

**EL DERECHO DE EXTRANJERÍA COMO BANCO DE
PRUEBAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:
EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN LA
LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE
DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS
EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL**

*Carlos Esplugues Mota**

I. INTRODUCCIÓN

1. Durante más de un Siglo, los internacionalprivatistas españoles consideraron sin problema alguno al Derecho de la Extranjería como parte integrante del contenido del Derecho Internacional Privado¹. Esta situa-

(*) Miembro correspondiente de la AADI. Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Valencia, España.

(1) Si analizamos los manuales españoles de comienzos de los ochenta observaremos una prácticamente unánime opción a favor de la denominada concepción amplia del Derecho Internacional Privado y, por lo tanto, de la inclusión del Derecho de Extranjería y del Derecho de la Nacionalidad dentro del contenido de la disciplina. Así, por ejemplo, J. D. GONZALEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado. Introducción*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid (xerocopia), 1984, p. 30 y ss.; J. C. FERNANDEZ ROZAS, *Tráfico jurídico externo y sistema de Derecho Internacional Privado*, Oviedo, 1985, 2ª ed.

ción cambió drásticamente a finales de la década de los ochenta². La incidencia en el carácter privado que debe acompañar a las relaciones plurinacionales objeto de nuestra disciplina conllevó la exclusión, por parte de un amplio sector de la doctrina nacional, del Derecho de la Extranjería del contenido de nuestra materia: sólo la extranjería procesal se mantuvo incólume dentro del mismo, apoyada en su carácter accesorio y esencial para el ejercicio de determinados Derechos Fundamentales de la persona nucleares en torno al Derecho a la tutela judicial efectiva.

Los debates doctrinales sobre la inclusión, o no, del Derecho de la Extranjería dentro del contenido del Derecho internacional privado no pueden ocultar, sin embargo, la trascendencia que este sector tiene para el Derecho internacional privado; y ello, no sólo por la articulación de la disciplina sobre la presencia de un elemento de extranjería. La interrelación entre el Derecho de Extranjería y el Derecho internacional privado se incrementa -hoy- como consecuencia del fenómeno creciente e imparable de la emigración de nacionales de los países menos desarrollados al -casi siempre- falso paraíso de las naciones más avanzadas económica y socialmente. Personas que buscan una nueva vida para ellos y sus familias y que, por lo tanto, se desplazan -cada vez más- con voluntad de permanencia...

revisada, pp. 51- 77; A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, Madrid, Atlas, t. I, 1987, 9ª ed., pp. 12-21; J.M. ESPINAR VICENTE, *Derecho internacional privado español*, Málaga, Univ. de Málaga, 1984, vol. I, p. 35 y ss.; A. MARIN LOPEZ, *Derecho internacional privado español. Parte General*, Granada, 1989, 4ª ed., p. 41 y ss.; A. ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, *Derecho internacional privado español y Derecho comunitario europeo*, Madrid, Univ. Complutense de Madrid, 1988, p. 21.; P. ABARCA JUNCO y otros, *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 1988, vol. I, p. 17 y ss..

(2) Esta postura en favor de la concepción amplia se vio afectada por las posiciones extremadamente críticas mantenidas hacia la misma por parte, fundamentalmente, de J.C. FERNANDEZ ROZAS (J.C. FERNANDEZ ROZAS y S. SANCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1991), quien apoyó la redefinición del contenido del Derecho internacional privado, a través, principalmente, de la amputación del Derecho de la nacionalidad y de la extranjería. Sin embargo, perduran ejemplos de la concepción amplia del Derecho internacional privado en la doctrina española: por ejemplo, E. PEREZ VERA et al., *Derecho Internacional Privado*, Madrid, UNED, Vol. I, 1998, 1ª ed..

En el caso de Europa, además, estos procesos migratorios adquieren unas especiales connotaciones, consecuencia –en gran medida– del origen nacional de estos inmigrantes, buena parte de los cuales provienen de países, con culturas y planteamientos vitales muy diferentes a los del Estado de acogida. Los procesos migratorios generan, así, situaciones de coexistencia –social, cultural, jurídica...– de enorme relevancia para el Derecho internacional privado³. Situaciones dotadas, a su vez, de una directa incidencia en el ámbito del Derecho de Extranjería. En este sentido, el fenómeno del Derecho a la reagrupación familiar constituye un ejemplo paradigmático de esta nueva realidad...

II. LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

A. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A LA IGUALDAD

2. La Ley Orgánica⁴ 4/2000, de 11 de Enero, sustituye a la antigua L.O. 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. La nueva L.O. se presenta como un intento por parte del legislador español de hacer frente al fenómeno de la inmigración en gran escala, desconocido hasta el momento en nuestro país.

(3) Cuestión de constante presencia en la doctrina internacionalprivatista reciente. Por todos, y centrándonos en el Derecho de Familia, vid. C. CAMPIGLIO, “La famiglia islamica nel Diritto internazionale privato italiano”, *Riv.dir.int.priv.proc.*, 1999, p. 21; S.A. ALDEEB ABU-SAHLEH, “Le droit international privé suisse face aux systèmes des pays arabes et musulmans”, *RSDIE*, 1992, p. 33 y ss.; E. JAYME, “Diritto di Famiglia: Società multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato”, *Riv.dir.int.priv.proc.* 1993, p. 295 y ss. o M.A. ASIN CABRERA, “La mujer y el Derecho islámico: Problemas culturales de identidad e integración”, A. GOMEZ RODRIGUEZ y J. TALLY (eds.), *La construcción cultural de lo femenino*, Centro de Estudios de la Mujer-Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1998, p. 105 y ss..

(4) En adelante, L.O.

3. Para la República Argentina, así como para otros muchos países Iberoamericanos, la inmigración constituye un dato consustancial a su propia realidad nacional, desde el momento en que un importante volumen de la población es descendiente de las grandes migraciones producidas, a finales del Siglo XIX y principios del XX, hacia aquellos países. Para España, sin embargo, tradicionalmente país de emigrantes, este fenómeno se presenta como algo profundamente novedoso⁵. De hecho, como bien señala J.M. ESPINAR VICENTE⁶, el legislador español ha pasado en poco más de 25 años de concretar mecanismos de protección hacia los emigrantes españoles en el extranjero, a verse compelido a modular criterios para asegurar la correcta inserción de los extranjeros en España⁷.

4. Todo estos datos inciden muy claramente en la evolución de la normativa española en materia de Derecho de Extranjería. Con excepción del

(5) Por todos, J. LUCAS MARTIN, "Políticas de inmigración y estrategias de legitimidad en la Unión Europea", en A. BLANC ALTEMIR (ed.), *El Mediterráneo: un espacio común para la cooperación, el desarrollo y el diálogo intercultural*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 145 y ss..

(6) J.M. ESPINAR VICENTE, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 19-20.

(7) I. LAZARO GONZALEZ, en su obra *Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado español* (Madrid, Tecnos, 1999, pp. 52 y 53) apunta una serie de estadísticas sobre el origen geográfico de los extranjeros en España. Entre otras, utiliza la recogida en el Anuario de Migraciones de 1997, en la que, a través de 10.275 encuestas individuales (tan sólo un 9.94% del total de permisos de residencia concedidos), verifica que el 50,7% de los emigrantes provienen de Europa, el 22,5% de América y el 18,3% de África. En concreto, y centrándonos en este último dato, el 14,32% de los 10.275 encuestados, y que ahora residen en España, provienen de Marruecos, el colectivo de nacionales más generoso (seguido del 12,68% del Reino Unido, el 8,51% de Alemania, el 7,1% de Portugal...). Las cifras que, sin duda alguna, son indicativas de una tendencia, deben de matizarse, sin embargo, con dos datos: en primer lugar, el escaso número de respuestas obtenidas sobre el total de personas que obtuvieron el permiso de residencia en España, lo que desvirtúa notablemente los resultados y, en segundo lugar, el gran número de emigrantes ilegales provenientes de África que existen en España, lo que, de nuevo, incide sobre la virtualidad de las cifras apuntadas... La existencia de esta "zona gris" en las estadísticas sobre inmigrantes es puesta de manifiesto por la propia Unión Europea (Dictamen (2000/C 57/10) del Comité de las Regiones sobre el tema "Flujos migratorios en Europa", DOCE C 57, de 29 de Febrero de 2000, p. 67).

Real Decreto⁸ de Extranjería, de 17 de Diciembre de 1852, España ha carecido tradicionalmente de un sistema que, de manera global, fijase el estatuto de los extranjeros en el territorio nacional⁹. Ciertamente, tanto el Código Civil¹⁰, de 1889, como el Código de Comercio¹¹, de 1885, reconocen desde antiguo a los extranjeros el Derecho al ejercicio de determinados Derechos privados en nuestro país. Mas, insistimos, se trata del concreto reconocimiento de un reducido número de Derechos privados, y no de una aproximación genérica al estatuto del no nacional en España.

