transmisión de la herencia también se regula por el mismo ordenamiento, incluyendo en tal institución la vocación y la delación; la aceptación o la repudiación de la herencia y de los legados (incluyendo sus clases y formas); el derecho a deliberar, etc. Por último, el ordenamiento estatal aplicado al fondo de la sucesión –testada o intestada– de igual modo rige la partición y liquidación de la herencia (composición de la masa hereditaria, formación de los lotes, reducción de legados y liberalidades, abono de las deudas, etc.).

III. LA MUJER MARROQUÍ COMO HEREDERA

Podría ocurrir que la mujer marroquí domiciliada en España no fuera la causante de la sucesión, sino que tuviera derecho a heredar a otra persona, de nacionalidad española o extranjera y domiciliada en España o en otro país. En este supuesto interesa tener en cuenta tres consideraciones prácticas.

1. Derecho de la mujer marroquí a heredar

La consideración o no de la mujer marroquí como heredera dependerá de lo establecido en el ordenamiento aplicado al fondo de la sucesión de la persona fallecida que da origen a ésta, en los términos que hemos estudiado en el epígrafe precedente. Si, como también antes se indicó, la sucesión se abriera en España (por ejemplo, porque el marido de la mujer marroquí falleciese en nuestro país) y resultase aplicable el ordenamiento marroquí (por ser ésta la nacionalidad del causante), la autoridad española competente rechazaría la aplicación del ordenamiento marroquí señalada por el apartado 8º del artículo 9 de nuestro C.c. si éste incluyera alguna previsión que pudiese ser considerada discriminatoria respecto de la mujer conforme a lo dispuesto en los artículos 14, 32 y 39 de la CE.

2. Capacidad de la mujer marroquí para recibir bienes por herencia

Una vez considerada objetivamente heredera, se debe acreditar la capacidad pasiva de la mujer marroquí, esto es, la aptitud subjetiva para recibir bienes *mortis causa*. Se trata de una cuestión incluida en el estatuto personal y que, por consiguiente, se somete a la ley personal que, en los sistemas marroquí y español de Derecho internacional privado, se regula por el ordenamiento de la nacionalidad de la mujer llamada a la sucesión: artículo 3 del *Dahir* de 12 de agosto de 1913 y artículo 9, apartado 1º C.c., respectivamente. En concreto, si se abriese en España una sucesión en la que una mujer marroquí fuese llamada a heredar, la autoridad española competente verificaría si conforme al ordenamiento marroquí dicha mujer sería capaz de recibir bienes *mortis causa*, cuestión que se regula en el CFM de 2004 en el Título I del Libro IV (artículos 206 ss.), en general, y en el Título II del Libro VI (artículos 329 ss.), en relación con las sucesiones.

3. Pensión de viudedad de la mujer marroquí domiciliada en España

Se han planteado supuestos de solicitud, ante la Administración española (concretamente el Instituto Nacional de la Seguridad Social), de pensiones de viudedad por al menos dos esposas, que lo fueron en vida y simultáneamente, del mismo esposo. Sobre el particular existe alguna jurisprudencia menor de nuestros órganos judiciales de carácter contradictorio: en tanto que una tendencia minoritaria se ha inclinado por reconocer la pensión por entero únicamente a la primera esposa alegando la incompatibilidad del matrimonio poligámico con nuestro orden público internacional y, por ende, su nulidad ante nuestro ordenamiento¹⁸, un mayor número de pronunciamientos se han decantado por el reparto de la pensión entre las esposas del causante polígamo varón fallecido¹⁹.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social) de 10 de junio de 1998 ofrece un interesante ejemplo de matrimonio entre nacionales marroquíes celebrado en Marruecos en forma islámica que termina afectando al ordenamiento español: en efecto, trasladado el matrimonio con posterioridad a territorio español, adquiriendo ambos cónyuges la nacionalidad española y falleciendo el marido, la esposa superviviente solicita una pensión de viudedad al Instituto Nacional de la Seguridad Social, hallándose el problema para el reconocimiento de ésta en el hecho de que el matrimonio no se había inscrito en el Registro Civil español. El Tribunal de referencia estimó la pretensión de la viuda pues, al cuestionarse si la omisión de tal inscripción atañía a un requisito esencial de orden constitutivo o simplemente a un requisito *ad probationem* o *ad solemnitatem*, estableció que:

*“representa un mero defecto de forma que no puede privar de validez y eficacia, con todos los efectos legales que le son inherentes en el ordenamiento jurídico español, al matrimonio celebrado conforme a la legislación marroquí, concretamente, el de la prestación de viudedad por la condición de cónyuge sobreviviente, y ello como consecuencia lógica, normal y obligada de la adquisición de la nacionalidad española por la presunta beneficiaria y el sujeto causante”*²⁰.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) de 30 de julio de 2003 (*Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social*, 2002, núm. 3049), que revoca la del Juzgado de lo Social núm. 6 de Barcelona de 10 de octubre de 2001 dictada en un supuesto de dos esposas supervivientes residentes en España con los respectivos hijos del mismo fallecido natural de Gambia (país donde se celebraron válidamente los dos matrimonios con aquéllas al amparo de la Ordenanza mahometana de matrimonios de 1941).

¹⁹ Es el caso de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 2 de abril de 2002 (*Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social*, 2002, núm. 899), que confirmó la sentencia del Juzgado de lo Social n° 3 de La Coruña de 13 de julio de 1998 respecto de dos viudas senegalesas de un fallecido igualmente senegalés, y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) de 29 de julio de 2002 (*Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social*, 2002, núm. 3324), relativa a un fallecido marroquí que había contraído matrimonio en Maruecos en 1993 con una primera esposa y en 1995 con una segunda, y en la que se tuvo en cuenta el Convenio hispano-marroquí de Seguridad Social de 6 de noviembre de 1979.

²⁰ *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Social*, 1998, núm. 3559; véase la Nota sobre la misma de A. QUIÑONES ESCAMEZ, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1999, núm. 2, p. 744 ss.

IV. ASPECTOS PROCESALES DE LA SUCESIÓN INTERNACIONAL

En la organización de una sucesión internacional suelen intervenir diferentes autoridades estatales, no todas ellas de carácter judicial. En efecto, ya hemos apreciado cómo en la fase de otorgamiento del testamento pueden tener competencia distintas autoridades estatales en calidad de fedatarios públicos (notarios y notarias, *adules*, cónsules, etc.), quienes pueden asimismo actuar en la fase de la liquidación de la herencia; y que en la fase de la administración de la sucesión pueden intervenir otras personas en calidad de administradoras ya sean designadas en el testamento por voluntad de la persona fallecida (ejecutores testamentarios o albaceas), ya sean designadas conforme a la Ley (administradores judiciales).

Lo anterior explica que un gran volumen de los supuestos suscitados en sede de sucesión internacional sean resueltos por autoridades estatales no judiciales, lo que exime a las partes interesadas de acudir a los tribunales. Además, en diversos Estados la intervención de un Juez no es ni siquiera obligatoria para liquidar las sucesiones complejas o litigiosas (como ocurre en Derecho español, donde las autoridades notariales, según se ha indicado, representan un relevante papel). No obstante ello, es preciso analizar los aspectos procesales en que podría verse envuelta una mujer marroquí domiciliada en España con ocasión de su vinculación a una sucesión internacional, pues puede ocurrir que los bienes integrantes de la herencia se hallen dispersos por diferentes países. A estos fines hemos de distinguir dos cuestiones: ante qué autoridad judicial presentar una demanda en materia de Derecho sucesorio (epígrafe 1) y cómo favorecer la eficacia transfronteriza de las decisiones adoptadas en este ámbito (epígrafe 2).

1. Ante qué autoridad presentar una demanda en materia de sucesión internacional

Expuestos los elementos esenciales de las sucesiones internacionales, el primer interrogante que debe abordar una mujer marroquí domiciliada en España que desee defender sus derechos en este ámbito es ante qué autoridad estatal hacerlo. En consecuencia, la mujer marroquí domiciliada en España debería, en primer término, verificar si su situación habría de ser regulada por algún instrumento supraestatal para, seguidamente, acudir a la solución ofrecida por nuestro sistema de Derecho internacional privado en ausencia de tales instrumentos.

Así las cosas, es preciso indicar que la sucesión *mortis causa* está excluida de los respectivos ámbitos de aplicación material de los más importantes instrumentos supraestatales de carácter multilateral vigentes en España²¹, del mismo modo que tampoco existe instrumento bilateral alguno en la materia. Por tanto, el análisis que hemos de realizar en este punto se debe ceñir a las soluciones previstas en nuestro sistema de Derecho internacional privado en defecto de instrumento supraestatal.

A) La competencia internacional de los órganos judiciales españoles para adoptar medidas provisionales o urgentes en materia sucesoria

²¹ Nos referimos a los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988, así como a los Reglamentos 2201/2003 y 44/2001 (artículo 1 en los cuatro casos).

En el tráfico jurídico externo la solicitud de adopción de medidas cautelares o provisionales se realiza normalmente por la persona facultada para ello ante los órganos judiciales del Estado en que aquéllas puedan resultar más efectivas, lo que, por lo general, en materia de administración de la herencia, suele coincidir con el país en que se hallen los bienes objeto de la medida cautelar. Si éste fuese España, la mujer marroquí interesada en la adopción de una de estas medidas debería acogerse a lo dispuesto en el artículo 22, apartado 5º, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ), que declara unilateralmente competentes a los órganos judiciales españoles

“Cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y que deban cumplirse en España”²².

En la práctica, el ejercicio de esta competencia por nuestros órganos judiciales se produciría cuando los bienes integrantes de la herencia sobre los que debiera recaer la medida aseguratoria solicitada se ubicasen en nuestro territorio nacional, sin distinguirse en este punto su naturaleza mobiliaria o inmobiliaria, ni la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual de la persona solicitante de las medidas en cuestión.

B) La competencia internacional de los órganos judiciales españoles para conocer en cuanto al fondo de litigios surgidos o por surgir en materia sucesoria

En una sucesión internacional, una mujer marroquí puede estar interesada en el inicio de acciones judiciales ante los órganos judiciales españoles. Ante la indicada carencia de instrumentos internacionales multilaterales o bilaterales que vinculen a nuestro Reino para determinar la competencia judicial internacional en materia sucesoria, se ha de recurrir al régimen que se contiene en el artículo 22 de la LOPJ. Dicha norma establece, junto a la posibilidad de atribución voluntaria –de forma expresa o tácita– de competencia a nuestros órganos judiciales, y a la del foro general del domicilio del demandado en territorio español (foros generales de competencia, apartado 2º), un doble foro especial en el apartado 3º de dicha norma, para atribuir competencia judicial internacional a nuestros órganos judiciales en materia de sucesiones: *“cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España”*.

A la vista de estas reglas procesales, las posibilidades de que los órganos judiciales españoles resultasen competentes para conocer de un supuesto litigioso surgido o por surgir de una sucesión internacional serían los siguientes a elección de la mujer marroquí demandante.

1º) Atribución de competencia a nuestros órganos judiciales por voluntad de las partes. En la hipótesis en que las partes afectadas por la sucesión internacional

²² Más recientemente, el artículo 722, párrafo 2º, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) ha venido a ampliar el ámbito del precepto anterior al disponer que *“Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un Tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los Tribunales españoles”*.

acordasen de forma expresa atribuir competencia a nuestros Juzgados y Tribunales no existiría mayor inconveniente teórico en afirmar dicha competencia; idéntico resultado se alcanzaría si una de las partes presentase la demanda ante un órgano judicial español y la otra se personase en el procedimiento contestando en cuanto al fondo, entendiéndose la existencia de una sumisión tácita. La autocomposición de los intereses de las partes que el criterio de la autonomía de la voluntad procura hace de él una solución ideal para determinar la competencia judicial internacional; ahora bien, la práctica revela el escaso uso de este foro en materia sucesoria por una serie de consideraciones cuya explicación excede del objeto de esta obra.

2º) Atribución de competencia a nuestros órganos judiciales por hallarse domiciliada en territorio español la persona demandada. Se trata de un foro usualmente admitido en otros ordenamientos que ofrece en este ámbito evidentes ventajas materiales y procesales. En la verificación de si la persona demandada está domiciliada en nuestro territorio, el órgano judicial español ante el que se presente la demanda ha de aplicar nuestro ordenamiento como *lex fori*, el cual identifica el domicilio con la residencia habitual (artículo 40, párrafo 1º, del C.c.).

3º) Atribución de competencia a nuestros órganos judiciales por haber tenido la persona causante su último domicilio en territorio español. Fiel a una concepción unitaria y universalista de la sucesión *mortis causa*, nuestro legislador ha consagrado este foro basado en una circunstancia personal como es el domicilio del causante, lo que permite que un órgano judicial español conozca del litigio surgido o por surgir de una sucesión internacional aunque los bienes hereditarios se encuentren fuera de nuestro territorio. Ahora bien, respecto de la utilización del criterio del último domicilio del causante conviene realizar una triple apreciación.

a) Por una parte, se ha consagrado en la LOPJ el criterio del último domicilio del causante porque incorpora en mayor grado el principio de proximidad que el de la última nacionalidad del causante. Este foro identifica un lugar relevante en los actos de última voluntad del fallecido, además de favorecer el buen desarrollo del proceso (obtención de pruebas, solicitud de medidas cautelares) y la administración del caudal hereditario.

b) Por otra parte el foro del último domicilio del causante (*forum hereditatis*) es el consagrado para la competencia territorial interna por el artículo 52, apartado 1º, regla 4ª de la LEC:

“En los juicios sobre cuestiones hereditarias, será competente el Tribunal del lugar en que el finado tuvo su domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante”.

c) Por último, se debe recordar que, a los efectos de nuestro sistema de Derecho internacional privado de fuente interna, se entenderá que una persona ha tenido su último domicilio en territorio español si en éste ha tenido su última residencia habitual (artículo 40 del C.c.), concepto de mayor contenido fáctico que incorpora un *animus manendi* o intención de permanecer en un lugar.

4º) Atribución de competencia a nuestros órganos judiciales por haber dejado la persona causante inmuebles en territorio español. Aun cuando se trate de un foro

más limitado o concreto que el del último domicilio del causante en España, ofrece también una buena dosis de proximidad. De concurrir en el litigio derivado de la sucesión internacional de que se trate, se atribuiría competencia a nuestros Juzgados y Tribunales con independencia de que otros bienes hereditarios (muebles o inmuebles) estuvieran situados en otros países.

2. Cómo ejecutar en un Estado una resolución en materia de sucesión internacional adoptada por un órgano judicial de otro Estado

En el seno de un supuesto de tráfico jurídico externo en materia sucesoria puede ocurrir que surja algún litigio que enfrente a las partes involucradas en dicha situación (fundamentalmente las personas herederas o legatarias, o las acreedoras). En este punto se nos plantea la eficacia extraterritorial que pueda producir la decisión dictada por el órgano judicial que haya conocido del litigio en cuestión.

A) Instrumentos supraestatales vigentes en España para procurar la eficacia transfronteriza de las resoluciones en materia sucesoria

Conforme se ha indicado, los más relevantes instrumentos multilaterales aplicables en España en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil excluyen la sucesión *mortis causa* de su ámbito de aplicación sustantivo: es el caso de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988, así como de los Reglamentos comunitarios 2201/2003 y 44/2001. De ahí que proceda verificar la eventual aplicación de Convenios bilaterales para articular el reconocimiento y ejecución de una tal resolución.

De entre los Convenios de esta naturaleza en los que España es parte cabe afirmar la aplicación al ámbito sucesorio de los firmados con carácter general con los siguientes Estados²³: con Suiza de 19 de noviembre de 1896²⁴; con Colombia de 30 de mayo de 1908²⁵; con Francia de 28 de mayo de 1969²⁶; con Italia de 22 de mayo de 1973²⁷; con Alemania de 14 de noviembre de 1983²⁸; con Austria de 17 de febrero de 1984²⁹; con las Repúblicas Checa y Eslovaca como consecuencia del Convenio firmado con Checoslovaquia el 4 de mayo de 1987³⁰; con Uruguay de 4 de noviembre de 1987³¹; con la Federación Rusa como consecuencia del Convenio firmado con la URSS el 26 de octubre de 1990³²; con China de 2 de mayo de

²³ A ellos debemos añadir el Convenio entre España y Grecia de 6 de mayo de 1919 para regular la sucesión de los españoles fallecidos en Grecia y de los griegos fallecidos en España (*Gaceta de Madrid* de 3 de diciembre de 1920), el único regulador *ex professo* de relaciones sucesorias *mortis causa* y de escasisima aplicación práctica, cuyo artículo 15 se limita a eliminar la revisión de fondo en el reconocimiento y ejecución de sentencias relativas a sucesiones sobre los bienes muebles.

²⁴ *Gaceta de Madrid* núm. 190, de 9 de julio de 1898.

²⁵ *Gaceta de Madrid* núm. 108, de 18 de abril de 1909.

²⁶ *BOE* núm. 63, de 14 de marzo de 1970.

²⁷ *BOE* núm. 273, de 15 de noviembre de 1977.

²⁸ *BOE* núm. 40, de 16 de febrero de 1988.

²⁹ *BOE* núm. 207, de 29 de agosto de 1985.

³⁰ *BOE* núm. 290, de 3 de diciembre de 1988.

³¹ *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1998.

³² *BOE* núm. 151, de 25 de junio de 1997.

1992³³; con Argelia de 24 de febrero de 2005³⁴, y con Mauritania de 12 de septiembre de 2006³⁵ Expresamente se excluye la sucesión *mortis causa* del ámbito de aplicación del Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997 sobre cooperación judicial, mercantil y administrativa³⁶.

B) Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia sucesoria a falta de instrumentos supraestatales

En defecto de instrumento multilateral o bilateral aplicable, una resolución judicial española dictada en un litigio en materia sucesoria se reconocerá y ejecutará en el país extranjero que corresponda conforme a lo establecido en su sistema de Derecho internacional privado de fuente autónoma o interna, y viceversa (en Marruecos, los artículos 430 ss. del Código de Procedimiento Civil, en adelante CPCM).

En nuestro sistema se cuenta, en tal caso, con los mecanismos propios para el reconocimiento o/y ejecución consagrados en los ‘provisionales’ artículos 951 a 958 de la LEC de 3 de febrero de 1881, en tanto no se apruebe una hipotética Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil.

En dichos artículos se contienen los dos procedimientos de reconocimiento y ejecución existentes en nuestro sistema autónomo: el llamado ‘de reciprocidad’ (hoy en desuso) y el denominado ‘de condiciones’. Al tratarse de una normativa obsoleta, no se hace distinción entre reconocimiento y ejecución, aunque la doctrina establece que es posible solicitar una u otra, o ambas, según interese.

1º) Actualmente conocen los Juzgados de Primera Instancia (artículos 85, apartado, 5º, de la LOPJ y 136 Ley 62/2003, de 20 de diciembre de 2003), aunque anteriormente la competencia para otorgar el exequátur a las resoluciones extranjeras residía con exclusividad en la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal Supremo. Territorialmente es competente, en primer término, el Juzgado del domicilio o lugar de residencia de la parte ejecutada o de la persona a quien se refieren los efectos de aquella; en segundo lugar, en defecto del criterio anterior, se determinará la competencia por el lugar de ejecución o donde la resolución deba producir efectos.

2º) Los presupuestos sustanciales comunes a ambos sistemas de reconocimiento y ejecución en relación con los requisitos que debería cumplir la resolución extranjera en materia sucesoria que la mujer marroquí pretendiese que fuera eficaz en España son los siguientes: debe tratarse de una resolución judicial extranjera; debe ser firme, sin que quepa recurso alguno; debe haberse dictado en un procedimiento contencioso; debe versar sobre materias de Derecho privado (lo cual ocurre con la sucesión por causa de muerte).

3º) En cuanto al procedimiento de reconocimiento, asimismo común a los dos sistemas, destacamos lo siguiente.

a) Con la solicitud ha de presentarse una traducción de la sentencia, junto a una copia auténtica del texto íntegro de la misma

³³ BOE núm. 26, de 31 de enero de 1994.

³⁴ BOE núm. 103, de 1 de mayo de 2006.

³⁵ BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 2006.

³⁶ BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997.

b) Se debe oír al Ministerio Fiscal (algo que hoy carece de sentido) y a la parte contraria por un período de nueve días; si el demandado no comparece continúa el procedimiento.

c) El Juzgado competente dictará la resolución (en teoría irrecurrible); si ésta consistiese en otorgar el exequátur, el solicitante podría instar la demanda ejecutiva si el condenado no cumpliera con lo ordenado. El título ejecutivo estaría compuesto por la sentencia extranjera y por la decisión del Juez español que le hubiera otorgado el exequátur.

d) El órgano competente para tramitar la ejecución, aplicando analógicamente el artículo 545, apartado 1º, de la vigente LEC, debe ser el mismo ante el cual se solicitó el reconocimiento en primera instancia.

e) Finalmente, dado que ya hemos señalado que el sistema de reciprocidad de los artículos 952 y 953 de la LEC de 1881 se encuentra en desuso, vamos a analizar el sistema de condiciones del artículo 954 de la misma. A tenor de él, el Juez –de oficio, salvo en relación con la condición establecida en el apartado 2º– se limita a comprobar que la resolución extranjera cumple los requisitos que son los que a continuación exponemos.

– Que la resolución extranjera no haya sido dictada en materias competencia exclusiva de los tribunales españoles (artículo 954, apartado 1º), siendo así que en materia sucesoria el artículo 22 de la LOPJ no atribuye a nuestros órganos judiciales competencia exclusiva.

– Que la decisión extranjera no sea el resultado de un proceso en el que se hayan infringido los derechos de defensa del demandado (artículo 954, apartado 2º).

– Que el reconocimiento de la resolución no suponga una infracción del orden público internacional español (artículo 954, apartado 3º).

– Que se acredite la autenticidad de la sentencia extranjera (artículo 954, apartado 4º).

– Que la resolución no resulte inconciliable con una sentencia anterior dictada o reconocida en España y que no exista un proceso pendiente en España que pudiera dar lugar a una sentencia inconciliable con la resolución extranjera. Se trata de un requisito no recogido en el artículo 954 pero añadido por el Tribunal Supremo con el fin de evitar la existencia en España de dos sentencias incompatibles.

V. BIBLIOGRAFÍA

– ABARCA JUNCO, P.: “La regulación de la sociedad multicultural”, en CALVO CARAVACA, A.L. y IRIARTE ÁNGEL, J.L., (eds.): *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 163 ss.

– AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: “Orden público y sucesiones (I)”, *B.I.M.J.*, núm. 1984 (2005), pp. 853 ss. y (II), *B.I.M.J.*, núm. 1985 (2005), pp. 1123 ss.

