

# La mujer inmigrante víctima de violencia de género y la aplicación del derecho de extranjería

Guía para la actuación jurídica



Instituto Andaluz de la Mujer  
CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

# La mujer inmigrante víctima de violencia de género y la aplicación del derecho de extranjería

Guía para la actuación jurídica

Instituto Andaluz de la Mujer  
Sevilla 2010

**Coordina:**

Ruby Sibony

**Autoría:**

Ángeles Lara Aguado  
Nuria Marchal Escalona  
Ricardo Rueda Valdivia  
Carmen Ruiz Sutil  
Ruby Sibony  
Mercedes Soto Moya  
Houda Zekri

Con la colaboración de:

Olga Reina Toranzo  
M<sup>a</sup> Ángeles Serrano Ochoa

**© y Edición:**

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER  
C/ Doña María Coronel, 6, 41003- Sevilla

**Impresión:**

Tecnographic, S.L. ( Sevilla)

**I. S. B. N. :** 978-84-693-0464-8

**Depósito Legal:** SE-1437/2010

<b>Abreviaturas</b> . . . . .	5
<b>Presentación</b> . . . . .	7
<b>1. La mujer inmigrante en España: Pluralidad de regímenes de permanencia y diversidad de situaciones</b> . . . . .	11
1.1 Regímenes de permanencia. . . . .	11
1.1.1 Mujer familiar de comunitario. . . . .	11
1.1.2 Mujer sujeta al régimen especial de asilada o apátrida. . . . .	11
1.1.3 Mujer sujeta al régimen general de extranjería. . . . .	12
1.2 Diversidad de situaciones. . . . .	12
1.2.1 Régimen comunitario, de asilada o apátrida. . . . .	13
1.2.2 Régimen general de extranjería. . . . .	13
<b>2. Mujer inmigrante y el derecho a la reagrupación familiar.</b> . . . . .	17
2.1 Mujer reagrupante. . . . .	17
2.2 Mujer reagrupada. . . . .	21
2.2.1 Si la persona reagrupante es nacional comunitaria, EEE, suizo o español. . . . .	21
2.2.2 Si la persona reagrupante es nacional de un tercer estado. . . . .	24
<b>3. La mujer inmigrante y el permiso de residencia independiente.</b> . . . . .	27
3.1 Divorcio o disolución de la pareja registrada. . . . .	27
3.1.1 Régimen comunitario, EEE, suizo o español. . . . .	27
3.1.2 Régimen general de extranjería. . . . .	28
3.2 Fallecimiento del cónyuge o pareja registrada. . . . .	28
3.2.1 Régimen comunitario, EEE, suizo o español. . . . .	28
3.2.2 Régimen general de extranjería. . . . .	29
3.3 Situación de violencia de género. . . . .	29
<b>4. Orden de Protección y repercusión en la situación administrativa de la mujer extranjera víctima de violencia de género.</b> . . . . .	33
4.1 Mujer en situación regular dependiente del agresor. . . . .	33
4.1.1 Régimen comunitario. . . . .	33
4.1.2 Régimen de asilada o apátrida y régimen general de extranjería. . . . .	39
4.2 Mujer en situación regular independiente del agresor. . . . .	40
4.3 Mujer en situación regular que debe renovar su autorización de residencia y trabajo. . . . .	42
4.4 Mujer en situación irregular. . . . .	42
<b>5. Adquisición por la mujer inmigrante de la nacionalidad española.</b> . . . . .	47
<b>6. Mujer imigrante y disolución del vínculo matrimonial.</b> . . . . .	61
6.1 Competencia judicial internacional en los supuestos de nulidad, separación y divorcio. . . . .	61
6.2 Ley aplicable a la nulidad matrimonial, a la separación judicial y al divorcio. . . . .	69
6.2.1 Ley aplicable a la nulidad del matrimonio y a sus efectos. . . . .	69
6.2.2 Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio. . . . .	69
6.3 El reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. . . . .	74
6.3.1 Resoluciones dictadas por un Estado de la Unión Europea-excepto Dinamarca-. . . . .	74

6.3.2 Resoluciones o decisiones judiciales dictadas en un país con los que España tenga suscrito un Convenio bilateral. . . . .	77
6.3.3 Resoluciones de un país que no haya suscrito el Reglamento 2201/2003 o no exista Convenio bilateral. . . . .	77
<b>7. Derecho a la asistencia jurídica gratuita. . . . .</b>	<b>81</b>
<b>8. Especialidades en la disolución del vínculo matrimonial en la mujer inmigrante marroquí. . . . .</b>	<b>83</b>
8. 1. Pretensiones basadas en el derecho islámico. . . . .	83
8.1.1 La violencia de género como causa de disolución del matrimonio en el Código de familia marroquí. . . . .	84
8.2. Reconocimiento en Marruecos de sentencias españolas de disolución del vínculo matrimonial. . . . .	85
8.3. Reconocimiento en España de sentencias marroquíes de disolución del vínculo matrimonial. . . . .	89
<b>Legislación de interés . . . . .</b>	<b>95</b>
<b>Bibliografía . . . . .</b>	<b>95</b>

## Abreviaturas

- Art.:** Artículo  
**Arts.:** Artículos  
**ALEC:** Antigua Ley de Enjuiciamiento Civil  
**AN:** Audiencia Nacional  
**AP:** Audiencia Provincial  
**CC:** Código Civil  
**CFM:** Código de Familia Marroquí  
**CPCM:** Código de Procedimiento Civil Marroquí  
**CGPJ:** Consejo General del Poder Judicial  
**DGRN:** Dirección General de los Registros y del Notariado  
**EEM:** Estados Miembros  
**EEE:** Espacio Económico Europeo  
**JERC:** Juez/a encargado/a del Registro Civil  
**LEC:** Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000  
**LRC:** Ley de Registro Civil  
**LO:** Ley Orgánica  
**LOE:** Ley Orgánica de Extranjería  
**LOPJ:** Ley Orgánica del Poder Judicial  
**Reg.LOE:** Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería  
**RRC:** Reglamento del Registro Civil  
**UE:** Unión Europea



# Presentación

La violencia de género es una clara vulneración de los Derechos Humanos y el mayor impedimento para alcanzar la igualdad efectiva y el pleno ejercicio de los derechos de ciudadanía. Se trata de una violencia que se dirige contra las mujeres como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, además, se pone en evidencia que estamos ante la expresión máxima de la desigualdad, la discriminación de género y de déficit democrático, cuando la violencia se produce sobre las mujeres que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, como es el caso de las mujeres inmigrantes.

El Gobierno de Andalucía, consciente de que la violencia de género constituye un obstáculo para el pleno desarrollo de las mujeres y de la sociedad, destina importantes recursos para la promoción de la igualdad y para la erradicación de la violencia de género. En los últimos tiempos, se han consolidado importantes avances legislativos en esta materia, aunque estos desarrollos normativos, y los grandes esfuerzos en sensibilización que se vienen realizando desde distintos ámbitos, no han conseguido todavía erradicar la violencia de género, y es este inacabado camino hacia la consecución de una vida libre de violencia de género, que dispone el artículo 16 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, lo que obliga a los poderes públicos a poner en marcha políticas públicas orientadas a garantizar a las mujeres este derecho.

Entre otras acciones, recientemente, se ha aprobado, el I Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía, 2010-2013, que establece las líneas estratégicas para alcanzar el objetivo de la igualdad de género, y que recoge la adopción de medidas destinadas a sensibilizar y a difundir la información especializada de interés para las mujeres migrantes, para promover su plena integración según establece el artículo 49 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

La información a las mujeres sobre sus derechos y el conocimiento de la legislación es una herramienta indispensable, y una de las principales demandas de las mujeres inmigrantes para salir de la violencia de género, por ello, el Instituto Andaluz de la Mujer, desde su creación, viene ampliando recursos y servicios, e incorporando acciones para adaptarlos a las necesidades de las víctimas más vulnerables, uno de los principales ámbitos de actuación es a través de la red de recursos y servicios especializados de

atención a la mujer, desde los que se facilita la información general y el asesoramiento jurídico necesario para que las mujeres puedan ejercer sus derechos, superar la violencia de género y alcanzar su autonomía y desarrollo personal.

La presente publicación *“La mujer inmigrante víctima de violencia de género y la aplicación del Derecho de extranjería. Guía para la actuación jurídica”* se enmarca en este contexto, como un instrumento práctico que tiene como finalidad dar respuesta detallada, de forma ágil y clara, a las inquietudes que plantean las mujeres inmigrantes.

Con esta guía, el Instituto Andaluz de la Mujer pone a disposición de los equipos de profesionales responsables de la atención a las víctimas de la violencia de género, un instrumento de trabajo que facilite su labor, y además nos permita seguir avanzando en la sensibilización y especialización de profesionales que, recientemente, han tenido que incorporar a su especialización el conocimiento del Derecho de extranjería, al que se hace cada vez más visible la necesidad de actuar contra esta lacra de nuestra sociedad que es la violencia de género.

Soledad Pérez Rodríguez  
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer





# CAPÍTULO 1

## La mujer inmigrante en España: Pluralidad de regímenes de permanencia y diversidad de situaciones

### 1.1. REGÍMENES DE PERMANENCIA

*¿ Cuales son los distintos regímenes de permanencia en territorio español a los que puede acogerse una mujer inmigrante?*

Los regímenes de permanencia en territorio español a los que puede acogerse la mujer inmigrante son los que a continuación se exponen:

#### 1.1.1 Mujer familiar de comunitario.

Cuando la mujer sea familiar de un ciudadano español o nacional de un país de la Unión Europea (UE), del Espacio Económico Europeo (EEE) o de Suiza, y concurren algunos de los siguientes requisitos:

- Existencia de vínculo conyugal, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal.
- Unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a estos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo.
- Ser descendiente o ascendiente directa del referido ciudadano, siempre que, de ser descendiente, sea menor de 21 años o mayor de esa edad que viva a su cargo o incapaz, y, de ser ascendiente, sea dependiente económicamente (Disposición Final 3ª.2 del RD 240/2007, de 16 de febrero, que introduce la Disposición Adicional 20ª, que modifica el RegLOE).<sup>1</sup>

#### 1.1.2 Mujer sujeta al régimen especial de asilada o apátrida.

Es el supuesto de la mujer familiar de un ciudadano extranjero, al que le haya sido reconocido uno u otro estatuto por parte de las autoridades españolas.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> La normativa aplicable es el Real Decreto (RD) 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE – BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007- (de aplicación también a los suizos –Disposición Adicional 3ª-).

<sup>2</sup> En este segundo apartado, la mujer disfrutará, por extensión, del régimen de asilada o apátrida, régimen que

La mujer ostenta la condición de familiar cuando esté ligada al asilado<sup>3</sup> o apátrida por alguno de los siguientes vínculos:

- Vínculo conyugal, salvo en los supuestos de separación legal, separación de hecho o divorcio.
- Relación análoga de afectividad y convivencia.
- Vínculo de sangre, en concreto, ser descendiente o ascendiente en primer grado del asilado o apátrida, salvo los casos de independencia familiar, mayoría de edad .

### 1.1.3 Mujer sujeta al régimen general de extranjería.

Si la mujer extranjera no se halla en ninguno de los supuestos antes mencionados, resultará de aplicación lo establecido en la normativa general de extranjería, constituida por Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>4</sup>, y sus sucesivas modificaciones<sup>5</sup> (LOE), y el Reglamento de desarrollo de la Ley, aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre<sup>6</sup> (Reg.LOE).

## 1.2 DIVERSIDAD DE SITUACIONES

En el marco de los tipos de regímenes expuestos, la mujer puede hallarse en distintas situaciones administrativas.

*¿En que situaciones administrativas puede encontrarse la mujer inmigrante en España?*

viene establecido, por lo que respecta al asilo, en el Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el estatuto de los refugiados- BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978-, en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo- BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984-, en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria –BOE núm.263, de 31 de octubre de 2009, y en su Reglamento de aplicación, aprobado por RD 203/1995, de 10 de febrero – BOE núm. 52 de 2 de marzo de 1995- y, en lo que concierne a la apatridia, en el Convenio de Nueva York de 28 de septiembre de 1954, sobre el estatuto de los apátridas – BOE núm. 159, de 4 de julio de 1997- y en el RD 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-. Para ciertas cuestiones, le resultará también de aplicación la normativa general de extranjería, contenida tanto en la Ley como en el Reglamento de Extranjería.

<sup>3</sup> Ver excepciones del art.40 de la Ley 12/2009, de 9 de octubre del derecho de asilo y protección subsidiaria .

<sup>4</sup> BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000; corrección de errores en BOE núm. 20, de 24 de enero de 2000.

<sup>5</sup> Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000; corrección de errores en BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2001), Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003), Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003), y la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (BOE núm 299, de 12 de diciembre de 2009)

<sup>6</sup> BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005.

### 1.2.1 Régimen comunitario, de asilada o apátrida.

A) Régimen comunitario:

- Situación de estancia, si su permanencia en nuestro país es inferior a tres meses (art. 6 RD 240/2007), o
- Situación de residencia, si su permanencia en España es superior a este periodo de tiempo (art. 8 RD 240/2007). Dicha residencia tendrá el carácter de larga duración cuando la permanencia exceda de los 5 años.

La mujer podrá acreditar su situación de estancia con la misma documentación con la que haya efectuado la entrada en territorio nacional ( pasaporte y, en su caso, el correspondiente visado de estancia -visado que la mujer habrá debido obtener conforme a lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 539/2001, del Consejo, de 15 de marzo de 2001<sup>7</sup>-), mientras que, de hallarse en situación de residencia, podrá demostrarlo con la “tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión” que habrá debido solicitar en el plazo de 3 meses desde su entrada en España (art. 8 RD 240/2007). Para el caso de que ya se encuentre en situación de residente de larga duración, se acreditará con la correspondiente “tarjeta de residencia de larga duración de familiar de ciudadano de la Unión” (art. 11 RD 240/2007).

B) Régimen de asilada o apátrida:

- Situación de residencia, acreditable, en todo caso, con el documento de identidad que le sea entregado, similar al expedido para el familiar al que le hubiere sido reconocida la condición de asilado o apátrida.

En ambos supuestos, el derecho que ampara a la mujer es un derecho derivado del que ostenta el ciudadano español, comunitario, del Espacio Económico Europeo, o suizo, o bien el asilado o apátrida.

### 1.2.2 Régimen general de extranjería.

Se aplicará la normativa general de extranjería recogida en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

---

<sup>7</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) núm. L 81, de 21 de marzo de 2001.

*¿Cuáles son las distintas situaciones de autorización ante las que puede encontrarse una mujer inmigrante?*

A) Autorización de estancia de corta duración, por haber obtenido un visado de estancia para entrar en España (arts. 25 y ss. Reg.LOE).

B) Autorización de estancia por estudios, y que podrá ser:

- Independiente, por haber conseguido ella misma un visado de estudios para cursar o ampliar estudios, realizar trabajos de investigación o formación, participar en programas de intercambio de alumnos en cualesquiera centros docentes o científicos, públicos o privados, oficialmente reconocidos, realizar prácticas no laborales o servicios de voluntariado –arts. 33 LOE y 85 y ss. Reg.LOE-.
- Dependiente, por haber sido reagrupada por su cónyuge<sup>8</sup> o por la persona a cuya patria potestad o tutela se halle sometida, cuando sea ésta última quien ostente la condición de estudiante –art. 89 Reg.LOE-<sup>9</sup>

C) Autorización de residencia temporal, distinguiéndose entre:

- Independiente, por haberla solicitado personalmente –arts. 35 y ss. Reg.LOE-.
- Dependiente, por haber sido reagrupada por su cónyuge o persona con la que mantenga una relación análoga de afectividad a la conyugal debidamente acreditada, descendiente o ascendiente, residente legal en España –arts. 17 y ss LOE y 38 y ss. Reg.LOE-.

En ambos casos, puede estarse ante una autorización inicial o renovada.

---

<sup>8</sup>Ver artículo 17.4 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre : “La persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equipará al cónyuge a todos los efectos previstos en este capítulo, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España”.

<sup>9</sup>En los dos primeros apartados la situación de la mujer en España será de estancia. De encontrarse en nuestro país en una estancia de corta duración, acreditará su situación mediante la documentación con la que haya efectuado su entrada en territorio español (pasaporte y visado de estancia), mientras que, de ostentar la condición de estudiante o de familiar de éste, lo hará mediante la tarjeta de estudiante que deberá solicitar en el plazo de un mes desde su entrada en España (arts. 87.7º y 89.3º Reg.LOE).

En los restantes supuestos, la situación de la mujer en España será de residencia, que se documentará con la tarjeta de identidad de extranjero solicitada en el plazo de un mes desde su entrada en territorio nacional o, en su caso, desde la notificación de la concesión de la autorización correspondiente (arts. 35.9º, 43.6º, 46.8º, 51.13º, 59.12º y 73.6º Reg.LOE).

D) Autorización de residencia temporal y trabajo, por cuenta ajena o propia, ya sea una autorización inicial o renovada (arts. 48 y ss. Reg.LOE).

E) Autorización de residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género en situación irregular (art. 31 bis de la LOE, apartado 3), que podrá solicitarse a partir del momento en el que se hubiera dictado una Orden de Protección o Informe del Ministerio Fiscal.

F) Autorización de residencia y trabajo provisional a favor de la mujer extranjera víctima de violencia de género en situación irregular (art. 31 bis, apartado 3º in fine de la LOE). Esta autorización provisional, eventualmente concedida, concluirá cuando se conceda o deniegue definitivamente la autorización por circunstancias excepcionales.

G) Autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, entre las que enumeraremos los siguientes supuestos:

- Arraigo
- Protección internacional
- Razones humanitarias
- Colaboración con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales (art.31.3 de la LOE).

H) Autorización de residencia de larga duración (arts. 32 LOE y 71 y ss. Reg. LOE).

Si la mujer no dispone de ninguna de las autorizaciones a las que hemos hecho referencia se hallará en situación irregular.

Esta situación de irregularidad podrá ser *ab initio*, es decir, desde el mismo momento en el que se produce la entrada en nuestro país sin hacerlo por los puestos fronterizos habilitados a tal efecto, o *sobrevenida*, cuando la mujer habiendo permanecido legalmente en España no abandona el territorio nacional debiendo hacerlo, bien por haberse extinguido la vigencia de su visado, o por no haberle sido concedida la renovación de las autorizaciones temporales.