Será la Constitución Española, de 27 de Diciembre de 1978, la que comience a aportar algunas claves para la articulación de una política integral en materia de Extranjería, al afirmar en su art. 13 que “(L)os extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título –el Título I¹² - en los términos que establezcan los tratados y la ley”¹³.

(8) En adelante, R.D..

(9) Al respecto, vid., por todos, R. CONDE y LUQUE, *Derecho Internacional privado*, Madrid, Fortanet, 1910, 2 TT., T.I, 2ª ed. p. 373 y ss.; J.D. TRIAS y GIRÓ, *Estudios de Derecho Internacional Privado con aplicación especial al Derecho español*, Barcelona, SGPSA, 1921, p. 334 y ss..

(10) Art. 27: “Los extranjeros gozarán en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados”.

(11) Art. 15: “Los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España; con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiere a su capacidad para contratar; y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación. Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios con las demás potencias”.

(12) El primer artículo del Título I es el 10, un precepto esencial a la hora de aproximar el régimen de los derechos y libertades diseñado en el texto constitucional. Art. 10: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

No obstante, habrá que esperar a 1985 para contar con un texto que aproxime el estatus de los extranjeros en España: la L.O. 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

La L.O. 7/1985 constituyó el primer intento por parte del legislador español de aportar una respuesta general y articulada al fenómeno de la extranjería en España. Se trataba, sin embargo, de una respuesta hija de su tiempo –1985-, y, por lo tanto, deudora de una actitud de prevención hacia el fenómeno de la extranjería, hasta cierto punto marginal –entonces- en nuestro país¹⁴.

(13) Este precepto fue pronto objeto de análisis por parte del Tribunal Constitucional español que, con relación al mismo señala como éste permite al legislador “*establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales que puedan disfrutar los extranjeros en España. Pero esta posibilidad no es incondicionada. De entrada, no podrá afectar a aquellos derechos ‘que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano o, dicho de otro modo,... aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10,1 CE, constituye fundamento del orden político español’* (STC 99/85, f. j. 2º)” (Sentencia del Tribunal Constitucional –en adelante STC- de 20 de Julio de 1994, F.J. Cuarto, *El Derecho*, 94/10590). Igualmente, nótese SSTC de 11 de Septiembre de 1995 (*El Derecho*, 95/4414), de 22 de Marzo de 1993 (*El Derecho*, 93/2803), de 7 de Julio de 1987 (*El Derecho*, 87/115), de 30 de Septiembre de 1985 (*El Derecho*, 85/99) o de 23 de Noviembre de 1984 (*El Derecho*, 84/107).

(14) Significativo era, en este sentido, cómo el art. 4.1 de la L.O. 7/1985, en directa vinculación con el art. 13 de la Constitución, precisaba que “(L)os extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”. Esta referencia al goce de derechos constitucionales por parte de los extranjeros debía ser interpretada de forma conjunta con el art. 3 de la mencionada Ley para alcanzar todo su significado: “Lo dispuesto en la presente Ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en los Tratados Internacionales en los que España sea parte”. Hablamos, en concreto, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de Diciembre de 1948 referida de forma expresa en el art. 10.2 de la Constitución, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, el 19 de Diciembre de 1966 y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York, del 10 de Diciembre de 1966, con carácter general. Y, con un ámbito marcadamente regional, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma, el 4 de Noviembre de 1950 y de la Carta Social Europea, hecha en Turín, el 18 de Octubre de 1961.

5. Esta situación se altera en profundidad con la reciente L.O. 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. El art. 3.1 de la nueva Ley de Extranjería precisa taxativamente que “(L)os extranjeros gozarán en España, **en igualdad de condiciones que los españoles**, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica”¹⁵.

El cambio introducido es, pues, profundo. El principio genérico de equiparación del extranjero al nacional acaba con las diferencias, respecto al diseño de la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los españoles y de los extranjeros, que caracterizaron a la Ley de Extranjería del 85, y a la doctrina del Tribunal Constitucional español generada a su amparo¹⁶. La nueva L.O. 4/2000 plasma ahora, como punto de partida, la igualdad entre españoles y extranjeros con relación a todos los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución Española^{17 18}.

Sin embargo, y en línea con la mencionada posición del Tribunal Constitucional español en este punto, no existía un reconocimiento de la situación de igualdad entre los españoles y los extranjeros en cuanto al ejercicio de sus Derechos.

(15) Subrayado nuestro.

(16) Y, correlativamente, el art. 2 del vigente Reglamento de Extranjería, de 1996 (R.D. 155/1996, de 2 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España), en el que la equiparación se limita a los “derechos que son inherentes a las personas”.

(17) Hablamos, en definitiva, de un conjunto de Derechos, tradicionalmente clasificables en “Derechos de la esfera personal”, “Derechos políticos”, “Derechos de ámbito educativo” y “Derechos de ámbito laboral y económico-social”. La L.O. 4/2000, una vez asumido este principio básico de igualdad, no regula expresamente todos y cada uno de esos Derechos Fundamentales reconocidos de forma genérica; sólo alguno de ellos. Así, atribuye a todos los extranjeros, con independencia de la situación en que se encuentren en España, el Derecho “a la documentación”, los Derechos “de reunión y manifestación”, “de asociación”, “a la educación”, “al trabajo y a la Seguridad Social”, a la “sindicación” y huelga, y a la asistencia sanitaria urgente y respecto de menores y mujeres embarazadas, previstos en los arts. 2, 7, 8, 9, 10, 11 y 12, respectivamente. Igualmente, la L.O. les otorga el derecho a “los

B. MODULACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD

6. Esta importante afirmación igualitaria de partida recogida en la L.O. se ve, sin embargo, complementada por lo dispuesto en el apartado 2 de este mismo art. 3. Un apartado que se adivina trascendente para un futuro marcado, previsiblemente, por el incremento constante de la emigración a nuestro país, por la consiguiente pérdida de homogeneidad cultural de nuestra nación y, lamentablemente, por la aparición de un alto grado de marginación social y de ciertas tensiones en la convivencia entre nacionales e inmigrantes¹⁹. Y, un apartado que, además, supone un primer ejemplo de interrelación entre el Derecho internacional privado y el Derecho de Extranjería.

7. Frente a lo que ocurrió en 1985 y en línea con los nuevos contornos que presenta el Derecho de Extranjería, el legislador español asume –ahora– que su función normadora supera el mero objeto de fijar el estatuto del no nacional en España. Aceptando el constante, casi imparable, incremento de los flujos de inmigrantes a nuestro país y, lo que es más relevante, la

servicios y prestaciones sociales básicas” (art. 14.3), a la “*tutela judicial efectiva*” (art. 18) y a la asistencia letrada en determinados procesos relativos a la entrada o expulsión (art. 20), y a la no discriminación por razón de raza, sexo, religión o nacionalidad (art. 21). Junto a estos Derechos atribuidos a todos los extranjeros, reconoce, tan sólo a los extranjeros residentes, el Derecho a la participación pública (art. 6), al “*desempeño de actividades docentes o de investigación científica*” (art. 9.3), a las “*ayudas en materia de vivienda*” (art. 13), a la “*Seguridad Social y a los servicios sociales*” (art. 14.1 y 2), a la familia y a la “*reagrupación familiar*” (arts. 16 y 17) y a la asistencia jurídica gratuita (art. 20). A pesar de su extraño enunciado, también podrían incorporarse dentro de este grupo el Derecho “*a la libertad de circulación*”, previsto en el art. 5 y el Derecho a la “*asistencia sanitaria*”, regulado en el art. 12 L.O. 4/2000.

(18) Y todo ello, con independencia de que esta afirmación inicial en favor de la plena equiparación entre nacionales y extranjeros pueda venir condicionada, en ocasiones, por las diferentes “*situaciones*” en que, a efectos de la Ley, pueda encontrarse el extranjero en España. En este sentido, el art. 27 de la L.O. especifica que los “*extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia, residencia temporal y residencia permanente*”.

(19) Dictamen..., cit., p. 68.

creciente vocación de establecimiento en el territorio nacional que acompaña a los mismos, el legislador español busca no sólo fijar el estatuto del extranjero en España, sino –también y entre otros objetivos- incidir en la absoluta necesidad de concretar las condiciones para su plena integración en nuestra sociedad. El título de la L.O. 4/2000 es, en este sentido, muy significativo: L.O. “*sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*”.

En este marco, el art. 3.2 de la nueva L.O. introduce una primera referencia aparentemente redundante –por cuanto ya está recogida en el ya citado art. 10.2 de la Constitución²⁰ - pero significativa, y esclarecedora, de la “nueva” filosofía equiparadora que incorpora la L.O. 4/2000. De esta forma, casi parafraseando el tenor del art. 10.2 del texto constitucional, se afirma que “*(L)as normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias vigentes en España*”.