– *Id.*: *Intervención consular en Derecho internacional privado*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005

– ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.A y BONOMI, A.: *Le Droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux (Etude de Droit comparé sur les aspects de Droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse)*, Zurich, Schulthess, 1999.

- BENRADI, M., ALAMI M'CHCHI, H., A. OUNNIR, MOUAQIT, M., ZORA BOUKAÏSSI, F. y ZEIDGUY, R.: *Le Code de la Famille: perceptions et pratique judiciaire*, Rabat, Friedrich Ebert Stiftung (FES MAROC), 2007.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. y ADAM MUÑOZ, M^a.D.: *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Sevilla, Junta de Andalucía, 2005.
- BORRAS RODRÍGUEZ, A.: “La sociedad multicultural: la integración del mundo islámico”, en BORRAS RODRÍGUEZ, A y MERNISSI, S. (eds.), *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, 1998, pp. 163 ss.
- BORRAS RODRÍGUEZ, A. y MERNISSI, S. (eds.): *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, 1998.
- BOULANGER, F.: *Droit international des successions; nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, París, Economica, 2004.
- CASTELLANOS RUIZ, E.: “Sucesión hereditaria”, en CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CASTELLANOS RUIZ, E.: *Derecho de familia internacional*, 3^a edic., Madrid, Colex, 2005, pp. 257 ss.
- *Id.*: “Sucesión hereditaria”, en CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.): *Derecho internacional privado*, vol. II, 8^a edic., Granada, Comares, 2007, pp. 283 ss.
- CASTELLANOS RUIZ, E.: *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001.
- DEPRez, J.: “Environnement social et Droit international privé. Le Droit international privé marocain entre la fidélité à l'Umma et l'appartenance à la communauté internationale”, *Droit et environnement social au Maghreb*, Casablanca, CNRS, 1989, pp. 281 ss.
- *Id.*: “Maroc (Pluralisme des statuts personnels. Conflits interpersonnels)”, *Juris–Classeur de Droit Comparé*, Fasc. 1, 1975.
- DIAGO DIAGO, P.: “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español”, *Aequalitas*, núm. 6 (enero-abril de 2001), pp. 6 ss.
- *Id.*: “La nueva Mudawana marroquí y el Derecho internacional privado”, *R.E.D.I.*, 2004, núm. 2, pp. 1078 ss.
- *Id.*: “Repercusiones de la nueva Mudawanna en la inmigración marroquí”, en A. VICENTE (ed.), *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*, Zaragoza, Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, 2004, pp. 141 ss.
- DÖRNER, H. y LAGARDE, P. (coords.): *Étude de Droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne (Rapport final: synthèse et conclusions)*, Würzburg, Deutsches Notarial Institut, 2002.
- *Le Droit des successions en Europe (actes du Colloque de Lausanne du 21 février 2003)*, Zurich, Schulthess, 2003.
- DURANT, B.: *Droit musulman*, Droit successoral, París, Litec, 1991.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Sucesiones”, *Derecho internacional privado*, 4^a edic., Madrid, Thomson–Civitas, 2007, pp. 419 ss.
- FOBLETS, M.C. y CARLIER, J.Y.: *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du Droit international privé en Europe*, Bruselas, Bruylant, 2005.

- GARB, L. (ed.): *International Successions*, La Haya, Union Internationale du Notariat Latin/Kluwer, 2004.
- *Guide pratique du Code de la Famille*, 3ª edic., Rabat, Association de Diffusion de l'Information Juridique et Judiciaire, 2005.
- *Guide pratique du Droit familial. Le nouveau Code marocain de la famille en questions*, Bruselas, Association pour le Droit des Étrangers (ADDE), 2005.
- HAYTON, D. (ed.): *European Succession Laws*, 2ª edic., Bristol, Jordans Publishing, 2002.
- HERNÁNDEZ CABALLERO, Mª. J.: “La equiparación jurídica de los cónyuges en el seno de la comunidad matrimonial en una sociedad multicultural”, *Revista General Informática del Derecho*, 2006, núm. 1.
- JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Las declaraciones notariales de herederos en las sucesiones internacionales”, *AEDIPr.*, 2003, pp. 327 ss.
- JUÁREZ PÉREZ, P.: “Hacia un Derecho internacional privado intercultural”, en CALVO CARAVACA, A.L. y BLANCO-MORALES LIMONES, P. (coords.), *Globalización y Derecho*, Madrid, Colex, 2003, pp. 331 ss.
- LAROCHE-GISSEROT, F.: “Le nouveau Code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?”, *Rev.dr.int.dr.comp.*, 2005, núm. 4, pp. 335 ss.
- LELEU, Y-H.: *La transmission de la succession en Droit comparé*, Amberes/Bruselas, Maklu/Bruylant, 1996.
- MASEDA RODRÍGUEZ, J.: “Nota sobre la Ley aplicable a la sucesión testamentaria y cuestiones de aplicación judicial del Derecho extranjero”, *AEDIPr.*, 2005, pp. 1110 ss.
- MERNISSI, S.: “El estatuto de la mujer en Marruecos”, en BORRAS RODRÍGUEZ, A. y MERNISSI, S. (eds.), *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, 1998, pp. 103 ss.
- MOULAY R'CHID, A.: “Le Droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel”, en CARLIER, J.Y. y VERWILGHEN, M. (dirs.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et Droit international privé*, Bruselas, Bruylant, 1992, pp. 143 ss.
- PÉREZ VERA, E.: “El fenómeno sucesorio”, en ABARCA JUNCO, A.P. (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 2ª edic., Madrid, UNED, 2004, pp. 249 ss.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “La réception du nouveau Code de la famille marocain (*Moudawana*, 2004) en Europe”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2004, núm. 3, pp. 877 ss.
- *Id.*: *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones, Tomo I: África del Norte y América Latina*, Barcelona, Atelier, 2006.
- RODRÍGUEZ BENOT, A. (ed.): *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002.
- *Id.*: “El estatuto personal común”, *Primer encuentro judicial hispano-marroquí organizado por el Consejo General del Poder Judicial (España) y la Corte Suprema de Marruecos*, Rabat, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, 2002, pp. 43 ss.
- *Id.*: “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia sucesoria”, en ADROHER BIOSCA, S. y OTROS, *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Sevilla, Comisión Europea / Universidad de Sevilla, 2006, pp. 47 ss.
- *Id.*: “Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento jurídico español”, en RODRÍGUEZ BENOT, A. (ed.): *La multiculturalidad: espe-*

cial referencia al Islam, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 15 ss.

– RODRÍGUEZ BENOT, A. y YBARRA BORES, A.: “Familia, inmigración y multiculturalidad: la experiencia europea”, en GONZÁLEZ MARTÍN, N. (coord.), *Familia, inmigración y multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada*, México, Porrúa / UNAM, 2006, pp. 83 ss.

– SAREHANE, F.: “Le nouveau Code de la famille”, *Gazette du Palais (Chonique Judiciaire)*, núm. 247–248 (3–4 de septiembre de 2004), pp. 2 ss.

– *Id.*: “Maroc. Le statut personnel: Droit commun (Succession. Testament. Donation)”, *Juris–Classeur de Droit comparé*, Fasc. 2, 2, marzo de 1993, pp. 1 ss.

– SAREHANE, F. y LAHLOU–RACHDI, N.: “Maroc (Conflits de lois. Conflits de juridictions)”, *Juris–Classeur de Droit Comparé*, fasc. 4, 1994, núm. 67, pp. 1 ss.

– TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, J.A.: “Las sucesiones”, en AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y OTROS, *Derecho civil internacional*, 2ª edic., Tecnos, Madrid, 2006, pp. 209 ss.

– DE VAL TENA, A. L.: “Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la ‘extensión’ del concepto de beneficiario”, *Actualidad Laboral*, 2003, núm. 3, margs. 47 ss.

– VARGAS GÓMEZ–URRUTIA, M.: “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, *Actualidad Laboral*, 2003, núm. 33 (8 a 14 de septiembre), margs. 581 ss.

– WAY, D. y M. BRIDGES, M. (eds.): *Tolley’s International Succession Laws*, Lexis–Nexis UK.

**TERCERA PARTE:
MUJER MARROQUÍ Y
NACIONALIDAD ESPAÑOLA**

15. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA POR MUJERES MARROQUÍES*

Ángeles Lara Aguado**

SUMARIO: I. DIEZ CLAVES DE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA. II. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR LA MUJER MARROQUÍ PARA ADQUIRIR LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA. 1. Requisitos relativos a la residencia. Especial referencia a la violencia de género como presupuesto de abreviación del plazo. 2. Requisitos subjetivos. A) ¿Qué valor tienen los antecedentes penales en la acreditación de la buena conducta cívica? B) Integración en la sociedad española: ¿qué importancia tiene el conocimiento del idioma y el hecho de que la mujer mantenga las costumbres propias de la religión musulmana? III. ALGUNOS PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN TRAS RECIBIR LA ORDEN DE CONCESIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA. 1. Doble nacionalidad originada por la obligación de renunciar a la nacionalidad marroquí. 2. ¿Cuándo adquiere la mujer marroquí la nacionalidad española? ¿Cabe la retroactividad *in bonus*? IV. BIBLIOGRAFÍA

I. DIEZ CLAVES DE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

1) Hasta que no se produzca la plena equiparación en derechos de nacionales y extranjeros, gozar de la nacionalidad española es condición necesaria para alcanzar la plenitud de derechos. Una de las formas de llegar a ser española de la que se podrá beneficiar con mayor frecuencia la mujer marroquí es la adquisición de la nacionalidad española por residencia, prevista en los artículos 21 y 22 del C.c. Se trata de un supuesto de adquisición derivativa de la nacionalidad española, por lo que, no basta cumplir los requisitos legalmente establecidos en dichos preceptos, sino que se requiere un acto de voluntad de la interesada, que debe presentar una solicitud ante el Juez Encargado del Registro Civil (JERC) de su domicilio. En la Resolución (Res.) de 7 de mayo de 2007, de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia (MJ), por la que se aprueban los modelos normalizados de solicitud en el ámbito del MJ y se dictan instrucciones sobre su utilización¹, aparece el modelo de solicitud de nacionalidad española por residencia que ha de presentarse, redactado en castellano o en la lengua vernácula de la Comunidad Autónoma de que se trate

* La presente investigación se enmarca en el Proyecto de Excelencia SEJ 820 «Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza», subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

** Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

¹ BOE núm. 177, de 25 de julio de 2007.

y que tenga lengua cooficial. Dicho modelo se encuentra disponible en el portal del MJ: www.mjjusticia.es. Llama la atención la inclusión de una referencia a otros posibles nombres y apellidos que tuviera la solicitante, que también han de hacerse constar en el impreso. De esta forma se pretenden evitar los problemas con que se suelen encontrar una vez que se les entrega su certificado de nacimiento en el que constan con unos nombres y apellidos diferentes de los que ostentaban cuando solicitaron la adquisición de la nacionalidad española o de los que pretendían adquirir cuando se ampararon en el artículo 199 del RRC para seguir conservando otros distintos de los que les corresponden conforme a la normativa española. También se ha de hacer referencia a los hijos e hijas menores de quien solicita la nacionalidad española, para evitar que se ejercite fraudulentamente el derecho de opción a la nacionalidad española en favor de supuestos hijos e hijas menores sujetos a patria potestad y que no constaban en el expediente de adquisición de la nacionalidad española y cuyas certificaciones de nacimiento extranjeras se aportan *a posteriori*². Los documentos originales o copias compulsadas que deben presentarse, si están redactados en un idioma distinto del español, deberán ser traducidos por Cónsul, Notario, traductor, o cualquier otro órgano o funcionario competente. Así lo dispone el artículo 86 del RRC, de donde se desprende que no es necesaria la traducción jurada. Y, aunque el precepto exime del requisito de traducción cuando el JERC conozca el idioma, es conveniente no aventurarse a no traducir el documento. Tratándose de certificaciones expedidas por autoridades marroquíes, no será necesaria para su validez en España la legalización requerida por el artículo 89 del RRC, pues el artículo 39 del Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997³, exime de esta exigencia a las certificaciones de las actas del Registro Civil (RC) expedidas por la autoridad competente en el territorio de una de las Partes Contratantes, cuando estén provistas de sello oficial. Y, tratándose de otros documentos judiciales o que provengan de otras autoridades marroquíes, tampoco necesitarán estar legalizados, si la autoridad de la que provienen certifica su fidelidad, fecha, veracidad de la firma o conformidad con el original, tal y como dispone el artículo 40 de dicho Convenio.

Como novedad, la Res. de 7 de mayo de 2007 ofrece a la solicitante la posibilidad de que dé su consentimiento en el impreso de solicitud para que la Administración compruebe sus datos de empadronamiento a través del Sistema de Verificación Oficial (RD 523/2006, de 28 de abril)⁴, en cuyo caso, estará exenta de la obligación de aportar el certificado de empadronamiento. También se le ofrece la posibilidad de que consienta que la DGRN acceda a los datos que consten en el Registro Central de Penados y Rebeldes a su nombre, con lo que la mujer marroquí no tendrá que presentar el certificado de antecedentes penales que acreditaba su buena conducta en España y que antes tenía que aportar obligatoriamente. Si no presta su consentimiento deberá ella misma aportar esos documentos junto con la solicitud⁵.

² Vid. entre otras, las Res.DGRN de 30 de abril de 2007 (BOE núm. 146, de 19 de junio de 2007) y de 23 de mayo de 2007 (BOE núm. 143, de 15 de junio de 2007).

³ BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997.

⁴ BOE núm. 110, de 9 de mayo de 2006.

⁵ Vid. la Instrucción de 26 de julio de 2007, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia (BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2007).

En caso contrario, sólo deberá presentar su tarjeta de residencia, junto con el número de su tarjeta de identidad de extranjera para acreditar su residencia en España, legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud.

El órgano competente para la tramitación inicial del expediente es el JERC del domicilio, que elevará las actuaciones a la DGRN, pues la resolución, en forma de auto, a propuesta de la DGRN, (art. 63 LRC y 367 RRC) corresponde al MJ, aunque puede delegar en la DGRN (Orden de 17 de mayo de 1991), y, de hecho, es lo que sucede en la práctica. Si el JERC estima que no concurren las condiciones necesarias, elevará una propuesta desfavorable, limitándose a enjuiciar los requisitos de fondo y forma y a destacar los hechos probados o notorios que puedan ilustrar la decisión, pero no puede denegar la concesión, ni archivar el expediente (art. 365 RRC)⁶. Las resoluciones del JERC no admitiendo el escrito inicial o poniendo término al expediente se pueden recurrir ante la DGRN en el plazo de 15 días hábiles desde su notificación (art. 355 RRC).

El plazo para resolver es de un año, a contar desde el momento en que el expediente entró en el órgano competente para resolver. Transcurrido ese plazo sin que haya recaído resolución expresa, la solicitud se entenderá denegada por silencio administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en la D.A. 1ª de la ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad⁷. Esto no significa que, pasado ese plazo haya que entender la solicitud denegada. Lo más frecuente será que la DGRN no haya todavía resuelto al respecto y que se encuentre aún recabando informes. Por eso, lo más oportuno es esperar e ir informándose del estado de tramitación del expediente a través del Servicio de Nacionalidad de la DGRN.

2) Los hijos e hijas de la mujer marroquí también se pueden beneficiar de la adquisición de la nacionalidad española por residencia y, en ocasiones, cumplirán los requisitos legales antes que su propia madre. Concretamente, si han nacido en territorio español, les bastará con acreditar un año de residencia legal y continuada. El art. 94 del Reg.LOE extiende la autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores a los hijos e hijas nacidos en España cuando sus progenitores tengan residencia legal. Por tanto, si la mujer marroquí se halla en esta situación, deberá solicitar personalmente la autorización de residencia para su hijo o hija desde que tenga lugar el nacimiento o desde que alguno de los progenitores acceda a la situación de residencia legal, siempre que el hijo o hija no sea ya español de origen, de conformidad con el artículo 17 del C.c. (por ser hijos de padre o madre españoles, por haber nacido en España de padres extranjeros si, al menos uno de ellos ha nacido también en España, o cuando, habiendo nacido en España de padres extranjeros, carezcan de nacionalidad porque la legislación de ninguno de ellos le atribuya una nacionalidad). En caso contrario, transcurrido un año, podrá solicitar la adquisición de la nacionalidad española por residencia para su hijo o hija.

Otra posibilidad para que los hijos e hijas menores de la mujer marroquí pueden llegar a ser españoles es el derecho de opción que el artículo 20 del C.c. confiere a quienes estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español o española.

⁶ Vid. entre otras, las Res. DGRN (3ª) de 17 de mayo de 2004 (*BIMJ* núm. 1968, pp. 135–136), de 1 de marzo de 1995 (3ª) (*BIMJ* núm. 1741, pp. 2158–2159) y de 30 de abril de 1994 (3ª) (*BIMJ* núm. 1712, 1994, pp. 3618–3620).

⁷ *BOE* núm. 242, de 9 de octubre de 2002.

Por tanto, una vez que la mujer marroquí haya adquirido la nacionalidad española, podrá ejercitar el derecho de opción en nombre de aquéllos, sin que tengan que residir en España⁸.

3) La publicación semestral de una lista en el BOE indicando las personas a quienes se les ha concedido la nacionalidad española por residencia (art. 223.2º RRC) no es suficiente, debiendo notificarse la resolución, ya sea de concesión o de denegación, a la solicitante de la nacionalidad española a través del JERC competente para la instrucción del expediente (art. 368 RRC), indicando, en caso de que sea denegatoria, la posibilidad de interponer un recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional (AN) en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la notificación (art. 22.5º C.c.).

4) La Orden Ministerial (OM) no atribuye la nacionalidad por sí misma, sólo el derecho a ser español o española. Por eso, las obligaciones de la mujer marroquí no concluyen con la notificación de la OM, debiendo comparecer ante el JERC del domicilio en el plazo improrrogable de 180 días para cumplir los requisitos establecidos en el artículo 23 del C.c. Concretamente, si es mayor de 14 años, habrá de formular el juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la CE y a las leyes y renunciar a la anterior nacionalidad. El JERC del domicilio será también competente, si así lo desea la promotora, para practicar su inscripción de nacionalidad, lo que le beneficiará más que su inscripción en el Registro Civil Central, pues se efectuará con más rapidez y podrá quedar documentada como española antes (art.16.4º LRC).

5) Aunque no surta efectos en su Estado de origen, la mujer marroquí debe renunciar a su anterior nacionalidad y debe tener en cuenta que no puede hacer uso de la nacionalidad a la que ha renunciado, pues esto es causa de pérdida de la nacionalidad española en los términos previstos en el artículo 25.1º a) del C.c. Esto suele ser fuente de importantes problemas, pues en Marruecos, la renuncia no conlleva la pérdida de la nacionalidad marroquí, lo que origina una situación de doble nacionalidad no prevista en las leyes españolas.

6) Para poder presentar la solicitud, la mujer marroquí debe estar legitimada. No lo estará si ya es española. Si ignora esta circunstancia, porque no conozca el complejo panorama normativo español sobre nacionalidad, que obliga a conocer las circunstancias personales tanto del padre y de la madre, como de los abuelos y abuelas, lo que procede es que acuda al RC de su domicilio y solicite una declaración de nacionalidad con valor de simple presunción. Si perdió la nacionalidad española, tampoco gozará de legitimación, debiendo acudir a la vía de la recuperación (art. 26 C.c.). También carecerá de legitimación si tiene una vía más fácil para adquirir la nacionalidad española, como la opción, en los términos que deriven de la normativa actual sobre nacionalidad, concretamente los supuestos previstos en los artículos 17.2º (determinación de la filiación o el nacimiento en España después de los dieciocho años de edad), 19.2º (adopción por español o española de una persona mayor de dieciocho años) y 20 del C.c. (si alguna vez ha estado sujeta a la patria potestad de un español o española o si su padre o madre han sido originariamente españoles y nacidos en España). A ello hay que unir el derecho de opción que confiere la Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la

⁸ Res. DGRN de 8 de julio de 2005 (BOE de 10 de septiembre de 2005) y de 10 de febrero de 2004 (4ª), (BIMJ núm. 1964, pp. 226-228).

que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura⁹. Dicha Ley concede un derecho de opción a las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio. Quienes gozan de un derecho de opción sólo tienen que hacer una declaración ante el JERC de su domicilio y si reside fuera de España, ante el Encargado del Registro consular correspondiente. Si le resulta más fácil presentar toda la documentación y solicitar la adquisición de la nacionalidad española por residencia, porque le sea muy complicado o prácticamente imposible acreditar las circunstancias que le permitirían ejercer el derecho de opción (por ejemplo, que ha estado sujeta a la patria potestad de un español), no debería haber inconveniente en que prospere su expediente, si bien sería conveniente que en el mismo formulario hiciera referencia a esta circunstancia (que puede que tenga un derecho de opción, pero que le resulta difícil o imposible acreditar los datos pertinentes y que, por tanto, elige la vía de la adquisición por residencia). De este modo acredita que tiene una estrecha vinculación con España y no es de peor derecho que el que no tiene ningún derecho de opción.

7) Presupuesta la legitimación, la mujer marroquí no necesita de la asistencia de abogado ni de procurador (aunque el artículo 348 del RRC permite su intervención), pudiendo presentar la solicitud ella misma, siempre que tenga capacidad, según su ley nacional. En caso contrario, corresponderá la presentación a su representante legal, que deberá obtener previamente la autorización del JERC del domicilio del declarante¹⁰, esto es, de su representante legal. Esta autorización la concede el JERC competente mediante auto, previo dictamen del Ministerio Fiscal (MF), atendiendo al interés de la incapacitada, por lo que, si tiene juicio suficiente, ha de ser oída. Si el JERC del domicilio denegara la concesión de la autorización, cabe interponer recurso ante la DGRN en el plazo de 15 días hábiles desde la notificación.

Los principales problemas se plantean con las solicitudes a favor de menores de edad marroquíes residentes en España. Su solicitud ha de presentarla su representante legal, o bien ellos mismos asistidos de su representante legal, en caso de que sean mayores de catorce años y no estén incapacitados (art. 21 C.c.). Pero ¿quién es su representante legal? Según el artículo 10.11^o, en relación con el artículo 9.4^o del C.c., hay que consultar la ley de su nacionalidad y si no puede determinarse ésta, la ley de su residencia habitual. Si el Derecho marroquí atribuye exclusivamente la patria potestad al padre, excluyendo de la misma a la madre, dicha solución es incompatible con el orden público internacional español, lo que obliga a tomar en consideración lo que dispone al respecto el Derecho español. En España, los representantes legales de menores sometidos a patria potestad son sus progenitores y, según el artículo 154 del C.c., aquélla es ejercida conjuntamente por ambos progenitores o por uno con el consentimiento del otro. Esta es la línea seguida por la DGRN, quien se ha negado a tramitar la solicitud de adquisición de la nacionalidad española presentada por la mujer marroquí, sin el consentimiento del padre del menor o de la menor¹¹. Al afectar la adquisición de la nacionalidad española al

⁹ BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.