# CAPÍTULO 2

## Mujer inmigrante y el derecho a la reagrupación familiar

*¿Cuáles son las modalidades de reagrupación familiar a las que puede acogerse una mujer inmigrante?*

Existen fundamentalmente dos modalidades de reagrupación familiar:

### 2.1 MUJER REAGRUPANTE

**Normativa aplicable:** 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).

*¿A qué familiares puede reagrupar?*

- **Cónyuge.** La mujer inmigrante residente en España tendrá la posibilidad de reagrupar a su cónyuge siempre que no se encuentre separada de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley.

En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge, aunque su ley personal admita esa posibilidad matrimonial.

De encontrarse casada en segundas o posteriores nupcias, por la disolución de cada uno de los anteriores matrimonios, sólo podrá reagrupar al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento judicial que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos e hijas comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos e hijas menores, o mayores en situación de dependencia.

En la disolución por nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos e hijas comunes, así como la indemnización que proceda en su caso (art. 17 LOE).

Todas las referencias al matrimonio contenidas en nuestro ordenamiento jurídico, han de entenderse aplicables tanto al matrimonio entre dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo [Disposición Adicional 1ª de la Ley 13/2005, de 1 de julio (BOE de 2 de julio de 2005)]. Lo anterior 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 mujer extranjera que resida en nuestro país, siempre que se trate de un matrimonio válido.

En cuanto a las relaciones de análoga afectividad a la conyugal, quedarán equiparadas al cónyuge a todos los efectos previstos para la reagrupación familiar y siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España.

**- Descendientes.** La mujer inmigrante podrá reagrupar a sus hijos e hijas, incluidos los adoptados, y a los de su cónyuge, siempre que sean menores de 18 años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud (art. 17.1 b LOE). Nunca podrá reagrupar a los hijos o hijas mayores de 18 años, aún cuando sigan viviendo a sus expensas.

Cuando los hijos o hijas lo sean sólo de uno de los cónyuges se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o que le haya sido otorgada la custodia y estén efectivamente a su cargo. Dicho requisito tiene por finalidad evitar, en la medida de lo posible, la sustracción internacional de menores. En el supuesto de los hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España.

**- Ascendientes.** Tendrá la posibilidad de reagrupar a sus ascendientes y a los de su cónyuge siempre que: lo sean en primer grado, se trate de mayores de sesenta y cinco años, vivan a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España (art. 17.1 d LOE). Además y conforme a lo dispuesto en el artículo 18.1 de la LO 2/2009 así como en la Instrucción DGI/SGRJ/08/2009, se determina como requisito añadido de cara a la reagrupación de un ascendiente, en los términos y requisitos establecidos en el artículo 17, que el reagrupante haya accedido a la condición de residencia de larga duración, lo que habrá de relacionarse de acuerdo

a lo establecido en el artículo 32 de la LOE. Excepcionalmente y cuando concurren razones de carácter humanitario, podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones previstas en esta ley.

- **Representados y representadas.** Las personas menores de 18 años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando la mujer sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español [artículo 17.1 c) LOE].

*Cuestión de interés:* El concepto de representante legal. Debe presuponerse que será conforme al ordenamiento jurídico extranjero y, en su caso, del certificado expedido por la autoridad extranjera. El modo de acreditación de tal representación, podrá ser mediante testamento, decisión judicial y, de constar inscrita la representación, el acta del Registro público.

### *¿Cuáles son las condiciones legales para solicitar la reagrupación?*

- **Residencia legal.** Podrá solicitar la reagrupación una vez obtenida la renovación de su autorización de residencia inicial, con excepción de la reagrupación de los familiares contemplados en el artículo 17.1 d) de la LOE (ascendientes), que solamente podrán ser reagrupados a partir del momento en el que la mujer reagrupante adquiera la residencia de larga duración. La reagrupación de los familiares de residentes de larga duración, de los trabajadores y trabajadoras titulares de la tarjeta azul de la U.E. y de las personas beneficiarias del régimen especial de investigadores, podrá solicitarse y concederse, simultáneamente, con la solicitud de residencia de la reagrupante<sup>10</sup>.

- **Vivienda adecuada.** La mujer debe acreditar documentalmente que dispone de una vivienda adecuada para atender sus necesidades y las de su familia (art. 18 LOE). La decisión de lo que se entiende por una vivienda adecuada le corresponde a los trabajadores sociales de cada Ayuntamiento, a través de un informe de habitabilidad que tienen que elaborar en un plazo máximo de 15 días. De no emitirse el informe en el plazo de

<sup>10</sup> Las estudiantes o investigadoras podrán solicitar los correspondientes visados de estancia para que sus familiares entren y permanezcan legalmente en España durante la duración de los estudios o investigación, de manera simultánea con la solicitud del visado de estudios (art. 89 Reg. LOE), sin que se exija un periodo de estancia previo. No obstante, sólo podrán reagrupar a su cónyuge o pareja de hecho e hijos/as menores de 18 años o incapacitados, pero no a sus ascendientes.

15 días, existe la posibilidad de acudir a un notario para que levante acta notarial mixta de presencia y manifestaciones.

**- Medios económicos suficientes.-** Lo normal es que se efectúe una aproximación sobre el Salario Mínimo Interprofesional y que se tengan en cuenta los miembros de la unidad familiar, sin perjuicio de considerar otras circunstancias en cada supuesto. 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 número de personas que pasarían a depender del solicitante a partir de la reagrupación”.

En la valoración de los ingresos, a efectos de la reagrupación, no computarán aquellos provenientes del sistema de asistencia social, pero se tendrán en cuenta otros ingresos aportados por el cónyuge que resida en España y conviva con la persona reagrupante.

En cuanto a la prueba de los medios económicos, y dependiendo de la situación laboral de la reagrupante, deberá de aportarse:

- a. De trabajar 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. De trabajar por cuenta ajena: contrato o acreditación formal de continuidad en la relación laboral, además de las tres últimas nóminas;
- c. De no trabajar: justificación de ingresos por la situación de inactividad.

**- Seguro médico.-** La mujer reagrupante deberá disponer de un seguro de enfermedad propio y para los familiares que pretenda reagrupar, con el fin de que las personas no se conviertan en una carga para la Seguridad Social del Estado miembro receptor.

### *¿Dónde deberá presentarse la solicitud?*

La mujer ha de solicitar la reagrupación personalmente y en modelo oficial (disponible en <http://extranjeros.mtas.es/> , impreso gratuito EX – 07, uno por cada familiar), en la Oficina de Extranjeros de su lugar de residencia. Deberá adjuntar a la solicitud todos los documentos que prueben los requisitos anteriormente señalados.

## 2.2 MUJER REAGRUPADA

En este apartado distinguiremos según el régimen legal al que esté sujeta la persona reagrupante.

### 2.2.1 Si la persona reagrupante es nacional comunitaria, EEE, suizo o español.

**Normativa aplicable:** El 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 Europeo (BOE núm 51, de 28 de febrero de 2007).

#### *¿Quién puede reagrupar a la mujer inmigrante?*

##### **- Cónyuge, pareja registrada y pareja de hecho**

- *Persona reagrupante nacional comunitario, del EEE o suizo:* la mujer puede ser reagrupada por su cónyuge siempre que no esté divorciada.
- *Persona reagrupante española:* la mujer puede ser reagrupada por su cónyuge siempre que no esté divorciada o separada legalmente.

**\*Cónyuge del mismo sexo.-** En aplicación de la Disposición Adicional 1ª de la Ley 13/2005, de 1 de julio, una nacional comunitaria, del EEE, suiza o española podrá reagrupar a su mujer, siempre que el matrimonio sea válido.

**\*Parejas registradas.-** Será posible la reagrupación cuando concurren los siguientes requisitos:

- a. Unión exclusiva, se consideran incompatibles entre si el matrimonio y la pareja registrada.
- b. El consentimiento se preste ante autoridad pública y se haya realizado en registro público<sup>11</sup> establecido a estos efectos en un Estado miembro de la UE o del EEE<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> La inexistencia en España de un Registro Central de parejas que mantengan una unión análoga a la conyugal (art. 2.b RD 240/2007) no debe perjudicar los intereses de los administrados. Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Burgos, de 26 de septiembre de 2008 (Sala de lo Contencioso Administrativo) resolución nº 476/2008, en la que se considera válida la inscripción en un Registro Municipal.

<sup>12</sup> En la UE los países que regulan las parejas registradas con las características descritas son: Alemania, Dinamar-

**\*Parejas de hecho.** Distinguimos dos supuestos:

- a. Se les facilitará la concesión de un visado de residencia, de encontrarse estas personas fuera de España.
- b. Se les facilitará una autorización de residencia por circunstancias excepcionales (art. 45 del Reg.LOE), de encontrarse irregularmente en territorio español.

A la pareja de hecho, no inscrita, no se le aplicará el régimen comunitario, sino el régimen general de extranjería (Disposición Final 3ª RD 240/2007).

### - Ascendientes

La mujer puede ser reagrupada por sus progenitores, o por uno de ellos con el consentimiento del otro, siempre que tenga menos de 21 años o tenga más de 21 años pero viva a sus expensas (art. 2 RD 240/2007).

### - Descendientes

- *Persona reagrupante nacional comunitario, del EEE o suizo:* la mujer puede ser reagrupada por su hijo/a o por el cónyuge o pareja registrada del hijo/a.

- *Persona reagrupante española:* cabe la reagrupación por su hijo/a o por el cónyuge o pareja registrada del hijo/a, a través del procedimiento previsto en la LOE (Disposición Final 3ª RD 240/2007).

### - Otros familiares

La mujer también puede ser reagrupada por otro familiar con quien mantenga un parentesco hasta el segundo grado, si está a su cargo y ello a través del procedimiento previsto en la LOE (Disposición Final 3ª RD 240/2007).

## ¿Qué documentos necesita para entrar en España?

- Si residía en un Estado miembro de la UE, bastará para la entrada el pasaporte y la tarjeta de residente comunitario, válida y en vigor, expedida por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y que eximirá de la obligación de obtener el visado de entrada (art. 4 RD 240/2007). Esta tarjeta

---

ca, Países Bajos, Bélgica, Francia, Portugal, Suecia, Finlandia, Reino Unido, Luxemburgo, Polonia, Suiza, Eslovenia Lituania y República Checa. De haber formalizado la mujer inmigrante su unión en alguno de estos países con una persona nacional comunitaria o española no tendrá ningún problema para residir en España con su pareja registrada (art. 2 RD 240/2007)

sólo será efectiva para la entrada en España, una vez aquí, si se pretende residir más de 3 meses, habrá de solicitarse otra conforme a lo establecido en el artículo 8 del RD 240/2007.

- Si residía en un tercer Estado, además del pasaporte válido y en vigor, podrá necesitar un visado de entrada cuando así lo disponga el 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 esa obligación. La expedición de dichos visados será gratuita y su tramitación tendrá carácter preferente cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él.

*En base a lo anterior, y de requerirse visado, deberá actuarse del siguiente modo:*

\* *La solicitud del visado de entrada*, se gestionará ante el Consulado de España del lugar en el que esté residiendo (sea en su Estado de origen o en cualquier otro Estado que no sea de la UE/EEE o Suiza). La expedición será gratuita y su tramitación tendrá carácter preferente (art. 4.2 RD 240/2007).

*Cuestión de interés:* De no disponerse de los documentos de viaje necesarios para la 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)

### *¿Puede la mujer reagrupada trabajar en España?*

**Sí**, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, en las mismas condiciones que los españoles y las españolas (siempre que no sea menor de 16 años, art. 6 del RD 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo (SNE), ni existirá limitación geográfica alguna. De lo expuesto se deduce que podrá trabajar en todo el territorio nacional. No obstante, será necesario solicitar la tarjeta de residente comunitario, que no es un requisito específico para trabajar sino para residir en España por un período superior a tres meses (art. 8 RD 240/2007).

### 2.2.2 Si la persona reagrupante es nacional de un tercer Estado.

**Normativa aplicable:** La Ley Orgánica 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).

#### *¿Quién puede reagrupar a la mujer inmigrante?*

Se dan por reproducidos todos los supuestos analizados en el apartado anterior, relativos a la persona reagrupante nacional comunitaria, EEE, suizo o español, adaptados al presente epígrafe.

#### *¿Qué documentos necesita para entrar en España?*

##### **- Pasaporte y visado de reagrupación familiar.**

Para la obtención del visado:

- a. La persona reagrupante deberá solicitar la reagrupación en España, en la Oficina de Extranjeros, reuniendo los mismos requisitos analizados en el primer epígrafe: renovación de su autorización de residencia inicial, vivienda adecuada, medios económicos suficientes y seguro médico.
- b. En el plazo de dos meses, desde la notificación a la persona reagrupante de la concesión de la autorización, la mujer que vaya a ser reagrupada deberá solicitar personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida. El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, si media causa que lo justifique, podrá determinar la misión diplomática u oficina consular diferente a la anterior en la que corresponda presentar la solicitud de visado.

Excepcionalmente, en aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 2 de la Disposición Adicional 3ª de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, la misión diplomática u oficina consular aceptará la presentación por representante legalmente acreditado cuando existan motivos fundados que obstaculicen el desplazamiento del solicitante, como la lejanía de la misión u oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso o razones acreditadas de enfermedad o condición física

que dificulten sensiblemente su movilidad. En el caso de tratarse de un menor, podrá solicitarlo un representante debidamente acreditado (art. 43 Reg.LOE)

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 o documento equivalente, en el caso de solicitante mayor de edad penal, que debe ser 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.
- Copia de autorización de residencia notificada a la persona reagrupante.
- Documentación original que acredite los vínculos familiares (certificado matrimonial, libro de familia, resolución que acredite la representación legal...) debidamente legalizada o apostillada y traducida y, en su caso, la edad y la dependencia legal o económica .
- Certificado médico con el fin de acreditar que no se padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento Sanitario Internacional.

La misión diplomática u oficina consular, en atención al cumplimiento de los requisitos exigidos, notificará la concesión del visado, en su caso, en el plazo máximo de dos meses, y deberá ser recogido por la solicitante, personalmente, salvo en el caso de menores, en que podrá ser recogido por su representante. De no efectuarse en el plazo mencionado la recogida, se entenderá que la interesada ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del procedimiento. En el plazo de un mes desde su entrada, la mujer habrá de solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero (TIE).

### *¿Puede la mujer reagrupada trabajar en España?*

**Sí**, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia. La autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares la cónyuge o pareja con análoga relación de afectividad, y los hijos e hijas reagrupados cuando alcancen la edad laboral, habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo.



# CAPÍTULO 3

## La mujer inmigrante y la autorización de residencia independiente

Los requisitos para la obtención de un Derecho de residencia independiente variarán según las circunstancias personales de la mujer inmigrante.

### 3.1 DIVORCIO O DISOLUCIÓN DE LA PAREJA REGISTRADA

*¿Puede la mujer inmigrante perder su autorización de residencia, tras la nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o disolución de la pareja registrada?*

El contexto variará según estemos ante el Régimen Comunitario o el Régimen General de Extranjería.

#### 3.1.1 Régimen comunitario, EEE, suizo o español.

En los supuestos de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada, la mujer perdería automáticamente los derechos y beneficios derivados de su unión, salvo que sea residente de larga duración.

No obstante, y conforme al art. 9 del RD 240/2007, no supondrán la pérdida del derecho de residencia si se dan los siguientes presupuestos:

- a. Que el matrimonio o unión registrada haya durado un mínimo de tres años, de los cuales deberá de acreditarse que al menos uno de los años han convivido en España.
- b. Que la custodia de los hijos e hijas del ciudadano de la Unión hubiera sido confiada a la mujer.
- c. Cuando se acredite que han existido circunstancias especialmente difíciles como haber sido víctima de violencia de género durante el matrimonio o si-

tuación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista una Orden de Protección a su favor o Informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia de género, y con carácter definitivo cuando haya recaído sentencia en la que se declare que se han producido las circunstancias alegadas.

- d. Resolución judicial o mutuo acuerdo entre las partes que determine el derecho de visita, al hijo/a menor, del ex cónyuge, cónyuge separado legalmente o ex pareja registrada que no sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando el/la menor resida en España y dicha resolución o acuerdo se encuentre vigente.

De modo que, transcurridos 6 meses desde que se produjera cualquiera de los supuestos anteriores, salvo que sea residente de larga duración, la mujer deberá solicitar una autorización de residencia, o de residencia y trabajo, de conformidad con lo previsto en el artículo 96.5 del Reg.LOE o, dicho de otra forma, deberá pasar del régimen comunitario al régimen general de la LOE a través de la fórmula que establece el citado artículo.

### 3.1.2 Régimen general de extranjería.

La renovación de la autorización de residencia dependerá de que se reúnan los requisitos establecidos para la permanencia en España, conforme a lo dispuesto en el RegLOE, debiendo acreditar medios económicos suficientes o bien contar con una oferta laboral.

## 3.2 FALLECIMIENTO DEL CÓNYUGE O PAREJA REGISTRADA

*¿Y para el caso de haber fallecido el cónyuge o pareja registrada de la mujer inmigrante?*

También aquí diferenciaremos según la procedencia de la persona fallecida:

### 3.2.1 Régimen comunitario, EEE, suizo o español.

De haber residido en España antes del fallecimiento de su marido o pareja registrada, se mantendrá en el régimen comunitario durante 6 meses (art. 9.2 RD 240/2007). Transcurridos seis meses desde el fallecimiento, y salvo que haya adquirido el derecho

a ser residente de larga duración, 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.

### 3.2.2 Régimen general de extranjería.

La renovación de la autorización de residencia dependerá de que se reúnan los requisitos establecidos para la permanencia en España, conforme a lo dispuesto en el RegLOE, debiendo acreditar medios económicos suficientes o bien contar con una oferta laboral.

## 3.3 SITUACIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Con carácter previo al desarrollo de este apartado hemos de resolver las siguientes cuestiones:

*¿Tiene la mujer inmigrante derecho a una protección judicial y policial efectiva cuando se produzca una situación de Violencia de Género?*

**Sí**, entendiéndose por violencia de género tanto la violencia física como la psíquica, ejercida sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por relaciones análogas de afectividad y cualquiera que sea el régimen (de asilada o apátrida, comunitario o general) al que aquélla se halle sujeta, e independientemente de la situación concreta en la que la misma se encuentre (residencia, estancia o situación irregular). La protección será la que ofrece nuestra legislación conforme a lo dispuesto en: la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica<sup>13</sup>; la Ley Orgánica 1/2004, de 8 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género<sup>14</sup>; y en las leyes aprobadas, dentro de su ámbito competencial, por las diversas Comunidades Autónomas, como es el caso de la Ley andaluza 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género<sup>15</sup>.