8. El art. 3.2, empero, no acaba ahí. Incidiendo en esa idea integradora que rubrica la L.O. de Enero de 2000, el legislador incorpora en el precepto una segunda frase que parece marcar, de alguna manera, las pautas de lo que ha de ser el proceso de integración del extranjero en España, y que en un futuro, previsiblemente, puede convertirse en una auténtica cláusula de salvaguarda. Así, añade que la interpretación en consonancia con los textos convencionales sobre Derechos Humanos, a la que hace referencia el art. 3.1 L.O. 4/2000, deberá hacerse “*sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas*”²¹.

(20) Cit. nota 12.

(21) Frente a los planteamientos mantenidos en los primeros estadios de elaboración de la ley, en los que se incorporaba una cierta apuesta lineal por el respeto a la identidad cultural del extranjero en España: “*(S)in perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, los poderes públicos velarán porque se respete la identidad cultural de los extranjeros y de sus*”

Estamos, sin duda, ante una norma esencial, en la medida que constituye una auténtica guía –redactada en clave negativa- a la hora de interpretar la nueva Ley de Extranjería. Una norma que, además, nos servirá para verificar el contenido del orden público internacional español, y respecto de la cual no dudamos que el futuro deparará una rica práctica constitucional. En concreto, en relación con la verificación de cual sean estas creencias o convicciones, y cuales de entre ellas vayan contra la Constitución, y contra un conjunto de textos convencionales sobre Derechos Humanos diseñados, claramente, en consonancia con una forma de pensamiento “occidental”²².

III. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR COMO EJEMPLO DE LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO DE EXTRANJERÍA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

A. INTRODUCCIÓN

9. En todo caso, y a pesar de las cuestiones prácticas que pueda plantear en un futuro el art. 3.2 de la L.O. 4/2000, su lectura nos permite verificar ya, que esa “*integración social*” del extranjero a la que hace referencia la rúbrica de la Ley, se articula en clave de integración –por “absorción”– de los no-nacionales en nuestra sociedad. Una integración, además, que se entiende exigiendo la dilución de aquellas peculiaridades culturales e ideológicas de los extranjeros que sean más diferenciadas –por “chocantes”– con las formas de pensamiento

familiares y no impedirán que éstos mantengan vínculos culturales con sus países de origen” (Art. 4.3 de la “*Proposición de Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*”).

(22) Sobre el significado otorgable a esta norma, vid. I. GARCÍA RODRIGUEZ, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 274-276, en las que se debate en torno a la aplicación directa de los Convenios sobre Derechos Humanos, o a través de la modulación del orden público internacional. En todo caso, el objetivo y resultado es el mismo, se opte por una u otra posición.

-“occidentales”- de nuestra sociedad. Precisamente el art. 17.a) de la ley, al plantear la cuestión de la reagrupación familiar del cónyuge polígamo, incide en esta idea y aporta algunas claves sobre la forma de resolución de esta cuestión.

B. EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

1. Reconocimiento del Derecho

10. El Título I de la L.O. 4/2000 –“*Derechos y Libertades de los extranjeros*”- dedica su Capítulo II a la “*Reagrupación Familiar*”. El primero de los dos artículos de esta Capítulo II -el art. 16, intitulado “*Derecho a la intimidad familiar*”- reconoce al extranjero “*residente*” en España, el Derecho a la vida familiar en su acepción más amplia. En concreto, señala que “*tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España*”.

11. Se trata, pues, de un reconocimiento genérico que, a pesar de referir a lo dispuesto en la propia L.O., requerirá de un futuro desarrollo reglamentario. Mientras ello ocurre, los “*Tratados internacionales*” suscritos por España –el legislador parece no percatarse de que todos los Tratados son siempre internacionales- tampoco nos permiten individualizar con claridad las claves para el entendimiento exacto del significado del Derecho a la “*vida en familia*” y a la “*intimidad familiar*”. El análisis de los diversos textos convencionales pone de manifiesto cómo los mismos incorporan soluciones muy genéricas –auténticas declaraciones de principios- con relación a ambos Derechos²³.

(23) En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, en su art. 16.3, señala que la “*familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”, un tenor que es repetido en idénticos términos en el art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966. El Convenio europeo de 1950, por su parte, reconoce el Derecho que acompaña a toda persona al respeto de su vida privada y familiar (art. 8.1) y, la Carta Social Europea, de 1961, en su art. 19. 2 y 6, incorpora distintas obligaciones en relación con la familia de los inmigrantes

12. Los distintos “*Tratados internacionales*” de los que España es parte, en cambio, sí permiten verificar la directa vinculación entre estos dos Derechos y el Derecho a la reagrupación familiar. La virtualidad del Derecho a la vida familiar exige que el inmigrante pueda convivir en el país de acogida –en este caso España– con su familia y que, para ello, se hace imprescindible que la misma pueda trasladarse a nuestro país. En otras palabras, es necesario asegurar la reagrupación del inmigrante con su familia, en España²⁴.

y su reagrupación. En definitiva, se aborda la vida familiar desde dos perspectivas aparentemente diferenciadas que, sin embargo, se entremezclan en la práctica. Una primera, más genérica, referida al Derecho que acompaña a la familia –en cuanto institución diferenciada de los miembros que la componen– a ser protegida por los poderes públicos (un planteamiento en clara conexión con el mandato del art. 39.1 de la Constitución española: “*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”). Y otra, segunda, relativa al derecho que tiene la persona a contar con una vida familiar y gozar de su intimidad familiar. Esta última perspectiva es a la que, precisamente, parece referirse el art. 16.1 de la L.O. 4/2000.

(24) Así lo reconoce expresamente la jurisprudencia, por ejemplo, la S del Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) de Madrid, de 21 de Diciembre de 1998 (*El Derecho*, 98/38831), en su F.J. SEGUNDO, señala: “*En cuanto a la trascendencia social y humana de la reagrupación, su carácter esencial para la persona del emigrante, fue puesta de relieve, ya por la propia OIT, en su informe de 1974; y aún cuando en las normas específicas relativas a la extranjería no aparece la reagrupación familiar como derecho, aún cuando aparece como finalidad de determinadas peticiones en los artículos 23 y 54 de dicho Reglamento; sin embargo la CE reconoce el derecho en su artículo 39 a la protección de la familia como aplicación de lo contemplado en diversos instrumentos internacionales. Es, por tanto, por esta vía donde encuentra amparo la reagrupación familiar, aún cuando es difícil encontrar un texto que se pronuncie en su concepción como derecho, salvo en el aspecto comunitario*”. Igualmente, nótese las SS del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), de 28 de noviembre de 1996 (*El Derecho*, 96/12146) y del TSJ de Madrid, de 4 de Diciembre de 1998 (*El Derecho*, 93/38844). En esta última se resalta la dimensión constitucional del Derecho a la reagrupación familiar: es “*evidente que el intento de reunirse con los familiares mas allegados puede considerarse como una circunstancia excepcional, en tales situaciones lo que se pretende es potenciar y amparar el reagrupamiento familiar; pues no en vano la protección jurídica de la familia es uno de los principios rectores de nuestra política social (art. 39 de la Constitución), que debe informar la práctica judicial y la actuación de todos los poderes públicos (art. 53. 3 de dicho Texto fundamental), tal y como, en supuestos análogos al presente, hemos afirmado en nuestras sentencias 547/1992, de 20 de julio, y 21 /1993, de 23 de enero*” (F.J. Segundo).

Esta aproximación se acoge en la L.O. 4/2000, que procede a regular la institución de la reagrupación familiar de forma clara y minuciosa, asumiendo su condición de consecuencia lógica, y a la vez reflejo, del Derecho a la intimidad familiar.

13. Frente a las generalidades de los textos convencionales²⁵ y al silencio de la Ley de 1985 en este punto²⁶, la nueva Ley de Extranjería —en definitiva— permite verificar, con claridad, en qué términos va a poder plasmarse el Derecho a la vida en familia que asiste a los extranjeros “*residentes*” en España. En este sentido, los apartados 2 y 3 del art. 16 aportan dos claves interesantes para su concreta interpretación:

a) El art. 16.2, en primer lugar, y como principio general, precisa que los familiares de los extranjeros que “*residan en España*” tienen derecho a la situación “*de residencia en España para reagruparse con el cónyuge*”.