¹⁰ Vid. la Res. DGRN (3^a) de 3 de noviembre de 1998 (BIMJ núm. 1850, pp. 2414-2415).

¹¹ Vid. la Res. DGRN de 8 de octubre de 1994 (BIMJ núm. 1732, pp. 292-294).

estado civil, no se trata de un acto que pueda ser realizado por uno solo de los progenitores, tratándose, por tanto, de un acto anulable.

En caso de separación, nulidad o divorcio, el artículo 92 del C.c. dispone que los padres pueden acordar en el convenio regulador o el juez puede decidir sobre el ejercicio de la patria potestad atribuyendo su ejercicio total o parcialmente a uno de los cónyuges, por lo que hay que estar al contenido de la sentencia. Si la sentencia ha sido dictada por un Tribunal marroquí, en aplicación del Derecho marroquí, habrá que valorar la compatibilidad del contenido del fallo marroquí con el orden público internacional. De este modo, si el ejercicio total de la patria potestad se ha atribuido exclusivamente al padre, en interés del menor o de la menor, no habrá nada que objetar, pero si dicha decisión viene impuesta automáticamente por imperativo legal, habrá que descartar su aplicación. La DGRN se ha pronunciado sobre este aspecto en su Instrucción de 26 de julio de 2007, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia, afirmando que la solicitud en representación de menores ha de formularse conjuntamente por quienes ostenten la patria potestad o la tutela. No obstante, se deja a salvo lo dispuesto en el convenio regulador de la separación, nulidad o divorcio y en las disposiciones judiciales sobre privación o ejercicio individual de la patria potestad (arts. 92.3º y 4º C.c.) y, en caso de desacuerdo entre ambos progenitores sobre la oportunidad de promover el expediente de nacionalidad, será el juez el que resuelva, conforme al artículo 156.2º del C.c., en caso de que atribuya la facultad de decidir al padre o a la madre. Esto es, cuando ambos progenitores ejerzan conjuntamente la patria potestad, no se podrá instruir el expediente sin el consentimiento de ambos progenitores (art. 154 C.c.). Si sólo uno de ellos ejerce la patria potestad, bien sea porque así esté dispuesto en el convenio regulador o así se haya decidido judicialmente (art. 92.4º C.c.), será ese progenitor el que presente la solicitud, pero, si el otro progenitor está en desacuerdo sobre la conveniencia de promover el expediente de nacionalidad, será el juez el que deberá resolver en interés del menor o de la menor.

Si la mujer marroquí hubiera adquirido la nacionalidad española por residencia, y tuviera a su cargo a un menor de nacionalidad marroquí sobre quien se hubiera constituido una adopción (*kafala*) ante autoridades marroquíes, ¿podría solicitar autorización judicial para optar en su nombre a la nacionalidad española? La adopción marroquí o *kafala* debe calificarse conforme al Derecho español (art. 12.1º C.c.), lo que implica que, puesto que la *kafala* no se corresponde con la adopción en España, sino que es equivalente a un acogimiento, no conlleva la privación a los progenitores de la patria potestad. Tampoco atribuye ningún vínculo de filiación. Por tanto, aunque sus progenitores marroquíes lo hayan confiado, para su educación y cuidado, a una pareja de marroquíes residentes en España y naturalizados españoles, esto no es suficiente para que el menor pueda optar a la nacionalidad española, puesto que no está sujeto a la patria potestad de un español o una española¹². Le cabe la posibilidad de adquirir la nacionalidad española en el plazo abreviado de residencia de un año, por estar sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un español o una española durante dos años consecutivos.

¿Cabe la posibilidad de que los progenitores otorguen un poder notarial, debidamente traducido y legalizado, a favor de quienes tienen en acogida al menor auto-

¹² Vid. entre otras, las Res. DGRN (3ª) de 3 de noviembre de 1998 y de 21 de marzo de 2006 (BOE núm. 128, de 30 de mayo de 2006).

rizándolo a presentar la solicitud de adquisición de la nacionalidad española de su hijo o hija residente en España en su nombre? En ese caso, los cuidadores tendrían un poder de representación que les facultaría para efectuar este acto en nombre de los progenitores marroquíes. No obstante, la DGRN se muestra reacia a admitir tales autorizaciones, pues considera que no se ve la dificultad en que sean los propios progenitores los que autoricen a su hijo o hija menor para pedir la nacionalidad española¹³. Además, parte de la doctrina alega que el representante debe asistir personalmente al acto, sin que se admita el apoderamiento a terceros para que éstos decidan si prestan o no la asistencia, aunque algunos autores admiten que el asentimiento se otorgue a través de mandatario con poder especial. En realidad, el hecho de que se trate de un acto personalísimo no impide que pueda efectuarse a través de representante. ¿Qué otra vía les queda a los progenitores para presentar la solicitud? ¿Sería factible que los progenitores marroquíes presentaran directamente la solicitud de adquisición de la nacionalidad española de su hijo menor marroquí residente en España desde el Consulado español en Marruecos? Dada la obligación de colaboración entre los órganos registrales españoles no debería haber obstáculo para ello y si dichas solicitudes no fueran admitidas en el Consulado español, habría que considerar dicha práctica como un impedimento para el ejercicio de un derecho, por lo que, debería recurrirse a la DGRN y si esta también se opone, cabría acudir a la vía jurisdiccional.

No ha de olvidarse que, cuando se presente una solicitud de adquisición de nacionalidad española a favor de menores de 14 años, hace falta obtener previamente la autorización del JERC del domicilio del declarante [art. 20.2º a) C.c.], previo dictamen del MF, que concederá la autorización en interés del menor. En los casos en que se encuentren en régimen de acogimiento, la competencia para conceder dicha autorización no recae en el JERC del domicilio del menor y de la persona que lo guarda en acogimiento, sino en el del domicilio del representante legal, pues el acogimiento familiar no conlleva la suspensión de la patria potestad. Así lo ha destacado la DGRN en algunas Res.¹⁴ y lo ha aclarado en su Instrucción de 26 de julio de 2007, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia. El criterio, en cambio, no es el mismo cuando los progenitores son suspendidos en el ejercicio de su patria potestad o el menor es declarado en desamparo, pues, en ese caso, la tutela la asume el organismo público competente. En aquellos casos en que los titulares de la patria potestad o tutela residan en distintos municipios la competencia para autorizar la presentación de la solicitud de nacionalidad a favor de menores de 14 años recae en el JERC del domicilio del declarante, según dispone el artículo 20.2º a) del C.c., que es la del representante legal del menor. Si ambos progenitores ejercen conjuntamente la patria potestad, al corresponder la representación a ambos (art. 154 C.c.) y tener distinto domicilio, entiende la DGRN que debe prevalecer la competencia del Registro correspondiente al progenitor en cuya compañía se encuentre el menor o la menor.

8) El momento en que han de reunirse los requisitos exigidos legalmente es el de la presentación de la solicitud. A diferencia de los supuestos de atribución de la nacionalidad española, que obligan a aplicar los preceptos correspondientes del C.c. en

¹³ Vid. la Res. DGRN (3ª) de 3 de noviembre de 1998 (*BIMJ* núm. 1850, pp. 2414-2415).

¹⁴ Vid. al respecto la Res. (3ª), de 29 de noviembre de 2002 (*RJ* 2003/1109).

versiones normativas ya derogadas, la adquisición de la nacionalidad española por residencia se rige por los artículos 21 y 22 del C.c., correspondientes a la normativa actualmente en vigor. Hay que acreditar el cumplimiento de una serie de requisitos objetivos, relativos a la residencia legal y continuada en España durante los plazos que correspondan, según la situación jurídico-familiar en que la persona se encuentre. A ello hay que unir el cumplimiento de unos requisitos subjetivos, referidos a su buena conducta cívica y su suficiente grado de integración en la sociedad española (art. 22.4º C.c.), así como que no existen motivos de orden público o de interés nacional que se opongan a la concesión. Y, todo ello, debe acreditarse en el momento de presentar la documentación para abrir el expediente de adquisición de la nacionalidad española.

9) La inscripción registral de la adquisición de la nacionalidad española, que se efectúa al margen de la inscripción del nacimiento de la mujer marroquí y/o sus hijos e hijas, es un requisito *sine qua non* para adquirir la nacionalidad española. Así se desprende tanto del artículo 23 c) como del 330 del C.c. Mientras que la nacionalidad que se ostenta desde el nacimiento, en virtud de alguno de los supuestos de atribución, no tiene reflejo registral y debe inferirse de la conjunción de los datos registrales correspondientes a la filiación de la persona y los de sus progenitores, así como de su lugar de nacimiento, los supuestos de adquisición derivativa de la nacionalidad española sí que deben constar registralmente. Por tanto, a la mujer marroquí no le bastará con haber recibido la notificación de la OM de concesión de la nacionalidad española, sino que, en el plazo mencionado de 180 días siguientes a la notificación, debe comparecer con el título de concesión, que es la OM, solicitando la inscripción de su nacionalidad en el RC competente .

Pero, ¿qué ocurre si una mujer marroquí contrae matrimonio en Marruecos con un marroquí, después de haber efectuado la declaración de adquisición de la nacionalidad española ante el JERC de su domicilio, pero antes de que dicha adquisición se haya hecho constar en el Registro Civil Central (RCC), que era lo que sucedía antes de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad¹⁵? ¿Los requisitos de validez de su matrimonio se han de considerar conforme a la ley española o conforme a la ley marroquí, en cuanto rectora de su estatuto personal? ¿Y si la mujer marroquí se divorció en Marruecos en ese período intermedio que transcurre desde el momento en que se efectúa la declaración de adquisición de la nacionalidad española hasta el momento en que se practica la inscripción de dicha adquisición en el RC español? Si vuelve a contraer matrimonio ¿será válido en España o deberá obtener el reconocimiento de su sentencia de divorcio marroquí antes de que pueda volver a contraer matrimonio válidamente en España? Para resolver estas cuestiones será preciso previamente determinar la nacionalidad que tiene la mujer marroquí en ese período intermedio, para lo cual hay que acudir a la doctrina mantenida por la DGRN y la posible aplicación de la retroactividad *in bonus*, esto es, se retrotraerán los efectos de la inscripción hasta el momento en que se levantó el acta con las declaraciones sólo si los efectos que derivan de la consideración de la interesada como española son beneficiosos para ella; en caso contrario, no se producirá la retroactividad y se la considerará extranjera en ese período intermedio.

¹⁵ BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2005.

10) Una vez adquirida la nacionalidad española por residencia, el régimen de apellidos se rige por el Derecho español, que obliga a llevar el primer apellido del padre y el primero de la madre, en el orden que prefiera la interesada, siempre que esté determinada su filiación por ambas líneas¹⁶. La mujer marroquí debe conocer la posibilidad que, tanto a ella como a sus hijos e hijas le ofrece el artículo 199 del RRC de conservar los apellidos que ostentaran en forma distinta de la legal, pero deberá expresarlo así en el momento de adquirir la nacionalidad española o en el plazo de dos meses desde la adquisición. Y, a fin de evitar problemas de identificación del verdadero apellido que le corresponde según su anterior ley personal, conviene que pruebe convenientemente cuáles son los distintos elementos que integran el nombre completo en Marruecos, para no llevarse sorpresas. En todo caso, hay que tener en cuenta la doctrina de la DGRN que interpreta el artículo 199 del RRC en el sentido de imponer más de un apellido, por lo que esta declaración no surtirá efecto cuando lo que se pretende es conservar un único apellido, aunque fuera el que le correspondiera conforme a su anterior ley personal, a no ser que, además de marroquí, la mujer sea también nacional de otro Estado de la Unión Europea¹⁷.

II. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR LA MUJER MARROQUÍ PARA ADQUIRIR LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

1. Requisitos relativos a la residencia. Especial referencia a la violencia de género como presupuesto de abreviación del plazo

El requisito fundamental que impone el artículo 22.3º del C.c. para poder adquirir la nacionalidad española por residencia es la acreditación de unos determinados plazos de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición. Dicha residencia implica la presencia física en España, con la que se logra la integración social que justifica esta vía de acceso a la condición de español o española. En consecuencia, es necesario que la mujer marroquí y/o sus hijos e hijas residan en territorio español en sentido estricto: Península, islas adyacentes, Canarias y los territorios de África sujetos a la legislación peninsular (Ceuta, Melilla), aunque se admiten algunas ficciones: tripulantes de barcos de guerra o mercantes españoles¹⁸; unidades militares españolas que actúan en el extranjero con carácter temporal; cónyuges de funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero (art. 22.3º C.c.).

Aunque todavía no se ha dado el salto hacia la admisión del cómputo del plazo de residencia en alguno de los Estados Miembros de la UE como supuesto de residencia en territorio español, pese al régimen de libertad de circulación que se ha logrado con la integración europea, sí que hay algunas excepciones: el artículo 75.2º f) del Reg.LOE incluye una excepción a la regla general, según la cual se

¹⁶ Vid. la Res. DGRN (1ª) de 14 de marzo de 2005, JUR 2005\187955.

¹⁷ Vid. la Instrucción de la DGRN de 23 de mayo de 2007 sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro civil español (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007).

¹⁸ Vid. la Res. DGRN de 5 de mayo de 1986.

extingue la autorización de residencia temporal por permanecer fuera de España durante más de 6 meses en un período de 1 año. De esta excepción se puede beneficiar la mujer marroquí que se haya desplazado a algún Estado Miembro de la UE para realizar un programa temporal de estudio promovido por la UE. También prevé el artículo 75.2º f) del Reg.LOE la no extinción de la autorización de residencia temporal en los casos en que la mujer marroquí resida en un tercer Estado como cooperante vinculada por una relación laboral con una ONG, fundación o asociación de utilidad pública que realice proyectos de investigación, cooperación al desarrollo o ayuda humanitaria en el extranjero, aunque el período que pase fuera de España sea superior a 6 meses en un período de 1 año. De ahí se desprende que ese período de residencia fuera de España también se puede computar como de residencia legal en territorio español.

Hay que tener presente que el momento en el que deben cumplirse los requisitos de residencia legal y continuada en España es el momento de presentar la solicitud. Por tanto, a partir de ese momento se debe computar hacia atrás en el tiempo, para comprobar que la mujer marroquí y/o sus hijos e hijas llevan residiendo en España el tiempo legalmente establecido. Pero, ¿qué se entiende por residencia legal? Desde la STS de 19 de septiembre de 1988, tanto la DGRN como la jurisprudencia mantienen que el concepto de residencia legal a los efectos de adquirir la nacionalidad española es el coincidente con el de la normativa de extranjería¹⁹. Tanto la autorización de residencia temporal o permanente (arts. 29 a 32 LOE), como la autorización de residencia por reagrupación familiar (arts. 17 LOE y 38 Reg.LOE), o la autorización de residencia de los menores de edad tutelados por una Administración pública española (arts. 35 LOE y 92 Reg.LOE), habilitan para adquirir la nacionalidad española. Ahora bien, la normativa de extranjería no sólo está integrada por la LOE y su Reglamento de desarrollo. También residen legalmente los ciudadanos de la UE, los nacionales de Estados Miembros del EEE y de Suiza, así como ciertos familiares de todas estas personas; los refugiados y refugiadas, que se rigen por la LA y el RegLA; los funcionarios de Organizaciones internacionales e intergubernamentales con sede en España, así como los miembros de su familia²⁰; los agentes diplomáticos o funcionarios consulares acreditados en España, los miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de

¹⁹ En esta sent. el TS expuso en argumentos *obiter dicta* que, «De los dos requisitos que la residencia en España ha de reunir (ser legal y continuada) para viabilizar la posibilidad de adquisición de la nacionalidad española al amparo del art. 22 C., a partir de la nueva redacción dada al mismo por la Ley 51/82, de 13 de julio... no basta, al objeto indicado, cualquier estancia o permanencia en territorio español aunque sea legal (la de los miembros del servicio diplomático o consular de una nación extranjera o de los miembros de fuerzas extranjeras destacadas en España, o de extranjeros con pasaporte debidamente visados, etc.), sino que ha de tratarse de «residencia legal» entendiéndose por tal únicamente la que se encuentra amparada por el correspondiente permiso de permanencia o autorización de residencia obtenida conforme al Decreto 522/1974, de 14 de febrero, si el período de tiempo a computar transcurrió antes de la entrada en vigor de la Ley 7/1985, de 1 de julio, por el permiso de residencia que regula el art. 13 de esta última, si el referido tiempo se desarrolló después de la vigencia de la misma...» (RAJ, 1988, núm. 6838). *Vid.* comentario a esta sentencia de DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J. en *Revista del Poder Judicial*, núm. 13 y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. en *REDI*, vol. XLI, 1989-1, pp. 273-275.

²⁰ *Vid.* las SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª), de 24 de mayo de 2002 y de 15 de abril de 2004.

las oficinas consulares y los familiares de estos, que se rigen por el Convenio sobre Relaciones Diplomáticas, hecho en Viena el 18 de abril de 1961²¹ y el Convenio de Viena de 24 de abril de 1963 sobre Relaciones Consulares (SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de junio de 1995).

En cambio, la mujer marroquí y/o sus hijos e hijas que se hallen en régimen de estancia (como los estudiantes, art. 33 LOE) no se consideran residentes legales en España, aunque su situación administrativa sea legal, al estar amparada por una autorización de estancia. No importa la legalidad de su situación, sino el concepto de residencia y ni la DGRN ni la jurisprudencia consideran la estancia como sinónimo de residencia. En este sentido, el artículo 85.2º del RegLOE dispone que el visado de estudios habilita a “*permanecer*” en España en situación de estancia. No obstante, el artículo 95 del Reg.LOE ofrece a quien se encuentre en régimen de estancia la posibilidad de pasar a la situación de residencia y trabajo. Pero, ¿puede computarse, a efectos de adquisición de la nacionalidad española por residencia, el tiempo que se haya estado en España con una autorización de estancia? El Servicio de Nacionalidad de la DGRN afirma que se computa como parte del plazo de residencia el tiempo que se ha permanecido en régimen de estancia, pero una vez que se obtiene la autorización de residencia. No obstante, hay casos en que a un extranjero a quien se le concede el asilo no se le computa el tiempo de permanencia en España con una tarjeta de estudiante²².

Más clara es la situación de la mujer marroquí que sea familiar de un ciudadano de la UE o de un Estado Parte en el EEE que acompañe o se reúna con dicho familiar y pretenda residir en España por un período superior a 3 meses. Deberá solicitar y obtener la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE (art. 8.1º RegUE). El resguardo acreditativo de haber presentado la solicitud de dicha tarjeta acredita su situación de estancia (art. 8.2º Reg.UE). No obstante, la resolución favorable de su solicitud tendrá efectos retroactivos para acreditar su situación de residencia desde el momento de la solicitud (art. 8.4º Reg.UE). Por tanto, todo ese período de tiempo sí se puede computar a efectos de totalizar el plazo de residencia legal para adquirir la nacionalidad española.

Como norma general, la mujer marroquí y/o sus hijos e hijas deberán residir en España 10 años para poder adquirir la nacionalidad española por residencia, aunque pueden beneficiarse de algunos plazos abreviados.

1) A la persona que, al tiempo de la solicitud, lleve un 1 casada con español o española y no estuviere separada legalmente o de hecho, le bastará 1 año de residencia legal en España, según el artículo 22.2º d) del C.c. Puesto que en España, a raíz de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el C.c. en materia de derecho a contraer matrimonio²³, se admite la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, estos matrimonios serán válidos en España, aunque la ley personal de la mujer marroquí no los admita²⁴. En el momento de presentar la solicitud deben concurrir los siguientes requisitos: la mujer marroquí debe estar casada con español

²¹ BOE de 24 de enero de 1968; correc. errores BOE de 2 de abril de 1968.

²² Vid. entre otras, la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 21 de septiembre de 2004 (JUR 2004/281952).

²³ BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005.

²⁴ Vid. al respecto la Res. Circular de 29 de julio de 2005, de la DGRN sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo (BOE núm. 188, de 8 de agosto de 2005).

o española ; el matrimonio debe ser válido en España ; haber durado 1 año, contando desde el momento de presentación de la solicitud hacia atrás ; debe existir convivencia conyugal y debe haber residido en España legalmente, al menos durante 1 año. No es que la mujer marroquí deba demostrar 1 año de residencia legal en España y otro año de matrimonio con español o española. Bastará con un solo año, pues si mientras reside legalmente en España está casada con español o española, dicho año es el que cuenta.

De este plazo abreviado no se puede beneficiar la mujer marroquí que conviva en pareja de forma estable sin estar unida por el vínculo conyugal, puesto que la situación de quien está casado con español o española es una excepción a la regla general del artículo 22.1º del C.c., debiendo interpretarse de manera restrictiva. Es criticable que el legislador español no haya asimilado los matrimonios a las parejas de hecho, a efectos del plazo abreviado. Aunque aumentaran las posibilidades de convivencias fraudulentas, debería hacerse primar la voluntad de la persona de desarrollarse plenamente del modo que estime conveniente y si éste es la convivencia sin vínculo matrimonial, no se le deben poner cortapisas, debiendo atribuir a esta convivencia el mismo valor que a la convivencia matrimonial. No obstante, esto no está previsto.

¿Cómo se prueba el matrimonio con español o española? Mediante certificado de matrimonio inscrito en el RC español, certificado de convivencia o empadronamiento conjunto y certificado literal de nacimiento del cónyuge español, lo que acreditará que no están divorciados. No es suficiente que el matrimonio esté inscrito en un RC extranjero, pues esto no significa que sea válido en España. Habrá que hacer frente a todas las cautelas que la DGRN observa para evitar la celebración e inscripción de matrimonios blancos o de conveniencia, de conformidad con la Instrucción de 31 de enero de 2006 sobre los matrimonios de complacencia²⁵. Además, la mujer marroquí debe prestar atención cuando su cónyuge se haya divorciado en el extranjero, pues de la exigencia de reconocimiento en España de esa sentencia extranjera de divorcio puede depender la validez de su matrimonio con cónyuge español²⁶.

Suponiendo que el matrimonio haya pasado el control de validez, la mujer marroquí deberá acreditar la convivencia conyugal, pues para beneficiarse del plazo abreviado no puede estar separada legalmente ni de hecho. Tiene que probar que durante el año que ha durado el matrimonio ha convivido con su cónyuge español, pues la convivencia es la que “garantiza” la vinculación con la sociedad española. Esto no significa que no pueda interrumpirse dicha convivencia ni un momento. Lo único que exige el precepto es que la convivencia no esté rota en el momento de la solicitud, ni de hecho, ni de derecho. ¿Cómo se acredita esa convivencia? No basta la presunción legal del artículo 69 del Cc., sino que se debe probar que no ha cesado dicha convivencia. A estos efectos, suele ser suficiente el certificado de empadronamiento. No obstante, este certificado no tiene un valor absoluto, pues puede ser desvirtuado por otros medios de prueba. La STS de 22 de diciembre de 2006²⁷ afirma que el concepto jurídico convivencia, viven juntos, “no es en

²⁵ BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2006.