Así se deduce del artículo 17 de la Ley Orgánica 1/2004, cuando proclama que los derechos que en ella se reconocen quedan garantizados a “todas las mujeres víctimas

<sup>13</sup> BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003.

<sup>14</sup> BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

<sup>15</sup> BOJA núm. 247, de 18 de diciembre de 2007.

de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En cualquier caso, la puesta en marcha de los mecanismos de protección arbitrados por la Ley queda supeditada al acto de presentación de la denuncia y solicitud de una Orden de Protección que, según la Ley 27/2003, va a poder formular en cualquiera de los lugares habilitados al efecto la propia víctima, o cualquier otra persona que tenga con ella alguna de las relaciones de parentesco o afectividad a que se refiere el vigente artículo 173 del Código Penal.

### *¿Puede la mujer inmigrante solicitar el asilo por razones de Violencia de Género?*

**Sí**, la condición de refugiada se le reconocerá cuando, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de género, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no puede o no quiere acogerse, a causa de dichos temores, a la protección de su país. También podrá acogerse a este régimen especial la mujer apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, siendo requisito que no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de denegación o revocación del artículo 9 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria <sup>16</sup>.

Además, conviene añadir que la Disposición Adicional 3ª de la antigua Ley de Asilo 5/1984, introducida por la Disposición Adicional 29ª de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>17</sup>, ya incluía entre las causas que justifican la concesión de asilo -art. 3.1º de la antigua Ley 5/1984-, el hecho de

<sup>16</sup> BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

<sup>17</sup> BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

\* Téngase presente que la condición de asilado o refugiado se podrá reconocer a toda aquella persona que se vea obligada a abandonar su país de origen por tener fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país. Por su parte, el estatuto de apátrida se podrá atribuir a aquella persona a quien ningún Estado considere, conforme a su legislación, nacional suyo.

\*\* Adviértase que la mujer para que pueda disfrutar de la condición de asilada o apátrida es preciso que su matrimonio sea anterior al reconocimiento, por parte de las autoridades españolas, del estatuto de asilado o apátrida a favor de su cónyuge;

que la mujer extranjera se haya visto obligada a huir de su país de origen por el temor fundado a sufrir persecución por razones de género.

### *¿Puede la mujer inmigrante solicitar la Orden de Protección ante una situación de riesgo?*

**Sí**, aunque no siempre haga uso de tal posibilidad. Y ello no sólo por el miedo que, como víctima de dicha violencia, tiene a denunciar, sino también por el temor a que su situación administrativa en España, de ser regular, pueda verse afectada por variar las circunstancias que dieron lugar a su permanencia legal, o, en su caso, de hallarse en situación irregular, por el temor a ser descubierta y que ello origine la incoación del correspondiente expediente de expulsión.

### *¿ En que consiste una Orden de Protección?*

La orden de protección constituye la principal medida para proteger a las víctimas de la violencia de género. Esta medida se reguló por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica y que introdujo el art. 544 ter en la LECrim. En esta línea se pronuncia la Ley Integral (LO 1/2004, de 28 de diciembre) cuando establece ( art. 62) que mediante la orden de protección se pretende garantizar la seguridad de la víctima y la de sus hijos e hijas, todo ello a través de la articulación de las siguientes medidas:

- Civiles (art. 544 ter apartado 7 de la LECrim),
- Penales (por la vía del art. 544 bis de la LECrim o las que se estimaran procedentes por la del art. 13 de la LECrim),
- Sociales ( Fondo de Garantía del pago de alimentos, Renta Activa de Inserción – RAI- y art. 27 de la LO 1/2004) o
- Administrativas (por ejemplo, que la mujer extranjera con estancia irregular, víctima de violencia de género, pueda iniciar la regularización de su situación).



# CAPÍTULO 4

## Orden de Protección y repercusión en la situación administrativa de la mujer extranjera víctima de violencia de género

La repercusión de una Orden de Protección sobre la mujer víctima de violencia de género queda supeditada a la situación administrativa de la misma, y se distinguen las siguientes situaciones:

### 4.1 MUJER EN SITUACIÓN REGULAR "DEPENDIENTE" DEL AGRESOR

#### 4.1.1 Régimen comunitario.

##### \* **Mujer en situación de estancia**

La falta de previsión específica en el RD 240/2007 permite que la mujer inmigrante víctima de violencia de género prolongue su permanencia legal, y con carácter subsidiario estaremos a lo dispuesto en la normativa general sobre extranjería.

Así pues, y ante la falta de normativa específica aplicable a los nacionales de la UE, EEE y Suiza y a sus familiares, se impone el recurso, con carácter subsidiario, a lo establecido en la normativa general sobre extranjería. De modo que podrá solicitar y obtener una autorización de residencia por circunstancias excepcionales en la modalidad de autorización por razones humanitarias (art. 31 LOE y 45.4º Reg.LOE), siempre y cuando se cumplan los requisitos que a tal efecto se exijan.

##### \* **Mujer en situación de residencia**

El artículo 9.4º del RD 240/2007 reconoce a la mujer inmigrante, sujeta al régimen comunitario y en situación de residencia, que no haya adquirido, de conformidad con el artículo 10 del referido texto, el derecho a ser residente de larga duración ( por no residir legalmente durante un periodo continuado de 5 años), la posibilidad de conservar su derecho de residencia una vez obtenida la sentencia de nulidad matrimonial o de divorcio (o asimismo, en caso de ser cónyuge de un

nacional español, sentencia de separación legal<sup>18</sup>) o haber conseguido la cancelación de su inscripción como pareja registrada.

Podrá conservar su derecho de residencia siempre que acredite alguno de los siguientes supuestos:

1. Duración de al menos tres años del matrimonio o situación de pareja registrada, con anterioridad al inicio del procedimiento judicial de nulidad del matrimonio, divorcio o separación legal, o de la cancelación de la inscripción como pareja registrada, de los cuales, al menos uno, deberá haber transcurrido en España;
2. Otorgamiento por mutuo acuerdo o decisión judicial, de la custodia de los hijos e hijas del ciudadano comunitario, al ex cónyuge o ex pareja registrada que no sea ciudadano de un Estado miembro de la UE o del EEE (ni de Suiza);
3. Concurrencia de circunstancias especialmente difíciles, como haber sido víctima de violencia de género durante el matrimonio o situación de pareja registrada, extremo éste que se considerará acreditado:
  - De manera provisional, cuando exista una Orden de Protección a su favor o Informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia de género.
  - Con carácter definitivo, cuando haya recaído sentencia en la que se declare que se han producido las circunstancias alegadas.
4. Resolución judicial o mutuo acuerdo entre las partes que determine el derecho de visita al hijo menor, del ex cónyuge, cónyuge separado legalmente (para el caso de la mujer casada con español) o ex pareja registrada que no sea ciudadano de un Estado miembro de la UE o del EEE (ni de Suiza), cuando el/la menor resida en España y dicha resolución o acuerdo se encuentre vigente.

La duración del régimen de residencia comunitaria se mantendrá sólo durante el plazo de seis meses, plazo que, pese al silencio del legislador, cabe entender que comienza a contarse desde que recae la correspondiente resolución judicial de nulidad, divorcio o separación legal o se lleva a cabo la cancelación de la correspondiente inscripción como pareja registrada.

---

<sup>18</sup>La Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (DOUE núm. L 158, de 30 de abril de 2004), cuya transposición al Derecho español lleva a cabo el RD 240/2007, solo alude en su artículo 13, entre los supuestos de mantenimiento del derecho de residencia de los miembros de la familia de ciudadano comunitario, al divorcio, a la anulación del matrimonio y al fin de la unión registrada. Por ello, la referencia en el artículo 9 del RD 240/2007 a la separación matrimonial solo puede entenderse aplicable a los miembros de la familia de ciudadano español, respecto de los cuales no queda vinculado el legislador español por lo establecido en la Directiva.

Sin embargo, el legislador contempla la posibilidad de prórroga del citado plazo en los supuestos de violencia de género, hasta el momento en que se dicte la correspondiente sentencia de condena, sea ésta por falta o por delito (el artículo 9.4º del RD 240/2007 no exige que la condena sea por delito).

Así pues, cuando se encuentre en cualquiera de las situaciones a las que alude el artículo 9.4º del RD 240/2007, incluida la de violencia de género, la mujer está obligada dentro del plazo de 6 meses a solicitar el cambio de régimen, para lo que demandará a las autoridades españolas competentes una autorización de residencia, conforme a lo previsto en la normativa general de extranjería, concretamente en el artículo 96.5º del Reg.LOE.

La obtención de tal autorización dependerá de que la mujer reúna alguno de los siguientes requisitos:

1. Estar en alta como trabajadora, en el régimen correspondiente de la seguridad social, ya sea por cuenta ajena o propia.
2. Disponer, tanto para sí como para los miembros de su familia, de recursos suficientes (en este punto, hay que tener en cuenta el derecho de las víctimas de violencia de género a percibir, en ciertas circunstancias, ayudas sociales, conforme al artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004).
3. En el momento de la solicitud, ser miembro de la familia, ya constituida en España, de una persona que cumpla estos requisitos, obteniendo en estos dos últimos casos una autorización de residencia sin más, que no la habilita para trabajar.

No obstante, en cualquier momento y al amparo de lo dispuesto en el artículo 96.5 del Reg.LOE, podrá obtener la conversión a una autorización de residencia y trabajo, a fin de poder trabajar en España, siempre y cuando, o cumpla los requisitos laborales exigidos en el artículo 50 del Reg.LOE, salvo los previstos en las letras a) y f), si lo que desea es trabajar por cuenta ajena (supuesto en el que será el empleador el sujeto legitimado para presentar la solicitud), o bien reúna los requisitos del art. 58, excepto el de la letra f), si lo que pretende es desarrollar un trabajo por cuenta propia (siendo en este caso la propia interesada la que ha de presentar la solicitud). El plazo de residencia legal de un año que, con carácter general, prevé el párrafo 1º del artículo 96 del Reg.LOE, no le resultará exigible por aplicación analógica de lo establecido en su párrafo 3º.

La modalidad de autorización de residencia y trabajo, o exclusivamente de residencia, que la mujer obtenga – sea inicial, primera renovación o segunda renovación- dependerá

del tiempo que lleve ésta residiendo en España, bajo régimen comunitario, en el momento de la solicitud.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 9.4º del RD 240/2007, y teniendo presente que la orden de protección, el procedimiento de crisis matrimonial o, en su caso, la cancelación de inscripción registral como pareja, así como la responsabilidad penal, no siempre van en unidad de acto, es por lo que consideramos conveniente distinguir las siguientes situaciones:

1. Solicitud y obtención de la Orden de Protección sin que se haya iniciado procedimiento de crisis matrimonial o cancelación de la inscripción registral como pareja.

En este apartado hemos de valorar dos supuestos distintos:

- La mujer solicita a posteriori la nulidad, el divorcio o la separación legal, o, en su caso, la cancelación de la inscripción registral como pareja.

En este primer caso, y con carácter general, la mujer mantendrá su derecho de residencia bajo régimen comunitario hasta en tanto recaiga la correspondiente resolución judicial civil. No obstante, caben a su vez dos posibilidades:

- a. Que la sentencia civil sea posterior a la sentencia penal.
- b. Que la sentencia civil sea anterior a la sentencia penal.

El criterio para el cómputo de los 6 meses que ha de tener la mujer en cuenta a la hora de solicitar el cambio del régimen comunitario al régimen general de extranjería, será el de la sentencia civil dictada. De agotarse dicho plazo sin haber recaído sentencia penal, se prorrogará hasta en tanto se dicte ésta última. No obstante, para que ello surta efecto será necesario que la referida sentencia penal sea de condena. De lo contrario, la mujer que no haya solicitado de inmediato el cambio de régimen tras haber obtenido la sentencia civil, pasará automáticamente a encontrarse en situación irregular, sin perjuicio de que pueda acogerse a los supuestos de regularización por arraigo previstos en el artículo 45.2º del Reg.LOE .

- La mujer no solicita la nulidad, el divorcio o la separación legal, ni, en su caso, la cancelación de la inscripción registral como pareja.

En este segundo supuesto, ni la orden de protección que se conceda, ni la resolución judicial penal que en su momento se dicte, aunque sea de condena, tendrán incidencia alguna en la situación de la mujer víctima de violencia de género, quien, al seguir vinculada a su cónyuge o pareja, continúa amparada por el régimen comunitario.

2. Solicitud y obtención de la Orden de Protección estando pendiente el procedimiento sobre crisis matrimonial iniciado o de la cancelación de la inscripción registral como pareja.

Al igual que se dijera en el supuesto anterior, la mujer mantendrá su derecho de residencia bajo régimen comunitario hasta en tanto el órgano jurisdiccional civil que estuviera conociendo de la crisis matrimonial o de la cancelación de la inscripción registral de tratarse de una pareja, dicte su resolución, y, de ser la sentencia civil anterior a la resolución penal, podrá prorrogarse el citado plazo siempre que la sentencia sea condenatoria.

De adoptarse primeramente la resolución penal, la mujer mantendrá su derecho de residencia bajo régimen comunitario hasta en tanto recaiga la sentencia civil, comenzando sólo entonces a correr el plazo de 6 meses del que dispone para solicitar el cambio de régimen.

3. Solicitud y obtención de la Orden de Protección tras dictarse sentencia en el procedimiento de crisis matrimonial o conseguida la cancelación de la inscripción registral como pareja.

En este tercer supuesto será preciso diferenciar dos situaciones:

- La mujer, aunque solicita y obtiene la orden de protección tras haber recaído sentencia sobre crisis matrimonial o conseguida la cancelación de la inscripción registral como pareja, fue víctima de violencia durante el matrimonio o situación de pareja y lo sigue siendo con posterioridad.

En esta situación, distinguimos las siguientes posibilidades:

- La mujer se encuentra en alguno de los supuestos previstos en las letras a), b) y d) del artículo 9.4º del RD 240/2007.

Ello la hará beneficiaria, desde el mismo momento en que recae la sentencia civil, del plazo de 6 meses previsto en el último inciso del referido precepto para solicitar el cambio del régimen comunitario al régimen general de extranjería.

En este sentido, conviene señalar que la solicitud y obtención de una orden de protección dentro del mencionado plazo determinará la ampliación de éste último hasta en tanto recaiga la correspondiente sentencia penal. Pero tal ampliación, como ya se ha indicado anteriormente, solo será efectiva de tratarse de una sentencia condenatoria. De no ser así, deberá entenderse la ampliación como no verificada, por lo que, de no haber solicitado la mujer el cambio al régimen general de extranjería en el plazo preceptivo de los 6 meses, pasará la mujer a encontrarse automáticamente en situación irregular, al estimarse que aquélla dejó de estar bajo régimen comunitario el último día del referido plazo de 6 los meses. La única posibilidad de regularización que en tal caso tendrá la mujer será, como ya hemos indicado anteriormente, mediante el arraigo (art. 45.2º Reg.LOE).

En cambio, de solicitarse y obtenerse la orden de protección transcurridos 6 meses desde que recayó la sentencia que hubiere puesto fin al procedimiento de crisis matrimonial, o acordada la cancelación de la correspondiente inscripción registral como pareja, la obtención de aquélla no tendrá ningún efecto en el régimen de la mujer ya que ésta habrá debido proceder al cambio de régimen, debiendo contar con la preceptiva autorización de residencia correspondiente al régimen general de extranjería.

- La mujer no se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en las letras a), b) y d) del artículo 9.4º del RD 240/2007.

En este caso, carecerá del derecho al plazo adicional de los 6 meses, debiendo solicitar de inmediato el cambio al régimen general de extranjería mediante la obtención de una autorización de residencia (artículo 96.5º del Reg.LOE), de lo contrario pasará a encontrarse en situación irregular.

Consecuentemente, de haber solicitado y conseguido la mujer la preceptiva autorización de residencia, en el marco del régimen general de extranjería, la obtención de una orden de protección no surtirá efecto alguno.

Cuestión distinta, es que la mujer haya pasado de estar amparada por el régimen comunitario a encontrarse en situación irregular. En este caso, la obtención de la referida orden de protección y de reunirse los requisitos establecidos en el artículo 31 bis y 45.4º a) del Reg. LOE, podrá obtener una autorización de residencia y de trabajo por razones humanitarias.

- La mujer no fue víctima de violencia de género durante el matrimonio o situación de pareja, pero lo es tras haber recaído sentencia sobre crisis matrimonial o conseguida la cancelación de la inscripción registral como pareja.

De encontrarse en alguno de los supuestos previstos en las letras a), b) y d) del artículo 9.4º del RD 240/ 2007, y de haber obtenido la orden de protección, la mujer, a fin de evitar encontrarse en situación irregular, deberá solicitar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96.5º del Reg.LOE., una autorización de residencia en el plazo estricto de los 6 meses computados a partir de la sentencia civil.

#### 4.1.2 Régimen de asilada o apátrida y régimen general de extranjería.

##### **\* Mujer en situación de estancia.**

##### *¿Cómo podrá asegurar su permanencia legal en España?*

El legislador español no establece disposición específica tendente a garantizar la continuidad de la situación legal en España de la mujer, no pudiéndosele aplicar por analogía lo establecido en el artículo 41 del Reg.LOE, referido a los familiares con residencia dependiente, puesto que la situación de la mujer en el supuesto que ahora nos ocupa es de estancia

Lo anterior, en ningún caso significa que la mujer no tenga la posibilidad de asegurar su permanencia legal en España. Efectivamente, además de poder solicitar el arraigo previsto en el artículo 45.2º del Reg.LOE, podrá en todo caso recurrir a la vía que específicamente arbitra el legislador español, en los artículos 31 bis de la LOE y 45.4º del RegLOE referido a “razones humanitarias, para garantizar la permanencia en España de las mujeres extranjeras en situación irregular y víctimas de violencia de género, a la que ya se ha aludido y a la que, más adelante, nos referiremos detenidamente.

##### **\* Mujer en situación de residencia.**

##### *¿Puede obtener una autorización de residencia temporal independiente?*

**Sí**, podrá acceder a una autorización de residencia temporal independiente siempre que la agresión física o psíquica haya sido ejercida por su cónyuge o pareja que ostente la condición de asilado o por su cónyuge apátrida. A falta de previsión específica en la legislación

española sobre asilo y apatridia, habrá que estarse, y por aplicación analógica, a lo dispuesto en la normativa general de extranjería, en concreto en el artículo 41 del Reg.LOE.