(25) Quizás, el único Convenio internacional que vincula a España en el que realmente se aborda con cierta profundidad este asunto es el Convenio europeo de 24 de Noviembre de 1977, relativo al Estatuto jurídico del trabajador migrante, cuyo art. 12 se dedica, expresamente, a la “*Reagrupación familiar*”. En este sentido, el precepto señala —en su numeral 1— que el cónyuge del trabajador migrante, empleado legalmente en el territorio de una Parte contratante, y sus hijos no casados, mientras se les considere como menores por la legislación del Estado de acogida, y que dependan del trabajador migrante “*están autorizados, en condiciones análogas a las estipuladas en el Convenio para la admisión por la legislación o por acuerdos internacionales a unirse con el trabajador migrante en el territorio de una Parte Contratante, siempre que ésta disponga para su familia de una vivienda considerada como normal para los trabajadores nacionales en la región donde esté empleado. Cada Parte Contratante podrá supeditar la autorización mencionada a un plazo de espera que no podrá exceder de doce meses*”. Esta taxativa afirmación, sin embargo, es matizada en los dos numerales siguientes.

(26) Nótese que este silencio se vio colmado, un tanto, por el vigente Reglamento de desarrollo de la L.O. de Extranjería de 1985. En el Reglamento, sus arts. 23.2, 28.1 y 2, 30.3, 54, 56.5 y 7 referían al fenómeno de la reagrupación familiar. De todos ellos, es el art. 54 el más relevante a efectos de este trabajo. El precepto señala que “*1. Los familiares de los extranjeros que residan legalmente en España podrán residir con éstos, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho internacional y los requisitos previstos en la Ley Orgánica 7/1985 y este Reglamento*”. Dicho lo cual, procede a especificar que concretos familiares podrán reagruparse con el extranjero residente legal.

Quede claro que no se trata de todos los familiares, tan sólo, de aquellos “*a quienes se refiere el artículo siguiente*”; esto es, el art. 17²⁷.

Dos precisiones conviene realizar al respecto:

i. En primer lugar, debe observarse que tanto el art. 16 como el 17 refieren a “*residencia*” sin más. Con ello se incorpora una solución que, aparentemente, difiere de lo prevenido en el art. 54 del vigente Reglamento de Extranjero, en el que se adjetiva esta residencia como “legal”. En la práctica, las diferencias no son tan graves. La referencia a “*residencia*” supondrá que el Derecho a la reagrupación familiar asiste tanto a los residentes temporales²⁸ como a los que gozan de residencia permanente²⁹, en ambos casos, residentes legales en España...

ii. En segundo lugar, y en relación con la extensión del Derecho a la reagrupación familiar, M. MOYA ESCUDERO³⁰ señala con claridad que la mención a los “*extranjeros*” presente en el art. 16.2 L.O. 4/2000 debe ponerse en contacto con el mandato del art. 1.2 de la propia L.O. respecto de la exclusión de su ámbito de aplicación, salvo en lo que les pueda resultar más beneficioso, de los “*nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquéllos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario*”³¹.

(27) Vid. nota anterior.

(28) Art. 29 L.O. 4/2000.

(29) Art. 30 L.O. 4/2000. Nótese que el art. 31 refiere a la residencia de apátridas y refugiados y, el art. 32, lo hace a la de menores.

(30) M. MOYA ESCUDERO, “El Derecho a la reagrupación familiar en la Ley de Extranjería”, *La Ley*, n° 4982, 1 de febrero de 2000, p. 2.

(31) Cuyo flexible régimen jurídico viene regulado por el RD 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992 y ratificado por España el 26 de noviembre de 1993. Hemos de tener en cuenta, en este sentido, como su art. 2 precisa que el Real Decreto 766/1992, “*se aplicará también, cualquiera que sea su nacionalidad, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y otros*”

b) En segundo lugar, el art. 16.3 precisa que, en aquellas ocasiones en que se produzca una situación de crisis matrimonial –separación, divorcio– una vez reagrupada la familia en España, el “*cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él agrupados, conservarán la residencia*” en nuestro país. Ello, insiste el precepto, “*aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición*”.

Esta referencia a la ruptura, obviamente, puede cubrir dos situaciones distintas, no diferenciadas por el legislador español en la nueva Ley de Extranjería:

i. Una primera, en la que la ruptura del vínculo se declara en España por los Tribunales españoles, situación ésta de carácter pacífico; al menos a primera vista.

ii. Otra, segunda, en la que la ruptura es declarada en el extranjero, supuesto éste mucho más complejo. En este caso, el silencio del legislador implica una implícita referencia al art. 107.II C.C.³² y a la vía del *exequatur* allí prevista. Quizás, sin embargo, el redactor –y el futuro operador jurídico– pueda sentir la tentación de optar por la utilización de la resolución extranjera como un documento público extranjero acreditativo de la disolución del vínculo matrimonial... La práctica dirá.

En todo caso, se trata de una cuestión sintomática de la falta de una adecuada consideración de los aspectos internacional-privatistas de la Extranjería por parte de los redactores de la L.O. 4/2000. La ausencia, como

Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que a continuación se relacionan: a) A su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho. b) A sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas. c) A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges, que no tendrán derecho a la residencia”.

(32) Art. 107.II C.C.: “*Las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

ocurre en este caso, de tratamiento alguno de esta dimensión, contrasta con la meticulosidad con que el legislador, en el propio art. 17.b), exige que la adopción de un menor por parte del extranjero residente en España sea eficaz en nuestro país para que dicho hijo tenga derecho a la reagrupación familiar³³ o, precisa la determinación de la condición de menor o incapacitado del extranjero “*de conformidad con la Ley española o su Ley personal*”, exceptuando el claro mandato del art. 9.1 C.C. que remite la regulación del estado y la capacidad de las personas a su ley nacional... Esta desenfocada percepción de la incidencia del Derecho internacional privado en el Derecho de la Extranjería se repite en la L.O. 4/2000 en algunos puntos claves para su aplicación; en concreto y como seguidamente veremos, para la práctica del Derecho a la reagrupación familiar.

2. Concreción de los familiares susceptibles de reagrupación

14. Una vez enunciado el principio general del Derecho a la reagrupación familiar, la L.O. procede, seguidamente, a concretar quienes son los familiares reagrupables: un dato, obviamente, esencial para la práctica del precepto. Esta precisión, como ya hemos avanzado, se realiza en el art. 17 del texto legal. Un precepto que intenta regular la cuestión con precisión y meticulosidad, resaltando la trascendencia y sustantividad propia del tema, y aportando una respuesta global al mismo³⁴.

15. El art. 17, rubricado “*(F)amiliares reagrupables*”, comienza señalando que el “*extranjero residente tiene derecho a que se conceda permiso*

(33) El art. 17.b reconoce el Derecho a la reagrupación familiar a los hijos “del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su Ley personal y no se encuentren casados. Cuando se trate de hijos de uno sólo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. *En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúna los elementos necesarios para producir efecto en España*”. (Subrayado del autor).

(34) De hecho, el Capítulo II del Título I se dedica específica y exclusivamente a ella.

*de residencia en España para reagruparse con él a los siguientes parientes...*³⁵. Se trata, en definitiva, de seis grandes categorías que engloban al cónyuge del residente³⁶, a los hijos del residente y del cónyuge³⁷, y a determinados menores de edad³⁸, ascendientes³⁹ y familiares⁴⁰. En las próximas páginas nos centraremos exclusivamente en la primera de estas categorías: en el Derecho que asiste al cónyuge del extranjero residente en España a la reagrupación familiar. Una categoría, ésta, en la que se pone de especial manifiesto la interrelación existente entre el Derecho de Extranjería y el Derecho internacional privado, y la falta de atención a este dato por parte del legislador patrio.

(35) Nótese que el art. 16 y la rúbrica del art. 17 hacen referencia en todo momento a los “familiares”, mientras que el primer párrafo del art. 17 incluye una mención expresa a “parientes”, no constituyendo, sabemos, términos exactamente intercambiables.

(36) En línea con el art. 54.2.a) del vigente Reglamento de Extranjería. Vid. nota 41.

(37) Art. 17.b), “(L)os hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su Ley personal y no se encuentren casados. Cuando se trate de hijos de uno sólo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España”. En línea con el art. 54.2.b) del Reglamento de Extranjería de 1996.

(38) Art. 17.c), “(L)os menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal”. En línea con el art. 54.2.c) del Reglamento de Extranjería de 1996.

(39) Art. 17.d), “(L)os ascendientes del residente extranjero cuando dependan económicamente de éste y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España”. En línea con el art. 54.2.d) del Reglamento de Extranjería de 1996.

(40) Art. 17.e), “(C)ualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias” y art. 17.f), “(L)os familiares extranjeros de los españoles, a los que no les fuera de aplicación la normativa sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea”. No previsto en el art. 54 del vigente Reglamento de Extranjería.

3. *Derecho del cónyuge del extranjero residente en España a la reagrupación familiar*

16. Como acabamos de apuntar, el art. 17 de la L.O. 4/2000 reconoce el Derecho a la reagrupación familiar, al cónyuge del extranjero “*residente*” en España. Este Derecho, sin embargo, se condiciona a la virtualidad de tal condición. En otras palabras, al hecho de que el cónyuge no se encuentre separado de hecho o de derecho del extranjero residente en España, o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley⁴¹.