²⁶ Vid. entre otras las Res. DGRN (2ª) de 19 de octubre de 1998 (BIMJ núm. 1849, pp. 2265–2268) y de 29 de junio de 2005 (BOE núm. 216, de 9 de septiembre de 2005).

²⁷ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 22 de diciembre de 2006 (RJ 2006/9568).

modo alguno equiparable al de residencia común, de tal modo que puede existir convivencia matrimonial aun cuando circunstancialmente el lugar de residencia de ambos cónyuges no sea el mismo y puede no existir convivencia pese a esa residencia común. Así mismo el concepto jurídico “separación de hecho” implica el cese efectivo de la convivencia sin que tampoco sea equiparable al de no “residencia” común”.

¿Qué pasa si los contrayentes se separan durante la tramitación del expediente de adquisición de la nacionalidad española? Cualquier cambio de circunstancias que se produzca con posterioridad a la presentación de la solicitud no debería influir. No obstante, la AN ha denegado la nacionalidad española a una extranjera porque durante la tramitación del expediente ante la DGRN recayó sentencia de disolución del vínculo matrimonial, lo que impide apreciar la exigida convivencia matrimonial²⁸. Igualmente se deniega la nacionalidad porque no está acreditada la convivencia conyugal y existen dudas acerca de si el matrimonio es simulado, porque el interesado, obtenida su residencia legal en España, solicitó la adquisición de la nacionalidad española, sin esperar ni un solo día, lo que evidencia la premeditación de los actos del interesado a este fin y tampoco consta la convivencia conyugal porque, inmediatamente después de solicitar la nacionalidad se interpone la demanda de divorcio y ya existían medidas provisionales adoptadas con anterioridad, debido a denuncias de la esposa, aunque se reanudara la convivencia esporádicamente²⁹.

¿Qué incidencia puede tener la violencia de género en la abreviación del plazo de residencia? El artículo 22.2º d) del C.c. no establece excepciones a la regla general, según la cual, se exige que la convivencia no esté rota, ni de hecho ni de derecho. No obstante, no puede exigirse a la mujer que siga conviviendo con su pareja cuando existen malos tratos y además se ha dictado una orden de alejamiento. El artículo 9.2º de la CE impone a los poderes públicos la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos los derechos fundamentales, como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación y la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género³⁰ considera la violencia de género uno de los ataques más flagrantes a tales derechos. Esto ha obligado al legislador español a adoptar medidas encaminadas a hacer efectiva la garantía de los derechos de las mujeres. En este sentido, el artículo 45 del Reg.LOE ya ha previsto expresamente la concesión al cónyuge reagrupado de una autorización de residencia independiente en los casos en que exista violencia de género.

En el marco de la normativa de nacionalidad aún no se han iniciado gestiones al respecto, lo que no significa que no tenga cabida la atribución de ciertos efectos derivados de la violencia de género. Lo ideal sería que el legislador promulgara una norma que exceptuara a la regla general que exige la no ruptura de la convivencia, de modo similar a lo que sucede en la citada LO 1/2004, de 28 de diciembre en el marco de los derechos laborales, donde se ha previsto que la situación física o psicológica derivada de la violencia de género es una causa que justifica las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo, así como el derecho a una reducción o

²⁸ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Sección 3ª, de 3 de julio de 2002.

²⁹ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Sección 3ª, de 27 de junio de 2002.

³⁰ BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo y a la extinción del contrato (art. 21). No obstante, aunque esta norma no exista, ello no impide atribuir efectos a la orden de alejamiento. El artículo 22.2º d) del C.c. debe ser interpretado para poder aplicarse. Tanto a nivel administrativo (la DGRN), como a nivel jurisprudencial, debe imponerse una interpretación de la norma que excepcione la regla general. Ya se ha admitido que la interrupción de la convivencia en los supuestos en que, por motivos laborales, los cónyuges tienen que vivir separados, no afecta a la continuidad de la residencia en España, ni tampoco a la continuidad de la convivencia, porque dicha interrupción está justificada. Así lo ha entendido la AN, para quien la separación de los cónyuges justificada por motivos profesionales, laborales u otros de naturaleza análoga no implica separación de hecho que interrumpa la convivencia conyugal³¹. También se admite que la continuidad de la residencia no se interrumpe si hay causas justificadas, como someterse a tratamientos médicos. Con más motivo aún, en los supuestos de violencia de género debe considerarse que hay una causa justificada que avala la interrupción de la convivencia de hecho, sin que ello implique el no cumplimiento de los presupuestos normativos para adquirir la nacionalidad española por el plazo abreviado de 1 año. La tendencia actual a considerar que la separación conyugal motivada por las desavenencias conyugales impide apreciar que hay convivencia y, por tanto, no abrevia el plazo de residencia, debe cambiar, particularmente cuando dichas «desavenencias conyugales» tienen que ver con la violencia de género y, más aún, si existe una orden de alejamiento. Eso sí, esto sólo será posible en los casos en que exista un matrimonio válido en España, pues la violencia de género no ampara una reducción del plazo de residencia por sí misma, sino sólo el no cumplimiento del presupuesto legal exigido por la norma para hacer valer el plazo de abreviación en caso de matrimonio.

2) Del plazo abreviado de residencia de 1 año también se beneficia quien haya nacido en territorio español, siempre que no concurran los presupuestos del artículo 17 del C.c. para la atribución de la nacionalidad española por el mero nacimiento en España. Puesto que se trata de una vía privilegiada para adquirir la nacionalidad española por residencia, la DGRN mantiene una postura estricta para evitar el fraude. Abundan las Res. de la DGRN relativas a pretensiones de inscripción de nacimiento fuera de plazo de personas que dicen haber nacido en Ceuta o en Melilla. Las dudas sobre la veracidad del nacimiento en España han conducido a la DGRN a dictar la Instrucción de 7 de octubre de 1988 sobre Reglas generales sobre tramitación de expedientes de inscripción de nacimiento fuera de plazo y sobre expedición de certificaciones de nacimiento a efectos de obtener el DNI. Aunque se puede prescindir del expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo cuando se cuenta con una certificación del asiento extendido en un RC extranjero, la DGRN no suele dar crédito a los documentos marroquíes que acreditan el nacimiento en España, pues duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española, así como de que el registro sea regular y auténtico.

3) También bastará 1 año de residencia a quienes no hayan ejercido oportunamente la facultad de optar dentro del plazo de caducidad establecido legalmente, en los supuestos previstos en los artículos 17.2º, 19.2º y 20 del C.c., en su redacción actual.

³¹ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Sección 3ª, de 9 de mayo de 2002.

En esta situación se encuentra la mujer marroquí y/o sus hijos e hijas, si su filiación o nacimiento en España se determina después de los dieciocho años de edad (art. 17.2º Cc.). Estas personas no adquieren automáticamente la nacionalidad española, pues se entiende que, si ya poseen otra nacionalidad, atribuirles la española puede perjudicarles. Pero se les concede un derecho de opción por la nacionalidad española de origen, que podrán ejercer en el plazo de 2 años a contar desde que se produjo la determinación de la filiación o del nacimiento. Si han dejado transcurrir ese plazo y no ejercieron su derecho de opción, podrán adquirir la nacionalidad española por el plazo abreviado de residencia de 1 año. Igualmente, los adoptados después de cumplir los 18 años tienen un derecho de opción, que pueden ejercer en el plazo de dos años a contar desde la constitución de la adopción (art. 19.2º C.c.), por las mismas razones que el supuesto anterior. En cambio, si el padre o madre de la mujer marroquí hubiera sido originariamente español y nacido en España (art. 20.2º Cc.), pero, en el momento del nacimiento de la mujer marroquí hubiera perdido la nacionalidad española, la mujer marroquí puede ejercer el derecho de opción, sin sujeción a plazo alguno. Por tanto, en este supuesto, no puede adquirir la nacionalidad española por residencia, pues tiene una vía más fácil para llegar a ser española.

Más frecuente será el supuesto en que la mujer marroquí y/o sus hijos e hijas estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español o una española. En este caso, podrán optar a los 20 años de edad o hasta que pasen 2 años desde su emancipación. Si estaban incapacitados, dentro de los dos años desde que recuperan su capacidad (art. 20.1º C.c.). Aunque el menor o la menor conviva con la madre marroquí, si el otro progenitor es español o española y no ha sido privado expresamente de la patria potestad por resolución judicial, se considerará que están sujetos a la patria potestad de un español o española, pudiendo ejercitar el derecho de opción que le confiere el artículo 20.1º a) del C.c., en el plazo establecido. Si han dejado pasar este plazo sin ejercer el derecho de opción, podrán beneficiarse del plazo abreviado.

4) La mujer marroquí y/o sus hijos e hijas pueden beneficiarse del plazo abreviado de 1 año de residencia si han estado sujetos legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de una persona o institución española durante 2 años consecutivos, incluso si continúan en esa situación en el momento de la solicitud. Especial interés presenta la sujeción de menores marroquíes a tutela de entidades públicas españolas, pues una vez que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado detectan la presencia de un menor extranjero en territorio español, han de ponerlo a disposición de los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, quienes, en caso de que no proceda su devolución a su país de origen, deberán solicitar su autorización de residencia, que, tras su concesión, tiene efectos retroactivos desde el momento en que el menor o la menor fue puesto a disposición de los Servicios de protección de menores. Ahora bien, en la práctica, dicha documentación no suele solicitarse inmediatamente, sino que puede transcurrir cierto tiempo, lo que permite a los Servicios de protección de menores comprobar si son problemáticos, si se escapan del centro, etc. Por eso, muchas veces, cuando los menores se han escapado, todavía no tienen residencia legal en España.

La prueba de haber estado sometido a la tutela, guarda o acogimiento de algún ciudadano o institución españoles se efectúa presentando una copia de la resolución judicial que determina la tutela o documento de la autoridad competente de la Comunidad Autónoma en esta materia.

5) Basta 1 año de residencia a la viuda de español o española. Este supuesto es verdaderamente favorable, puesto que no se requiere que el matrimonio haya

durado un tiempo concreto. Aunque la mujer marroquí acabara de contraer matrimonio, podrá solicitar la adquisición de la nacionalidad española por residencia si lleva en ese momento 1 año residiendo legalmente en España. El tiempo de residencia que se pueda acreditar con anterioridad al matrimonio será computado a efectos de adquirir la nacionalidad española, sin que deba seguir residiendo un año desde que se queda viuda en España. Para ello, es necesario que el cónyuge, al fallecer, fuera español o española. Es irrelevante que el cónyuge español lo fuera en el momento de contraer matrimonio o que haya adquirido la nacionalidad española con posterioridad. Lo único que cuenta es que, en el momento de solicitar la nacionalidad, el cónyuge fallecido tuviera la nacionalidad española. También es irrelevante que el cónyuge español, además de la nacionalidad española, tuviera otra u otras nacionalidades, así como el hecho de que la nacionalidad española no fuera efectiva. Igualmente se precisa que, en el momento del fallecimiento, no estuviera rota de hecho, ni de derecho la convivencia matrimonial. No obstante, habrá que reproducir aquí las apreciaciones que se han hecho para los supuestos de interrupción de la convivencia conyugal en caso de violencia de género. En el momento de presentar la solicitud, la mujer marroquí no puede haber contraído nuevo matrimonio, pues en ese caso, ya no será viuda de español o española, debiendo, entonces esperar a cumplir 1 año de matrimonio, si es que el nuevo se ha contraído otra vez con español o española.

La documentación que habrá de aportar como prueba de su condición de viuda será el certificado de matrimonio inscrito en el RC español, el certificado de convivencia o empadronamiento conjunto, el certificado literal de nacimiento del cónyuge y el certificado de defunción del cónyuge español.

6) Si la mujer marroquí o sus hijos e hijas han nacido fuera de España de padre, madre, abuelo o abuela que originariamente hubieran sido españoles, sólo tendrán que acreditar 1 año de residencia legal en España. Es necesario que la nacionalidad del padre, madre, abuelo o abuela hubiera sido originariamente española, sin que se puedan beneficiar quienes tengan ascendientes que hayan sido españoles por adquisición, lo que constituye un motivo de discriminación lamentable. El nacimiento de la interesada debe haberse producido fuera de España. Si nació en España y alguno de sus progenitores, aunque sean extranjeros, también nació en España, será española de origen (art. 17.1º). Si la mujer marroquí ha nacido fuera de España de padre o madre originariamente español y nacido en España, tendrá derecho a optar por la nacionalidad española (art. 20). Sólo si la mujer marroquí ha nacido en España de padre o madre originariamente español y nacido en el extranjero, no será española de origen, pues para eso, alguno de los progenitores tiene que haber nacido en España. Tampoco tiene derecho a optar por la nacionalidad española, pues también para eso se requiere que el progenitor español de origen hubiera nacido en España. En este caso, podrá adquirir la nacionalidad española por el plazo abreviado de un año, conforme dispone la letra a) del artículo 22.2º del C.c., pues al haber nacido en España se beneficia de esta posibilidad, con independencia de que alguno de sus progenitores o los dos hayan sido españoles de origen. En el momento del nacimiento de la mujer marroquí, el padre o la madre debían haber perdido la nacionalidad española, pues de lo contrario, aquélla ya será española de origen.

Para no incurrir en un motivo de inconstitucionalidad, la mujer marroquí podrá beneficiarse de este plazo abreviado aunque sea hija adoptiva de padres o madres españoles de origen. Esto es, la expresión nacido...de, habrá que entender que

engloba tanto a la filiación biológica como a la adoptiva, pues, en caso contrario, se estaría incorporando un motivo de discriminación injustificado.

7) Si la mujer marroquí o sus hijos e hijas son también nacionales de origen de algún país iberoamericano, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal, podrán beneficiarse del plazo de residencia de dos años, por su especial vinculación histórica y lingüística con España. Deberán ser nacionales de origen de estos países en el momento de la presentación de la solicitud de nacionalidad española, sin que baste el haber sido nacional de origen en el pasado. La acreditación de la nacionalidad requerida se efectúa mediante certificación expedida por el Cónsul o funcionario competente del país cuya nacionalidad ostente el solicitante, en la que se acreditará que es nacional desde el nacimiento o que ha adquirido la nacionalidad de ese país con posterioridad, pero en circunstancias análogas a las que determinan en España que esa nacionalidad sea concebida como de origen.

8) Con cierta frecuencia se presentan solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia de marroquíes que alegan gozar de la condición de sefardíes, esto es, descendientes de los judíos expulsados de España en tiempos de los Reyes Católicos y que conservan la tradición de su procedencia española con el consiguiente reflejo cultural en sus costumbres. En ese caso, también podrán beneficiarse del plazo abreviado de residencia de dos años. El principal problema es la prueba de su condición de sefardíes. La DGRN, en su Instrucción de 16 de mayo de 1983 sobre nacionalidad española³², entendió que la condición de sefardí se debe probar mediante los apellidos que ostente el interesado, el idioma familiar y otros indicios que demuestren la tradición de pertenencia a tal comunidad cultural. En su opinión, la certificación expedida por la comunidad israelita reconocida en España acreditando la pertenencia de una persona a la religión judía sefardita no es más que un principio de prueba, que debe ser apreciado conjuntamente con el resto de indicios. En cambio, la DGRN estima suficiente medio de prueba la justificación por el peticionario de su inclusión o descendencia directa de una persona incluida en las listas de familias sefardíes protegidas por España, a que se refiere, con relación a Egipto y Grecia, el Decreto-ley de 29 de diciembre de 1948, u otras listas análogas que existan para otros países o si el solicitante acredita su descendencia directa de una persona que haya gozado de la protección española bajo el régimen de capitulaciones.

Otro medio de prueba que puede ser utilizado son las *Taqqanot*, pues así lo dispuso el Ministro de Justicia en una Comunicación a los Encargados de los Registros civiles de 31 de enero de 1984, según la cual, además de los medios de prueba a que se refiere la Instrucción de la DGRN de 16 de mayo de 1983, es una prueba de interés la justificación de que los interesados o sus padres contrajeron matrimonio ajustándose a las leyes y costumbres de Castilla, según fórmula tradicional que aparece en las correspondientes certificaciones literales de matrimonio. La *Taqqanot* son estipulaciones que, en materia matrimonial y hereditaria, establecían las reglas de vida interna de las comunidades de los judíos. Estas reglas datan de 1494 y fueron dadas por los judíos expulsados de Castilla en Marruecos. Las *Taqqanot* reglamentan una serie de estipulaciones para todo casamiento entre los descendientes de los Expulsados, imponiendo la obligación de insertar en todos los contratos matrimoniales la siguiente cláusula: “Y todo se ejecutará de acuerdo con

³² BOE núm. 120, de 20 de mayo de 1983.

el uso y estipulación y la taqqaná que usaron y estipularon e instituyeron para estar en vigor entre ellos las comunidades de santidad, las comunidades de expulsados de Castilla...”

Por tanto, se puede demostrar el origen sefardí presentando la *Setúbal* (escritura con los datos de los contrayentes) donde conste la cláusula de la *Taqqaná*, que acredita la pertenencia del interesado a la congregación. Si es una persona soltera, presentará la *Ketuvá* de sus padres. La autenticidad de dicha *Ketuvá* se certificará por la Comunidad Israelita reconocida en España y este certificado deberá ser traducido y legalizado en la Embajada de Israel en España.

9) En caso de que la mujer marroquí y/o sus hijos e hijas tuvieran la condición de refugiados, se beneficiarían del plazo abreviado de residencia de 5 años. Esta condición se ha de tener en el momento de presentar la solicitud de adquisición de la nacionalidad española, sin que baste con haber tenido en el pasado el documento acreditativo de esta condición. El problema con el que se puede encontrar la refugiada marroquí es el del cómputo del plazo de residencia a efectos de adquirir la nacionalidad española; esto es, si se computa desde que se le concede la condición de refugiada, sin que cuente el tiempo que ha durado la tramitación de la solicitud de refugio (así lo entiende la SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de septiembre de 1996), o se retrotrae el momento al tiempo de la solicitud.

2. Requisitos subjetivos

A) ¿Qué valor tienen los antecedentes penales en la acreditación de la buena conducta cívica?

Además de los requisitos relativos a la residencia legal, es necesario acreditar buena conducta cívica en el momento de presentar la solicitud, pues su acreditación ante el TS en casación no es posible, ni es frecuente que el TS modifique la solución a que ha llegado la AN al respecto, porque hacer una nueva valoración de la prueba está vedada en casación³³. El problema es que la buena conducta cívica es un concepto jurídico indeterminado, que ha de ser apreciado por la DGRN en cada caso. Esto no significa que la Administración pueda actuar con arbitrariedad. Para el TS, la Administración sólo actuará con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho si elige la única solución posible: o el solicitante acredita la buena conducta cívica o no³⁴. De la jurisprudencia del TS se extraen las siguientes conclusiones: la buena conducta cívica no se presume, por lo que la propia interesada deberá acreditarla en el expediente³⁵. Debe tomarse en consideración la trayectoria personal en su conjunto de la solicitante de la nacionalidad española y no en relación con el período de residencia que ha acreditado en España. Lo que ha de valorarse es la conducta de la persona y no otras cuestiones del plano interno, como la moralidad o religiosidad de la solicitante, pues eso atentaría contra los principios y valores constitucionales. Su comportamiento no debe vulnerar el ordenamiento jurídico en sus diversas manifestaciones. Por tanto, no basta con que no se haya cometido un ilícito penal; debe cumplir con las obligaciones derivadas del Título I de la CE y de

³³ Vid. a modo de ejemplo, la STS de 26 de septiembre de 2003.

³⁴ STS de 5 de octubre de 2002.

³⁵ STS de 5 de octubre de 2002 y 15 de julio de 2004.

los Convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España. La Administración no puede denegar la nacionalidad alegando falta de buena conducta cívica basándose en informes policiales inconcretos y no motivados (STS de 12 de mayo de 1997 y 15 de julio de 2004).

Pero, ¿cómo se prueba la buena conducta cívica? Con el certificado negativo de antecedentes penales expedido por el Cónsul de su país de origen. Ya no es necesario presentar el certificado de antecedentes penales expedido por el Registro Central de Penados y Rebeldes del MJ, siempre que se haya aceptado en el modelo de solicitud la posibilidad de que la Administración recabe por sí misma tales datos. Ahora bien, tanto la DGRN como la jurisprudencia consideran que no tener antecedentes penales, aunque es importante, no es suficiente, pues con ello sólo se acredita que la conducta no ha dado lugar a responsabilidad penal, lo que no impide valorar las circunstancias que dieron origen a las actuaciones penales desde el punto de vista cívico³⁶. Tampoco la inexistencia de antecedentes policiales es suficiente. Tanto los antecedentes penales como los policiales son sólo meros indicadores cualificados de la buena conducta cívica, debiendo tenerse en cuenta otros indicadores (personales, familiares, sociales, profesionales).

Uno de los aspectos más discutidos es el valor que debe otorgarse a los antecedentes penales ya cancelados, pues jurisprudencialmente se considera que no acreditan que la conducta sea cívica³⁷ y que pueden tomarse en consideración por la Administración y eso, pese a la STC 174/1996, de 11 de noviembre, según la cual la apreciación de una falta de buena conducta como consecuencia de unos antecedentes penales cancelados por rehabilitación puede suponer una infracción del principio constitucional de legalidad de la pena y de la finalidad de la misma (art. 25 CE). Para el TS la toma en consideración de los antecedentes penales cancelados infringiría el principio de legalidad de la pena sólo cuando esos antecedentes se utilizan para acreditar la falta de buena conducta cívica a los efectos de obtener determinadas autorizaciones o licencias administrativas para el ejercicio de determinados derechos, como la concesión de permiso de armas para el ejercicio de la caza. Esto es, para el TS los antecedentes penales cancelados no pueden limitar el ejercicio de derechos reconocidos en las leyes y, según el TS, a esto se refiere el TC, pues lo que estaba enjuiciando era la utilización de los antecedentes penales cancelados como causa de incapacidad para ingresar en la carrera judicial y, por tanto, el derecho a acceder en condiciones de igualdad a cargos públicos. En cambio, cuando se toman en consideración dichos antecedentes penales cancelados para denegar la nacionalidad española por residencia, basándose en la inexistencia de buena conducta cívica, no se está limitando el ejercicio de un derecho, pues nadie tiene un derecho subjetivo a obtener la nacionalidad española, que puede denegarse por motivos razonados de orden público o de interés nacional³⁸. Para otros magistrados, en cambio, los antecedentes penales cancelados deben desaparecer para siempre a todos los efectos³⁹. Presumir y aceptar la relevancia de unos hechos que revisten caracteres delictivos sin que conste que exista una sentencia condenatoria, constituye una infracción del principio de presunción de inocencia⁴⁰.