Conforme al citado precepto y además del supuesto en el que la mujer no separada pudiera obtener una autorización independiente cuando haya residido en España durante 5 años (art. 41.1º Reg.LOE), aquélla tendrá derecho a obtener una autorización de residencia temporal independiente de ser víctima de violencia de género, circunstancia que acreditará con la correspondiente orden judicial de protección o Informe del Ministerio Fiscal indicativo de la existencia de violencia de género [arts. 41.2º b) Reg.LOE y 19.2 LOE].

### *¿ Puede trabajar en España una vez obtenida la autorización de residencia temporal independiente?*

**Sí**, en caso de que la cónyuge reagrupada fuera víctima de violencia de género y sin necesidad de que se haya cumplido el requisito de disponer de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades, podrá obtener la autorización de residencia y trabajo independiente, desde el momento en que se hubiera dictado a su favor una Orden de Protección o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género (art. 19.2 LOE).

## **4.2 MUJER EN SITUACIÓN REGULAR "INDEPENDIENTE" DEL AGRESOR**

En principio su situación legal en España no va a verse afectada ni por la orden de protección que en su favor se dicte, venga o no seguida de sentencia penal de condena, ni por la nulidad, divorcio o separación legal que se pueda llegar a acordar.

### *¿Que efectos tendrá la solicitud de una Orden de Protección sobre su situación legal en España?*

#### **\* Mujer en situación de estancia.**

Si es de corta duración bien por turismo, visita familiar, o en otros supuestos, sí que se producirá una eventual repercusión de la citada orden en la situación jurídica de la

mujer, pues, en tal caso, nada impide que la víctima, una vez obtenida la correspondiente orden de protección, solicite una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, de conformidad con lo previsto en los ya mencionados artículos 31 de la LOE y 45.4 a) Reg.LOE. Esta posibilidad queda igualmente al alcance de la mujer víctima de violencia de género que, hallándose en España en situación de estancia por estudios (estancia de larga duración), desee pasar a la situación de residencia y no lo pueda hacer por el cauce previsto en el artículo 95 del Reg.LOE.

### **\* Mujer en situación regular con autorización de residencia temporal.**

En el supuesto de disponer la mujer de una autorización de residencia temporal independiente, podrá obtener, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 del Reg.LOE, una autorización de residencia temporal y trabajo, sea ésta por cuenta ajena -siempre que cumpla los requisitos del artículo 50, salvo los de las letras a) y f)- o propia -de reunir los requisitos del artículo 58, excepto el de la letra f)-, no debiéndosele exigir por aplicación analógica de lo establecido en el párrafo 3º del artículo 96, el plazo de un año de residencia legal en España previsto con carácter general en el párrafo 1º del artículo 96.

Para concluir diremos que en ambos supuestos, la mujer víctima de violencia de género cuyo título de permanencia en España no la habilite para trabajar (cuando disponga por ejemplo de una autorización de residencia temporal independiente o de una autorización independiente de estancia por estudios -pues tanto la autorización de residencia de larga duración como la de residencia temporal y trabajo sí que lo hacen-) y por la ruptura con el agresor se vea abocada a trabajar para poder mantenerse, tendrá la posibilidad de solicitar de la autoridad española competente la concesión de una autorización que la habilite a tal efecto. Así:

- De hallarse en régimen de estancia por estudios, puede proceder al cambio de su situación por una autorización de residencia y trabajo, siempre y cuando cumpla los requisitos que a tal efecto exige el artículo 95 del Reg.LOE, previa presentación de la solicitud de autorización de residencia y trabajo por parte del empleador (pues solo se le permitirá trabajar por cuenta ajena). De no ser así, podrá conseguir, también previa solicitud por parte del empleador, la autorización especial para trabajar por cuenta ajena que contempla el artículo 90 del Reg.LOE, autorización ésta última que requiere para su concesión el cumplimiento de estrictos requisitos, quedando además sujeta a importantes límites de carácter temporal y geográfico.

- De disponer la mujer de una autorización de residencia temporal independiente, podrá obtener, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 del Reg.LOE, una autorización de residencia temporal y trabajo, sea ésta por cuenta ajena –siempre que cumpla los requisitos del artículo 50, salvo los del apartado 2.b y 3.a o propia –de reunir los requisitos del artículo 58, excepto el apartado 2.b. no debiéndosele exigir tampoco en este caso, por aplicación analógica de lo establecido en el párrafo 3º del artículo 96, el plazo de un año de residencia legal en España previsto con carácter general en el párrafo 1º del artículo 96.

#### 4.3 MUJER EN SITUACIÓN REGULAR QUE DEBE RENOVAR SU AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO

Conforme al art. 54.4 y 5 del Reglamento de Extranjería, se renovará la autorización de trabajo por cuenta ajena si ha tenido una actividad de al menos tres meses por año y siempre y cuando acredite, entre otros supuestos, que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad (mujer obligada a dejar su puesto de trabajo por ser víctima de violencia de género, art. 45.1.n y 49.1.m del Estatuto de los Trabajadores, introducidos por la L.O. 1/2004).<sup>19</sup>

#### 4.4 MUJER EN SITUACIÓN IRREGULAR

*¿Puede obtener una autorización de residencia por ser víctima de violencia de género?*

**Sí**, antes de la última reforma de la LOE, la mujer extranjera en situación irregular podía solicitar y obtener una autorización de residencia por ser víctima de violencia de género.

El art. 45.4 a) del Reglamento de la LOE preveía esta posibilidad, al regular una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales en la modalidad de autorización por razones humanitarias, aclarando en su art. 46.3 que dicha solicitud sólo se podía presentar de haberse dictado a favor de la víctima una Orden judicial de Protección y se concedía en el momento en el que recayera la correspondiente sen-

<sup>19</sup>Instrucciones DGI/SGRJ/05/2008.

tencia de condena por delito (no por falta, a diferencia de la regulación existente para los familiares de ciudadanos comunitarios). Todo ello sin perjuicio de la Instrucción 14/2005, de 29 de julio, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular, y por la que si la autoridad policial detectaba a la mujer víctima de violencia de género en situación irregular, se iniciaría un procedimiento sancionador, que terminaría, como mínimo, con la imposición de una multa en el supuesto de dictarse sentencia de condena por delito relacionado con los actos de violencia sufridos.

Actualmente, la LO 2/2009, de 11 de diciembre, por la que se reforma la LO 4/2000, de 11 de enero, ha introducido un artículo 31 bis cuyo apartado 2º y siguientes dispone que la concesión de una orden de protección (o en su defecto Informe del Ministerio Fiscal) supone la posibilidad para la víctima extranjera en situación irregular de solicitar una autorización de residencia *y también de trabajo*, que se concederá una vez se dicte sentencia de condena, sin distinguir entre condena por delito o por falta de violencia de género, con la posibilidad, muy acertada a nuestro entender, de que en el intervalo del tiempo existente entre la solicitud de la autorización y su concesión - una vez dictada sentencia de condena - se le conceda una autorización provisional de residencia y de trabajo que le supondrá a la víctima la desvinculación económica de su cónyuge o pareja.

### *¿Ante que organismos debe denunciar cuando su situación administrativa sea irregular?*

Deberá acudir al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, o, en su caso, al Juzgado de Guardia del lugar en el que resida.

Se desaconseja denunciar y solicitar una orden de protección en Comisarías de Policía, puestos de la Guardia Civil o dependencias de las Policías Autonómicas o Locales. Y ello, por cuanto los funcionarios, además de atender debidamente a las mujeres víctimas de violencia de género, en cumplimiento del mandato que les viene impuesto por el art. 21 de la Ley Orgánica 1/2004, están obligados a dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad<sup>20</sup> y en la propia normativa de extranjería, y, dentro de ésta, en particular, a lo establecido en materia de infracciones y sanciones, debiendo, por tanto, proceder a la apertura del correspondiente procedimiento sancionador

<sup>20</sup>BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1986.

por estancia irregular en España. De lo que se deduce que la opción de presentar la solicitud de una orden de protección ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad resultará claramente perjudicial para la mujer inmigrante en situación irregular en los tres siguientes supuestos:

1. *Cuando la autoridad judicial no adopte medida de protección alguna, se dictará Acuerdo de Iniciación del expediente sancionador, tramitándose éste último por el procedimiento preferente, que concluirá generalmente con una resolución de expulsión, salvo que el instructor del procedimiento apreciare circunstancias que le aconsejen la conmutación de la sanción de expulsión por una sanción de multa.*
2. *Cuando la autoridad judicial dicte orden de protección, pero la mujer no solicite (en el plazo de un mes desde su adopción) la autorización de residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales (arts. 31.3 y 31 bis LOE), transcurrido el citado plazo se dictará Acuerdo de Iniciación del procedimiento sancionador, con las mismas consecuencias que en el supuesto anterior. Todo ello sin perjuicio de que si en cualquier momento, durante la tramitación del procedimiento, se tuviera constancia de la presentación por la interesada de la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales, aquél quedará en suspenso.*
3. *Cuando la autoridad judicial dicte orden de protección, la mujer solicite autorización de residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales (art. 31.3 y 31 bis LOE) pero la autorización no sea concedida, por haber recaído sentencia penal absolutoria. En este supuesto, se levantará la suspensión del procedimiento y se proseguirá su tramitación, finalizando normalmente con una resolución de expulsión.*

En cualquier caso, la opción de presentar la solicitud ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad será perjudicial aún cuando le sea concedida la orden de protección que posibilite su regularización en España. Y ello, porque en la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador siempre se va a decretar el pago de una multa a la que va a ser condenada la mujer. En este sentido, la Instrucción núm. 14/2005 es clara al establecer la sustitución de la expulsión por multa, y ésta última en la menor de las cuantías previstas en la LOE para la infracción cometida.

Consecuentemente, de optar la mujer por cualquier otra vía para la presentación de su solicitud de orden de protección se ahorrará el pago de la multa, sin tener que pagar más de lo que ya le obliga la normativa de extranjería en concepto de tasas, por la trami-

tación de la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales, como por la expedición de la tarjeta de identidad de extranjero, que la misma debe solicitar en el plazo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización de residencia <sup>21</sup>.

Finalmente, conviene insistir en la importante reforma introducida por la LO 2/2009 respecto a la LO 4/2000 cuando (en su art. 31 bis apartado 2º y siguientes) dispone que la concesión de una orden de protección (o en su defecto Informe del Ministerio Fiscal) supondrá la posibilidad para la víctima extranjera en situación irregular de solicitar una autorización de residencia *y también de trabajo*, la cual se concedería una vez se dictara sentencia de condena, sin distinguir la ley entre condena por delito o por falta de violencia de género, lo que supone un avance considerable en relación con la regulación anterior.

Gráficamente podemos sintetizar lo expuesto del siguiente modo:

REPERCUSIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN EN LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA MUJER EXTRANJERA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO <sup>22</sup>		
MUJER REGULAR "DEPENDIENTE" DEL AGRESOR	POSIBILIDADES	
	Régimen Comunitario	Régimen General, Asilada o Apátrida
Situación de estancia	-Autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales (art. 31.3 LOE y 45.4º RegLOE).	-Autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales (art. 45.2º y 45.4º del RegLOE).
Situación de residencia	-Residencia comunitaria (art. 9.4 RD 240/2007) por plazo de 6 meses, a contar desde sentencia civil o cancelación inscripción registral de pareja. Prorrogable hasta sentencia penal de condena ( falta o delito).  - Obligación de solicitar cambio al régimen general de extranjería en un plazo de 6 meses. Si la mujer no solicita cambio, puede pasar a situación irregular.	-Autorización de residencia temporal independiente (art. 41.2 RegLOE).

<sup>21</sup> Orden PRE/3654/2007, de 14 de diciembre (BOE núm. 300, de 15 de diciembre de 2007)

<sup>22</sup> Si la mujer extranjera es residente de larga duración la orden de protección no afecta a su situación administrativa.

MUJER EN SITUACIÓN REGULAR “INDEPENDIENTE” DEL AGRESOR <sup>23</sup>	POSIBILIDADES
Situación de estancia de corta duración (turismo, visita familiar u otros supuestos) y de larga duración (estancia por estudios).	- Autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales (sí Orden de Protección o Informe del Ministerio Fiscal art. 45.4º RegLOE-).
Situación de residencia temporal	- Autorización de residencia temporal y de trabajo por cuenta propia y ajena (art. 96 RegLOE)
MUJER EN SITUACIÓN “IRREGULAR”. POSIBILIDADES	
- Autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales (sí Orden de Protección o Informe del Ministerio Fiscal -art. 31 bis LOE y 45.4º RegLOE-). La autorización no se resolverá hasta finalización del procedimiento penal. - Autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera, concluirá cuando se conceda o deniegue definitivamente la autorización por circunstancias excepcionales (art. 31 bis).	

<sup>23</sup> Si la mujer extranjera está en situación regular independiente la Orden de Protección, en principio, no afecta a su situación legal en España.

# CAPÍTULO 5

## Adquisición por la mujer inmigrante de la nacionalidad española

La adquisición de la nacionalidad española por una mujer extranjera, derivada de su residencia legal en España, se rige por los artículos 21 a 23 del Código Civil y artículos 63 y siguientes de la Ley del Registro Civil (Ley de 8 de junio de 1957 y sus modificaciones).

En principio, el que la mujer sea víctima de violencia de género no influye en la posibilidad de adquirir la nacionalidad española por residencia.

No obstante, conviene resaltar que el Gobierno podría concederle la nacionalidad española por carta de naturaleza, al concurrir en ella circunstancias excepcionales, aunque esta vía de acceso a la nacionalidad española depende de la discrecionalidad del Gobierno y no es garantía de concesión.

Por tanto, lo más seguro será la solicitud de adquisición de la nacionalidad española por “residencia”, para lo que deberá presentar en el Registro Civil de su domicilio una solicitud de adquisición de la nacionalidad española, según el modelo normalizado que se encuentra disponible en la página web del Ministerio de Justicia (<http://www.justicia.es>), siempre que esté legitimada para ello y cumpla los requisitos establecidos en el artículo. 22 del Código Civil. Estos tramites no requieren de la intervención de Abogado/a ni de Procurador/a, aunque el artículo. 348 del RRC permita su asistencia.

La solicitud de la *nacionalidad española por residencia* -que debe ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud- exige un tiempo de residencia legal en España.

La mujer deberá llevar residiendo legalmente en España: 10 años, 5, 2 ó 1, según la situación jurídico-familiar en la que se encuentre, de manera continuada e inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud.

En este sentido, la jurisprudencia ha matizado (SSTS, Sala Tercera, de 23 de noviembre de 2000 , entre otras) el concepto de residencia continuada entendiéndolo que “*tal requisito debe ponerse en directa relación con el concepto de residencia que establece*

*el artículo 13.1 de la Ley 7/85 de modo que la no presencia física ocasional y por razones justificadas del territorio español no presupone el incumplimiento del requisito de residencia continuada siempre que no se traslade la residencia habitual y por ende el domicilio fuera del territorio español”* admitiéndose que *“la residencia continuada .... no significa que la misma sea tenida por absoluta, pues, según declaramos en nuestras Sentencias de veintisiete de julio de dos mil cuatro -recurso de casación 6085/2004- y veintidós de diciembre de dos mil tres -recurso de casación 4694/1999 -, el extranjero residente legalmente en España puede viajar fuera del territorio nacional, mientras que éstos viajes sean esporádicos o bien necesarios”* (STS 29 de noviembre de 2005).

Existe, además, un plazo abreviado de residencia del que se puede beneficiar la mujer extranjera cuando se den las siguientes circunstancias:

- a. Que haya contraído matrimonio con un/a ciudadano/a español/a y si al tiempo de la solicitud lleva un año casada y no está separada legalmente o de hecho, le bastará un año de residencia para la obtención de la nacionalidad española.
- b. Que a su vez concurren los siguientes requisitos:
  - En el momento de presentar la solicitud, y como ya se ha indicado en el apartado anterior, ha de estar casada con un/a ciudadano/a español/a. Aunque sea criticable, no se puede beneficiar de este plazo la mujer que conviva en pareja de forma estable sin estar unida por el vínculo conyugal.
  - El matrimonio debe ser válido en España.
  - El matrimonio debe haber tenido una continuidad de un año, computada desde el momento de la presentación de la solicitud hacia atrás.
  - Debe existir convivencia conyugal efectiva.
  - Debe haber residido en España legalmente, al menos durante un año. Lo anterior no significa que deba demostrar un año de residencia legal en España y otro año de matrimonio con un/a ciudadano/a español/a, pues bastará con un solo año si mientras reside legalmente en España está casada con español o española.

El matrimonio con español o española podrá probarse mediante certificado de matrimonio inscrito en el Registro Civil español y certificado literal de nacimiento del cónyuge español, lo que acreditará que no están divorciados. No bastará que el matrimonio esté inscrito en un Registro Civil extranjero, pues ello no significará que sea válido en España.

La convivencia conyugal se acreditará mediante el certificado de convivencia o empadronamiento conjunto y las declaraciones efectuadas por los contrayentes en la audiencia personal y reservada que mantengan con el/la Juez del Registro Civil del domicilio.

En el supuesto de separación, 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 debe influir. No obstante, en la práctica se ha denegado la nacionalidad española a una extranjera por recaer durante la tramitación del expediente ante la DGRN sentencia de disolución del vínculo matrimonial, lo que impide apreciar la exigida convivencia matrimonial (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 3 de julio de 2002). Igualmente se deniega la nacionalidad cuando no esté 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 esporádicamente (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 27 de junio de 2002).

Así pues y ante la pregunta ¿qué incidencia puede tener la violencia de género en la abreviación del plazo de residencia? Hemos de responder que el artículo 22.2º d) del Código Civil 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 debería exigirse a la mujer que siga conviviendo con su cónyuge cuando existan malos tratos y además se haya decretado una orden de alejamiento, en orden a poder cumplir los requisitos necesarios para la adquisición.

Por este motivo, en los supuestos de violencia de género, debe considerarse que existe causa justificada que avala la interrupción de la convivencia de hecho sin que ello implique el incumplimiento de los presupuestos normativos para adquirir la nacionalidad española por el plazo abreviado de un año. La tendencia actual a considerar que la separación conyugal, motivada por desavenencias conyugales, impide apreciar la existencia de convivencia a la hora de abreviar 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.