17. Estamos, sin lugar a dudas, ante el auténtico caballo de batalla de la reagrupación familiar, tal como ha quedado de manifiesto en la jurisprudencia española existente en la materia hasta el momento. En este sentido, la referencia al “*cónyuge*” nos plantea directamente, y como mínimo, tres cuestiones: (a) En primer lugar, cuál sea el entendimiento de este concepto, (b) en segundo lugar, qué exacto significado pueda atribuirse a “*separación*” en el tenor del precepto y, (c) por último, cómo pueda verificarse el carácter fraudulento del matrimonio celebrado, y el posible grado de eficacia que los mismos –más conocidos como “*matrimonios de complacencia*” o matrimonios “*blancos*”- puedan llegar a alcanzar en el ordenamiento jurídico español.

a) *Significado de “cónyuge”*

18. La jurisprudencia española en la materia no plantea problema alguno en relación con el reconocimiento del Derecho que asiste al extranjero residente, de ver a su lado a su cónyuge⁴². Se exige, eso sí, que el objeto de la reagrupación sea la mencionada convivencia; el ejercicio del derecho a

(41) El art. 54.2.a) del vigente Reglamento de Extranjería reconoce el derecho a la reagrupación al “*cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, que no resida con el extranjero otro cónyuge y que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley*”. El Reglamento se desarrolla, posteriormente, en la Orden Ministerial, de 8 de Enero de 1999 que establece las normas generales y de tramitación de los expedientes de visado y de los permisos de residencia por reagrupación familiar.

(42) Al respecto, vid, entre otras muchas, la STSJ Galicia, de 6 de Mayo de 1999 (*El Derecho*, 1999/18870).

la vida familiar -se afirma- precisa de la presencia efectiva y duradera del cónyuge a su lado⁴³.

19. Cuestión distinta –y aquí radica fundamentalmente el problema del entendimiento del concepto “cónyuge”- es el significado que pueda tener, a efectos de la reagrupación familiar, la convivencia extramatrimonial estable de los “cónyuges”. En relación al mismo, la jurisprudencia anterior a la L.O. 4/2000 dejó claramente establecida la absoluta equivalencia entre la relación matrimonial y extramatrimonial, con vistas al ejercicio de este Derecho⁴⁴. A pesar del silencio de la L.O. 4/2000 en este punto, el futuro desarrollo reglamentario, previsiblemente, reconocerá esta plena equiparación⁴⁵.

(43) Al respecto, por ejemplo, vid. S Tribunal Supremo (en adelante TS), de 23 de Marzo de 1999 (*El Derecho*, 1999/17206) en la que en relación a la exención de visado con relación a la reagrupación familiar, el TS afirma claramente que: “*Esta Sala considera que la excepcionalidad ligada a la apreciación de fines de reagrupamiento familiar exige que exista una finalidad de convivencia estable fundada en la mutua ayuda inherente a las relaciones conyugales o de parentesco no sólo en el terreno económico, sino también en el moral y afectivo (Sentencia de 9 de febrero de 1999, recurso 2503/1993). De ello se infiere que, de la misma manera que no es suficiente la mera constancia de la voluntad de un pariente de auxiliar económicamente al otro haciéndose cargo de los gastos necesarios para su mantenimiento para que pueda apreciarse la existencia de fines de reagrupamiento familiar; la ausencia de un estricto móvil económico para el reagrupamiento carece asimismo de trascendencia si concurren las razones afectivas y de mutua ayuda ligadas a la voluntad de establecer la convivencia estable inherente a las relaciones conyugales o de parentesco*” (F.J. Segundo). En el mismo sentido, nótese STSJ de Madrid, de 26 de Octubre de 1998 (*El Derecho*, 98/32783).

(44) Al respecto, vid. STSJ de Galicia, de 6 de Mayo de 1999 (cit. nota 42) o STS, de 15 de Diciembre de 1998 (*El Derecho*, 98/29922), en los que de forma expresa se equipara la “convivencia extramatrimonial estable” con lo que el TS, en su S, denomina “pareja cuasifamiliar”, en este caso, “constituida hace ya varios años, aunque lo sea de hecho, habida cuenta la realidad social actual”.

(45) En línea, por otra parte, con la posición que con carácter general adopta la jurisprudencia española en este punto. Por todos, vid. I. LAZARO GONZÁLEZ, op. cit., p. 170 y ss..

Obviamente, este derecho se amplía al español que contrae matrimonio con un extranjero y, también, al nacional español que cohabita maritalmente –sin mediar matrimonio– con un/a extranjero/a. En ambos supuestos, como también ha dejado claro la jurisprudencia patria, el ciudadano español goza igualmente del Derecho a contar con su cónyuge a su lado⁴⁶.

20. En todo caso, está claro que ha de tratarse de un único cónyuge. El art. 17.a) de la L.O. de Enero de 2000, al abordar el significado atribuible a esta noción, precisa expresamente que, en “*ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta **modalidad matrimonial***”⁴⁷. Se proyecta, así, en este ámbito, el ya mencionado principio general recogido en el art. 3.2 de la propia Ley Orgánica, en el sentido de no admitir “*la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarias*” a las normas relativas a los Derechos Humanos.

El art. 3.2 –ya lo apuntamos en su momento– actúa como auténtica cláusula de salvaguarda en estas materias de carácter tan estratégico. De esta suerte, y con independencia de lo que pueda decir la ley personal del

(46) STSJ de la C. Valenciana, de 24 de Octubre de 1998 (El Derecho, 98/31862) y STSJ Murcia, de 5 de Octubre de 1998 (El Derecho, 98/32067). Esta última precisa: “*SEGUNDO.- En orden a la exención de visado que corresponde otorgar a las autoridades gubernativas, si existiesen circunstancias excepcionales, y según lo establecido en los artículos 5.4 y 22.3 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio (aprobado por RD 1119/1986, de 26 de mayo), el Tribunal Supremo ha sentado la siguiente doctrina: “... la jurisprudencia ha venido afirmando que, tratándose de extranjeras casadas o que conviven maritalmente de una manera estable (supuesto que hemos de asimilar a estos efectos al del matrimonio) con ciudadanos españoles, la necesidad de proteger a la familia, mantener su unión y evitar la imprescindible salida del territorio nacional para obtener el visado consular (que podría dilatarse o denegarse), son motivos que exceden de los que comúnmente pueden afectar a los extranjeros que entran en nuestro país, por lo que deben calificarse como razones excepcionales que justifican la exención de la obligación de obtener visado de residencia...” (S. 14.2.97, Sala 3ª Sec. 7ª).*”

(47) Subrayado del autor. Recordemos que el mencionado art. 54 del vigente Reglamento de Extranjería, de 1996 (*vid.* nota 41), reconocía al cónyuge del extranjero residente legalmente en España, el Derecho a la reagrupación, condicionado, entre otras razones, al hecho de que no residiese ya con el extranjero “*otro cónyuge*”.

extranjero en relación con la naturaleza y caracteres de la institución matrimonial, en el presente caso prevalecerá, siempre, el entendimiento que del matrimonio tiene el ordenamiento jurídico español. El significado de la institución matrimonial en el ordenamiento español es, en este sentido, clarísimo: los arts. 44 y 46 C.C.⁴⁸ diseñan el matrimonio como una unión única y heterosexual. Ello determina que la “*modalidad matrimonial*” que supone el matrimonio poligámico aparezca –así– como una institución claramente contraria a nuestro orden público, rechazable.

–en línea con lo dispuesto en la Constitución española y en los textos internacionales sobre Derechos Humanos– por lo que de atentatorio a la dignidad de la mujer tiene, e imposibilitado de producir cualquier efecto directo en España^{49 50}.

(48) Art. 44: “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código*”. Art. 46: “*No pueden contraer matrimonio: 1º. Los menores de edad no emancipados. 2º. Los que estén ligados con vínculo matrimonial*”.

(49) Significativo al respecto es el hecho de que Ley 26/1992, de 10 noviembre, que en su momento aprobó el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España atribuya, en su art. 7.1, efectos a tales matrimonios “*desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil*”.

(50) Si la posición del legislador español es clara el respecto (*vid.* las dos notas anteriores), la jurisprudencia no es, por su parte, menos taxativa. Así, la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) ha negado cualquier tipo de efectos a los matrimonios poligámicos contraídos por marroquíes y egipcios. En este sentido pueden citarse, las Resoluciones (en adelante R) de la DGRN de 14 de septiembre de 1994 (1ª) (ADGRN, 1994, p. 1667 y ss.); de 5 de noviembre de 1996 (ADGRN, 1996, p. 2417) o de 3 de diciembre de 1996 (ADGRN, 1996, p. 2518 y ss.), entre otras varias. En ellas se pone de manifiesto que el hecho de que el segundo enlace matrimonial tenga la condición de válido para el ordenamiento del país en que se llevó a cabo “*y, en principio, haya que aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (art. 12.3 C.c.), que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la dignidad constitucional de la mujer y contra la concepción española del matrimonio*”. Al respecto, y con abundante jurisprudencia, *vid.* M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, “*Ius Nubendi y orden público matrimonial*”, *BIMJ*, nº 1862, 1 de Febrero de 2000, p. 433. Igualmente, I. GARCIA RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 276 y ss..