³⁶ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6) de 6 de febrero de 2007 (JUR 2007/1290).

³⁷ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6) de 15 de marzo de 2007 (RJ 2007/2564).

³⁸ *Vid.* la STS de 12 de noviembre de 2002.

³⁹ STS de 19 de marzo de 1999. Voto particular.

⁴⁰ STS de 19 de marzo de 1999. Voto particular.

En cuanto a los antecedentes policiales, la STS de 27 de septiembre de 2004 considera conforme a Derecho que no se tomen en consideración cuando están cancelados, pues lo contrario infringiría el principio de los actos propios, pues una misma realidad no puede existir y no existir al mismo tiempo para la Administración, además de suponer una vulneración del derecho al honor y a la intimidad⁴¹.

Pero, no basta con acreditar la inexistencia de antecedentes penales o policiales⁴². Se debe demostrar que la conducta es cívica en el plano personal (porque siempre se ha encontrado en situación de legalidad, tanto en lo que respecta a su residencia como a su trabajo...), en el familiar (estar casada con español o española, llevar una vida familiar estable, tener hijos...), en el profesional, (tener un trabajo fijo o medios de subsistencia propios) y en el social (pertenecer a alguna asociación o grupo cultural, etc.). Puede coadyuvar algún informe del Ayuntamiento, donde conste que lleva una vida ejemplar, que no se le conocen altercados, que se relaciona con sus vecinos, que asiste a centros culturales, etc. De todos modos, jurisprudencialmente se considera que la existencia de antecedentes desfavorables no son suficientes para desacreditar la buena conducta cívica, siempre que el acto al que se refieran sea aislado, ocurriera hace mucho tiempo, no sea excesivamente grave o relevante la infracción que se le imputó y se acredite, mediante el resto de pruebas, que mantiene una conducta cívica propia de la de cualquier español o española⁴³.

B) Integración en la sociedad española: ¿qué importancia tiene el conocimiento del idioma y el hecho de que la mujer mantenga las costumbres propias de la religión musulmana?

El artículo 22.4º del Cc. exige acreditar suficiente grado de integración en la sociedad española. Este es otro concepto jurídico indeterminado, cuya concreción corresponde al JERC del domicilio y a la propia DGRN, a la vista de toda la documentación aportada. El JERC se hará una idea del grado de integración de la solicitante a través de la entrevista personal y reservada que mantiene con ella (art. 221 RRC), pues debe oírlos reservadamente y a su cónyuge, cuando sea el caso, para interrogarlos sobre las circunstancias que concurren y el cambio de nacionalidad, remitiendo el informe a la DGRN indicando si, a su juicio, hay suficiente integración en la sociedad española. La DGRN, además, puede pedir cuantos informes estime oportunos y siempre el del Ministerio de Interior.

Según el TS, la integración no deriva exclusivamente del grado de conocimiento del idioma, sino de la armonización del régimen de vida con los principios y valores sociales que tienen su reflejo constitucional, del grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como del arraigo familiar⁴⁴. No obstante, uno de los datos más relevantes que se toman en consideración es el conocimiento del castellano o del propio de la Comunidad Autónoma de que se trate, pues el artículo 3 de la CE dice que el conocimiento del castellano es obligatorio para los españoles, luego también para los que quieren llegar a serlo. No es que sea

⁴¹ STS de 19 de marzo de 1999. Voto particular.

⁴² Vid. entre otras, las STS de 11 de abril de 2000 y de 28 de septiembre de 2005, RJ 2005/8724.

⁴³ STS de 23 de abril de 2004.

⁴⁴ STS de 9 de abril de 2007 (JUR 2007/112184).

un requisito imprescindible, pero no hablar ni entender el español suele pesar negativamente, ya que si no se habla el idioma es más difícil poder integrarse.

En la valoración del conocimiento del idioma se suele tomar en consideración la edad y el nivel cultural de la interesada, pues la exigencia de conocer el castellano no es igual de fuerte en personas analfabetas y de una cierta edad, que en jóvenes, en quienes se presupone una mayor capacidad para aprender otra lengua. Un joven camarero que lleva más de 10 años residiendo en Melilla, con constantes contactos con clientes españoles, si ni siquiera comprende el español, evidencia su falta de voluntad de integración en la sociedad española. En cambio, una mujer de procedencia árabe, de una edad avanzada, madre de varias personas que han adquirido la nacionalidad española, y que probablemente habla en casa árabe, no tiene las mismas posibilidades de aprender español, pues, por su origen cultural, su círculo social suele reducirse al familiar, lo que no impide que esté integrada en la sociedad española. No obstante, si lleva ya viviendo en España 20 años y todavía tiene dificultad para comprender el castellano, se considera que no ha habido integración suficiente⁴⁵. Si la mujer marroquí habla, aunque sea mínimamente español y lo entiende, aunque no sepa leerlo o escribirlo, no habrá indicios de falta de integración.⁴⁶ En todo caso, hablar el propio idioma en su círculo de amigos o en la intimidad de su hogar es algo totalmente irrelevante a los efectos de valorar su integración en la sociedad española, puesto que el idioma, así como su indumentaria, son signos de su identidad cultural que, no sólo deben ser respetados, sino promovidos, constituyendo una obligación estatal la de favorecer la formación de los menores tanto en la lengua del Estado de acogida como en su lengua materna, a fin de garantizar la plenitud de derechos de la población española.

Junto al conocimiento del idioma se toma en consideración el tener un trabajo estable, medios de vida, pagar los impuestos, tener arraigo familiar (estar casada con español o española, poseer vivienda propia, educar a los hijos en colegios españoles...). El TS ha destacado que la religión no es un elemento a tomar en consideración como factor de integración, porque España es un Estado aconfesional. Exigir a la mujer marroquí el abandono de su religión para adherirse a la que mayoritariamente se practica en España sería incompatible con la CE. La libertad de cultos que reconoce el artículo 16 de la CE demanda que la religión no pueda ser utilizada como instrumento de exclusión de la sociedad española. Esto no significa que puedan esgrimirse ciertos aspectos de la cultura de origen cuando atentan contra los valores constitucionales. Quien solicita la nacionalidad española no puede ampararse en el hecho de que la poligamia forme parte de los usos y costumbres de la comunidad a la que pertenece, pues aunque se admita en su cultura de origen, constituye una forma de vida que atenta contra el orden público español y demuestra una falta de deseo de integrarse en la sociedad española⁴⁷ y ello con independencia de que el orden público atenuado permita reconocer ciertos efectos a los matrimonios poligámicos y al margen de que la normativa de extranjería permita la reagrupación familiar del segundo cónyuge. Por tanto, el que la mujer marroquí viva según las costumbres y tradiciones religiosas de su país de origen, nada incide en su grado de integración en la sociedad española, pues eso forma parte del derecho fundamental

⁴⁵ STS de 9 de abril de 2007.

⁴⁶ *Vid.* la STS de 12 de mayo de 2005 (RJ 2005/4226); SAN de 26 de septiembre de 2000.

⁴⁷ *Vid.* entre otras la STS de 27 de julio de 2004 (RJ 2004/5573); Sent. AN de 11 de junio de 2002.

a la libertad religiosa reconocido en el artículo 16 de la CE. Es totalmente compatible estar integrada socialmente en España y mantener las creencias y prácticas propias de la población musulmana compatibles con los valores constitucionales⁴⁸.

III. ALGUNOS PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN TRAS RECIBIR LA ORDEN DE CONCESIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

1. Doble nacionalidad originada por la obligación de renunciar a la nacionalidad marroquí

Una vez recibida la OM por la que se le concede el derecho a adquirir la nacionalidad española por residencia, la mujer marroquí o sus hijos e hijas disponen de un plazo de 180 días desde la notificación. Dentro de ese plazo que es de caducidad, deberán personarse ante el JERC de su domicilio para cumplir con las obligaciones del artículo 23 del Cc. En caso de no hacerlo así, la concesión caducará, cualquiera que hubiera sido la causa por la que se haya dejado transcurrir el plazo indicado⁴⁹. Una de estas obligaciones es la renuncia a la anterior nacionalidad, salvo que se trate de naturales de uno de los países mencionados en el artículo 24.1º del Cc., esto es, que sean naturales de un país iberoamericano, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal. Además, la renuncia ha de efectuarse aunque no surta efectos en el Estado de origen, pues no se exige acreditar que conlleva la pérdida de la nacionalidad que se ostentaba anteriormente. Esta exigencia se ha criticado, pues coloca a la persona en la tesitura de tener que efectuar una declaración que le resulta penosa y que, además puede plantear serios problemas en los casos en que, como sucede con los nacionales marroquíes, dicha renuncia no es efectiva en el Estado de origen. El hecho de que la renuncia a la nacionalidad marroquí no conlleve la pérdida de esta nacionalidad, convierte a la mujer marroquí naturalizada española en plurinacional. Puesto que sigue siendo marroquí en Marruecos, puede considerar la declaración de renuncia a su anterior nacionalidad como un acto meramente formal y persistir en la utilización de la nacionalidad marroquí. Esto es un error, pues el legislador español, al reformar la normativa de nacionalidad no ha eliminado este requisito, sino que lo ha endurecido en el marco de la pérdida de la nacionalidad española (art. 25.1º a) Cc.). Por eso, la DGRN recuerda en una Consulta de 19 de noviembre, sobre la renuncia a su nacionalidad anterior al adquirir la nacionalidad española por parte de ciudadanos marroquíes⁵⁰ que el artículo 25.1º a) del C.c. prevé la pérdida de la nacionalidad española por parte de los españoles que no lo sean de origen cuando durante un período de tres años utilicen exclusivamente la nacionalidad a la que hubieran declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española y advierte que si algún Delegado del Gobierno conociera esta circunstancia debe ponerla en conocimiento del MF adscrito al RC competente para que promueva la inscripción de pérdida de la nacionalidad española.

⁴⁸ STS de 28 de mayo de 2004 y 9 de abril de 2007, entre otras.

⁴⁹ *Vid.* al respecto la Res. DGRN (3ª) de 16 de septiembre de 2002.

⁵⁰ Suplemento al *BIMJ* núm. 1986, pp. 1647-1648.

En consecuencia, si la mujer marroquí realiza cualquier acto en Marruecos, que deba regirse por su ley personal, le será aplicable en Marruecos la normativa marroquí. No obstante, en España, la determinación de su ley personal, al tratarse de un supuesto de doble nacionalidad no prevista en las leyes españolas, se hará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.º del C.c., lo que conlleva la aplicación de la ley española y el consiguiente problema de validez de aquel acto en España. Es lo que sucede con los matrimonios celebrados en Marruecos por marroquíes naturalizados españoles tras la adquisición de la nacionalidad española. El problema fue abordado en la Res. 2005/13244, de la DGRN, de 13 de junio de 2005⁵¹, en la que se denegó la inscripción de un matrimonio celebrado en Casablanca en el año 2004 por el rito musulmán a un marroquí naturalizado español con una mujer marroquí. Tratándose de un matrimonio mixto, las autoridades marroquíes deberían haber exigido el certificado de capacidad matrimonial al contrayente español, cosa que no sucedió porque las autoridades marroquíes consideraron que el varón era marroquí, pese a haber renunciado a dicha nacionalidad. El matrimonio era válido en Marruecos, pero no surte efectos en España.

2. ¿Cuándo adquiere la mujer marroquí la nacionalidad española? ¿Cabe la retroactividad *in bonus*?

La inscripción de la nacionalidad española adquirida por residencia en el RC español es un requisito *sine qua non* impuesto por los artículos 23 c) y 330 del Cc. Hasta la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, el RC competente para la inscripción era el del lugar de nacimiento, que practicaba la inscripción al margen de la de nacimiento (arts. 23.1º, 36 y 46 LRC). Si el nacimiento tuvo lugar en España, el nacimiento estará ya inscrito. En caso contrario, si nació en el extranjero, la inscripción se practicaba en el RC Consular, extendiéndose un duplicado de dicha inscripción en el RCC⁵². No obstante, para los casos en que el promotor estaba domiciliado en España, como son los supuestos en que se solicita la nacionalidad española por residir en España, el Registro competente era el RCC. El JERC del domicilio levantaba acta de la declaración de renuncia, del juramento o promesa y de la inscripción, indicando la fecha y hora de las mismas y remitía un duplicado al Registro del lugar de nacimiento y al RCC, con las firmas del declarante y del JERC, practicándose la inscripción en el RCC. Tras la Ley 24/2005 se puede acudir directamente ante el JERC del domicilio, competente para tramitar la solicitud de adquisición de la nacionalidad española, para que practique la inscripción de la nacionalidad. Así se desprende de la Disposición Adicional 7ª que modifica el artículo 16 de la LRC, confirmando competencia para practicar la inscripción de nacimiento con marginal de adquisición de la nacionalidad española al JERC del domicilio, cuando quien adquiere la nacionalidad española haya nacido en el extranjero, siempre que, en el momento de levantarse el acta de juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la CE y a las Leyes, el interesado solicite que se extienda la inscripción de nacimiento en el RC Municipal correspondiente al domicilio en el que se haya instruido el oportuno expediente registral. Si quien solicita la nacionalidad cambia de domicilio

⁵¹ BOE de 1 de agosto de 2005.

⁵² Vid. la Res. DGRN de 13 de febrero de 1997 (BIMJ núm. 1819, pp. 906-909).

después de presentar la solicitud, el Registro competente seguirá siendo el que la tramitó. Dicho Registro remitirá un duplicado al RCC para que allí conste también inscrito. Y el certificado de nacimiento que se le expedirá tras la inscripción para documentarlo en España, también lo expedirá dicho JERC del domicilio.

El objetivo de esta reforma es descargar de trabajo al RCC y agilizar la adquisición de la nacionalidad. El desdoblamiento de competencias del Registro civil del domicilio y del RCC dificultaba la precisión del momento en que se adquiere la nacionalidad española, pues desde que se levantaba el acta con las declaraciones hasta que se practicaba la inscripción de la nacionalidad pasaban varios meses. Con la reforma, se pretende solventar este problema. Sin embargo, la competencia del JERC del domicilio no debería ser facultativa, dependiendo de que así lo manifieste quien solicita la nacionalidad en el momento de levantar el acta, sino que debería ser obligatoria. De esa forma, la adquisición de la nacionalidad española se produciría en el momento en que el promotor agota todas las obligaciones que se le imponen, esto es, en el momento en que se levanta el acta con las declaraciones correspondientes, pues el JERC del domicilio procedería directamente a la inscripción de la nacionalidad. Aunque, a partir de ahora, lo más razonable es que se solicite la inscripción de nacimiento y de nacionalidad en el RC del domicilio, cabe la posibilidad de que alguien prefiera que siga siendo el RCC el que practique dicha inscripción. En este caso, puede transcurrir bastante tiempo desde el momento en que se efectúan las declaraciones y el momento en que se practica la inscripción de la nacionalidad. Quedan subsistentes las dudas sobre cuándo se adquiere la nacionalidad española: ¿en el momento en que el JERC del domicilio levanta el acta o en el momento en que se practica la inscripción?

Las dudas surgen porque, a pesar de haberse levantado el acta con las declaraciones obligatorias ante el JERC del domicilio, la adquisición de la nacionalidad española no se produce hasta el momento en que se practica la inscripción de la nacionalidad, según se desprende del artículo 330 del C.c., que impone la inscripción como requisito imprescindible para la adquisición de la nacionalidad española. Pero, ¿cabe atribuir algún efecto retroactivo a la inscripción? Hay que tener en cuenta que el artículo 64 de la LRC establece una regla, según la cual, se considerará fecha de la inscripción, a partir de la cual surten sus efectos las declaraciones, la del acta que consta en el asiento. Esto es, se ha entendido que la nacionalidad se adquiere en la fecha y hora en que se levanta el acta, en aquellos supuestos en que la fecha del acta y la de la inscripción no se corresponden. No obstante, para que se produzca este efecto, es necesario que se practique la inscripción de la nacionalidad en el Registro competente, por lo que, hasta que dicha inscripción no se produzca, no se adquiere la nacionalidad con efectos retroactivos. Esta regla se considera aplicable por la DGRN en los casos de opción y recuperación de la nacionalidad española.

La Res.DGRN de 29 de marzo de 2007⁵³ se pronuncia sobre la inscripción en el RCC de un matrimonio celebrado por el rito islámico en el Consulado del Reino de Marruecos en Madrid el día 29 de septiembre de 1999 entre un marroquí y una mujer nacida en Marruecos y naturalizada española por opción. Al tratarse de un matrimonio consular, su validez en España se condiciona al hecho de que los dos contrayentes sean extranjeros, pues los españoles sólo pueden contraer matrimonio en España ante el juez, alcalde o funcionario previsto en los artículos 49 y

⁵³ BOE núm. 120, de 19 de mayo de 2007.

siguientes del Cc. Lo que debe dilucidarse es si la mujer tenía la condición de española en el momento en que se contrajo matrimonio o si, por el contrario, todavía estaba sujeta a su anterior estatuto personal marroquí. La mujer efectuó las declaraciones a que se refiere el artículo 23 del Cc. ante el JERC de su domicilio el día 28 de abril de 1999, pero la inscripción en el RCC no se produjo hasta el 15 de diciembre de 1999, fecha posterior a la de la celebración del matrimonio. Por tanto, la nacionalidad propiamente dicha no la adquiere hasta el día de la inscripción, aunque la eficacia de esta inscripción se retrotrae a la fecha del acta. Esta eficacia retroactiva que deriva del artículo 64.3º de la LRC se justifica también por el hecho de que en el momento en que se levanta el acta ha cumplido la interesada todas sus obligaciones, sin que de ella dependa el funcionamiento de los RC españoles. No obstante, como ha destacado la citada Res.DGRN de 29 de marzo de 2007, por imperativo del artículo 9 de la CE, la retroactividad de la eficacia de la inscripción está sujeta a la condición de actuar *in bonus*, quedando excluida en los supuestos en que opere *in peius*, esto es, con efectos perjudiciales o limitativos de los derechos del interesado o de terceros. Admitir los efectos retroactivos de la inscripción en este caso conduciría a considerar que la mujer era española en el momento en que contrajo matrimonio consular, lo que conllevaría la nulidad del matrimonio celebrado por vicio de forma. Por eso, la DGRN concluyó admitiendo la validez del mismo. No importa que, en este caso, la interesada haya actuado como nacional marroquí, nacionalidad a la que expresamente ha declarado que renuncia.

Ahora bien, ¿se extiende analógicamente también esta regla de la retroactividad *in bonus* en caso de adquisición de la nacionalidad por residencia o carta de naturaleza? La Res.DGRN de 14 de junio de 2005⁵⁴ no considera aplicables las normas españolas sobre validez del consentimiento matrimonial (para cerciorarse de que no se trata de un matrimonio blanco), porque no considera español al contrayente que celebra matrimonio en el extranjero con un extranjero, después de que haya recaído la O.M. por la que se le concede al primero la nacionalidad española por residencia, pues el matrimonio se celebró antes de que se hubiera practicado la inscripción registral de dicha adquisición. Es decir, en este caso, en que el matrimonio se celebra en el extranjero en el período intermedio entre el momento de levantarse el acta y el momento de la inscripción de la misma, no se produce el efecto retroactivo de la eficacia registral de la inscripción. La DGRN mantiene una interpretación estricta del artículo 330 del Cc.

Si hubiera seguido la teoría de la retroactividad, tal y como la mantuvo en la Res. de 29 de marzo de 2007, el resultado habría sido el mismo (no aplicar las normas españolas sobre consentimiento matrimonial para decidir la validez del matrimonio celebrado en el extranjero), porque al operar *in peius*, conduciría a la nulidad del matrimonio, debiendo descartarse la retroactividad. Pese a ello, la Res.DGRN de 14 de junio de 2005 considera que el artículo 64.3º de la LRC (que establece el carácter retroactivo de la inscripción registral) no es aplicable más que en los casos de opción y recuperación de la nacionalidad española; no así a otros casos de adquisición de la nacionalidad española, como la adquisición por residencia o carta de naturaleza, donde existe un precepto específico, como es el artículo 330 del C.c., según el cual, “no tendrán efecto legal alguno....mientras no aparezcan inscritas en el Registro civil, cualquiera que sea...la fecha en que hubieran sido concedidas”.

⁵⁴ Vid. en este sentido la Res. DGRN 2005/12991, de 14 de junio de 2005 (BOE de 28 de julio de 2005).

Pero, ¿por qué sí se aplica el artículo 64.3º de la LRC a la opción, que es otro supuesto de adquisición derivativa de la nacionalidad española? La mencionada Res.DGRN de 14 de junio explica que, en el caso de la opción, la declaración de voluntad del interesado es elemento esencial en la formación del título, por lo que se justifica la retroacción de los efectos al momento en que esa voluntad se ha formalizado con las solemnidades exigidas legalmente. En su opinión, no cabe la extensión analógica de este precepto a los demás supuestos de adquisición derivativa de la nacionalidad española, como es la adquisición por residencia, pues tiene una teleología distinta. En los casos de adquisición por residencia, el título no lo constituye la voluntad del promotor, sino un acto de autoridad. Además, entiende la DGRN que los perjuicios que se derivan de un eventual retraso en el proceso de inscripción de la naturalización por residencia no desaparecen asumiendo la tesis de la retroactividad, pues hasta que no se hubiera producido la inscripción no se podría probar la nacionalidad española.

Este planteamiento resulta discutible. Tanto en el caso de la opción, como en el de la adquisición por residencia además del cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente, hace falta un acto de voluntad del promotor. Sin solicitud o declaración no se adquiere la nacionalidad. Diferente de ello es el hecho de que algunos requisitos de la adquisición por residencia sean objeto de valoración discrecional por la Administración, pues, una vez que se ha obtenido la OM de concesión, el JERC no valora las condiciones de adquisición de la nacionalidad. Por tanto, nada impide que, una vez practicada la inscripción se aplique el artículo 64.3º de la LRC y se admita la retroactividad *in bonus*. Al contrario de lo que opina la DGRN, sí se solucionan algunos perjuicios derivados del retraso de la Administración al proceder a practicar la inscripción admitiendo la tesis de la retroactividad, una vez que se haya practicado la inscripción, pues la condición de español se adquiere, tras la inscripción, en el momento en que se efectuaron las declaraciones.