### *¿Cuáles son los supuestos en los que la mujer está legitimada para presentar la solicitud de nacionalidad española?*

- No ser española: Para el caso de que tenga dudas sobre su condición de nacional española, podrá solicitar una declaración de nacionalidad ante el JERC de su domicilio con valor de simple presunción.
- Haber perdido la nacionalidad española: En este supuesto lo procedente será la recuperación.
- Tener derecho a optar a la nacionalidad española por título derivativo: Adquisición por opción.

### *¿Qué requisitos debe reunir?*

Tal y como ya se ha apuntado, debe llevar residiendo legalmente en España 10 años, 5, 2 ó 1, según la situación jurídico-familiar en la que se encuentre. Dicha residencia legal deberá ser continuada e inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud. Además, la interesada deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española. Por ello, resultará esencial la acreditación de todos estos requisitos, para lo que deberá de aportarse, junto con la documentación requerida, los medios de prueba que se estimen oportunos.

### *¿En qué consiste la residencia legal en territorio español?*

La mujer debe tener concedida una autorización de residencia, conforme a la normativa de extranjería. No bastará una autorización de estancia (art. 33 LOE), se requiere una autorización de residencia temporal, o de larga duración (arts. 30 bis a 32 LOE); o de residencia por reagrupación familiar (arts. 17 LOE y 38 Reg.LOE); y en los supuestos de menores de edad, una autorización de residencia cuando estén tutelados por una Administración pública española (arts. 35 LOE y 92 Reg.LOE). De tener reconocida la condición de refugiada, será suficiente el documento de identidad, residencia y trabajo expedido a estos efectos.

*¿Podrá tenerse en cuenta, para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, el tiempo que la mujer haya estado en España con una autorización de estancia?*

Conforme al criterio del Servicio de Nacionalidad de la DGRN se computará, como parte del plazo de residencia, el tiempo en régimen de estancia siempre que se haya obtenido la autorización de residencia. Sin embargo, no estamos ante un criterio consensuado, pues existen casos en los que a una persona extranjera con derecho de asilo concedido no se le ha computado el tiempo de permanencia en España con tarjeta de estudiante (SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 21 de septiembre de 2004).

*¿En que consiste la continuidad de la residencia en España a los efectos de solicitud de la nacionalidad española?*

Como ya se ha dicho en repetidas ocasiones, el art. 22.3º del Código Civil exige que la residencia sea legal y continuada. Lo anterior implica:

1. Que la mujer debe residir legalmente en España durante todo el plazo de tiempo que tenga que completar de residencia. No basta haber entrado en España con el documento legal que le fuera exigible, según su situación, si durante el tiempo de permanencia en España no continúa su situación administrativa legal.
2. Que la residencia sea continuada en el sentido de no interrumpir su permanencia en España, a fin de garantizar la efectividad de su residencia y su vinculación con nuestro país. Esto no significa que no se le permita efectuar desplazamientos fuera de España y que deba permanecer durante todo el tiempo en territorio nacional sin realizar salida al extranjero. En esta línea se pronuncia el Tribunal Supremo cuando dispone que la continuidad no se interrumpe por la incidencia de cortos, ocasionales y justificados viajes o salidas al extranjero (un viaje de varios meses a su país de origen, después de 6 años de permanencia en España no interrumpe la continuidad, STS de 2 de junio de 2000).

En consecuencia, la ausencia de la mujer del territorio español no interrumpirá el plazo de su residencia legal en nuestro país cuando sea accidental, no frecuente en su realización, breve en su duración, esté justificada por motivos laborales o familiares

y se compute dentro del período total que lleva residiendo en España, de modo que, comparativamente el período total de tiempo que lleve viviendo fuera de España no sea excesivo.

*¿Cuánto tiempo puede permanecer la mujer inmigrante fuera de España sin que se interrumpa la continuidad de su residencia legal?*

Conforme a lo dispuesto en el art. 72 del Reg.LOE., la continuidad no se verá 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 que se precisan para obtener la residencia de larga duración, salvo que las correspondientes salidas se hayan efectuado de manera irregular.

El art. 75 2º f) RegLOE fija como causa de extinción de la autorización de residencia temporal, el que la persona extranjera permanezca fuera de España durante más de seis meses en un período de un año. En este sentido, el art. 76 RegLOE también prevé como causa de extinción de la autorización como residente de larga duración, la permanencia fuera de España durante más de doce meses consecutivos o de más de treinta meses en el cómputo global de los cinco años de residencia. Sin embargo, no podemos obviar la excepción a la regla general prevista en el artículo 75.2º f) del Reg.LOE, por la que se extingue la autorización de residencia temporal cuando se permanezca fuera de España durante más de 6 meses en un período de 1 año, y de la que podrá beneficiarse la mujer en los siguientes supuestos:

- Cuando la mujer se haya desplazado a algún Estado miembro de la UE para la realización de programas temporales de estudios promovidos por la UE.
- Cuando la mujer 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.

En consecuencia, estos períodos de residencia fuera de España también se podrán computar como de residencia legal en territorio español.

## ¿Cuándo se puede beneficiar de un plazo abreviado de residencia?

### 1. Matrimonio con español o española.

Si al tiempo de la solicitud lleva 1 año casada con español o española y no está separada legalmente o de hecho, bastará con 1 año de residencia.

Gráficamente podríamos resumir lo expuesto de la siguiente manera:

#### REQUISITOS

- Estar casada con español o española, en el momento de presentar la solicitud. Aunque sea criticable, no podrá beneficiarse de este plazo la mujer que conviva en pareja de forma estable sin estar unida por el vínculo conyugal.
- Matrimonio válido en España.
- Matrimonio con una duración mínima de 1 año, contando desde el momento de presentación de la solicitud hacia atrás.
- Existir convivencia conyugal efectiva.
- Residir en España legalmente, al menos durante 1 año. Lo anterior no significa que deba demostrar 1 año de residencia legal en España y otro año de matrimonio con español o española. Bastará un solo año, pues si mientras reside legalmente en España está casada con español o española, dicho año es el que cuenta.

#### PRUEBA DEL MATRIMONIO CON ESPAÑOL/A

Mediante certificado de matrimonio inscrito en el Registro Civil español y certificado literal de nacimiento del cónyuge español, lo que acreditará que no están divorciados. No basta que el matrimonio esté inscrito en un Registro Civil extranjero, porque dicha inscripción no implica su validez en España.

### ACREDITACIÓN DE LA CONVIVENCIA CONYUGAL

Mediante certificado de convivencia o empadronamiento conjunto y las declaraciones efectuadas por los contrayentes en la audiencia personal y reservada que mantienen con el/ la Juez Encargado/a del Registro Civil del domicilio.

### CONSECUENCIAS DE LA SEPARACIÓN/DIVORCIO DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE DE ADQUISICIÓN DE NACIONALIDAD

Cualquier modificación de las circunstancias con posterioridad a la presentación de la solicitud no deberá influir. Sin embargo, en la práctica se ha llegado a denegar la nacionalidad española a una mujer extranjera por recaer durante la tramitación de su expediente ante la DGRN sentencia de disolución del vínculo matrimonial, lo que impide apreciar la exigida convivencia matrimonial (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 3 de julio de 2002). También cabe la denegación por no estar acreditada la convivencia conyugal y existir dudas acerca de si el matrimonio es o no simulado, porque el interesado, una vez 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 existiendo medidas provisionales adoptadas con anterioridad, por denuncias de la esposa, aunque la convivencia se reanudara esporádicamente (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 27 de junio de 2002).

### INCIDENCIA DE LA SITUACIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA ABREVIACIÓN DEL PLAZO DE RESIDENCIA.

El artículo 22.2º d) del Código Civil no establece excepciones a la regla general, por la que se exige que la convivencia no esté rota, ni de hecho ni de derecho. No obstante, no se debe exigir a la mujer que siga conviviendo con su pareja cuando existan malos tratos y además se haya dictado una orden de alejamiento. En los supuestos de violencia de género, debe considerarse que existe causa justificada que avala la inte-

rrupción de la convivencia de hecho, sin que ello implique el incumplimiento 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 desavenencias conyugales, impide apreciar la existencia de convivencia a la hora de abreviar 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. Lo expuesto sólo será posible cuando estemos ante un matrimonio válido en España, la violencia de género no ampara la 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. Nacimiento en territorio español.**

La mujer podrá beneficiarse del plazo abreviado de residencia legal de 1 año, de haber nacido en territorio español.

La ley española no aplica como regla general el “ius soli”<sup>24</sup>, pero es flexible al permitir que la persona nacida en España adquiera la nacionalidad española por residencia legal durante un solo año. Será necesario que no se den los presupuestos del art. 17 del Código Civil y que los documentos acreditativos del nacimiento en España no ofrezcan dudas sobre la veracidad del hecho, garanticen su legalidad conforme a la ley española y que el registro sea regular y auténtico.

## **3. Nacimiento fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles.**

Bastará 1 año de residencia legal para la mujer nacida fuera de España de padre, madre, abuelo o abuela que originariamente hubieran sido españoles. No podrán beneficiarse quienes tengan ascendientes que hayan sido españoles por adquisición.

## **4. Sujeción legal a tutela, guarda o acogimiento.**

Bastará 1 año de residencia de haber estado sujeta legalmente a la tutela, guarda o acogimiento, acordada mediante resolución judicial o administrativa, de una persona o institución española durante 2 años consecutivos, incluso si continuare en esa situación al momento de la solicitud.

---

<sup>24</sup>Derecho a la nacionalidad por el lugar de nacimiento.

### **5. No haber ejercitado oportunamente la facultad de optar.**

Bastará 1 año de residencia legal de no haber ejercido oportunamente la facultad de optar dentro del plazo de caducidad de 2 años establecido legalmente, en los supuestos previstos en los artículos 17.2º, 19.2º y 20 del Código Civil en su redacción actual: por haberse determinado la filiación o nacimiento en España después de los dieciocho años de edad (art. 17.2º Código Civil) o haber sido adoptada después de cumplir los 18 años (art. 19.2º Código Civil)<sup>25</sup>.

### **6. Viuda de español o española.**

Bastará 1 año de residencia legal para la viuda de español o española<sup>26</sup>, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho. La mujer, en el momento de presentar la solicitud, no puede haber contraído nuevo matrimonio. Para probar su condición de viuda deberá aportar el certificado de matrimonio inscrito en el Registro Civil español, el certificado de convivencia o empadronamiento conjunto, el certificado literal de nacimiento del cónyuge y el certificado de defunción del cónyuge español.

### **7. Nacional de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal.**

Bastarán 2 años de residencia legal cuando la mujer sea nacional de origen de algún país iberoamericano, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal. Este requisito deberá operar al momento de presentarse la solicitud de nacionalidad española, no siendo suficiente haber sido nacional de origen en el pasado. Lo anterior se acreditará mediante certificación expedida por el Cónsul o funcionario competente del país cuya nacionalidad ostente.

### **8. Condición de sefardí.**

Bastarán 2 años de residencia legal cuando la mujer sea de origen sefardí, o lo que es lo mismo, descendiente de judíos expulsados de España en tiempos de los Reyes Católicos y aún ligados a la cultura hispánica mediante la lengua y la tradición, con el consiguiente reflejo cultural en sus costumbres. La condición de sefardita podrá probarse a través de los apellidos, el idioma familiar u otros indicios que demuestren la pertenencia a tal comunidad cultural. También contribuye como elemento probatorio

---

<sup>25</sup> Ver Ley 36/2002, de 8 de octubre, por la que se introduce la posibilidad – hasta entonces inexistente– de que los descendientes de padre o madre originariamente españoles y nacidos en España puedan optar por la nacionalidad española sin límite de edad, así como la Ley 52/2007 de Memoria Histórica que en su DA 7ª permite la adquisición de la nacionalidad española por opción, en determinados supuestos, siendo el plazo para ello hasta el 29 de diciembre de 2010.

<sup>26</sup> En el momento del fallecimiento, el cónyuge deberá ser español o española, siendo irrelevante la nacionalidad que tuviere al contraer matrimonio.

la certificación expedida por la comunidad israelita reconocida en España, por la que se acredita la pertenencia de una persona a la religión judía sefardita. Otro medio de prueba son los *Taqqanot* (estipulaciones que, en materia matrimonial y hereditaria, establecían las reglas de vida interna de las comunidades de los judíos, imponiendo la obligación de insertar en todos los contratos matrimoniales la cláusula: “*Y todo se ejecutará de acuerdo con 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...*”). La autenticidad de los documentos en los que conste dicha cláusula vendrá determinada por la certificación de la Comunidad Israelita reconocida en España, debidamente traducida y legalizada en la Embajada de Israel en España.

### **9. Condición de refugiada.**

Bastarán 5 años de residencia legal, cuando la mujer tenga la condición de refugiada en el momento de presentar la solicitud. Sin embargo, cabe cuestionarse si el plazo de residencia comienza a computarse desde la concesión de su 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 si se retrotrae el momento al tiempo de la solicitud.

#### *¿Dónde se presenta la solicitud de nacionalidad española?*

Ante el Registro Civil de su domicilio, al que puede dirigirse personalmente - junto con la documentación- o mediante la remisión de un escrito. En todo caso, y atendiendo a que el/la Juez Encargado/a del Registro Civil del domicilio deberá realizar una entrevista personal y reservada a la solicitante, ésta deberá comparecer el día indicado a fin de acreditar su integración en la sociedad española.

En cualquier caso, el/la Juez encargado/a del Registro Civil (JERC) del domicilio sólo procederá a la tramitación inicial del expediente, debiendo elevar las actuaciones a la DGRN, que es el órgano que resuelve, en forma de auto, por delegación del Ministerio de Justicia (art. 63 LRC y 367 RRC y Orden de 17 de mayo de 1991). Las resoluciones del JERC inadmitiendo el escrito inicial o poniendo término al expediente son recurribles ante la DGRN en el plazo de 15 días hábiles desde su notificación (art. 355 RRC).

## ¿Qué documentos hay que presentar?

Junto al modelo de solicitud normalizado y debidamente cumplimentado, disponible en la página web del Ministerio de Justicia ([www.mjusticia.es](http://www.mjusticia.es)), deberá aportar:

- Tarjeta de residencia, junto con el número de su tarjeta de identidad de extranjero.
- Pasaporte.
- Certificado de nacimiento, expedido por el Encargado del Registro Civil del lugar de nacimiento (si nació fuera de España, este certificado lo expedirá el Consulado correspondiente a su nacionalidad).
- Certificado de antecedentes penales del país de origen, o de conducta expedido por el Consulado.
- Documentos acreditativos de los medios de vida para residir en España (certificaciones de las retribuciones o haberes que percibe, expedida por la empresa en la que trabaja, o de los impuestos que paga por la industria o profesión que ejerza, o certificaciones bancarias, documentación sobre rentas de capital, etc.).
- Certificado de matrimonio expedido por el Registro Civil español y el certificado literal de nacimiento del cónyuge español, de estar casada con español/a.
- Certificado de nacimiento de los hijos e hijas menores de edad, en su caso, debidamente traducido y legalizado.
- Autorización judicial para actuar en representación del menor o incapaz, en su caso.

También podrán presentarse todos aquellos documentos que se consideren oportunos y que sirvan de apoyo a la solicitud, para lo que se deja un espacio *ad hoc* en el modelo. La DGRN podrá recabar todos los informes que estime convenientes y que consten en las Administraciones Públicas españolas, incluso aunque la interesada no preste su consentimiento expresamente a través del modelo normalizado, según dispone el art. 63.2 LRC, modificada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de adopción internacional, por lo que no será necesario aportar el certificado negativo de antecedentes penales en España, ni el certificado de empadronamiento.

Los documentos que la mujer aporte al expediente habrán de ser originales o, en su caso, copias compulsadas y de tratarse de documentos 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 art. 86 RRC, de donde se desprende que no será necesaria la traducción jurada. Como especialidad hemos de destacar que las certificaciones expedidas por las autoridades marroquíes no precisan 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, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997<sup>27</sup>, exime de esta exigencia a las certificaciones de las actas del RC expedidas por la autoridad competente en el territorio de una de las Partes Contratantes, cuando estén provistas de sello oficial. Además, 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.

### *¿En qué plazo se debe resolver el expediente?*

El Ministerio de Justicia tiene el plazo de un año para resolver, a contar desde el momento en que el expediente tenga entrada en la DGRN. Transcurrido ese plazo sin que haya recaído resolución expresa, se entenderá denegada por silencio administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en la D.A. 1ª de la Ley 36/2002.

### *¿Existe la posibilidad de recurso?*

**Sí**, las resoluciones del JERC del domicilio inadmitiendo el escrito inicial o poniendo término al expediente son recurribles ante la DGRN en el plazo de 15 días hábiles desde su notificación (art. 355 RRC).

La resolución de la DGRN, denegando la concesión de la nacionalidad española, será recurrible en la vía contencioso-administrativa ante la Sala correspondiente de la AN en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de su notificación a la parte interesada (art. 22.5º Código Civil).

---

<sup>27</sup>BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997.

### *¿Que debe hacer la mujer en caso de concesión de la nacionalidad española?*

Recibida la Orden Ministerial por la que se le concede el derecho a adquirir la nacionalidad española por residencia, la mujer dispone de un plazo de 180 días, desde la notificación, para personarse ante el JERC de su domicilio y cumplir con los requisitos fijados en el artículo 23 del Código Civil, transcurrido dicho plazo y cualquiera que fuera la causa por la que la mujer no se personó, caducará la concesión.

Para la adquisición de la nacionalidad española; deberá jurar o prometer fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución Española y a las leyes, debiendo además renunciar a su anterior nacionalidad aunque esta renuncia no surta efectos en determinados países entre los que se encuentra por ejemplo Marruecos. Por lo anterior, el art. 25.1º a) del Código Civil prevé la pérdida de la nacionalidad española 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.

También debe proceder a la inscripción de su nacimiento y nacionalidad española en el Registro Civil español. Se trata de un requisito *sine qua non* establecido por los artículos 23 c) y 330 del Código Civil. El Registro Civil competente para la practica de la inscripción será el de su domicilio, por ser el que instruyó el expediente de adquisición de la nacionalidad española y siempre que, en el momento de levantarse el acta de juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución Española y a las Leyes, la mujer así lo solicite. De lo contrario, será competente el Registro Civil Central (art. 16 de la Ley de Registro Civil).