21. La interrelación entre el Derecho internacional privado y el Derecho de Extranjero se hace, pues, patente en este punto. Sin embargo, es de nuevo significativa la ausencia de una incidencia suficiente en la dimensión internacionalprivatista de un problema tan complejo como éste. Este desinterés del legislador puede implicar, además, en este caso, y atendiendo al significado que la institución de la “separación” parece tener en el art. 17.a) de la L.O. 4/2000, que la idea de la ineficacia absoluta del matrimonio poligámico en el ordenamiento jurídico español no sea, en la práctica, tan radical como a primera vista aparenta...

b) Exacto significado de “separación”

22. La afirmación que recoge el art. 17.a) en contra de la posibilidad de reagrupar a más de un cónyuge del extranjero residente en España viene acompañada de –condicionada por– una frase enigmática, tanto en su redacción como en su significado: “(E)l extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes”.

23. La lectura de esta frase abre el debate en torno a lo que de manera bastante ininteligible afirma y lo que efectivamente parece querer decir... Varias son, en este sentido, las posibles interpretaciones susceptibles de aportarse al precepto. Sin embargo, la opción a favor de una u otra dependerá directamente de la respuesta que otorguemos a dos preguntas clave: En primer lugar (i) cuál sea el sentido que esta frase atribuye a la institución de la “separación” y, en segundo (ii), qué se entienda por “procedimiento jurídico”.

i. Comenzando por la primera de estas dos preguntas –por el significado atribuible a “separación”– cabrían, como mínimo, dos lecturas del art. 17.a).

Una primera aproximación al precepto permitiría considerar que esta alambicada frase implica un *lapsus* del legislador con relación al significa-

do atribuible a esta institución. El redactor de la L.O. 4/2000, al referir a la misma en el art. 17.a), parece estar pensando en un supuesto tipo; un extranjero que en su día contrajo matrimonio en su país de origen, desplazándose seguidamente a España. El proceso de reagrupación familiar de su primera familia se lleva a cabo, y toda la familia pasa a desarrollar su vida en común en territorio español. Sin embargo, con posterioridad se produce la “*separación de su cónyuge*” y, a continuación, el casamiento del extranjero residente en España “*en segundas o posteriores nupcias*”, sin especificar si el mismo tendría lugar dentro o fuera de España. Un matrimonio, además, respecto de cuya ley reguladora mantiene silencio el precepto⁵¹ y que, obviamente, se produciría con un extranjero dado que, de otra forma, no se plantearía el problema de una futura reagrupación familiar en España. Y, una previa separación producida en España o en el extranjero, supuesto éste último respecto del cual el legislador nada dice expresamente acerca de las vías de eficacia de la misma en España⁵². Pues bien, de acuerdo con el estricto tenor del art. 17.a), la reagrupación de esta segunda familia sólo podrá producirse cuando se acredite que la “*separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares*”, esencialmente, en cuanto a

(51) Lo que es especialmente significativo en la medida en que el modelo español “*de prestación del consentimiento*”, previsto en los arts. 49 y 50 C.c. nada dice respecto del matrimonio celebrado en el extranjero por extranjeros. El sistema de Derecho internacional privado español en materia matrimonial es fruto de su tiempo, 1981, y en él el legislador está más interesado en asegurar la proyección al tráfico externo de los nuevos parámetros del sistema matrimonial español, que en asegurar una solución efectiva a los problemas planteados por los matrimonios mixtos; de ahí esta laguna legal, que se colma a través de distintas soluciones propuestas por la doctrina. Al respecto, vid. entre otros, J.D. GONZALEZ CAMPOS, “Derecho de Familia. El matrimonio”, en J.D. GONZALEZ CAMPOS et al., *Derecho internacional privado. Parte Especial*, Madrid, Eurolex, 1995, 6ª ed. revisada, p. 293 y ss.; J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, “Celebración del matrimonio”, en M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO et al., *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 103 y ss..

(52) Al respecto, vid. lo dicho en relación con el art. 16.3 de la L.O. 4/2000, en marginal 13.

la vivienda común, pensión del cónyuge y alimentos para los menores dependientes.

Obviamente, esta primera interpretación plantea directamente el problema de cual sea el sentido atribuible a la expresión “*separación de su cónyuge*”, dado que el legislador español –a diferencia de lo que hace expresamente en el art. 16.3 de la propia L.O.⁵³– en ningún momento habla en este art. 17.a) de disolución o ruptura del vínculo matrimonial. En el ordenamiento jurídico español, el significado de “separación” es muy claro. El art. 83 C.c. precisa que la sentencia de separación, frente a lo que ocurre con la de nulidad o divorcio, produce meramente la “*suspensión de la vida en común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica*”; en modo alguno supone la ruptura del vínculo matrimonial. Ello implica que, tras una sentencia de separación, el impedimento de ligamen subsista, con lo que sería imposible proceder a esas “*segundas o posteriores nupcias*” a las que refiere el art. 17.a).

Siendo esto así, para que esta posibilidad de “*segundas o posteriores nupcias*” fuera posible, bien debería entenderse que “*separación*” es equivalente a disolución a efectos del legislador español, algo que –ya hemos visto– no es cierto. O que el redactor de la Ley de Extranjería ha querido referir a la disolución del vínculo mediante la incorrecta referencia a la institución de la separación del matrimonio. En todo caso, en ambos supuestos estaríamos ante un error de calado por parte de los redactores de la L.O. 4/2000.

Frente a esta primera lectura del art. 17.a) de la L.O. 4/2000, cabría una segunda aproximación al precepto. De acuerdo con la misma, podría considerarse que, frente al entendimiento de que estamos ante un error del legislador –sinceramente, y aunque en otros casos nos haya dado sobradas muestras en contra, nos negamos a pensar que el legislador haya sido tan

(53) Ya citado: “...conservarán la residencia aunque se **rompa** el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición” (subrayado del autor).

burdo como para no percatarse de esta diferencia-, los redactores de la Ley estarían intentando hacer frente a aquellas situaciones en las que un inmigrante, casado varias veces en su país de origen -o en otro distinto de España- de acuerdo con lo dispuesto en su ley nacional, deja de cohabitar efectivamente con una de sus esposas -la que trajo en su momento a nuestro país- y pasa a hacerlo con otra que, originariamente, quedó en el Estado de procedencia... Se trataría, pues, de hacer frente a una situación radicalmente distinta a la del supuesto tipo que fundamenta la primera lectura del art. 17.a).

El problema de esta interpretación, sin embargo, es doble. En primer lugar, sigue chocando con la directa vinculación que el precepto realiza entre “*separación*” y las “*segundas o posteriores nupcias*”; sólo como consecuencia de la separación se pueden producir las otras nupcias, lo que -de nuevo- supone entender “*separación*” como “*disolución*”. En segundo lugar, la adjetivación de estas uniones como “*posteriores*” significa -además- que se trata de matrimonios temporalmente posteriores a la “*separación*”; no de vínculos coetáneos o previos a la unión en crisis que, de alguna manera, dejan de ser yacentes. Una vez más, para que tuviera sentido esta segunda interpretación, y se adecuase al presunto objetivo para el que está diseñado, o bien “*separación*” habría de entenderse, como significando disolución, o esas “*segundas o posteriores nupcias*” deberían aproximarse en el sentido de admitir matrimonios anteriores a la crisis matrimonial...

En definitiva, el art. 17.a) constituye el ejemplo de precepto presuntamente bienintencionado pero pésimamente redactado. Un artículo, además, en el que brilla por su ausencia cualquier referencia a -o toma en consideración de- los aspectos de Derecho internacional privado que genera el matrimonio y las situaciones de crisis matrimonial. No parece, pues, que se trate de la vía ideal para hacer frente a un problema tan complejo desde el punto de vista jurídico, personal y cultural como el de los matrimonios poligámicos.

ii. La segunda cuestión apuntada al albor del art. 17.a) de la L.O. 4/2000 es la de precisar qué se entienda por procedimiento jurídico. En este sentido, es significativo apreciar cómo el legislador español no habla de “procedimiento ante los Tribunales”, o de “procedimiento administrativo”; al contrario, refiere genéricamente a “*procedimiento jurídico*”.