Es una lástima que en la Res. de 29 de marzo de 2006⁵⁵ no se hubiera practicado aún la inscripción de la nacionalidad en el RCC, pues en ella la DGRN deja abierta la posibilidad de admitir la retroactividad *in bonus* en un supuesto de adquisición de la nacionalidad española por residencia⁵⁶.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «La concesión de la nacionalidad española por residencia a los estudiantes extranjeros», *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael. Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 363–374.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: “Principios inspiradores y objetivos de la nueva reforma del Derecho español de la nacionalidad”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, noviembre 2002, núm. 1, pp. 47–86.

⁵⁵ BOE núm. 128, de 30 de mayo de 2006.

⁵⁶ El promotor pretendía hacer constar en la inscripción de nacimiento de la hija la nacionalidad española de los padres, que la habían adquirido por residencia. Antes del nacimiento de la hija, los padres, de nacionalidad colombiana, habían efectuado las declaraciones y se había levantado acta de las mismas, pero cuando la hija nació, aún no se había practicado la inscripción de la nacionalidad de los padres en el RCC, ni tampoco en el momento en que resuelve el recurso la DGRN.

- ARENAS GARCÍA, R.: «Dimensión internacional de la tutela por Ministerio de la ley», *R.J.C.*, núm. 1998–3, pp. 349–385.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española», *A.C.*, nº 6, 9 al 14 de febrero de 1998.
- CARBALLO PIÑEIRO, L.: «Control jurisdiccional de la actividad de la DGRN en materia de nacionalidad» *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 375–387.
- ESPADA RAMOS, M.L.: «Residencia de apátridas, indocumentados y refugiados», en Moya Escudero, M. (Coord.): Comentario sistemático a la Ley de extranjería (LO 4/2000 y LO 8/ 2000), Granada, Comares, 2001, pp. 110–115.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G.: *El acogimiento internacional de menores. Régimen jurídico*, Granada, Comares, 2000.
- LARA AGUADO, A.: «Nacionalidad e integración social (A propósito de la Ley 36/2002, de 8 de octubre», *La Ley*, año XXIV, núm. 5694, viernes 10 de enero 2003, pp. 1–11;
Id.: Nota a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso–administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 28 de mayo de 2004., *AEDIP*, t. V, 2005, pp. 924–929 ;
Id.: “La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado relativa a los nombres y apellidos”, *Derecho registral internacional, Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 155–173.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.: “Nacionalidad y extranjería: algunos aspectos civiles”, *BIMJ* núm. 1907.
- REQUERO IBÁÑEZ, J.L.: «Adquisición de la nacionalidad española por residencia: análisis jurisprudencial del artículo 22.4º del Código Civil, la buena conducta cívica y el suficiente grado de integración», *Revista Galega de Administración Pública*, 2002, núm. 32, pp. 53–72.
- RODRÍGUEZ GAYÁN, E.: «La simulación en España de nacimientos acaecidos en el extranjero: una cuestión de prueba», *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 175–195 ;
- SÁNCHEZ LORENZO, S.: “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 247–273.

16. NACIONALIDAD DE LOS NACIDOS EN ESPAÑA DE MADRES MARROQUÍES*

Mercedes Moya Escudero**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO Y NACIONALIDAD. III. ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD POR LA SANGRE. 1. Prueba de la filiación. 2. Hijos e hijas de madre marroquí y padre español. 3. Hijos e hijas de madre y padre marroquíes. 4. Hijos e hijas de madre marroquí y padre no marroquí ni español. IV. HIJOS E HIJAS DE MADRE MARROQUÍ NACIDA EN ESPAÑA. V. DECLARACIÓN DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA CON VALOR DE SIMPLE PRESUNCIÓN. 1. Planteamiento general. 2. Órgano jurisdiccional competente. 3. Procedimiento. VI. Tabla de los nacidos en Andalucía de madre marroquí. VII. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCIÓN

La nacionalidad es un estado civil, pero también el vínculo jurídico político que une a un individuo con un Estado. Los criterios utilizados para su atribución por los ordenamientos jurídicos son la sangre y el suelo. Marruecos y España privilegian la sangre, y ello permite atribuir su nacionalidad a los descendientes de sus nacionales que nacen en el país donde aquéllos han emigrado. Si este fue el caso de España en un determinado momento, ahora es el de Marruecos. No obstante, también se arbitran por parte de los Estados de origen normas sobre pérdida que impiden la continuidad de la nacionalidad en sucesivas generaciones y, como ocurre en el caso de Marruecos, permiten la renuncia expresa. Y el Estado receptor de inmigrantes, en el supuesto de análisis España, atribuye su nacionalidad a quienes nacen en su territorio, si bien con el cumplimiento de determinados requisitos que implican que se trate de la segunda generación de nacidos, o que la legislación de ninguno de los padres atribuya su nacionalidad a la persona que llega al mundo en suelo patrio. Los criterios de atribución adoptados por ambos ordenamientos multiplican los supuestos de doble nacionalidad por anomalía, con la consiguiente “exclusividad” de una u otra según el país en el que se encuentre o ejerza sus derechos el hijo o la hija de madre marroquí.

La regulación de la atribución de la nacionalidad española originaria se contiene en los arts. 17 y 18 del Código civil (en adelante C.c.) vigente que no ha tenido demasiado en cuenta la interacción entre nacionalidad y movimientos migratorios, sin olvidar todas y cada una de las reformas anteriores. Por lo que se refiere a la atribución de la nacionalidad por parte del Reino de Marruecos las normas aplicables

* La presente investigación se enmarca en el Proyecto de Excelencia SEJ 820 “Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza”, subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

** Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

se contienen en el Código de la nacionalidad marroquí (en adelante CNM) cuyo capítulo II regula la nacionalidad de origen¹.

No obstante, a pesar de la prevalencia del “*ius sanguinis*”, la discriminación a la mujer ha llegado a tales extremos en ambos Estados que no les ha importado a los gobernantes y legisladores de turno que los hijos e hijas de sus mujeres no sean sus nacionales con tal de priorizar al hombre, o no atribuir la nacionalidad a criaturas nacidas de la “inmoralidad”. Así fue en España hasta la reforma del C.c. por Ley de 13 de julio de 1982², y lo ha sido en Marruecos hasta tiempos recientes. En la primera, la atribución de la nacionalidad española por la madre era subsidiaria, tan sólo cuando no siguieran la nacionalidad extranjera del padre. En el segundo, el tratamiento era peor hasta hace muy poco, porque únicamente cuando el padre era desconocido la mujer transmitía la nacionalidad marroquí.

Por otro lado, los numerosos matrimonios o relaciones de familia donde cada uno de los miembros de la pareja tiene diferente nacionalidad, conducen a que sus hijos e hijas posean doble nacionalidad. Si se trata de un progenitor español y una madre marroquí, nacerán marroquíes y españoles. En nuestro territorio, y a efectos de regular su vida jurídica, ejercer derechos y cumplir deberes, tendrán la nacionalidad española. Pero en Marruecos tendrán la nacionalidad marroquí de la madre. Y cuando nacen en España de madre marroquí y padre de diferente nacionalidad no española serán, además de marroquíes, senegaleses, peruanos, rusos..., o sólo marroquíes, en función de lo preceptuado en el ordenamiento jurídico del otro progenitor. El mero hecho de nacer en nuestro territorio no les otorga la nacionalidad española, tan sólo el derecho a adquirirla con un año de residencia legal (art. 22 C.c.).

Asimismo, hablar de madre marroquí a efectos de este trabajo supone que ésta ostenta esta nacionalidad cuando nace su hijo o hija. Puede que contraiga matrimonio con español, adquiera la nacionalidad española por residencia de un año, y ya española e inscrita como tal en el Registro civil español, tenga a sus descendientes. O que ella la haya adquirido durante su minoría de edad por estar sujeta a la patria potestad de un español o española, o por residencia de un año por haber nacido en territorio español o de diez que es el plazo general. Esto no supone que haya dejado de ostentar la nacionalidad marroquí para el Reino de Marruecos, pero será solo española ante el ordenamiento jurídico español. El punto de partida de este trabajo es que la madre es marroquí a efectos del Derecho marroquí y del Derecho español. Y lo que se trata de determinar es la nacionalidad de sus hijos/as en función de la nacionalidad del otro progenitor o cuando éste no consta jurídicamente.

Pues bien, el nacimiento en nuestro territorio de un importante y creciente número de personas cuya madre es de nacionalidad marroquí³, justifica la conveniencia de investigar la nacionalidad de aquellas y la interpretación que realiza la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante DGRN) de los preceptos aplicables. Junto al análisis de las normas pertinentes, y aunque no existen diferencias respecto a la autoridad competente y el procedimiento a seguir para solicitar una

¹ Dahir nº 1-58-250 de 6 de septiembre de 1958 (BO núm. 2394, de 12 de septiembre de 1958) modificado por Ley 62-06, contenida en el Dahir 1-07-80, de 23 de marzo de 2007 (BO núm. 5514, de 5 de abril de 2007).

² BOE núm. 181, de 30 de julio de 1982.

³ Del año 2000 al año 2005 han nacido en Andalucía 6822 personas cuya madre es de nacionalidad marroquí.

declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción en relación a otros supuestos, se estima necesario su análisis a efectos de proporcionar una visión completa de la materia.

II. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO Y NACIONALIDAD

El art. 15 de la Ley de Registro Civil (en adelante LRC) dispone la competencia de los Registros civiles españoles (en adelante RC) para la inscripción de todos los nacimientos que se producen en España. En consecuencia, tienen acceso y han de inscribirse los nacimientos de los hijos e hijas de madres marroquíes acaecidos en territorio español. El RC competente para la inscripción es el del nacimiento de la persona o el del domicilio del progenitor o progenitores legalmente conocido (art. 16 LRC), siendo factible esta última opción sólo cuando la inscripción se realice dentro de plazo⁴. Pero, entre los datos que constan en la inscripción de nacimiento no figura la nacionalidad. Además, nuestro ordenamiento jurídico sólo puede determinar quiénes son españoles y quienes no lo son, pero en ningún caso puede inmiscuirse en la decisión de quienes poseen la nacionalidad marroquí ya que ello es competencia soberana del ordenamiento jurídico del Reino de Marruecos.

La nacionalidad por razón de nacimiento se desprende de los hechos inscritos, pero no está inscrita. Por el contrario sí se produce una inscripción, al margen de la inscripción de nacimiento, cuando se adquiere la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia (arts. 225–230 del Reg.RC). Esta inscripción, aparte de su valor probatorio, tiene eficacia constitutiva. La prueba en estos últimos supuestos, si es exigida por no considerarse bastante el DNI, se hará mediante certificaciones literales de nacimiento. La prueba de la nacionalidad, por tanto, le va a resultar más fácil a quien la ha adquirido que a quien la posee de origen. De hecho, la DGRN estima que la nacionalidad española adquirida en el momento del nacimiento es simplemente una consecuencia que se derivará de los datos de la inscripción y que, en su caso, hará entrar en juego la presunción del art. 68 de la LRC, a cuyo tenor “se presume español el nacido en España de padres también nacidos en España”.

Tampoco el DNI es prueba absoluta. El DNI tiene la consideración de documento administrativo que constituye medio privilegiado de prueba de la nacionalidad española, pero su sola posesión no implica que se ostente legalmente la nacionalidad española, ni puede atribuírsele la consideración de título registral válido para consolidar la nacionalidad española de acuerdo con lo preceptuado en el art. 18 Cc. A pesar de que la regulación del DNI, contenida en el Real Decreto 1245, de 17 de julio de 1985, ha atribuido a este documento eficacia probatoria para acreditar, salvo prueba en contrario, la nacionalidad española, la prueba del estado civil se rige por la LRC (arts. 2, 68 y 96.2). Estas normas prevalecen en el ámbito jurisdiccional. Por eso, aquella presunción no es absoluta pues, “su ámbito se ciñe exclusivamente al de los expedientes administrativos, e incluso en éstos, puede ser

⁴ En virtud del art. 16.2 de la LRC se considera a todos los efectos legales que el lugar del nacimiento del inscrito es el del domicilio en que se ha producido el asiento: “los nacimientos ocurridos en territorio español, cuando su inscripción se solicite dentro del plazo, podrán inscribirse en el Registro Civil Municipal correspondiente al domicilio...” La prueba del domicilio deberá realizarse con la presentación del DNI (o tarjeta de residente) o el certificado de empadronamiento.

desvirtuada por otros documentos o datos que consten en el mismo expediente..., y en cualquier caso no rige en el ámbito del RC por afectar a materias de Derecho privado en cuya tramitación se aplican supletoriamente las leyes procesales (arts. 16 y 349 RegRC), y en el que la prueba de los hechos inscritos se regula por lo dispuesto en el art. 2 de la Ley.”⁵ El art. 1, apartado 2, del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre⁶, por el que se regula la expedición del DNI y sus certificados de firma electrónica, reafirma al planteamiento anterior al establecer: “Dicho documento tiene suficiente valor, por sí solo, para acreditar la identidad y los datos personales de su titular que en él se consignan, así como la nacionalidad española del mismo”, con lo que resulta igual de criticable que su antecesora ya que su ámbito de aplicación no se puede extender al que es propio de los expedientes del RC. Lo que sí ha cambiado es el tipo de certificación que debe expedir el encargado del RC competente ya que sustituye el certificado en extracto *ad hoc* anteriormente exigido por una certificación literal de nacimiento, expedida con una antelación máxima de tres meses (art. 5). La DGRN en la Instrucción de 7 de febrero de 2007 sobre requisitos registrales en la expedición de la certificación literal de nacimiento para la obtención del Documento Nacional de Identidad, califica esta modificación de congruente con la doctrina mantenida por aquella ya que, “si no es el órgano registral que expide la certificación el que ha de realizar el control de españolidad del solicitante, resulta lógico que se aporten, a quienes han de realizar dicho control, esto es, a las autoridades competentes de la Dirección General de la Policía, y con los efectos administrativos limitados que cabe atribuirle a dicho control, todos los datos con que cuenta el propio Registro relativos a la persona del interesado, incluyendo los relativos a la filiación, que solo puede probarla una certificación literal y no un extracto (art. 30 RegRC), dada la gran virtualidad que en nuestro sistema legal tiene el *ius sanguinis*”⁷.

III. ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD POR LA SANGRE

1. Prueba de la filiación

El art. 113 del Cc español dispone: “La filiación se acredita por la inscripción en el Registro civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro civil”.

El medio de prueba más importante es la inscripción en el RC, y no se olvide que la competencia de los RC españoles se extiende a todos los nacimientos que acaecen en territorio español. La prueba de la filiación suele practicarse directamente con la misma certificación literal de nacimiento en la que consta la filiación biológica o adoptiva. La inscripción en el RC se erige como medio de prueba privilegiado, teniéndose por cierta y veraz la información en ella contenida mientras no

⁵ Resolución de la DGRN (en adelante Res. DGRN) de 20 de junio de 2003, *BIMJ* 2003, núm. 1949, p. 82.

⁶ *BOE* núm. 307, de 24 de diciembre de 2005.

⁷ *BOE* núm. 42, de 17 de febrero de 2007.

se disponga lo contrario en virtud de sentencia firme recaída en juicio declarativo (art. 50 y 92 LRC). Así, cuando se presente la inscripción de nacimiento en la que se haya inscrito la relación paterno/materno/filial, ésta se tendrá por probada. A partir de la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) de 21 de septiembre de 1999,⁸ se estima inconstitucional la exclusión, por voluntad de la madre, del dato de la filiación materna en la inscripción de nacimiento, derogándose por inconstitucionalidad sobrevenida el art. 47.1 de la LRC y sus concordantes, en particular, los que permiten interpretaciones reglamentarias que hagan depender de la voluntad de la madre la circunstancia registral de la maternidad (art. 167 y 182 del RegRC). Y ello independientemente de la nacionalidad de ésta, por tanto, también cuando se trate de madre marroquí.

No obstante, cuando se produce la inscripción de nacimiento en el RC competente, dentro o fuera de plazo, el encargado o el Ministerio Fiscal (MF) pueden dudar de la veracidad del hecho de la filiación paterna. Y ello ante la aparición de una nueva figura: la filiación de complacencia realizada en fraude de ley. Así ocurre cuando se estima que hay datos significativos y concluyentes de los que se deduce que el reconocimiento paterno no se ajusta a la realidad, “de modo que un reconocimiento de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá ser inscrito”. Y ello porque, “la prueba de paternidad aportada, realizada fuera de un proceso judicial no puede tener atribuida por sí sola, al no venir revestida de las garantías propias de las pretensiones y pruebas practicadas en el seno de un proceso contradictorio y de cognición plena, fuerza vinculante para esta Administración, cuya convicción se inclina en sentido contrario habida cuenta del sentido de pruebas y evidencias vertidas en estas actuaciones valoradas en su conjunto...”⁹.

Ante la inexistencia de inscripción, la filiación podrá acreditarse a través del documento o sentencia de los que resulte la relación filial. Uno y otra han podido ser realizados ante / por autoridades marroquíes, y se admitirán siempre que cumplan las condiciones establecidas en el ordenamiento jurídico español. La legislación registral española permite, con carácter general, la práctica de las inscripciones en virtud de certificaciones de los asientos extendidos en Registros extranjeros, si bien exige que el Registro extranjero sea regular y auténtico, de modo que el asiento que se certifica, en cuanto a los hechos de los que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española (art. 85 RegRC). La certificación registral marroquí no necesita ser legalizada a tenor de lo preceptuado en el art. 39 del convenio de cooperación judicial en materia civil entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997, que dispone que las certificaciones de las actas del Registro civil expedidas por una autoridad competente en el territorio de una de las partes contratantes y que estén provistas de su sello oficial, no necesitarán ser legalizadas para ser válidas en el territorio de la otra parte¹⁰. Respecto a si hay que aportar la traducción del documento, la respuesta ha de ser afirmativa a menos que el encargado del RC conozca el idioma en que se halle redactado (art. 86 RegRC). Asimismo, se admitirá, siempre que cumpla los requisitos pertinentes, el acta registral marroquí que contenga el reconocimiento de la filiación y, por supuesto, una sentencia emanada del órgano jurisdiccional competente.

⁸ *RAJ* 1999, núm. 6944.

⁹ Res. DGRN de 23 de enero de 2007, *BOE* num. 47, de 23 de febrero de 2007.

¹⁰ *BOE* núm. 151, de 25 de junio de 1997.

2. Hijos e hijas de madre marroquí y padre español

El art. 17 del C.c. dispone en el apartado primero que: “son españoles: a) Los nacidos de padre o madre españoles”.

La nacionalidad española del progenitor se refleja en la inscripción de nacimiento, pero habrá que acreditarla en función de la norma vigente al tiempo del nacimiento¹¹. Y ello, en ocasiones, es tarea harto difícil. Así, por ejemplo, la DGRN estima que no es inscribible un nacimiento acaecido en Marruecos en 1972 porque la interesada no ha podido acreditar que su padre, nacido también en Marruecos en 1953, tuviera la nacionalidad española cuando ella nació¹².

La nacionalidad española del progenitor hay que probarla en el momento del nacimiento, no bastando que la hubiera poseído con anterioridad ni que la hubiera recuperado. Y sin que sea relevante el hecho de que la inscripción del nacimiento del padre se practique fuera de plazo en fecha posterior al nacimiento del hijo o la hija ya que la inscripción en el RC no tiene carácter constitutivo¹³. Dicha inscripción sí será necesaria en el supuesto de padre marroquí que adquiere la nacionalidad española por residencia. Su prole será española por derecho de sangre si el progenitor lo es en el momento del nacimiento. Ello exige, según la DGRN, no sólo la resolución administrativa otorgándole la nacionalidad, sino también la correspondiente inscripción en el RC con anterioridad a tal evento, porque “...mientras esta inscripción no se practique, extremo que no se ha acreditado en estas actuaciones, los padres no han llegado a adquirir válida y eficazmente la nacionalidad española. Cuestión distinta es la posibilidad de entender que la eficacia de la inscripción, una vez extendida, se retrotrae a la fecha del acta de juramento o promesa, por ser este el momento en que el adquirente ha agotado la actividad fundamental a él exigida.”¹⁴. Evidentemente, igual ocurrirá si la madre, marroquí de origen, adquiere la nacionalidad española con anterioridad al nacimiento del hijo o la hija, independientemente de que les atribuya también la marroquí si la sigue conservando.

Pues bien, si el padre es español, sea matrimonial o extramatrimonial el hijo o la hija, en nuestro territorio, ante nuestro ordenamiento, será intrascendente que posean, además, la nacionalidad marroquí. El art. 9.9 del C.c. es indubitado al respecto: “Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales”. Ello no significa que estas personas no sean consideradas marroquíes según el Derecho marroquí. A estos efectos debe tenerse en cuenta que el mencionado ordenamiento prevé como causa de pérdida el hecho de que la madre marroquí de un niño o una niña de un matrimonio mixto, que tiene la consideración de marroquí por el hecho de su nacimiento, presente una declaración al Ministro de Justicia, antes de su mayoría de edad, expresando su voluntad de que conserve la nacionalidad de uno

¹¹ De 2000 a 2005 han nacido en Andalucía 1319 personas cuya madre es marroquí y el padre es español.

¹² Res. DGRN de 22 de mayo de 2006, *BIMJ* núm. 2033, 2006, p. 191. Igualmente, el caso que resuelve la DGRN en su resolución de 2 de julio de 2003 respecto a Sara Ederly, de nacionalidad marroquí, nacida el 15 de diciembre de 1945 en Tetuán (Marruecos), que solicitaba la recuperación de la nacionalidad española por ser hija de madre española, sin que constase que su madre hubiese perdido la nacionalidad por razón de matrimonio al no figurar que el mismo se hubiese celebrado según la forma prescrita en el Cc español.

¹³ Así lo expresa la DGRN en Res. de 28 de febrero de 2007, *BOE* núm. 63, de 14 de marzo de 2007.

¹⁴ Res. DGRN de 29 de marzo de 2006, *BOE* núm. 128, de 30 de mayo de 2006.

de sus padres. El hijo o la hija podrá realizar tal declaración a efectos de pérdida de la nacionalidad marroquí, o una solicitud para renunciar a la declaración de su madre, entre los dieciocho y veinte años¹⁵. De todos modos, este mecanismo no suele ser utilizado ni por las madres ni por los hijos e hijas marroquíes que permanecen con ambas nacionalidades, aunque en el territorio español sea efectiva solo una. En Marruecos existe una máxima contundente: “nace marroquí, muere marroquí”.

Pero, como ya se ha mencionado, en la inscripción de nacimiento no constará la nacionalidad. Se le podrá solicitar, y si el padre es español se otorgará, el DNI. Pero, si se quiere una resolución expresa y la posterior anotación al margen de la inscripción de nacimiento de que se posee la nacionalidad española, es preciso incoar un expediente de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción ante el juez encargado del RC del domicilio. O un proceso judicial para obtener una sentencia firme que así lo declare.