# CAPÍTULO 6

## Mujer inmigrante y disolución del vínculo matrimonial

### 6.1 COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LOS SUPUESTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

*¿Puede una mujer en situación de irregularidad en España interponer una demanda de nulidad, separación o divorcio?*

**Sí.** Las mujeres inmigrantes y con independencia de su situación administrativa – regular o irregular-, podrán solicitar ante nuestros Tribunales la disolución de su matrimonio en el que han sido víctimas de violencia de género por parte de su pareja, sea extranjero o español. Como ya se ha expuesto en repetidas ocasiones, no han de tener miedo a una posible “expulsión”, porque la Ley Orgánica (LO) 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (art. 31 bis) y su Reglamento de ejecución (art. 45) prevén medidas de protección para la mujer víctima de violencia de género.

*¿Son las autoridades españolas competentes para conocer de las demandas de nulidad, separación y divorcio interpuestas por mujeres inmigrantes en nuestro país?*

**Sí,** en todos aquellos supuestos que a continuación se exponen:

**Normativa aplicable:** Los órganos jurisdiccionales españoles serán competentes para conocer de las demandas de nulidad, separación o divorcio presentadas en los supuestos de violencia de género, sea o no su cónyuge de nacionalidad extranjera, según lo dispuesto en el Reglamento (CE) número 2201/2003 de 27 de noviembre sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, “Bruselas II bis” (en vigor en nuestro país desde el 1 de marzo de 2005) y cuya norma es de obligado cumplimiento, prevaleciendo además

sobre la propia Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) a la hora de determinar la competencia judicial de los Tribunales españoles en las causas de disolución matrimonial que se hayan iniciado con posterioridad a su entrada en vigor [art. 1. a)].

El criterio de competencia judicial en el que podrán basar su competencia dependerá de dos factores:

- De la nacionalidad y lugar de residencia del cónyuge.
- Del efectivo grado de integración del matrimonio o de la mujer inmigrante en nuestro país.

En efecto, el artículo 3.1 del citado Reglamento establece que: “En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

- a. En cuyo territorio se encuentre:
  - La residencia habitual de los cónyuges, o
  - el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o
  - la residencia habitual del demandado, o
  - en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
  - la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
  - la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su “domicile”.
- b. De la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del “domicile” común.

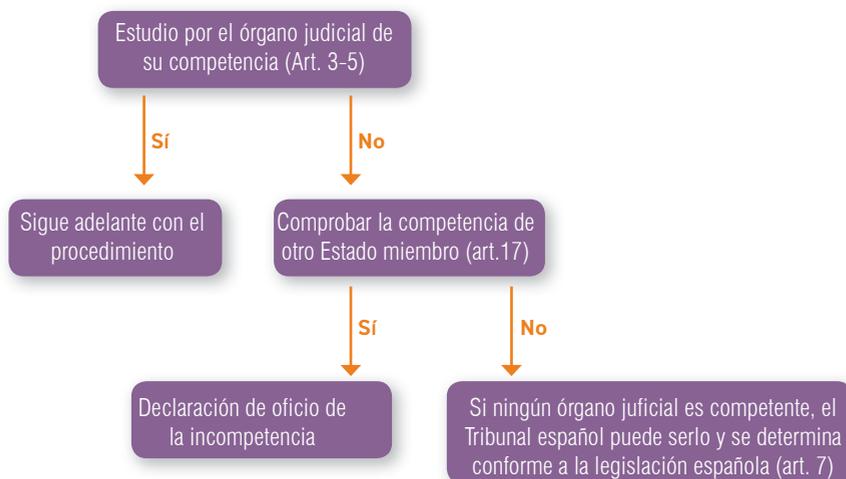
Su aplicación no está reservada al hecho de que los litigantes deban ser ambos nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, pues de la lectura del referido precepto se desprende como única exigencia la de un vínculo real en el demandante, que viene dado por el lugar de residencia, siendo en consecuencia aplicable tanto si las partes son nacionales de un Estado de la Unión Europea como si son extracomunitarios.

Añadiendo el artículo 7 del Reglamento nº 2201/2003, titulado «Competencia residual» que:

1. Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.
2. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su “domicile” en el territorio de uno de estos dos Estados.

De lo expuesto se deduce que el artículo 3 fija un sistema completo de criterios competenciales a la hora de determinar en qué Estado miembro son competentes los órganos jurisdiccionales, aunque lógicamente no indique el órgano jurisdiccional correspondiente en ese concreto Estado. Esta cuestión pertenecerá a la legislación procesal nacional.

Por tanto, el órgano jurisdiccional español ante el que se presente una demanda de divorcio, separación o nulidad deberá realizar el siguiente análisis:



En base a lo anterior es por lo que a continuación distinguiremos los dos siguientes supuestos:

**\* Demanda interpuesta contra un nacional o residente de la UE.**

Las autoridades judiciales españolas serán competentes, en base a cualquiera de los foros enumerados en el artículo 3 del Reglamento (CE) número 2201/2003, de 27 de noviembre “Bruselas II bis”, cuando la demanda de nulidad, separación o divorcio sea interpuesta por una mujer inmigrante cuyo marido es español o nacional de un Estado de la UE o reside en cualquiera de los Estados miembros de la UE.

Es decir, serán competentes en materia de disolución matrimonial según el art. 3.1º del Reglamento comunitario: a) cuando los cónyuges tengan su residencia habitual en España; b) de no existir residencia habitual común al tiempo de presentar la demanda, cuando la última residencia habitual de los cónyuges estuviere en España y siempre que uno de ellos conserve en nuestro país su residencia; c) cuando el demandado tenga su residencia en España; d) de tratarse de una demanda conjunta, cuando uno de los cónyuges posea su residencia habitual en nuestro país; e) cuando el demandante resida en España y siempre que haya residido en nuestro país desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o bien únicamente seis meses antes de la presentación de la misma y, además, ostente la nacionalidad española.

Las autoridades judiciales españolas podrán fundarse para conocer de las demandas de ruptura matrimonial, interpuestas por las mujeres víctimas de violencia de género, en el criterio de la “residencia habitual”. Ante la pregunta ¿qué ha de entenderse por residencia habitual? el Reglamento “Bruselas II bis” no contiene una definición terminológica a modo de respuesta. En este sentido, hemos de entender por residencia habitual el lugar donde el demandante o los cónyuges poseen su centro social de vida. Para la acreditación de la residencia habitual se admite, en principio, cualquier medio de prueba reconocido en Derecho, tales como: el tiempo que lleve viviendo en un lugar, las propiedades que se tengan o el padrón de habitantes del término municipal, etc..

En definitiva, un Tribunal español tendrá competencia judicial en materia de crisis matrimonial cuando el cónyuge o los cónyuges estén integrados en España, independientemente de que la situación administrativa sea regular o irregular. No bastará la mera estancia del sujeto en España o una residencia pasajera.

*Cuestión de interés:* Para el caso de que ninguno de los foros del artículo 3 del Reglamento (CE) número 2201/2003 de 27 de noviembre “Bruselas II bis” atribuya competencia judicial internacional a los órganos judiciales españoles, éstos deberán declararse incompetentes de oficio (ex art. 7), porque el Reglamento parte de la idea de que, en tales casos, existirá un Tribunal comunitario mejor situado para conocer del pleito.

**\* Demanda contra nacional de tercer Estado no residente en la UE.**

De interponer la mujer inmigrante demanda contra un nacional no comunitario ni residente en la UE, los Tribunales españoles deberían fundamentar su competencia en base a cualquiera de los foros establecidos en el artículo 3 del Reglamento (CE) número 2201/2003 de 27 de noviembre “Bruselas II bis”.

Si dicho precepto no atribuye competencia judicial internacional a las autoridades españolas, éstas podrían conocer en virtud de los foros de competencia de la LOPJ (ex art. 7 Reglamento). En efecto, cuando el matrimonio no haya, a juicio del Tribunal, residido en España y la mujer viva en España por tiempo inferior 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 de la LOPJ). Tomando como punto de partida lo anterior, no podemos obviar que en los supuestos de violencia de género será poco probable que el marido se someta expresa o tácitamente a los órganos judiciales españoles. A lo que hemos de añadir que las autoridades españolas estarían obligadas a conocer de no impugnar el demandado correctamente la competencia judicial internacional.

*Cuestión de interés:* De impugnar el demandado de forma correcta la competencia de los tribunales españoles, mediante la declinatoria internacional (arts. 63-65 LEC), el/ la Juez español/a tendría que declararse incompetente para conocer del supuesto, y la mujer tendría que litigar ante los órganos judiciales que estuviesen mejor situados para conocer de dicha demanda. En el supuesto de una mujer marroquí casada con marroquí con residencia habitual en Marruecos, deberá accionar ante las autoridades judiciales marroquíes. No obstante, partir de la idea de que la esposa ha de litigar ante Tribunales marroquíes por ser los mejores situados, puede suponer un claro perjuicio para 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”. Ahora bien, la apertura de este foro de necesidad ha de ser excepcional y sólo debe operar cuando sea imposible o desproporcionado litigar ante Tribunales de otros países, en este caso, ante las autoridades judiciales marroquíes, y siempre que el supuesto presente vinculación en nuestro país.

### *¿Qué puede hacer una mujer inmigrante víctima de violencia de género para disolver su matrimonio en España?*

En España, para disolver el matrimonio es necesario presentar demanda de nulidad, separación o divorcio. Teniendo en cuenta que el proceso de nulidad sólo es posible cuando el matrimonio se vea afectado de un vicio o defecto esencial insubsanable (*ad ex*. consentimiento), lo habitual es que la mujer inmigrante víctima de violencia de género solicite el divorcio-sin que sea necesario pasar previamente por el trámite de la separación<sup>28</sup>.

### *¿Ante qué Tribunal deberá interponer la demanda?*

Conforme a la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán de las causas civiles relacionadas con las causas penales que instruyan en materia de violencia de género.

Así, respecto de las mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género, serán los Juzgados de Violencia sobre la Mujer los que tengan competencia para conocer de la nulidad, separación y divorcio (art. 87 ter 2 b) de LOPJ, modificada por L.O. 1/2004).

### *¿Podrá iniciar un único procedimiento judicial en España o tendrá que ejercitar diferentes acciones en distintos Estados?*

Depende del “*petitum*” de la demanda.

#### **- *Petitum* único de divorcio o nulidad**

Cuando la mujer inmigrante víctima de violencia de género pretenda sólo disolver el vínculo matrimonial (divorcio o nulidad) deberá iniciar un único procedimiento ante el Tribunal español que tenga competencia judicial internacional para ello.

---

<sup>28</sup> Tras la reforma del Código Civil en la Ley 15/2005 de 8 de julio, la separación ha quedado reducida a un procedimiento residual (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005).

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”<sup>29</sup>) constituye la norma básica para fundamentar la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales españoles en los supuestos de crisis matrimoniales, es decir, dicha norma determinará si los Tribunales son o no competentes para conocer de la demanda planteada.

### **- *Petitum variado***

Cuando en la demanda de nulidad, separación o divorcio se solicite a los Tribunales españoles que decidan, además de la distribución y utilización del patrimonio común de los cónyuges, la atribución de la guarda y custodia, pensión alimenticia para los menores y pensión compensatoria para la mujer, en tales supuestos, el que la mujer tenga que iniciar un único procedimiento o varios dependerá de que el Tribunal español, ante el que se interpone la demanda, tenga o no competencia judicial internacional para conocer de todas y cada una de las pretensiones solicitadas.

En España, el Reglamento (CE) número 2201/2003 de 27 de noviembre “Bruselas II bis” sólo regula la competencia de los Tribunales españoles en los procesos de nulidad matrimonial, separación o divorcio, mientras que en materia de alimentos resulta aplicable el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, ante el tribunal del lugar del domicilio o de la residencia habitual del acreedor (el o la menor) de alimentos. 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 definitiva, puede suceder que los órganos jurisdiccionales españoles sean competentes para conocer de todas las pretensiones, que sólo lo sea para alguna de ellas o de ninguna.

---

<sup>29</sup> 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”) Esta norma prevalece sobre cualquier convenio vigente entre los Estados miembros, con excepción de Dinamarca -donde no se aplica el Reglamento-.

### **Demanda de crisis matrimonial y disolución del régimen económico del matrimonio**

Cuando en la demanda de nulidad, separación o divorcio los Tribunales españoles tienen que decidir sobre la distribución y utilización del patrimonio común de los cónyuges, la normativa que debe ser alegada para demostrar la competencia de las autoridades españolas es:

- El Reglamento (CE) número 2201/2003 de 27 de noviembre “Bruselas II bis” para nulidad, separación o divorcio y
- La LOPJ y, en concreto, los arts. 22.2º (domicilio del demandado y sumisión de las partes) y 22.3º (foros especiales por razón de la materia) para la disolución del régimen económico.

### **Demanda de crisis matrimonial, disolución del régimen económico, guarda y custodia, alimentos y pensión compensatoria**

Cuando en la demanda de nulidad, separación o divorcio los Tribunales españoles tienen que decidir, además de los efectos patrimoniales del matrimonio, de la custodia de los/las niños/as, de una pensión alimenticia para los mismos y pensión compensatoria para la esposa, las normas que fundamentan la competencia de las autoridades españolas son las siguientes:

- El Reglamento (CE) número 2201/2003 de 27 de noviembre “Bruselas II bis” para nulidad, separación, divorcio y derechos de guarda y custodia.
- La LOPJ y, en concreto, los arts. 22.2º (domicilio del demandado y sumisión de las partes) y 22.3º (foros especiales por razón de la materia) para la disolución del régimen económico del matrimonio.
- El Reglamento del (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 200, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y, en concreto, en los arts. 17 y 18 (sumisión de las partes), art. 2 (domicilio del demandado) y si el demandado está domiciliado en un Estado miembro de la UE en el art. 5 o foro especial por razón de la materia (residencia habitual del acreedor de alimentos) para los alimentos y la pensión compensatoria.

### - **Petition único de disolución del régimen económico del matrimonio**

La demanda de disolución del régimen económico matrimonial podrá interponerse en cualquier momento. En tal caso, la competencia judicial internacional se determinará según la LOPJ y, en concreto, los arts. 22.2º (domicilio del demandado y sumisión de las partes) y el 22.3º (foros especiales por razón de la materia).

## 6.2 LEY APLICABLE A LA NULIDAD MATRIMONIAL, A LA SEPARACIÓN JUDICIAL Y AL DIVORCIO

### 6.2.1 Ley aplicable a la nulidad del matrimonio y a sus efectos.

**Normativa aplicable:** art. 107.1º del Código Civil, en su redacción dada por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre.

La nulidad del matrimonio se regula en España por lo dispuesto en el art. 107 del Código Civil, a tenor del cual *“La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la Ley aplicable a su celebración”*.

Conforme a este precepto, la nulidad del matrimonio ha de regirse por el mismo Derecho que determina su validez. El Derecho rector de la nulidad, o lo que es lo mismo, la ley que regule su validez será la que determine si el matrimonio puede o no ser declarado nulo. También será el que concrete las obligaciones que existirán a partir de ese momento entre los cónyuges y ciertas cuestiones vinculadas al proceso, como la legitimación o la prescripción y caducidad de la acción. Igualmente, será la ley que rija la nulidad la que establezca quién está legitimado para interponer la demanda. En cualquier caso, la intervención del Ministerio Fiscal exigida por el Derecho español resulta procedente en todos los supuestos.

### 6.2.2 Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio.

*¿Conforme a qué ordenamiento jurídico decidirán los Tribunales españoles?*

**Normativa aplicable:** art. 107.2º del Código Civil, en su redacción dada por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre.

El artículo 107.2º del Código Civil prevé, en principio, la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda.

A falta de nacionalidad común, se aplicará la ley de la residencia habitual común del matrimonio en el momento de presentación de la demanda y, en defecto de ésta, regirá la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

En todo caso se aplicará la ley española, cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España siempre que:

- no resultara aplicable ninguna de las leyes mencionadas,
- la demanda se presente de mutuo acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro y
- en aquéllos supuestos en los que el Derecho extranjero no reconoce la separación o el divorcio o de reconocerlo lo hace de forma discriminatoria o contraria al orden público.

Gráficamente podemos representarlo con el siguiente esquema:

Ley nacional común de los cónyuges previa prueba. Si tienen múltiple nacionalidad: art. 9.9. Cc.

**En su defecto**

Ley de la residencia habitual común del matrimonio.

**En su defecto**

Ley de la última residencia habitual común de los cónyuges, si uno reside aún habitualmente en dicho Estado.

Ley española:

1. Presentación de la demanda de mutuo acuerdo o por uno con el consentimiento del otro cónyuge.
2. Cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España.
3. De no contemplarse la separación o divorcio en la ley extranjera.
4. Si la separación o divorcio están regulados de forma discriminatoria.
5. Siempre que las leyes extranjeras regulen la separación o divorcio de forma contraria al orden público.

Si fallan las anteriores circunstancias, el art. 107.2 del Cc genera el principio de proximidad: siendo aplicable la ley del país que presente vínculos más estrechos con el supuesto concreto.

El artículo 107 del Código Civil fue modificado por Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Esta ley en su Exposición de Motivos habla de la necesidad de adecuación de las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país.

Con el objetivo de mejorar la integración social de las inmigrantes en España, se abordó una reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio para garantizar la protección de la mujer frente a nuevas realidades sociales emergentes con el fenómeno de la inmigración. En concreto, el artículo 107 del Código Civil fue modificado, siguiendo los trabajos realizados por la Comisión General de Codificación, para solventar los problemas que encontraban ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente aquellas de origen musulmán que solicitaban la separación o el divorcio en nuestro país.

El interés de una persona en lograr la separación o el divorcio, como manifestación de su autonomía personal, deberá prevalecer sobre el criterio de aplicación de la ley nacional de los cónyuges. La aplicación de la ley nacional común de los cónyuges podía dificultar el acceso a la separación y al divorcio en España, por ello se reformó el referido artículo estableciéndose, desde entonces, que se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o residente en España, con preferencia a la ley que fuera aplicable si esta última no reconociera la separación o el divorcio, o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público.

Como consejo práctico, y ante la duda de que una sentencia dictada por un Tribunal español - aplicando el Derecho español- pueda no ser reconocida en el Estado de origen de los cónyuges, lo conveniente será la aplicación del derecho extranjero.

Para que el Derecho extranjero pueda ser aplicado en el proceso judicial, su vigencia y contenido han de quedar probados.