En España, como en otros tantos países de nuestro entorno, la disolución del matrimonio por divorcio es fruto de una necesaria actividad judicial encomendada con exclusividad a los órganos jurisdiccionales⁵⁴. La utilización por el legislador, en el art. 17.a), de una terminología de estas características supone, de un lado, asumir que, a efectos de la “*reagrupación familiar*”, tal disolución –producida necesariamente en el extranjero– puede formalizarse a través de medios no estrictamente judiciales. Y, de otro lado, implica la necesidad de concretar –correlativamente– vías para su posible eficacia directa en España.

De acuerdo con este razonamiento estaríamos, claramente, ante una expresión conscientemente vaga, requerida de una interpretación acorde con la filosofía aparentemente integradora que subyacería en la última frase del art. 17.a) de la L.O. de Extranjería. En consonancia con ello, la clave para su entendimiento radicaría en el hecho de que un número importante de los inmigrantes que vienen a España pertenece a realidades culturales y sociales profundamente diferentes a la nuestra, y que en alguno de sus países de procedencia, como señala M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO⁵⁵, se permiten instituciones desconocidas en nuestro país, como puedan ser los divorcios notariales⁵⁶, los divorcios administrativos⁵⁷, los divorcios reli-

(54) Art. 89 C.C. y arts. 2 y 22 L.O. del Poder Judicial. Art. 89 C.C.: “*La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buen fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil*”.

(55) M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, art. cit., p. 438 y ss., con abundante jurisprudencia. Igualmente, y en relación con los países de nuestro entorno, vid. R. EL-HUSSEINI, “*Le droit international privé français et la répudiation islamique*”, *Rev.crit.dr.int.priv.*, 1999, p. 427 y ss., así como la bibliografía citada en nota 3.

(56) Al respecto, nótese, Auto (en adelante A) TS de 6 de Febrero de 1996 (RAJ, 1998, 7192), en el que se deniega el reconocimiento de un acta de divorcio marroquí pactado ante Adules. El TS español fundamenta su fallo en el hecho de no haberse probado por las partes el carácter de la intervención de los Adules autorizantes. En otras palabras, no se ha demostrado su condición de “*autoridad judicial o de funcionario público revestido de imperium*”, apuntando todo a que su intervención es puramente formal y que estamos ante un mero acuerdo privado entre los cónyuges. En contra de esta posición se encuentra el ATS de 17 de

giosos⁵⁸ o, sin más, el repudio⁵⁹. Se trata, pues, de rupturas del vínculo alcanzadas a través de procedimientos que no son, técnicamente, procedimientos judiciales.

Con la expresión “*procedimiento jurídico*”, el legislador español estaría haciendo referencia a cualquier procedimiento de características similares a los judiciales en el que, necesariamente deberá participar una autori-

septiembre de 1996 (RAJ 1998, 2908), en el que sí se otorga el *exequatur* en un supuesto parejo. M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO cita igualmente el supuesto de los divorcios de mutuo acuerdo cubanos, recogidos en una escritura notarial y, entre otras, menciona el ATS de 4 de Febrero de 1997 (RAJ, 1998, 2667), en el que se concede el *exequatur*, alegando la naturaleza de la intervención notarial: “*Una intervención que no es meramente formal, existiendo la intervención del Notario no se limita a funciones fedatarias, autorizando un mutuo disenso sobre el vínculo matrimonial, sino que se le atribuyen competencias en orden a la comprobación de determinadas condiciones a las que quedan sujetos la ruptura del vínculo y los efectos derivados de él en orden a los hijos menores comunes, ello dentro de un determinado procedimiento al que de modo preceptivo deberán acomodarse las solicitudes de divorcio de mutuo acuerdo.*”.

(57) Al igual que ocurre en los supuestos mencionados en la nota anterior, el *exequatur* se ha subordinado, una vez más, a la intervención de autoridades administrativas revestidas de “*imperium*”. Al respecto, nótese, entre otros, el ATS de 13 de Octubre de 1998 (RAJ, 7669) en relación con una resolución dictada por la Ministerio de Justicia y Asuntos Eclesiásticos de Islandia.

(58) Al respecto, vid. RDGRN, de 17 de Mayo de 1995 (RAJ, 4360), en relación con el matrimonio de una persona que había celebrado un enlace anterior, según el rito islámico, con una ciudadana marroquí en Barcelona en 1984, matrimonio disuelto por divorcio en el Centro Islámico de Barcelona, en 1993. Dicho divorcio se ve denegado cualquier tipo de efectos en España, por cuanto: “*no puede permitirse, por aplicación clara del orden público, que un divorcio pueda ser pronunciado por una autoridad religiosa*” (F.D. Tercero).

(59) Nótese, en este sentido, el ATS de 27 de Enero de 1998 (RAJ 2924) en el que se concede el *exequatur* a una resolución marroquí, con base en la igualdad de las partes para promoverlo. El TS precisa que “*...y así resulta, de una parte, que ya se denomine divorcio ya se llame repudio al acto que produjo la disolución del vínculo matrimonial entre los esposos -y no se pierda de vista que tanto la traducción jurada aportada a los autos como en indicado informe del Consulado General de Marruecos lo denominan divorcio-, es lo cierto que el ordenamiento regulador atribuye tanto al esposo como a la esposa la facultad de promoverlo*” (F.D. Segundo).

dad pública –ya sea ésta civil o religiosa, juez o no- revestida de “*imperium*”⁶⁰ y que, a través de un procedimiento más o menos equiparable al judicial, declare la ruptura del vínculo matrimonial. Con ello se procede a interpretar de forma flexible el mandato del art. 89 C.c.⁶¹, conectando con la posición mantenida por la jurisprudencia española.

Mediante la utilización de un concepto tan amplio como el de “*procedimiento jurídico*”, sin embargo, el legislador no sólo está adoptando una aproximación muy flexible hacia el problema de las formas de disolución del vínculo matrimonial; intenta asegurar, además, un mínimo de seguridad al cónyuge –previsiblemente- femenino que se separa. De ahí la referencia que el art. 17.a) *in fine* incorpora al objeto de este “*procedimiento*”. En el mismo no sólo debe dictarse la “*separación*”, debe, además, concretarse una serie de puntos esenciales en relación con el “*cónyuge anterior*” –insistimos, previsiblemente femenino- “*y sus familiares*” respecto “*a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes*”.

Sin embargo, a pesar de ello, no cabe dudas de que, tal como está redactado el precepto, estamos ante una respuesta posibilista, dotada de un tenor muy criticable y que, desde el punto de vista del Derecho internacional privado, plantea el problema, ya no sólo de su exacto significado sino, de la verificación de la naturaleza y características de ese “*procedimiento jurídico*”, del papel jugado en el mismo por la correspondiente autoridad extranjera y de su eficacia en el ordenamiento jurídico español. Se produce, a primera vista –y una vez más-, una disociación entre la realidad del Derecho internacional privado español y la que, previsiblemente, puede ser la práctica del Derecho de Extranjería español...

c) Grado de eficacia atribuible a los matrimonios de complacencia:

23. Los matrimonios de complacencia se están convirtiendo en estos últimos años en un problema de creciente trascendencia en España y, tam-

(60) En palabras del ATS de 6 de Febrero de 1996 (cit. nota 56).

(61) Vid. nota 54.

bién, en la Unión Europea en general⁶². El incesante aumento de supuestos ha generado distintas respuestas de las autoridades nacionales⁶³ e, incluso, de las comunitarias⁶⁴, que intentan frenar la utilización de la institución matrimonial como forma de acceder al “paraíso” que para muchos extranjeros suponen los países occidentales.

24. En este entorno, el art. 17.a) no duda en excluir del Derecho a la reagrupación familiar a aquellos cónyuges que hayan alcanzado tal condición a través de un matrimonio “*celebrado en fraude de ley*”.

25. La virtualidad de esta prohibición dependerá en la práctica, sin embargo, de la difícil prueba de tal actitud fraudulenta por parte de los contrayentes. La demostración de la celebración “*en fraude de ley*” de un matrimonio no es, en modo alguno, una cuestión sencilla. Ciertamente, la falta de verdadero consentimiento matrimonial⁶⁵ llevaría a considerar dichas uniones como nulas. Mas, la realidad práctica demuestra la existencia de verdaderas dificultades a la hora de verificar esa efectiva falta de consentimiento.

Las autoridades nacionales se ven obligadas, en estos casos, a cotejar las apariencias de fraude que acompañan a una unión, con el Derecho – constitucional- a contraer matrimonio “*en plena igualdad jurídica*”, que asiste al hombre y a la mujer. En otras palabras, las autoridades se ven

(62) En la doctrina española vid. al respecto, E. FERNANDEZ MASIA, “De la ficción a la realidad: la creciente problemática de los matrimonios de conveniencia en España”, *RDPr*, Sept. 1998, p. 628 y ss.; I. GARCIA RODRIGUEZ, “La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios”, *AC*, nº 18, 3-9/V/1999, p. 451 y ss..