3. Hijos e hijas de madre y padre marroquíes

Del año 2000 al 2005, ambos inclusive, han nacido en el territorio andaluz 5113 “marroquíes” en función de que su padre y madre ostentan esta nacionalidad. El ordenamiento jurídico marroquí, aunque dispone de un sistema de atribución *iure sanguinis*, supedita otorgar la nacionalidad por filiación paterna a la concurrencia de determinadas condiciones. Y, con anterioridad a la reforma del mencionado Derecho, la madre sólo transmitía la nacionalidad cuando el padre era desconocido. Por eso, hasta hace poco tiempo, había ocasiones en las que, a pesar de ser el padre y la madre marroquíes, sus descendientes se han considerado ora españoles, ora marroquíes, según una oscilante interpretación de las normas marroquíes por parte de la DGRN.

El ordenamiento jurídico marroquí atribuye la nacionalidad marroquí por filiación paterna. Sin embargo, si el hijo o la hija son extramatrimoniales, la filiación se califica como ilegítima y el padre no trasmite la nacionalidad marroquí. Si la madre era marroquí se consideraba marroquí por ser de madre marroquí y padre desconocido (art. 6 del CNM)¹⁶. Todo ello en virtud de lo establecido en el art. 8 del citado Código, que determina que la filiación debe establecerse de conformidad con las prescripciones que regulan el estatuto personal del progenitor. Por tanto, será considerado marroquí todo sujeto nacido de padre marroquí, sea cual sea la nacionalidad de la madre y el lugar de nacimiento, siempre que el matrimonio sea conforme a la legislación marroquí. Esto significa que la no formalización de matrimonio islámico entre los progenitores ha impedido la atribución de la nacionalidad marroquí *iure sanguinis* por filiación paterna. Quien nacía fuera de matrimonio musulmán no tenía ningún derecho respecto al progenitor masculino, por lo que se le consideraba como hijo de padre desconocido, ignorándose toda acción de reclamación de paternidad o cualquier reconocimiento voluntario de la misma y, en cuestión de atribución de la nacionalidad, se le calificaba como persona nacida de madre marroquí y padre desconocido. Antes y ahora la paternidad ilegítima, derivada de relaciones sexuales ilícitas, no genera ningún efecto jurídico respecto al progenitor varón. Y,

¹⁵ Art. 19 de la Ley de nacionalidad, núm. 62-06, B.O. núm. 5514, de 5 de abril de 2007.

¹⁶ *Dahir* núm. 1-58-250, de 6 de septiembre de 1958, BO núm. 2394, de 12 de septiembre de 1958).

en este sentido, y según Derecho marroquí, no se atribuirá al hijo *iure sanguinis* la nacionalidad marroquí del padre.

Tras la reforma del CFM, el legislador marroquí admite la validez del matrimonio civil celebrado por marroquíes en el extranjero de conformidad con la legislación local siempre que reúna una serie de condiciones de fondo como son el consentimiento, la capacidad, la presencia en caso necesario del tutor matrimonial, la ausencia de impedimentos legales, la dote y la mención expresa de dos testigos musulmanes en el acto de conclusión del matrimonio¹⁷. Los nuevos esposos tienen tres meses para registrar su enlace en el Consulado marroquí correspondiente. Si la pareja quiere regularizar su situación matrimonial, porque su enlace conyugal no fue validado en el momento de celebración del acto por las autoridades marroquíes, el periodo es ampliado a cinco años desde la entrada en vigor de la *Mudawana*, a tenor de lo establecido en el art. 15. De todo ello se desprende que, si el matrimonio no reúne los requisitos establecidos en el Derecho marroquí, la filiación no es matrimonial y, por ende, los hijos e hijas de padre marroquí no son marroquíes por línea paterna, aunque si se les atribuye la mencionada nacionalidad a través de la madre.

Fijar con precisión la doctrina de la DGRN sobre el conocimiento del Derecho marroquí resulta complicado por los numerosos cambios de interpretación que aquel órgano directivo ha llevado a cabo. No obstante, a partir del año 2005, recopila su anterior planteamiento en sucesivas resoluciones acerca del contenido y alcance de la legislación marroquí en orden a la atribución de esta nacionalidad a quienes nacen en el extranjero de padres marroquíes¹⁸. Su doctrina, que no compartimos, mantiene que el actual Derecho marroquí obliga a extender la solución dada al caso de la filiación paterna matrimonial a los supuestos de matrimonios civiles celebrados en el extranjero y a los de filiación no matrimonial cuando quede acreditado el reconocimiento, válido para Marruecos, o la cohabitación. En cuanto a los efectos probatorios de la filiación no matrimonial, estima la DGRN que “no puede obviarse el hecho de que la propia inscripción del nacimiento en el Registro Civil español constituye prueba de la filiación (arts. 113 C.c. y 2 y 41 LRC), de especial importancia cuando la inscripción ha sido promovida por el padre conjuntamente con la madre y practicada en el plazo legal, siempre que no se aprecie imposibilidad biológica para la paternidad y que no haya otra distinta acreditada...” Después de justificar la referencia a las normas españolas, proclama con carácter general la asunción del principio del *favor filiationis* en Derecho marroquí y termina afirmando: “Admitida, pues, la existencia de un vínculo filial entre el padre marroquí

¹⁷ Un análisis pormenorizado sobre los requisitos exigidos para la validez del matrimonio en el trabajo de RUÍZ SUTIL, C.: “La celebración del matrimonio de la mujer marroquí”, recogido en esta obra.

¹⁸ Hasta 1998 mantuvo que eran marroquíes los hijos de padre marroquí independientemente del carácter matrimonial o no de la relación; en febrero de 1999, y ante la prueba del Derecho marroquí aportada por los promotores, estima que son españoles porque no pueden ser considerados marroquíes los hijos nacidos de una relación no matrimonial o ilegítima (Res. DGRN de 15 de febrero de 1999), ni siquiera aunque hubieran sido reconocidos ante la competente autoridad española (Res. de 16 de enero de 2001). A partir de 2002 (Res. de 5 de febrero de 2002) se estima que los hijos son marroquíes aunque el padre haya contraído matrimonio civil, aunque se matiza cuando los dos contrayentes son marroquíes al admitir la falta de eficacia de ese matrimonio en Marruecos (Res. DGRN de 16 de septiembre de 2002), negándose posteriormente la condición de español al hijo no matrimonial de padre marroquí y madre ecuatoriana (Res. de 26 de enero de 2004).

y su hijo, éste adquiere de *iure* por filiación desde su nacimiento la nacionalidad marroquí de su padre”.¹⁹ Si, por el contrario, afirma la DGRN, atendida la fecha del nacimiento de la hija, esta es anterior a la reforma del Derecho marroquí, “no se considerase reconocida para el Derecho marroquí la filiación paterna de la nacida, a la situación equivaldría a la de un hijo de madre marroquí y padre desconocido, en la que también está atribuida por filiación la nacionalidad marroquí.”²⁰

El hecho es que se impone una correcta y única interpretación del Derecho extranjero, interpretación que exige partir de la premisa de que, para atribuir la nacionalidad marroquí, no sólo es necesario que el padre ostente esta nacionalidad, sino también la legitimidad del hijo o la hija, es decir, que exista matrimonio islámico, o civil, entre los progenitores y que éste sea válido a la luz del Derecho marroquí²¹. Cualquier filiación que no reúna los requisitos expuestos será calificada por el ordenamiento marroquí como filiación ilegítima. La filiación materna será la que transmita todos los efectos jurídicos, incluida la atribución *iure sanguinis* de la nacionalidad marroquí²². Ello es indudable en el actual CNM cuyo art. 8 recoge tanto la figura del padre como de la madre, sin que se haya modificado el precepto que dispone que la filiación debe ser establecida de acuerdo con las prescripciones que regulan el estatuto personal del ascendiente²³. Una vez más, la cuestión radica en la interpretación del régimen de aquel régimen de nacionalidad, y si no es factible el reconocimiento de este matrimonio por las autoridades marroquíes, se considerará de madre marroquí y padre desconocido, correspondiéndole la nacionalidad de la madre. Con la modificación introducida por el nuevo CFM, la celebración de matrimonio conforme a la ley española no será impedimento para que éste pueda ser reconocido por las autoridades marroquíes, resolviendo a la misma vez la cuestión de atribución de la nacionalidad. Pero si tal matrimonio no existe, o no es válido para Marruecos, el reconocimiento de su paternidad por el progenitor marroquí ante autoridad española constituirá el vínculo de filiación en España pero no en el país vecino donde el padre será “desconocido”.

En cualquier caso, la madre marroquí (o el padre) residente en España, está obligada a comunicar el nacimiento al Encargado del RC consular de la demarcación correspondiente al lugar donde ha acaecido²⁴. Se requiere la presentación del certi-

¹⁹ Res. DGRN de 31 de octubre de 2005, *BIMJ* 2005, núm. 2013, p. 236. En la misma línea, Res. de 10 de febrero de 2006 (*BIMJ* 2006, núm. 2024, p. 236); 25 de marzo de 2006 (*BIMJ* 2006, núm. 2030, p. 70); 28 de abril de 2006, *BOE* núm. 101, de 28 de abril de 2006).

²⁰ Res. DGRN de 7 de diciembre de 2006, *BOE* núm. 119, de 18 de mayo de 2007.

²¹ En tales casos la nacionalidad marroquí de los hijos es indiscutible como con acierto mantiene la DGRN que niega que posean la nacionalidad española tres hermanos nacidos en nuestro territorio, hijos matrimoniales de marroquíes, cuyos progenitores están casados entre sí en Marruecos. Res. DGRN de 11 de julio de 2005 (*BIMJ* 2005, núm. 2003, p. 160).

²² La DGRN no se plantea dudas ni tiene por qué hacerlo cuando la madre es soltera y el padre, sea cual sea su nacionalidad, no ha reconocido al hijo. Entre otras, Res. DGRN de 20 de septiembre de 2005, *BIMJ* 2005, núm. 2009, p. 195.

²³ *Dahir* núm. 1–07–80 de 23 de marzo de 2007 que modifica y completa el *dahir* núm. 1–58–250 de 6 de septiembre de 1958 que contiene el Código de la nacionalidad marroquí, *B.O.*, núm. 5514, de 5 de abril de 2007, p. 457.

²⁴ Las funciones del oficial del estado civil para los marroquíes residentes en el extranjero se regula en el art. 6 de la citada ley 37/99 relativa al estado civil. En Andalucía existen los consulados de Sevilla, Algeciras y Almería, con sus correspondientes demarcaciones consulares.

ficado de nacimiento del hijo expedido por el RC español; acta de matrimonio de los padres y pasaporte y certificado de nacimiento de los padres. Para ello disponen de un año desde la fecha del alumbramiento. Solo dentro de ese término será posible la inscripción del hecho y, con ello, la constancia jurídica de la filiación. Ahora bien, si la declaración de nacimiento no ha sido hecha en el plazo fijado por vía reglamentaria, el acto relativo a este hecho no será registrado mas que sobre la base de una declaración judicial de nacimiento pronunciada por el órgano jurisdiccional de primera instancia competente, que será el del lugar de residencia del requirente de la inscripción de nacimiento relativo a los marroquíes nacidos fuera de Marruecos, en defecto de tribunal competente. Deberá presentarse a este efecto una solicitud por toda persona que tenga un interés legítimo o por el Ministerio público. Si se considera inscribible, el juez ordena la inscripción del acto en el Registro de estado civil del año en curso del lugar de nacimiento y su mención sumaria al margen del mismo Registro de la fecha donde la inscripción debía haber sido efectuada (art. 218 del CPCM (*Dahir* 10/9/1993)). No obstante, las trabas que ponen en el Consulado a las mujeres marroquíes cuando sus hijos e hijas no son matrimoniales impiden en más de una ocasión la obligatoria inscripción.

Lo que está claro es que hay que aconsejar a las madres marroquíes que procedan a la inscripción de sus hijos e hijas en el RC marroquí cuando no posean otra nacionalidad. El pasaporte, la documentación a expedir, corresponde al Estado del que se es nacional. Ahora bien, si tienen otra documentación porque el padre es español, o nacional de un país que la atribuye por *ius sanguinis*, serán libres de decidir si les interesa la constancia del nacimiento en el RC marroquí correspondiente.

4. Hijos e hijas de madre marroquí y padre no español ni marroquí

Como se ha dicho, tras la reforma de la Ley de nacionalidad, son siempre marroquíes los hijos e hijas de madre marroquí, independientemente de la nacionalidad del padre. Si nacen en territorio español se inscriben en RC español. Y, aunque las madres puedan tener dificultades para obtener la documentación dependiendo de la existencia o no de matrimonio..., tal como hemos analizado, son marroquíes según Derecho marroquí, y no se considerarán españoles, incluso aunque el padre sea desconocido, salvo naturalmente que el progenitor sea español de origen o por adquisición derivativa de nuestra nacionalidad.

De 2000 a 2005 han nacido en Andalucía 390 personas de madre marroquí y padre de otras nacionalidades. Para el ordenamiento jurídico español es intrascendente que estos niños y niñas posean, junto a la nacionalidad de la madre, otra, sea esta francesa, peruana (si inscriben en RC peruano), rusa (permite opción) o rumana. Así ocurre, por ejemplo, cuando el padre sea nacional de un país que sigue el criterio del *ius sanguinis*, tal como angoleño, búlgaro, egipcio, ghanés, iraquí, nigeriano, rumano, sirio, argelino... Y siempre en función del Derecho extranjero en vigor en el momento del nacimiento del hijo o la hija ya que las normas de nacionalidad pueden variar a lo largo del tiempo.

En cuanto a las consecuencias que derivan de la doble nacionalidad que poseen, a efectos de determinar la ley que debe regir todas las materias referentes al estatuto personal de estos hijos e hijas de madres marroquíes, habrá de estarse a lo que establece al respecto el art. 9.9 del C.c.: "...se estará a lo que estableciesen los tratados internacionales, y si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente

con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida”. No obstante, el mencionado precepto remite a la ley del lugar de la residencia habitual cuando se ostenten dos o más nacionalidades, es decir, a la ley española si residen en España tras el nacimiento. Lo establecido en este precepto no es aplicable para decidir los derechos y obligaciones políticas del doble nacional. Ni tampoco por lo que se refiere al derecho a residir en España, que dependerá de la autorización de residencia que posea el padre o la madre, o, de su derecho de libre circulación, si su padre es nacional de un Estado de la UE.²⁵

IV. HIJOS E HIJAS DE MADRE MARROQUÍ NACIDA EN ESPAÑA

El criterio del *ius soli* se plasma en nuestro ordenamiento desde el Cc originario aunque siempre se ha exigido el cumplimiento de algún requisito. Así, el art. 17.1 C.c. de 1889 consideraba causa de adquisición de la nacionalidad española de origen el nacimiento en territorio español, pero siempre y cuando los padres optasen, en nombre de sus hijos, por la nacionalidad española, renunciando a toda otra (art. 18 C.c. originario)²⁶. Tras la reforma del C.c. por Ley de 15 de julio de 1954 se exigía que ambos padres hubieran nacido en España y en ella estuviesen domiciliados al tiempo del nacimiento, bastando el nacimiento de uno de los padres tras la reforma producida por Ley de 13 de julio de 1982. Y así, en la actualidad, los hijos e hijas de madre marroquí que han nacido en territorio español tendrán la nacionalidad española de origen, aunque también sean marroquíes e, incluso, tengan otra nacionalidad más atribuida por el ordenamiento jurídico del padre, si su madre ha nacido también en territorio español. Evidentemente, esto también ocurrirá si es el padre quien ha nacido en nuestro territorio y no la madre marroquí. El marco territorial de España no se delimita en la Constitución Española, salvo la expresa remisión que realiza a Ceuta y Melilla (D.T. 5ª), sino en los Estatutos de las Comunidades Autónomas. Pero a nadie se le plantean dudas de lo que constituye en la actualidad el territorio español. Las cuestiones se han suscitado, y se siguen suscitando, en cuanto al régimen jurídico de los territorios africanos bajo dependencia española (Ifni, Guinea Ecuatorial y Sahara occidental) que, según la argumentación de la DGRN, no han sido territorio o suelo español. La doctrina de la DGRN niega que posean la nacionalidad española quienes nacieron en dichas provincias²⁷. En el caso concreto de Ifni, que es el que interesa en este trabajo, la DGRN mantiene reiteradamente que no se trata de territorio español, justificándolo en la retrocesión a Marruecos. Así, por citar resoluciones recientes, no es relevante haber nacido en Tetuán de padre también nacido en Tetuán en la época del Protectorado de España en el Norte de África puesto que esta zona, “por más que fuera administrada por España, no era territorio español”²⁸. “El territorio de Ifni no

²⁵ Véase en esta misma guía el capítulo dedicado a la reagrupación familiar elaborado por Mercedes Soto Moya en el que se analizan las normas de Derecho de extranjería pertinentes.

²⁶ La DGRN considera que no es española la nacida en España en 1947 hija de padre marroquí porque no consta que los padres hubiesen ejercitado la preceptiva opción a favor de la hija. Res. DGRN de 16 de mayo de 2007, *BOE* núm. 184, de 2 de agosto de 2007.

²⁷ Por todas, Res. DGRN de 16 de mayo de 2007, *BOE* núm. 162, de 7 de julio de 2007.

²⁸ Res. DGRN de 14 de noviembre de 2002, *BIMJ* 2003, núm. 1934, p. 122.

era ni es español, pues ésta es la conclusión que se desprende forzosamente de su retrocesión a Marruecos por virtud del Tratado de 4 de enero de 1969.”²⁹

Y, por lo que se refiere a la población de Ifni durante el tiempo que fue colonia española, la DGRN niega también el carácter nacional de esta población sobre la base de que no eran nacionales sino súbditos de España³⁰. A estos efectos, el art. 3 del Tratado con Marruecos de 4 de enero de 1969 y 1º del Protocolo anejo confirma que en Ifni existen dos clases de súbditos españoles: “a) Los que hayan adquirido la nacionalidad española por alguno de los modos de adquisición establecidos en el Código civil, los cuales conservarán la nacionalidad en todo caso; b) Las personas nacidas en el territorio y que se hayan beneficiado de la nacionalidad española –entendida la nacionalidad en sentido amplio– hasta la fecha de la cesión³¹. Estas pudieron optar por la nacionalidad española. En efecto, tras la retrocesión a Marruecos de Ifni se otorgó un derecho de opción en el convenio de 4 de enero de 1969, en el art. 3 y en el Protocolo anejo, y fue desarrollado por Decreto 1347/1969, de 16 de junio. En estas normas se establece que el derecho de opción se concede a las personas nacidas en territorio español y que se hubieran beneficiado de la nacionalidad española. Y en él se exceptúan quienes ya hubieran adquirido la nacionalidad española que la conservarán en todo caso. El tiempo de opción quedó limitado a tres meses, exigiéndose una renuncia expresa a la nacionalidad marroquí, documentada a través de un certificado expedido por las autoridades de dicho país que debía presentarse ante el Encargado del RC (art. 2 del Decreto). Transcurrido el plazo de la opción se somete a las personas naturales de Ifni a las mismas condiciones que cualquier persona extranjera. En ningún caso se podría solicitar recuperación porque es que “desapareció” la nacionalidad española, “ni las antiguas posesiones pasaron a ser territorio nacional, ni los súbditos a españoles con plenos derechos”, según los términos utilizados por la DGRN. La legislación del RC distingue entre españoles y naturales de las provincias africanas o indígenas (art. 66 y disp. final 2 del RRC). En concreto, respecto de Ifni, el Decreto de 23 de enero de 1953 reconocía la vigencia del Derecho musulmán y establecía peculiaridades de la Administración de Justicia. Terminada la etapa colonial la DGRN ha dejado claro que nunca fueron españolas en sentido propio. A mayor abundamiento el dictamen del Consejo de Estado de 7 de noviembre de 1968 justifica con diversos argumentos que no forman parte del territorio nacional y, de hecho, el Tratado de Fez por el que España entregó Ifni pudo ratificarse sin necesidad de Ley aprobada por las Cortes al no afectar a “la integridad territorial española”. En consecuencia, no pueden invocar su carácter de españoles para recuperar la nacionalidad española. Lo que si se ha estimado en alguna ocasión, al igual que para los saharauis, es la consolidación de la nacionalidad española para quien nace en Ifni en 1942, se inscribe en el Registro correspondiente, y ha hecho uso durante más de diez años de la nacionalidad española.³²

²⁹ Res. DGRN de 13 de diciembre de 2005, *BIMJ* 2005, núm. 2009, p. 148.

³⁰ Entre otras, Res. de 22 de junio de 2001 (*BIMJ* núm. 190, p.67), y Res. DGRN de 13 de septiembre de 2005 (*BIMJ* 2005, núm. 2009, p.148) y Res. DGRN de 16 de mayo de 2007 (*BOE* núm. 162, de 7 de julio de 2007).

³¹ *BOE* de 5 de junio de 1969.

³² Res. de 2 de julio de 2003, *BIMJ* 2003, núm. 1950, p. 116. En muchos de los pasaportes que presentan estas personas consta: “posesión española”.

Fuera de este aspecto concreto y ya con carácter general, en la actualidad y para lo que hoy constituye territorio español, la inscripción de nacimiento da fe donde se ha producido, y el lugar de nacimiento de los padres así como su domicilio (hoy no exigido)³³, en el momento del nacimiento del hijo o la hija, constituyen menciones de identidad que también figuran en aquella inscripción y que, por tanto, hacen fe del hecho. Por ello, en virtud del art. 41 de la LRC, dicha inscripción goza de eficacia probatoria por lo que, en la práctica, podría deducirse la nacionalidad de la persona interesada sin necesidad de acudir al expediente gubernativo de declaración de nacionalidad con valor de simple presunción. Sin embargo, ello no ha sido posible en los momentos en los que se exigía el domicilio de los progenitores en España durante la vigencia del art. 17 del C.c. reformado por Ley de 15 de julio de 1954. La prueba de la domiciliación del progenitor, cuando no se podía obtener la certificación del padrón o de vecindad, se realizaba alegando que así consta en la propia partida de nacimiento, que en territorio español ha estudiado el padre y vivido sus abuelos, que pagaban impuestos en fechas cercanas ... La DGRN ha considerado que, aunque no se presente el certificado de vecindad del Ayuntamiento por, por ejemplo, no residir el progenitor desde hace años en España y haber fallecido, se admite la certificación de residencia del padre expedida respecto a una hermana a la que, con anterioridad se le había declarado la nacionalidad española con valor de simple presunción ante tal circunstancia³⁴.