Lo anterior nos lleva al planteamiento de las siguientes cuestiones:

*¿En que consisten las alegaciones y pruebas, así como la obligación de la mujer inmigrante de alegar y probar el Derecho de su Estado?*

Conforme a lo establecido en el artículo 281 de la LEC y reiterada jurisprudencia que lo interpreta, el Derecho extranjero aplicable deberá de ser alegado y probado por

quien lo invoque. Pero, ¿qué extremos del Derecho extranjero deben de ser probados? La respuesta apunta directamente al contenido y vigencia del mismo.

**Cuestión de interés:** La doctrina no es unánime ante el planteamiento de cuál ha de ser la actitud de nuestros Jueces y Tribunales cuando siendo aplicable el Derecho extranjero, a tenor del artículo 107.2º del Código Civil, las partes ni lo alegan ni lo prueban. En este sentido, la jurisprudencia española se ha pronunciado, en algunos casos, desestimando la demanda o aplicando de oficio el Derecho extranjero y ello aunque el criterio mayoritario opte por resolver la falta de alegación o prueba mediante la aplicación al fondo de la ley española (*lex fori*). No obstante, esta práctica judicial es criticable ya que puede crear situaciones en las que no sea reconocida la sentencia española en el Estado origen de los cónyuges. Por ello consideramos aconsejable que, de ser posible obtener un divorcio conforme al derecho extranjero, se aplique este último para dictar una resolución eficaz.

### *¿Cuándo debe alegarse y probarse el Derecho extranjero?*

El momento procesal oportuno para alegar y probar el derecho extranjero será en primera instancia, a saber, en la demanda y/o en la contestación a la demanda, fuera de estos supuestos entendemos que no procede.

### *¿Qué sucede cuando la mujer inmigrante víctima de violencia de género casada con un hombre de su misma nacionalidad ni alega ni prueba el Derecho extranjero?*

En estos supuestos, nuestros Tribunales podrán aplicar la ley española. La razón es bien clara, evitar las consecuencias que pudieran derivarse de su negativa a pronunciarse acerca de la separación, de haberse dictado medidas provisionales para proteger de los malos tratos a la esposa y al hijo/a menor, mientras que en otros supuestos la aplican porque “*la separación deviene necesaria y urgente como medida que garantice la seguridad y libertad de la actora*” (SAP de Tarragona de 25 de abril de 2005)<sup>30</sup>.

En otras ocasiones es conveniente la aplicación del derecho extranjero, como lo es el supuesto en el que la mujer inmigrante casada con un hombre de su misma nacionalidad sufre violencia de género. Entonces, el/la Juez deberá apli-

<sup>30</sup>Aranzadi Westlaw, A.C. 2005\183383.

car, incluso 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 origen de la mujer. De hecho, la normativa procesal y, en concreto el artículo 282 de Ley de Enjuiciamiento Civil, posibilita que el Tribunal acuerde de oficio cuantas pruebas estime pertinentes -lo que incluye al Derecho extranjero-, con independencia de las pruebas practicadas a instancia de las partes.

### *¿Cómo deberá probarse y alegarse?*

Mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos y validos en derecho (LEC y CC ), destacándose dos de ellos por su importancia en esta materia: la prueba documental y la pericial.

*La prueba documental:* No se admiten documentos generales o privados, obras doctrinales, etc.

Serán prueba documental los documentos públicos o intervenidos por fedatario público. En concreto, serán documentos válidos para probar el Derecho extranjero las certificaciones expedidas por:

- Funcionarios diplomáticos o consulares acreditados en España.
- Funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el Estado cuyo ordenamiento jurídico se trata de probar.
- Organismos específicos del Ministerio de Justicia, en concreto por el Gabinete de Cooperación Jurídica Internacional de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior.

*La prueba pericial:* Consiste en un informe conjunto y legalizado, efectuado por dos jurisperitos del país extranjero, propuestos por la parte a la que le interesa la aplicación del Derecho extranjero y aceptados expresa o tácitamente por la parte contraria. No se acepta la misma prueba realizada por dos jurisperitos españoles.

La jurisprudencia española admite, en ocasiones, como único medio de prueba la certificación de un experto jurídico.

### 6.3 EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

Dictada una resolución por un tribunal extranjero en materia de Derecho de Familia procede el *reconocimiento* cuando lo que se pretende es que ésta sea reconocida y tenida por eficaz en nuestro país. Hablaremos de *ejecución* cuando para dar eficacia a la sentencia extranjera sea necesaria la intervención de los órganos judiciales, recurriéndose para ello a los mismos mecanismos de ejecución forzosa previstos para las decisiones nacionales.

La potestad para reconocer y ejecutar en territorio español resoluciones judiciales y decisiones dictadas en el extranjero, corresponde a los jueces y tribunales españoles (art. 22.1º de la LOPJ), pero hay que tener en cuenta, ante todo, el país que las haya dictado.

De lo anterior se deduce que hemos de distinguir entre:

#### 6.3.1 Resoluciones dictadas por un Estado de la Unión Europea- excepto Dinamarca-.

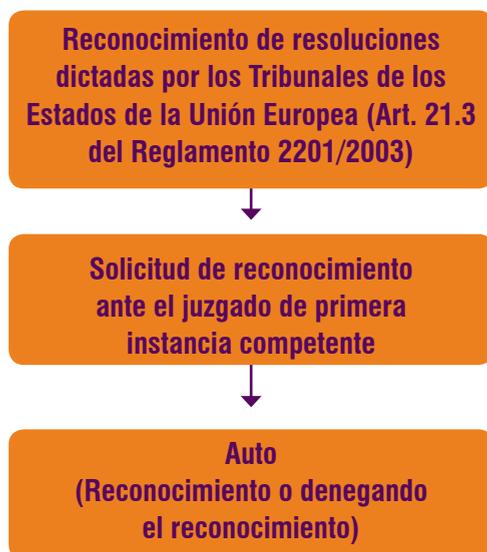
Para lo que acudiremos al Reglamento (CE) número 2201/2003 de 27 de noviembre “Bruselas II bis” sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y sobre responsabilidad parental.

El procedimiento a seguir para que se declare expresamente el reconocimiento de una sentencia extranjera que proviene de un país de la Unión Europea (excepto Dinamarca) se regula en el artículo 29 y siguientes del Reglamento (Sección 2ª). Las modalidades de presentación de la solicitud se determinarán con arreglo a la legislación del Estado miembro requerido, siendo el tribunal competente el del lugar de residencia habitual de la persona contra la que se solicitare la ejecución o el lugar de residencia habitual de los y las menores a quienes se refiera la solicitud.

Los documentos que deberán aportarse son (arts. 37 y 38):

- a. Una copia de la resolución que reúna los requisitos necesarios para determinar su autenticidad;
- b. Un certificado del órgano jurisdiccional o autoridad competente del Estado miembro donde se hubiere dictado la resolución expresiva de los particulares a que se refiere el anexo I o el anexo II del Reglamento;
- c. Si se tratare de una resolución dictada en rebeldía deberá presentarse: 1) cualquier documento que acredite de forma inequívoca que el demandado ha aceptado la resolución 2) el original o una copia auténtica del documento que acredite la entrega o notificación del escrito de demanda o documento equivalente a la parte rebelde.
- d. Si el órgano jurisdiccional lo exigiere, o para facilitar su labor, se presentará una traducción de los documentos. La traducción estará certificada por una persona habilitada a tal fin en uno de los Estados miembros.

Si lo que se pretende es el reconocimiento de una resolución en España, la solicitud se presentará ante el Juzgado de Primera Instancia competente territorialmente, según las normas internas españolas (art. 955 de la ALEC) tal y como expresa el art. 21.3 del Reglamento. Gráficamente puede representarse del siguiente modo:



El reconocimiento podrá denegarse por las siguientes causas tasadas (art. 22 del Reglamento 2201/2003 relativo a resoluciones en materia matrimonial) :

- Reconocimiento manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido.
- Indefensión del demandado por notificación tardía del escrito de demanda.
- Resolución inconciliable con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido.

Conforme al artículo 30.1 del Reglamento 2201/2003. “Las modalidades de presentación de la solicitud se determinarán con arreglo a la legislación del Estado miembro requerido.”. Al no existir en España regulación expresa en nuestra Ley Procesal, entendemos que al presentarse la demanda, firmada por Letrado/a y Procurador/a, ésta deberá ir acompañada de los documentos que indican los artículos 37 y 39 del Reglamento, traducidos al español.

Por otro lado, el procedimiento para obtener la declaración de ejecutividad se regula en los artículos 28 y siguientes del citado Reglamento.

La resolución que se dicte (auto o sentencia) expresará si declara la ejecutividad o no, en base a los artículos 22 a 24 del Reglamento, pudiendo recurrirse en el plazo de un mes (art. 33.1 del Reglamento), ante la Audiencia Provincial correspondiente.

Una vez adquiera firmeza la resolución, podrá solicitarse el cumplimiento de la misma y ejecutarse conforme a los artículos 548 y siguientes de la LEC (Libro III).

La solicitud de declaración de ejecutividad se representaría de la siguiente forma:



La ejecución en España de una sentencia extranjera comunitaria requerirá una declaración de ejecutividad dictada por un órgano judicial, salvo en materia de derecho de visitas (art. 41 del Reglamento). En consecuencia, la declaración de ejecutividad sólo será necesaria para los pronunciamientos sobre responsabilidad parental (incluidas las pensiones compensatorias pero con excepción de los alimentos que se ejecutan según el Reglamento 44/2001), pues en lo tocante al vínculo matrimonial bastará la inscripción en el Registro Civil de la correspondiente sentencia de separación o divorcio.

### **6.3.2 Resoluciones o decisiones judiciales dictadas en un país con los que España tenga suscrito un Convenio bilateral.**

Habrà de estarse a lo dispuesto en cada acuerdo concreto para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia de Derecho de familia.

### **6.3.3 Resoluciones de un país que no haya suscrito el Reglamento 2201/2003 o no exista Convenio bilateral.**

De no estarse ante una resolución dictada por un Estado comunitario- excepto Dinamarca- o de no existir suscrito con ese país un convenio bilateral, tendremos que acudir al exequátur previsto en la ALEC de 1881 (Antigua Ley de Enjuiciamiento Civil).

El procedimiento de exequátur es un paso previo a la ejecución de una sentencia extranjera, por tanto no trata de revisar el fondo de la resolución sino simplemente de comprobar determinadas cuestiones formales.

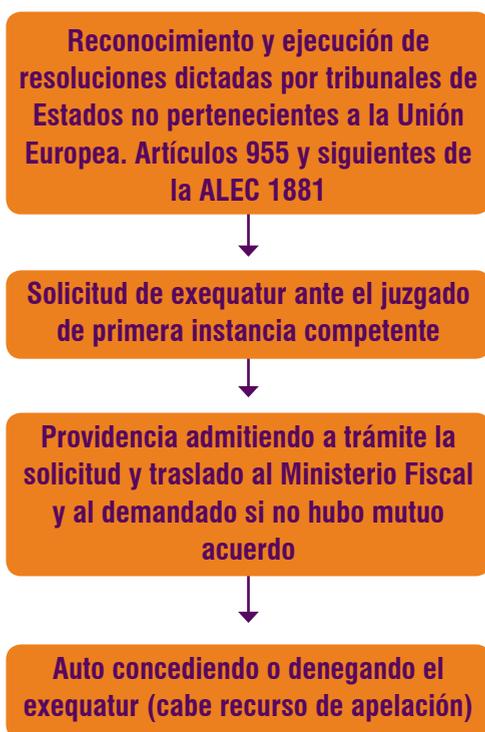
El art. 523.1 de la LEC dispone que para que una sentencia firme u otro título ejecutivo extranjero lleven aparejada ejecución en España, se estará prioritariamente a lo dispuesto en Tratados Internacionales, y subsidiariamente a las disposiciones de la legislación sobre Cooperación Jurídica Civil Internacional, que actualmente, y ante la falta de cumplimentación de esta previsión legislativa (Disposición Final 20ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil), son los arts. 951 a 958 de la ALEC de 1881, vigentes con arreglo a la Disposición Derogatoria 1.3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, modificándose, mediante la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, la competencia que tenía el Tribunal Supremo por la de los Juzgados de Primera Instancia.

Por tanto, el exequátur, con carácter general en el presente supuesto que aquí nos ocupa y con arreglo a la ALEC, es imprescindible para solicitar la ejecución forzosa, de manera que el título de ejecución estará integrado por la resolución extranjera más la homologación otorgada por el órgano jurisdiccional español competente, que le da a esa resolución eficacia ejecutiva y fuerza de cosa juzgada en España.

Con la solicitud de exequátur, firmada por Abogado/a y Procurador/a, deberán acompañarse los siguientes documentos:

- Copia auténtica de la resolución que se pretende ejecutar, la cuál, si es el caso, debe acompañarse traducida. El aportar una fotocopia supondría, de conformidad con el artículo 269.2 de la LEC en relación con el artículo 266.5 del mismo texto, la inadmisión a trámite.
- Documento que acredite, según la ley del Estado que lo ha dictado, que la resolución es firme.
- Si se estima necesario, habrá que acreditar el derecho vigente.
- Si la resolución se ha dictado en rebeldía de la que nuestra jurisprudencia denomina voluntaria, habrá de presentarse el original o copia auténtica del documento que acredite que la parte demandada tuvo conocimiento del procedimiento emitido por el órgano que conoció del asunto.
- Documentos que demuestren la conexión que unía a las partes con el Estado cuyo Tribunal dictó la resolución, es decir, para excluir el fraude de ley y con-

siderar fundada la competencia de los Tribunales de origen se debe probar, por ejemplo, que el divorcio cuya sentencia quiere ejecutarse se dictó por el Tribunal extranjero por ser ese país donde se contrajo matrimonio, o donde residían las partes, o que algún contrayente tiene esa nacionalidad etc.





# CAPÍTULO 7

## Derecho a la asistencia jurídica gratuita

Nuestra Carta Magna, en su artículo 24, consagra como fundamental el Derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse una situación de indefensión, a fin de asegurar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad y eliminar la discriminación que la falta de recursos ocasiona. La propia Constitución reconoce expresamente, en su artículo 119, que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

La asistencia jurídica gratuita viene a comprender el conjunto de prestaciones necesarias para intervenir en un procedimiento judicial, correspondiéndoles a aquellas personas físicas que acrediten insuficiencia de recursos e ingresos económicos para acudir a juicio en defensa de un derecho o interés legítimo.

Pese a venir regulada la asistencia jurídica gratuita en la Ley 1/1996, de 10 de enero, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género, ha incidido especialmente en su art. 20 en el derecho judicial de la víctima a ser asistida y asesorada por un Abogado/a de los del turno de oficio gratuito y especializado/a en violencia de género.

Asimismo, hemos de destacar que en Andalucía cabe la posibilidad de libre elección de Abogado/a de oficio en materia de Violencia de Género. (Orden de 9 de Marzo de 2009 por la Consejería de Justicia y Administración Pública, que regula y pone en marcha el art. 27 -Acceso a la libre elección de Abogado o Abogada de oficio en materia de Violencia de Género- del Decreto 67/2008, de 26 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía).

### CONTENIDO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

1. Defensa y representación gratuitas (Abogados/a y Procurador/a)
2. Características esenciales de la asistencia jurídica: inmediatez y especialización

3. Se extiende a todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida
4. Una misma dirección letrada asumirá la defensa de la víctima
5. Defensa jurídica especializada (turno especializado del Colegio de Abogados respectivo)
6. Defensa jurídica inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten. Si posteriormente no se les reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita, deberá abonar al Letrado/a y Procurador/a los honorarios y derechos devengados por su intervención.

Tanto la Ley 1/1996, de 10 de enero, como la LO 1/2004, de 28 de diciembre, atribuyen a los Colegios de Abogados competencia para la adopción de las medidas necesarias a los efectos de una designación urgente – en el caso de solicitarse – de un Abogado/a de oficio en los procedimientos que se sigan por violencia de género. Son los propios Colegios de Abogados, junto con el Consejo General de la Abogacía Española, los que regulan y organizan los servicios de asistencia letrada gratuita, garantizando su prestación continuada. Para ello deberán atender a criterios de funcionalidad y de eficiencia en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición.

# CAPÍTULO 8

## Especialidades en la disolución del vínculo matrimonial en la mujer inmigrante marroquí

*¿Cuándo se aplica el Derecho marroquí en los procesos de crisis matrimonial?*

El Derecho marroquí será aplicado en los procesos de crisis matrimonial:

- a. Cuando los cónyuges ostenten nacionalidad marroquí.
- b. En los supuestos de matrimonios mixtos, siempre que la residencia del matrimonio se localice en Marruecos.

### 8. 1. PRETENSIONES BASADAS EN EL DERECHO ISLÁMICO

Resulta de interés conocer el contenido material del Derecho marroquí a los efectos de su eventual aplicación por parte de los Tribunales españoles.

*Derecho marroquí:* La mujer marroquí para disolver su matrimonio puede solicitar, el repudio (“*talmik*” o “*kho'l*”), o el divorcio judicial, sea éste de mutuo acuerdo (art. 114 del Código de Familia Marroquí), por motivos de discordia *-ad.ex.* violencia de género- (arts. 94 a 97 del Código de Familia Marroquí) o, por concurrir alguna de las causas previstas en los artículos 98 y siguientes del Código de Familia Marroquí. 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 del Código de Familia Marroquí); b) el incumplimiento de la obligación de la pensión alimenticia (arts. 102 y 103 del Código de Familia Marroquí); c) la ausencia del domicilio conyugal durante un período que sobrepase un año (arts. 104-106 del Código de Familia Marroquí); d) vicio redhibitorio (arts. 107-111 del Código de Familia Marroquí) y e) sevicia o perjuicio (art. 98 del Código de Familia Marroquí).

### 8.1.1 La violencia de género como causa de disolución del matrimonio en el Código de familia marroquí.

El Derecho marroquí prevé, en el art. 98 del Código de Familia Marroquí, el divorcio causal cuando la mujer ha sido víctima de violencia de género. De forma que 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 género), el/la juez podrá pronunciar el divorcio, tras intentar una conciliación infructuosa. El Derecho marroquí castiga así los malos tratos psicológicos y físicos del marido hacia su mujer.

*Cuestión de interés:* 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. CPCM<sup>31</sup>), 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 Ley de Enjuiciamiento Civil). De forma que un/a juez español/a aceptará todos los medios de prueba que al respecto admita el Derecho español.