(63) Nótese, así, la Instrucción DGRN de 9 de Enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes esté domiciliado en el extranjero.

(64) Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos.

(65) Exigido, en España, por los arts. 45 C.C. (“*No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*”) y 73.1 C.C. (“*Es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: 1º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial*”).

compelidas a contraponer el *ius nubendi* al Derecho que acompaña a una determinada Comunidad a verificar que la institución matrimonial no es utilizada de forma fraudulenta para obtener unos fines espurios...

La extensa doctrina de la DGRN en esta materia resalta estas dificultades que acompañan a la prueba de la celebración de la unión matrimonial “*en fraude de ley*” y, pone de manifiesto la consecuente necesidad de verificar cada caso de forma individualizada. Reflejo de todo ello es la presencia de un importante número de supuestos de rechazo de determinadas uniones matrimoniales, por entenderlas afectadas de nulidad por simulación⁶⁶, al lado de un amplio número de Resoluciones en las que la imposibilidad de probar con claridad el fraude supone la –resignada– aceptación de su eficacia en nuestro ordenamiento jurídico⁶⁷.

(66) Por todas, y entre un amplio abanico de Resoluciones, nótese la reciente RDGRN de 11 de Enero de 1999 (3ª) (BIMJ nº 1854, de 1 de Enero de 1999) en la que, al plantearse la cuestión se señala que ésta “*surge acerca de cómo constatar esta ausencia de consentimiento, puesto que, como ocurre normalmente en todas las hipótesis de simulación, es muy raro que existan pruebas directas de la voluntad simulada, de modo que descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes es una tarea difícil en la cual juega un importante papel la prueba de la presunción judicial, para cuyo éxito “es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” (artículo 1253 C.c.). Por otra parte, ha de tenerse presente que existe una presunción general de buena fe y que el ius nubendi es un derecho fundamental de la persona, reconocido a nivel internacional y constitucional, de modo que la convicción de la simulación y del consiguiente fraude ha de llegar a formarse en un grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido.*” (F.D. III)... En este concreto caso, se denegó la inscripción, por cuanto “*la falta de prueba de las relaciones anteriores, la inexistencia de idioma común y el desconocimiento por parte de él de datos elementales de ella, incluso de la calle en que vive ésta. Estos hechos objetivos han llevado a la convicción del Cónsul, del Ministerio Fiscal y del Juez Encargado de que el matrimonio es nulo por simulación, cuando todos ellos por su proximidad de los hechos están en las mejores condiciones para valorar las declaraciones y actitudes de los interesados*” (F.D. VII). Igualmente, RDGRN de 3 de Enero de 2000 (1ª) (BIMJ nº 1865, de 15 de Marzo de 2000, p. 1053); de 3 de Enero de 2000 (3ª) (BIMJ nº 1865, de 15 de Marzo de 2000, p. 1059) o de 11 de Enero de 2000 (2ª) (BIMJ nº 1865, de 15 de Marzo de 2000, p. 1085).

26. La prueba de la falta de consentimiento no es, sin embargo, el único problema que acompaña a la práctica del art. 17.a). La ineficacia de este tipo de matrimonios y, por consiguiente, su absoluta falta de efectividad respecto de la reagrupación familiar expresada en el art. 17.a) de la L.O. 4/2000, choca, además, con una posición jurisprudencial que, en relación específicamente con este punto, tiende a obviar el origen –aparentemente

(67) Significativa en este sentido es la RDGRN (2ª) de 18 de Enero de 1999 (BIMJ n° 1854, de 1 de Enero de 1999): *“II. Dentro de la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio civil existe un trámite esencial e imprescindible (cfr. Instrucción de 9 de enero de 1995, norma 3ª), como es la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cfr. Artículo 246 RRC). III. La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos –especialmente en los matrimonios entre español y extranjero– en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial sino aprovecharse de la apariencia de normalidad para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros modos, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. Artículos 45 y 73.1 C.c.). IV. Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrado, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. Artículo 1253 C.c.). ...VI. Si se tienen en cuenta la presunción general de buena fe y que el ius nubendi, como derecho fundamental de la persona no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aún ó en casos de duda, no poner trabas a la celebración del enlace. Colmo expresó en un supuesto similar la Resolución de 9-2ª de octubre de 1993, “ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el ius connubii, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa”. “Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. Artículo 74 C.c.) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto”. Nótese, igualmente, y entre otras muchas, las RRDGRN de 13 de Enero de 2000 (1ª) (BIMJ, n° 1866, de 1 de Abril de 2000, p. 1319), de 13 de Enero de 2000 (2ª) (BIMJ, n° 1866, de 1 de Abril de 2000, p. 1321), 13 de Enero de 2000 (3ª) (BIMJ, n° 1866, de 1 de Abril de 2000, p. 1324) o de 24 de Enero de 2000 (1ª) (BIMJ, n° 1866, de 1 de Abril de 2000, p. 1337).*

fraudulento de la relación- a favor de la existencia de una posterior convivencia real entre los cónyuges⁶⁸, admitiendo, consiguientemente, el Derecho a la reagrupación. Previsiblemente, esta diferencia marcará, también, el futuro desarrollo jurisprudencial del art. 17.a) L.O. 4/2000...

IV. A MODO DE CONCLUSIONES

27. El moderno dogma de la globalización presenta ciertas grietas en la práctica. Lejos de desaparecer, la realidad demuestra que las fronteras perduran. De hecho, que algunas fronteras se hacen cada vez menos porosas, siendo más y más difíciles de cruzar... Al albor, precisamente, de ese bien-estar generado –oficialmente y en gran medida- por la globalización de los mercados, miles de personas intentan desplazarse a otros lares en busca de un mañana mejor lejos de sus raíces. España no es ajena a esta realidad, de hecho, por su situación geográfica, se ve afectada por este fenómeno consustancial al hombre, con especial virulencia, e improvisación.

(68) El ejemplo paradigmático es la STSJC de Valencia, de 13 de Octubre de 1998 (*El Derecho*, 98/31874), en la que al plantearse esta cuestión, se señala con claridad que en “*el caso de autos, la recurrente se encuentra casada con ciudadano español desde el 14/octubre/93; más de dos años después, en noviembre de 1995, a raíz de su solicitud de exención de visado, las diligencias policiales que se recogen al fol. 13 del expediente administrativo, determinan que la Administración extraiga la conclusión de que se trató de un matrimonio de conveniencia o “matrimonio blanco” como allí se le denomina, dado que no existe convivencia entre los cónyuges. Ahora bien, la actora aportó junto a su solicitud de exención, un certificado de convivencia (fol. 6) librado por la Policía Local del Ayuntamiento de Alicante, al que, cuanto menos, la misma validez debe dársele que al atestado de la Comisaría de Policía de esa ciudad; por otra parte, existe una presunción de convivencia derivada del vínculo matrimonial, que debe ser desvirtuada con medios más fehacientes que las meras conjeturas que se derivan de las “gestiones en el vecindario” y “llamadas telefónicas”, que se dicen realizadas en el atestado policial; no hay constancia más detallada de la naturaleza y contenido de las gestiones efectuadas, las personas preguntadas, su conocimiento del matrimonio, etc. En consecuencia, no puede extraerse de tales diligencias, la conclusión de que el matrimonio que dos años atrás contrajo la recurrente con un ciudadano español, lo fue a los meros efectos de eludir la legislación de extranjería. Así pues, y no desvirtuada la subsistencia del matrimonio, hay que entender que concurren en la actora las suficientes razones excepcionales como para eximirla del visado solicitado.*” (F.J. TERCERO)

La trascendencia social y económica que conlleva el incremento de los fenómenos migratorios, no oculta su dimensión jurídica. En este ámbito, y entre otros aspectos, el aumento de la inmigración incide directamente en las relaciones entre el Derecho internacional privado y el Derecho de Extranjería. La L.O. 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social pone, en este sentido, de relieve que, con independencia de cual sea nuestra concepción del contenido del Derecho internacional privado, es absolutamente imprescindible tomar en consideración la dimensión internacional privatista de la inmigración para poder aportar una respuesta jurídicamente adecuada a la misma. Lamentablemente, esta aproximación no se da en la L.O. 4/2000, una normativa tan bien intencionada en cuanto a sus objetivos, como incorrecta en cuanto a su técnica legislativa...

28. Hemos dicho ya que, a pesar de la doctrina oficial, las fronteras no desaparecen en su totalidad. Curiosamente, es la propia persistencia de estas fronteras la que agudiza la necesidad de acabar con ellas. Y, en este objetivo se hace imprescindible comenzar por difuminar algunas de las existentes entre las distintas disciplinas jurídicas. La L.O. 4/2000 bien hubiera podido constituir un buen banco de pruebas para ello...