El hecho es que, si se promueve el expediente de declaración de nacionalidad, la acreditación del nacimiento en territorio español se realiza con la aportación de la certificación literal de la inscripción en el RC del nacimiento, debido a la obligatoriedad de inscripción de este hecho cuando acaece en territorio español (art. 15 LRC). Esta prueba suele facilitarse, en ocasiones, al bastar con la información de dos personas a quienes les conste de ciencia propia o por notoriedad (art. 313.II RegRC). No obstante, cuando se trate de un hijo o una hija de madre marroquí nacida en España, esa determinación puede ocasionar complicaciones. Este sería el supuesto cuando se inicia una inscripción de nacimiento fuera de plazo donde lo que se discute es si se ha nacido o no en nuestro territorio. En tales situaciones, el encargado del RC ha comprobado minuciosamente tal circunstancia fáctica, velando por una rigurosa aplicación del precepto. En unas ocasiones, del propio expediente se ha deducido de forma nítida, o a raíz de la actividad investigadora desplegada de oficio, que el nacimiento no se había producido en España³⁵. Pero, cuando este dato no queda claro, la DGRN ha estimado que deben prevalecer, frente a la información oficial obtenida, las pruebas favorables a la pretensión deducida, aportadas a las actuaciones y apreciadas en su conjunto³⁶.

Si ninguno de los progenitores ha nacido en España ni el padre es español, se podrá solicitar al año del nacimiento en nombre del hijo o la hija la adquisición de la nacionalidad española por el plazo reducido de un año. Ello exige la residencia

³³ La exigencia de domicilio y los problemas interpretativos del plural padres tipificados en la reforma de 1954 han sido analizados por autorizada doctrina a la que nos remitimos, e interpretado de manera flexible por la DGRN.

³⁴ Res. DGRN de 11 de noviembre de 2002, *BIMJ* 2002, núm. 1934, p. 105, y 24 de septiembre de 2005, *BIMJ* 2005, núm. 2009, p. 228.

³⁵ Res. DGRN de 3 de junio de 2000, *BIMJ*, 2000, núm. 1877, p. 2962

³⁶ Entre otras, Res. DGRN de 2 y 17 de febrero de 1999, *BIMJ* 1999 núm. 1855, pp. 2982 y pp. 1058 respectivamente.

legal, que dependerá de la autorización que posean los padres. Pero no basta el cumplimiento del requisito subjetivo, el juez encargado del RC del domicilio deberá emitir un informe favorable. Y, lo que es fundamental, se necesita el consentimiento de los representantes legales y, en numerosas ocasiones, el padre no consiente o simplemente se encuentra en Marruecos o en paradero desconocido. Entiendo que, en estos supuestos, el juez debía flexibilizar la interpretación de la ley y permitir que sea suficiente el consentimiento materno³⁷. De todos modos, la adquisición por residencia constituye un capítulo de esta obra.

V. DECLARACIÓN DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA CON VALOR DE SIMPLE PRESUNCIÓN

1. Medios de prueba de la nacionalidad española

El art. 96 de la LRC dispone: “en virtud de expediente gubernativo puede declararse con valor de simple presunción: la nacionalidad”. Y su principal aplicación está en los supuestos de nacionalidad originaria.

Ciertamente, sólo mediante sentencia firme obtenida en el procedimiento declarativo ordinario se puede determinar con efectos definitivos la nacionalidad española. Pero los medios registrales son un modo más rápido y sencillo. El RC constituye la prueba de los hechos inscritos, se configura en la práctica como el medio de prueba único y privilegiado de los hechos que afectan al estado civil. No obstante, cuando no hay constancia expresa, aunque se desprenda de los hechos inscritos, la resolución que declara la nacionalidad española con valor de simple presunción es la prueba simple que puede obtenerse de los órganos encargados de la gestión registral a través de un expediente, y que tiene el valor de las presunciones *iuris tantum*. Pero es fundamental desde el inicio establecer la siguiente premisa: la resolución judicial que pone fin al expediente no atribuye la nacionalidad española, solo declara que se posee, porque ésta, en su caso, ha sido atribuida por ley en el momento del nacimiento si se produjeron las circunstancias recogidas en el art. 17 del C.c. La obtención de una declaración de este tipo permite una anotación marginal a la inscripción de nacimiento con un valor probatorio de alcance limitado, pero no supone en ningún caso prueba definitiva. En este sentido, es importante destacar que este expediente gubernativo no podrá tener un efecto constitutivo de la nacionalidad, consecuencia directa del carácter *ex legge* que presenta la atribución de la nacionalidad por vía art. 17.1º.c) del C.c. Ahora bien, si posee, como expresa la Circular de la DGRN de 22 de mayo de 1975 en su apart. VII: “...el valor de presunción legal “*iuris tantum*” de las declaraciones sobre nacionalidad española, las cuales, por tanto, han de dispensar de toda prueba a los favorecidos por la presunción, mientras ésta no se destruya por la prueba en contrario (arts. 1250 y 1251 del Código Civil)...” Aunque, tras la reforma de la *Mudawana*, se les planteará a las madres marroquíes en menor medida utilizar este expediente, todas las personas nacidas con anterioridad a su entrada en vigor no serán marroquíes a través de la madre si no se cumplen las condiciones anteriormente analizadas. Igualmente, el nacimiento de las madres o los abuelos en Ceuta y Melilla

³⁷ El análisis exhaustivo de estos requisitos es realizado por la profesora Lara Aguado en este trabajo al abordar el estudio de la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

plantea supuestos complicados. Por ello, estimo interesante plasmar el procedimiento a seguir para, en su caso, obtener una resolución de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción.

2. Órgano jurisdiccional competente

La competencia corresponde al juez o la jueza encargados del RC del domicilio de quien lo solicita (art. 335 RegRC). Este régimen de competencia lo es tanto para instruir como para resolver el expediente, conforme a lo previsto en el art. 342 del RegRC. Si la anotación debe realizarse en el extranjero, será competente el cónsul si el promotor o la promotora están domiciliados en el extranjero o el RC Central si lo está en España. En ocasiones, su tramitación puede resultar muy sencilla porque, si el RC no prueba lo contrario a la vista de la certificación de nacimiento y no hay sospecha de que se haya podido incurrir en causa de pérdida, se aprobará el expediente. En otras, la prueba puede resultar harto complicada. Su regulación se encuentra en los arts. 335 y ss. del RegRC, y en las normas generales sobre expedientes contenidas en los arts. 341–362 RegRC. La declaración podrá referirse a una determinada edad, según preceptúa el art.338 del RegRC, ya que la nacionalidad puede cambiar a lo largo de la vida de la persona. Finalizado el expediente, el encargado o la encargada del RC del domicilio pueden declarar, con valor de simple presunción, que la persona tiene la nacionalidad española, y su resolución firme debe ser objeto de anotación al margen de la inscripción de nacimiento. Asimismo pueden expedir, sin necesidad de esperar a que se practique esa anotación, un certificado *ad hoc* (art. 33 RegRC)³⁸. Cuando no sean coincidentes el RC del domicilio y el del nacimiento, la resolución adoptada, una vez devenida firme, habrá de ser calificada por la autoridad del RC del nacimiento. No obstante, el control que esta última realiza en su calificación se encuentra limitado por lo previsto en el párrafo segundo del art. 27 de la LRC, de forma que dicha calificación no podrá enjuiciar el fondo del asunto, debiendo circunscribirse a la competencia y clase de procedimiento seguido, formalidades extrínsecas de los documentos presentados y asientos del propio Registro, si bien tal limitación en muchos casos desaparece en la práctica.”³⁹

La anotación practicada puede cancelarse como resultado de un expediente gubernativo si se prueba su inexactitud en función de lo preceptuado en el art. 147 del RRC. El Ministerio Fiscal (MF) está habilitado para iniciar este nuevo expediente.

3. Procedimiento

El procedimiento comienza con un escrito de solicitud de expediente gubernativo sobre declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción del que el juez debe dar traslado al MF a fin de que responda si tiene algo que oponer a lo solicitado (art. 334 RegRC). Si nada tiene que oponer, y el juez resuelve favorable-

³⁸ Tales certificados servirán, en opinión de la DGRN, para resolver cuestiones de prueba de la nacionalidad que se plantean sobre todo a los españoles en el extranjero. Instrucción de 7 de febrero de 2002, *BOE* núm. 42, de 17 de febrero de 2007.

³⁹ Instrucción de 29 de marzo de 2007, de la DGRN sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad con valor de simple presunción, *BOE* núm. 86, de 10 de abril de 2007.

mente, se procede a la anotación de nacionalidad española al margen de inscripción de nacimiento. Si el MF se opuso puede recurrir la decisión del juez. Si el juez deniega, debe de notificar la resolución denegatoria al MF. Este puede recurrir si no está de acuerdo, y también el solicitante, evidentemente, ante la DGRN. Si recurre el interesado, debe darse traslado de la tramitación del recurso al MF, y finalmente el juez ha de remitir el expediente a la DGRN para que resuelva lo que estime procedente. En consecuencia, el auto del juez encargado del RC es recurrible ante la DGRN por el promotor o por el MF durante 15 días hábiles a partir de la notificación (art. 355 RegRC). Los recursos tienen que ser individualizados pero la DGRN puede proporcionar una respuesta conjunta, ya que se estima procedente su acumulación de oficio conforme permite el art. 347 del RRC.⁴⁰ Su decisión es vinculante para el juez, pero no para el interesado para quien permanece abierta la vía judicial civil.

Si bien en el ámbito registral impera el principio de oficialidad como norma general, consecuencia del carácter obligatorio que tiene la inscripción en el RC y del marcado interés público, lo que implica que, en materia de expedientes, el principio de oficialidad se deja sentir, entre otros motivos, porque los expedientes que tienen por objeto lograr la concordancia entre el Registro y la realidad pueden incoarse a instancia del MF, el relativo a la declaración de nacionalidad se incoa a instancia de parte. No rige, tampoco, el principio de autoridad de cosa juzgada de modo que, mientras persista el interés público en lograr la concordancia entre el Registro y la realidad, puede reiterarse el expediente de declaración de nacionalidad, si se presentan hechos o circunstancias que no pudieron ser tenidos en cuenta en la primera decisión.⁴¹

Son de señalar, por su importancia, los problemas que se suscitan con las certificaciones extranjeras, en nuestro caso en la mayoría de las ocasiones marroquíes, que se aportan y que, en no pocas ocasiones, plantean problemas con su traducción, legalización e, incluso, con aspectos de aplicación de Derecho extranjero. Para poder determinar la eficacia de un documento extranjero en España se han de analizar la concurrencia de un conjunto de requisitos de dos tipos, de forma y de fondo. Ambos deben ser objeto de consideración separada en la calificación registral. En cuanto a los requisitos de forma presenta particular importancia la legalización como medio de lucha contra el fraude en materia de estado civil, requisito recogido en el art. 88 del RRC conforme al cual: “A salvo lo dispuesto en los Tratados internacionales, requieren legalización los documentos expedidos por funcionario extranjero y los expedidos en campaña o en el curso de un viaje marítimo o aéreo”. Nuestro ordenamiento jurídico exige, además, respecto a las inscripciones procedentes de registros extranjeros cuando, sobre su base, se pretende practicar en un RC español una fórmula simplificada, que no exista duda sobre la realidad del hecho inscrito, que no exista duda de su legalidad conforme a la ley española y que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española (art. 23.2 LRC y 85 RegRC)⁴². Ciertamente, a causa de la creciente inmigración y

⁴⁰ Vid. Res. DGRN de 2 de junio de 2000, *BIMJ*, núm. 1877, p. 88.

⁴¹ Vid. Res. DGRN de 18 de enero de 2003, *BIMJ* 2003, núm. 1937, p. 182.

⁴² Así, se deniega inscripción de nacimiento directa, exigiéndose la tramitación del correspondiente expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, a dos hijas, en este caso de una guineana que ha adquirido la nacionalidad española porque se han extendido fuera de plazo (la madre ya había adqui-

a la constitución o disolución de relaciones y actos de estado civil, los Estados se encuentran en demasiadas ocasiones con documentos extranjeros en los que se da fe de hechos relativos al estado civil que no se corresponden con la realidad, debido primordialmente a la gestión defectuosa de los registros o a maniobras fraudulentas. Considerando que estas maniobras fraudulentas tienen a menudo por finalidad obtener ventajas indebidas, tales como el acceso al territorio, la adquisición o el reconocimiento de la nacionalidad o diversos derechos sociales, la Comisión internacional del estado civil (en adelante CIEC) ha adoptado el 17 de marzo de 2005, por unanimidad de todos los países miembros, una Recomendación relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil⁴³. En ella se indican a las autoridades competentes una serie de circunstancias que pueden revelar el carácter defectuoso o fraudulento de un acta del RC, incluso legalizada, y se insta a que, en caso de duda, realicen todas las comprobaciones necesarias, debiendo quedar el documento fraudulento carente de todo efecto. No obstante, si se trata de un documento defectuoso, aquéllas podrán decidir otorgarle algún tipo de efecto. De todos modos, como se mencionó anteriormente, la certificación registral procedente de Marruecos no necesita ser legalizada a tenor de lo preceptuado en el art.39 del convenio de cooperación judicial en materia civil entre el Reino de España y el Reino de Marruecos que dispone que las certificaciones de las actas del Registro civil expedidas por una autoridad competente en el territorio de una de las partes contratantes y que estén provistas de su sello oficial, no necesitarán ser legalizadas para ser válidas en el territorio de la otra parte. Respecto a si hay que aportar la traducción del documento, la respuesta ha de ser afirmativa a menos que el encargado del RC conozca el idioma en que se halle redactado (art. 86 RegRC).

“EXTRANJEROS” NACIDOS EN ESPAÑA DE MADRE MARROQUÍ Y PADRE ESPAÑOL, MARROQUÍ O DE OTRA NACIONALIDAD

| Año | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | |
|----------------------------|------------|------------|------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Total Padre Español | 180 | 186 | 180 | 239 | 264 | 270 | 1319 |
| Padre Marroquí | 399 | 506 | 740 | 877 | 1230 | 1361 | 5113 |
| Otra nacionalidad | 41 | 46 | 67 | 71 | 84 | 81 | 390 |
| Total | 620 | 738 | 987 | 1187 | 1578 | 1712 | 6822 |

Como puede observarse, el aumento es constante en todos los supuestos, aunque el más relevante corresponde a los supuestos donde ambos progenitores son marroquíes. Esta tabla ha sido realizada por el profesor Pedro García López, profesor titular de Estadística de la Universidad de Granada. Los datos para su realización se han obtenido gracias a la colaboración de la Dirección General de Políticas Migratorias de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía.

rido la nacionalidad española), sin intervención de la madre, y con errores en su fecha de nacimiento y estado civil, por lo que se estima que la certificación guineana no reúne las condiciones exigidas por los artículos 23 de la LRC y 85 de su Reglamento para dar fe de la filiación materna alegada. Res. DGRN de 12 de abril de 2004, *BIMJ* 2004, núm. 1967, p. 232.

⁴³ *Vid.*, en desarrollo e interpretación de dicha Recomendación, la Instrucción de 20 de marzo de 2006, de la DGRN, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil, *BOE* núm. 97, de 24 de abril de 2006.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARRIBAS ATIENZA, P. y CANCELLER FABREGAT, F.: *Curso Práctico de Registro Civil*, Civitas, Madrid, 1999.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España (Regulación legal e interpretación jurisprudencial sobre un análisis de datos estadísticos de los nacidos en territorio español durante el periodo 1996 – 2002)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Observatorio Permanente de la Inmigración, 2006.
- DIAGO DIAGO, M. P.: “Repercusiones de la nueva *Mudawana* en la inmigración marroquí”, webislam.com, Sociedad, 2 de agosto de 2004.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J.: “Art. 330”, *Comentarios del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.
- ESPINAR VICENTE, J.M.: *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas, 1994.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Y RODRÍGUEZ MATEOS, P.: “Art. 9.9 del Código civil”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, (dir. M. Albadalejo y S. Días Alabart), tom. I, vol. 2, Madrid, ed. Revista de Derecho privado, 1995, pp. 392–428.
- GARCÍA CATALÁN, M.I.: “Nacionalidad y sucesión de Estados: el caso español a la luz de las resoluciones de la DGRN”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Oprolex, 2003, pp. 421–43.
- JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Práctica de la DGRN sobre las declaraciones de la nacionalidad del art. 17.1 c) del Código civil”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 437–462.
- LARA AGUADO, A.: “Nacionalidad e integración social (A propósito de la Ley 36/2002, de 8 de octubre)”, *La Ley*, núm. 5694, viernes 10 de enero de 2003, pp. 1–11.
- MOYA ESCUDERO, M.: “Nacionalidad, extranjería y acceso al mercado laboral”, *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España* (M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, coord.), Murcia, ed. Diego Marín, 2005, pp.65–95.
- MOYA ESCUDERO, M.; RUBIO CASTRO, A.: “Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 2003, núm. 37, pp. 105–154.
- RODRÍGUEZ GAYÁN, E.: *Derecho registral civil internacional*, Eurolex, Madrid, 1995.
- RUIZ SUTIL, C.: “Globalización y adquisición de la nacionalidad: el caso de los nacidos en España de progenitores marroquíes”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, pp. 447–462.
- ZEKRI H.: “El nuevo Código de familia marroquí a la luz de de las relaciones bilaterales hispano-marroquíes”, *REDI*, 2004, vol. 56, núm.1, pp. 301–313.
- SALVADOR GUTIÉRREZ, S.: *Manual práctico sobre nacionalidad*, Comares, Granada, 1996.

ABREVIATURAS

| | |
|-----------------|---|
| A.C.: | Actualidad Civil |
| <i>Ad. ex.:</i> | <i>Ad exemplum</i> |
| AEDIPr.: | Anuario Español de Derecho Internacional Privado |
| AFDUC: | Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense |
| AN: | Audiencia Nacional |
| ANECA: | Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación |
| AP: | Audiencia Provincial |
| Art.: | Artículo |
| As.: | Asunto |
| B.I.M.J.: | Boletín Informativo del Ministerio de Justicia |
| B.O.: | Bulletin Officiel |
| BOE: | Boletín Oficial del Estado |
| CAAS: | Convenio de Aplicación del Acuerdo de Shengen (1990) |
| C.c.: | Código Civil |
| C.Com.: | Código de Comercio |
| CCU: | Consejo de Coordinación Universitaria |
| CEDH: | Convenio Europeo de Derechos Humanos |
| <i>Cfr.:</i> | Véase |
| CIEC: | Comisión Internacional del Estado Civil |
| CNM: | Código de la Nacionalidad Marroquí |
| CFM: | Código de Familia Marroquí |
| coord.: | coordinadora/coordinador |
| CPCM: | Código de Procedimiento Civil Marroquí |
| CPM: | Convenio de la Haya, 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores |
| CCAA: | Comunidades Autónomas |
| CE: | Constitución Española |
| CEDH: | Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales |
| <i>cit.:</i> | citada/citado |
| corr. errores: | corrección de errores |
| CP: | Código Penal |
| DIPr.: | Derecho internacional privado |
| D.A.: | Disposición Adicional |
| DCC: | Dahir sobre la condición civil de extranjeros en Marruecos |
| D.F.: | Disposición Final |
| dir.: | directora/director |
| DNI | Documento Nacional de Identidad |
| D.T.: | Disposición Transitoria |
| DGRN: | Dirección General de los Registros y del Notariado |
| DNI: | Documento Nacional de Identidad |
| DOCE: | Diario Oficial de la Comunidad Europea |
| DOUE: | Diario Oficial de la Unión Europea |

| | |
|------------------|---|
| ed.: | editora/editor |
| edic. | edición |
| EEE: | Espacio Económico Europeo |
| EEMM: | Estados Miembros de la Unión Europea |
| E.M.: | Exposición de Motivos |
| IAE: | Impuesto de Actividades Económicas |
| <i>Id.:</i> | <i>Idem</i> (misma autora/mismo autor) |
| IVA: | Impuesto sobre el Valor Añadido |
| JERC: | Juez Encargado del Registro Civil |
| JO: | Journal Officiel de la République Française |
| JUR: | Base de Datos de Jurisprudencia (Aranzadi Westlaw) |
| LA: | Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado |
| LEC: | Ley Enjuiciamiento Civil |
| LECrim: | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LH: | Ley Hipotecaria |
| LIMH: | Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres |
| LO: | Ley Orgánica |
| <i>loc.cit.:</i> | lugar citado |
| LOE: | Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre y Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. |
| LOEd.: | Ley Orgánica de Educación |
| LOPJ: | Ley Orgánica del Poder Judicial |
| LOPJM: | Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor |
| LOU: | Ley Orgánica de Universidades |
| LRC: | Ley del Registro Civil |
| LRJAP-PAC: | Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común |
| LJCA: | Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa |
| MEC: | Ministerio de Educación y Ciencia |
| MF: | Ministerio Fiscal |
| OM: | Orden Ministerial |
| <i>op.cit.:</i> | obra citada |
| OTAN: | Organización del Tratado del Atlántico Norte |
| p.e.: | por ejemplo |
| RAJ: | Repertorio Aranzadi Jurisprudencia |
| RC: | Registro Civil |
| RCC: | Registro Civil Central |
| R.C.D.I.: | Revista Crítica de Derecho Inmobiliario |
| RD: | Real Decreto |
| R.D.P.: | Revista de Derecho Privado |
| R.E.D.I.: | Revista Española de Derecho Internacional |
| Reg.LOE: | Reglamento de ejecución de la LOE aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre |

| | |
|-----------------------|--|
| Reg.LA: | Reglamento de aplicación de la Ley reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado |
| Reg.UE: | Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo |
| Res.: | Resolución |
| Rev.crit.dr.int.pr.: | Revue critique de droit international privé |
| Rev.dr.int.dr.comp.: | Revue de droit international et de droit comparé |
| REMAR: | Revue du droit marrocin |
| Rev.int.dr.comp.: | Revue internationale de droit comparé |
| Rev.trim.dr.eur.: | Revue trimestrielle de droit européen |
| RH: | Reglamento de ejecución de la Ley Hipotecaria |
| Riv.dir.int.pr.proc.: | Rivista di diritto internazionale privato e processuale |
| RJ: | Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi Westlaw) |
| R.J.C.: | Revista Jurídica de Cataluña |
| RRC: | Reglamento del Registro Civil |
| SAN | Sentencia de la Audiencia Nacional |
| Sent.: | Sentencia |
| SIS: | Sistema de Información de Schengen |
| SMI: | Salario Mínimo Interprofesional |
| SNE: | Situación Nacional de Empleo |
| STC: | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS: | Sentencia/s del Tribunal Supremo |
| SYIL: | Spanish Yearbook of International Law |
| TC: | Tribunal Constitucional |
| TEDH: | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TJCE: | Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea |
| TS: | Tribunal Supremo |
| TSJ: | Tribunal Superior de Justicia |
| TUE: | Tratado de la Unión Europea |
| UE: | Unión Europea |
| UGR: | Universidad de Granada |
| <i>v.gr.:</i> | <i>verbi gratia</i> (por ejemplo) |
| <i>vid.:</i> | <i>véase</i> |