#### *¿Qué divorcio le resulta más beneficioso a la mujer marroquí?*

A la mujer marroquí víctima de violencia género (por parte de su marido también marroquí), le resulta recomendable que los Tribunales españoles atiendan a las causas de divorcio establecidas por el Derecho marroquí o que motiven su decisión buscando cierta equivalencia, de ser aplicable el Derecho marroquí; alegando la existencia de “perjuicio” (art. 99 del Código de Familia Marroquí). Si no pudiera probarse la existencia de tal “perjuicio”, la mujer podría solicitar el divorcio por desacuerdo (arts. 94-97 Código de Familia Marroquí). A lo que hemos de añadir que a la mujer le resulta mucho más beneficioso el divorcio causal que el “*chiqaq*” (divorcio por desacuerdo): a) porque con el divorcio causal tiene derecho a indemnización (art. 101 del Código de Familia Marroquí) y b) porque de solicitar mujer marroquí un divorcio causal alegando ante Tribunales españoles algunas de las causas previstas en el Código de Familia Marroquí (arts. 98 ss), la sentencia española no tendría problemas para ser reconocida en Marruecos.

<sup>31</sup> Boletín Oficial del Reino de Marruecos núm. 3230 bis, de 30 de septiembre de 1974.

## 8.2. RECONOCIMIENTO EN MARRUECOS DE SENTENCIAS ESPAÑOLAS DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

*¿Qué tribunal es el competente para el reconocimiento de las Sentencias españolas en Marruecos?*

Los Tribunales de Primera Instancia son competentes para pronunciarse sobre el reconocimiento de sentencias españolas, a instancias de la parte interesada y conforme a la legislación marroquí (art. 25 del Convenio hispano-marroquí).

*¿Se puede reconocer en Marruecos un divorcio consular?*

**No**, los cónsules marroquíes no tienen competencia para pronunciar divorcios entre sus nacionales [*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; Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963].

La legislación marroquí sólo faculta a los cónsules a llevar a cabo sesiones de conciliación entre cónyuges marroquíes residentes en España, cuando se encuentran en un proceso de divorcio por mutuo acuerdo –sometido a un tribunal marroquí–.

*¿Se puede reconocer en Marruecos un divorcio pronunciado por una autoridad religiosa?*

**No**, ni los imanes de mezquitas ni los jefes de asociaciones islámicas tienen competencia para divorciar a los marroquíes residentes en España. Los documentos que atesten de la disolución del matrimonio ante alguna de estas autoridades carecen de efectos jurídicos tanto en Marruecos como en España. [Acuerdo entre el Gobierno español y la Comisión Islámica de España (CIE) de 1992, aprobado por Ley 26/1992 de 10 de noviembre].

### *¿Cuáles son las condiciones para que una sentencia española de divorcio sea reconocida en Marruecos?*

1. Que la sentencia proceda de un Tribunal competente según las normas aplicables en España.

Los Tribunales españoles son competentes en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial si:

- los cónyuges tienen 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. [Art. 3 del 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<sup>32</sup>].

2. Que los derechos de defensa hayan sido garantizados

En virtud del art. 23. 2 del Convenio hispano-marroquí de 30 de mayo de 1997, las partes deben haber sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes. Esta condición se comprueba mediante la presentación por la parte interesada del original del documento de notificación de la resolución cuyo exequátur se solicita (art. 28.2 del Convenio hispano-marroquí), así como de una copia certificada de la citación hecha a la parte condenada en rebeldía si hubo lugar (art. 28. 4 del mismo cuerpo legal).

**Cuestión de interés:** La legislación marroquí entiende por este requisito la verificación del respeto de los derechos de defensa en el procedimiento seguido en el Estado de origen. De ningún modo debe interpretarse esta condición por un

<sup>32</sup> DOCE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

control del juez marroquí del respeto de las normas procesales extranjeras. Para más precisión, el CPCM prevé la casación de los litigios donde se hayan vulnerado las normas procesales extranjeras, sólo cuando ello implique el perjuicio de los derechos de una de las partes (art. 359. 2).

**3.** Que la sentencia española sea firme.

Para solicitar su reconocimiento en Marruecos, la sentencia española de divorcio tiene que haber adquirido la autoridad de cosa juzgada y haber llegado a ser ejecutiva conforme a la legislación española. Para probarlo, la parte interesada debe presentar una certificación del Secretario del tribunal que acredite que la sentencia en cuestión no es objeto de recurso ni de apelación (art. 28.3 del Convenio hispano-marroquí).

*Cuestión de interés:* El documento que suele ser otorgado por las autoridades consulares atestando que la decisión extranjera fue notificada a la otra parte y que es definitiva, carece de validez jurídica ante el tribunal marroquí de exequátur. Lo que la parte interesada debe presentar es el certificado de la Secretaría del tribunal que haya emitido la decisión española de divorcio acreditando su carácter definitivo y ejecutorio.

**4.** Que la sentencia española no sea contraria al orden público del foro.

La sentencia española de divorcio no tiene que basarse necesariamente sobre las normas del Código de Familia Marroquí. Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo marroquí como la legislación interna (art. 128 CFM) confirman que la sentencia extranjera puede ser reconocida en Marruecos siempre que se fundamente en los motivos que no sean incompatibles con los previstos por el Código de Familia Marroquí.

El divorcio tal y como lo plantea la nueva Ley española 15/2005<sup>33</sup>, es un divorcio sin causa que prioriza la voluntad de las partes cuando una de ellas no desee continuar en una relación conyugal. Sin embargo, el Derecho marroquí, sigue abarcando un amplio abanico de motivos de ruptura matrimonial (como el abandono del hogar, la falta de sustento por el marido a su esposa y a sus hijos, los malos tratos, el divorcio por mutuo acuerdo... etc.) aunque ofrece una nueva “escapatoria” llamada divorcio por discordia, para todos aquellos casos en los que no se puedan

<sup>33</sup>Ley 15/2005, de 8 de julio, BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

probar los motivos mencionados o cuando, sin motivo alguno, uno de los cónyuges desee poner fin al vínculo matrimonial.

Dicho esto, sólo se denegaría el exequátur a una sentencia española de divorcio entre marroquíes (o entre un cónyuge marroquí y el otro no) basada en un motivo incompatible con los motivos recogidos por el CFM.

#### 5. Que no exista litispendencia

No se reconocerá en Marruecos una sentencia española de divorcio, si existe un proceso pendiente ante un tribunal marroquí, entre las mismas partes y por el mismo objeto, anterior a la iniciación de la acción ante el tribunal español emisor de la sentencia en cuestión (art. 23.5 del Convenio hispano-marroquí).

Por otra parte, en un mismo Estado no pueden coexistir sentencias contradictorias. Por ello, los/las jueces del exequátur deben comprobar igualmente que no existe en el territorio del foro una sentencia con autoridad de cosa juzgada contraria a la sentencia que se pretenda reconocer. Una esposa divorciada en Marruecos no puede pretender pues, que se le reconozca en este país una sentencia española que condena al esposo a cumplir su deber de sustento hacia su familia.

*¿Es susceptible de reconocimiento en Marruecos una sentencia española de separación matrimonial?*

**No**, la legislación marroquí desconoce la separación matrimonial. Asimismo, las sentencias españolas de separación entre cónyuges marroquíes (o cuando uno de ellos es marroquí) crean situaciones de incumplimiento para las partes.

*¿Que incidencia tendrá la violencia de género en el reconocimiento de la sentencia de divorcio dictada en España?*

El divorcio por malos tratos es recogido por la normativa marroquí (arts. 99 a 101 del Código de Familia Marroquí) y por ende, no existe ningún impedimento para que una sentencia española de divorcio por razones de violencia conyugal sea reconocida en el territorio marroquí.

Ahora bien, si lo que se pretende reconocer en Marruecos es una sentencia sobre medidas de protección contra el marido autor de los malos tratos en virtud de la Ley integral española<sup>34</sup>, el resultado será la denegación del reconocimiento ya que la legislación marroquí carece de cualquier sistema equivalente al sistema español en esta materia.

### 8.3. RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE SENTENCIAS MARROQUÍES DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

*¿Qué tribunal es competente en España para reconocer una sentencia marroquí sobre ruptura del vínculo conyugal?*

El tribunal de primera instancia en virtud del artículo 25 del Convenio hispano-marroquí. Concretamente, el tribunal de primera instancia del lugar donde se halla el domicilio conyugal. Sin embargo, en el caso de que los cónyuges no tuvieran un domicilio común sería competente el tribunal del último domicilio conyugal o el de la residencia del demandado, a elección del demandante o bien de ambos cónyuges si actúan de mutuo acuerdo. A falta de domicilio o residencia concretos, será competente el tribunal del lugar donde se encuentre el demandado o el de su última residencia, a elección del demandante. Por último y en ausencia de las demás posibilidades, será competente el tribunal del demandante (art. 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

No obstante, en los supuestos de violencia de género, la competencia se transfiere a los Juzgados de Violencia sobre la mujer [art. 87.1 de la L.O.P.J, modificado por La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género].

*¿Cuales son las condiciones para que una sentencia marroquí de divorcio sea reconocida en España?*

Son las mismas condiciones expuestas *ut supra* pero con los siguientes matices:

Respecto al requisito de la competencia del tribunal emisor de la sentencia extran-

<sup>34</sup> La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

jera, la normativa marroquí considera competentes a los tribunales marroquíes cuando se halla en Marruecos: 1- el domicilio conyugal; 2- el domicilio de la esposa; 3- la residencia de la esposa, o 4- el lugar de celebración del matrimonio (art. 79 Código de Familia Marroquí). No se reconocen en España sentencias de divorcio pronunciadas por cónsules [Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963] ni por autoridades religiosas.

Tampoco se reconocerían en España sentencias marroquíes de divorcio si se encontrara pendiente ante algún tribunal español, algún proceso —entre las mismas partes y por el mismo objeto— anterior a la iniciación de la acción ante el tribunal marroquí emisor de la sentencia cuyo reconocimiento es solicitado (art. 23.5 del Convenio). Con esta disposición pretende obstaculizarse los divorcios “veraniegos” donde el marido marroquí interpone una demanda de divorcio ante un tribunal de su país de origen, después de que su esposa haya iniciado el mismo proceso en España. Una vez obtenido el divorcio en Marruecos, el marido pretende que sea reconocido en España para obviar el resultado de la sentencia española sobre el mismo litigio. Este *forum shopping* puede que conozca un neto declive frente a la agilización de los trámites del divorcio en la nueva legislación española. En todo caso, el estrechamiento de la cooperación judicial entre España y Marruecos obra para que los jueces del exequátur de ambos países puedan comprobar que no existe litispendencia antes de pronunciarse sobre el reconocimiento de una sentencia procedente del país vecino.

Los requisitos relativos a las garantías procesales y al respeto del orden público del foro son puestos a prueba cada vez que la autoridad judicial española se encuentra ante un “repudio” marroquí (*vid.* epígrafe 2). Por otra parte, la supuesta revocabilidad de las sentencias marroquíes de divorcio encaja mal con el requisito de la firmeza de la sentencia extranjera exigido por el Convenio bilateral (*vid.* epígrafe 3).

### ¿Qué significa el divorcio revocable en el Derecho marroquí?

Las sentencias marroquíes de divorcio deben mencionar si se trata de un divorcio revocable o no, ya que los artículos 122 y 123 del Código de Familia Marroquí clasifican los tipos de divorcios según su revocabilidad.

Por divorcio revocable se entiende la posibilidad para los esposos de reanudar su vida conyugal sin necesidad de contraer un nuevo matrimonio, pero la revocabilidad es limitada en el tiempo y equivale a tres meses aproximadamente

o bien hasta el alumbramiento en caso de embarazo (es el llamado periodo de viudedad o *idda*) contado a partir de la fecha de la redacción del acta de divorcio por los adules (y no la de la autenticación del divorcio por el/la juez). [Arts. 129 y siguientes del Código de Familia Marroquí]. Debido al corto plazo mencionado, queda descartada la posibilidad de que un/a juez español tenga que pronunciarse sobre el reconocimiento de una sentencia marroquí de divorcio antes de que transcurriera dicho plazo.

Cuando, en cambio, se trata de un divorcio irrevocable, los cónyuges que deseen retomar su vida matrimonial deben contraer un nuevo matrimonio.

### *¿Qué significa una Sentencia marroquí de repudio?*

El término repudio ha sido sustituido por la nueva legislación marroquí por el “divorcio bajo control judicial” y se refiere a “la disolución del pacto del 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” (art. 78 del CFM). La novedad introducida por el nuevo código es el refuerzo de las garantías procesales, concretamente:

- El tribunal debe convocar a la esposa a una sesión de conciliación,
- Si después de haber recibido la convocatoria, la esposa no se presenta ni comunica observaciones por escrito, el tribunal debe requerirla a través del Ministerio Fiscal,
- Si tras el requerimiento, la esposa no se presenta ante el tribunal, este último lo hace constar en el expediente.
- Si se desconoce la dirección de la esposa, el tribunal recurrirá al Ministerio Fiscal para localizarla. Además, si se comprobara cualquier fraude por parte del marido con el fin de obstaculizar la localización de su esposa, se le aplicarían a solicitud de la interesada, las sanciones del artículo 361 del Código Penal marroquí.
- El esposo debe depositar en la Secretaría del tribunal, los derechos económicos correspondientes a su esposa y a sus hijos, previamente a la inscripción del divorcio (art. 83 CFM).
- El acta de divorcio debe ser autorizado por el/la juez, redactado por los adules y posteriormente homologado por el/la mismo/a juez. El acta 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 esposa (arts. 88 y 84 del CFM).

### *¿Es susceptible de reconocimiento en España una sentencia marroquí de repudio?*

Ante una sentencia marroquí de divorcio bajo control judicial, el/la juez español/a podrá comprobar a partir del acta, si el proceso en Marruecos se llevó a cabo sin perjuicio de los derechos de la esposa. Cuestión distinta es que el/la juez español/a estime que la pensión alimenticia no equivale a las necesidades reales de la familia, en cuyo caso cabe la posibilidad de reconocer parcialmente la sentencia en lo atinente a la disolución del vínculo conyugal y pronunciarse sobre el monto de la pensión.

### *¿Pueden las mujeres marroquíes solicitar el repudio en España?*

**No**, aunque el artículo 78 del Código de Familia Marroquí permite que el repudio pueda ser ejercido tanto por el marido como por la mujer. En este orden de cosas, y para que una mujer marroquí pueda pronunciar el repudio, es preciso que exista previamente un acuerdo entre ambas partes, bien porque el esposo le haya concedido esta facultad en el momento de la celebración del enlace ("*talmik*") -arts. 89 del Código de Familia Marroquí -, bien a cambio de una indemnización o de la parte de la dote que aún no le haya sido entregada ("*kho'*") -arts. 115-120 del Código de Familia Marroquí -.

En cualquier caso, ante la pregunta de si una mujer marroquí puede repudiar a su marido en España, la respuesta ha de ser negativa, y ello porque los Acuerdos de Cooperación del Estado Español y la Comisión Islámica de España no le confiere a la autoridad religiosa competente potestad para la disolución matrimonial. Sólo le autoriza a la celebración del matrimonio en la forma religiosa islámica<sup>35</sup>. Tampoco es posible que el repudio lo pronuncie el Cónsul marroquí en España, porque para ello y aunque Marruecos (país al que representa el cónsul), le hubiese conferido 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.

<sup>35</sup>RJ 1995\4360.

En definitiva, existen varios tipos de disolución del vínculo conyugal en el Derecho marroquí además del divorcio por voluntad del marido: el divorcio por abandono del hogar, por falta de sustento a la familia, por encarcelamiento del cónyuge, por malos tratos, por común acuerdo, por discordia... Todos estos tipos de disolución del matrimonio no son contrarios al orden público español pese a que la reforma de la Ley española ya no exija una causa para otorgar el divorcio.

*¿Hay que temer algo si el marido repudia a la mujer marroquí en Marruecos?*

**No.** Puede suceder que la mujer inmigrante marroquí interponga demanda de disolución del matrimonio ante Tribunales españoles y que el marido, con la finalidad de paralizar la decisión de divorcio instada por su mujer en España, viaje al país de origen (Marruecos) para repudiarla y solicitar posteriormente su reconocimiento en España, esta práctica es lo que se conoce como el “repudio veraniego o migratorio”.

En tales casos, para que una resolución marroquí tuviese efectividad en España y pudiese, por tanto, paralizar el proceso de divorcio iniciado por la mujer en territorio nacional, tendría que haber sido reconocida con anterioridad al procedimiento instado por la cónyuge. El marido, a su regreso, deberá solicitar su reconocimiento en España según lo dispuesto en 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 Marruecos<sup>36</sup>. Por tanto, para que el repudio fuera reconocido en nuestro país, la autoridad española competente debería comprobar que no se incumple ninguna de las condiciones enumeradas en el art. 23 del Convenio hispano-marroquí. Dicho precepto, y en concreto el artículo 23.2º del Convenio hispano-marroquí, impide el reconocimiento de sentencias extranjeras en los casos en los que ya exista un procedimiento iniciado en España.

En definitiva, si el 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, ya que la sentencia aportada por el marido no tendría efectos de ningún tipo en España.

<sup>36</sup>BOE núm.151, de 25 de junio de 1997.



## Legislación de interés

- Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000; corrección de errores en BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2001), Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003), Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003), y la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009).
- 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 Europeo (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007).
- Real Decreto (RD) 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 social.
- Reglamento (CE) número 2201/2003 de 27 de noviembre sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, “Bruselas II bis” (en vigor en nuestro país desde el 1 de marzo de 2005).
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009).
- Código Civil.

## Bibliografía

- Estudio 25, editado en el año 2008, por El Instituto Andaluz de la Mujer “La situación Jurídico-Familiar de la Mujer Marroquí en España” coordinado por Carmen Ruíz Sutil y Ricardo Rueda Valdivia.
- Los procedimientos de Derecho de Familia y Extranjeros: competencia y normativa aplicable. M<sup>a</sup> Ángeles Serrano Ochoa y Ruby Sibony. Editorial Bosch
- Proceso Penal Práctico en la Ley Integral contra la Violencia de Género. Estatuto Integral de la Víctima. Ruby Sibony, M<sup>a</sup> Ángeles Serrano Ochoa, Olga Reina Toranzo. Editorial Bosch
- Página WEB para consultar: Prontuario auxilio judicial internacional: Civil ([www.prontuario.org](http://www.prontuario.org)) Consejo General del Poder Judicial.



