

“Saíd”: historia de un ilegal

Ricardo Rueda Valdivia
Profesor Titular de Derecho internacional privado
de la Universidad de Granada

SUMARIO

Ficha técnica de la película “Saíd”. Sinopsis de la película. I. Introducción. II. Pluralidad de regímenes de extranjería y de situaciones de los extranjeros en España. III. Entrada en España de los extranjeros sujetos al régimen general de extranjería: especial referencia a la necesidad de visado. IV. Derechos de los extranjeros en España. V. Infracciones, sanciones y procedimientos sancionadores. VI. Regularización de los extranjeros en situación irregular. VII. Matrimonio civil en España de extranjero con español. VIII. Separación o divorcio ante autoridad española de matrimonio entre extranjero y español celebrado en España. IX. Adquisición de la nacionalidad española por parte de extranjeros nacidos en España o casados con españoles.

FICHA TÉCNICA DE LA PELÍCULA “SAÍD”

Título: Saíd

Director: Llorenç Soler

Producción: Centre Promotor de la Imatge, Barcelona

Guión: J. L. Roig

Reparto: Nuria Prims, Noufal Lhafi, Marouan Mribiti, Mercedes Sampietro, Samir el Ouchiri, Jordi Dauder, Agustín González, Luis Iriondo, Javier Nart

Música: Eduardo Arbide

Fotografía: Xavier Camí

Montaje: Pere Abadal

País: España

Año: 1998

Duración: 98 minutos

Premios obtenidos: Palmera de Bronce, Mostra de Cinema del Mediterráneo, Valencia, 1998; Premio “Tirant” al mejor director, Valencia, 1999; Premio del público, Festival de Cine Español de Nantes (Francia) 1999; Premio mejor banda musical, Festival de Cine Español de Toulouse (Francia), 1999.

SINOPSIS DE LA PELÍCULA

Adaptación de la novela de Josep Lorman, “Les aventures de Saïd”, la película de Llorenç Soler narra la historia de un joven marroquí, Saïd, quien animado por un compatriota y amigo de la infancia, Hussein, residente legal en Barcelona, abandona su país y entra en España en patera con la esperanza de iniciar una vida mejor, llegando tras un largo viaje hasta la Ciudad Condal, donde muy pronto descubre los prejuicios racistas, así como los obstáculos legales a los que se enfrentan en España los extranjeros en situación irregular.

Alojado inicialmente en el piso que su amigo Hussein comparte con otros dos marroquíes, Ahmet y Hassan, en el barrio de El Raval, Saïd comienza trabajando como vendedor ambulante de alfombras por las calles de Barcelona, actividad que le genera una profunda decepción tanto por la escasez de ventas como por el desprecio con el que es tratado por la gente. Pero trata de olvidar esa dura realidad integrándose en el grupo musical que sus compañeros, Ahmet y Hassan, forman junto a un tercer ciudadano marroquí, Taïb, casado con ciudadana española. Su pertenencia al citado grupo musical le permite reencontrarse con Fátima, hija de emigrantes marroquíes afincados en España y nacida en nuestro país, a quien había conocido a su llegada a Barcelona, y que cursa estudios de administrativa. Asimismo, tiene la oportunidad de conocer a Ana, joven española de familia acomodada y estudiante de periodismo, que prepara en esos momentos un trabajo sobre la situación de los inmigrantes marroquíes en la capital catalana.

Tras una trifulca con Hussein, –trifulca a consecuencia de la cual se ve en la necesidad de recibir asistencia médica que, ante el temor de acudir a un centro hospitalario por

su situación irregular, acaba prestándole en su propia casa el padre de Ana, médico de profesión–, Saíd toma la decisión de abandonar el piso de su amigo, instalándose en el que su compatriota Taíb comparte con su esposa española. Igualmente, cambia de trabajo, al ser contratado, por recomendación de Taíb, por el empresario para el que éste trabaja en la recolección de la fresa.

Una noche, a la salida del ensayo con su grupo musical, y mientras camina junto a Ana y Ahmet por una calle solitaria, Saíd y sus acompañantes sufren una violenta agresión por parte de un grupo de skins o cabezas rapadas, de la que consiguen finalmente escapar gracias a la intervención de un taxista que pasa por el lugar. Ahmet, no obstante, sufre importantes lesiones a consecuencia de los golpes y patadas recibidos en la cabeza, por lo que es trasladado de inmediato por Ana hasta un hospital, donde es ingresado en estado de coma. Saíd, tras el ingreso de su compatriota, pasa a sustituirlo en el restaurante en el que éste último venía trabajando sin contrato y sin autorización para trabajar –al no haber podido renovar la autorización de la que en su día dispuso por la negativa de su empleador a renovarle el contrato–, y cuyos ingresos se esforzaba en hacer llegar todos los meses a su mujer y a sus hijos en Marruecos, soñando con poder algún día reagruparlos.

Al poco tiempo, paseando por las calles de Barcelona de la mano de Ana, a la que se empieza a sentir unido sentimentalmente, Saíd es increpado por una pareja de policías de paisano, que le requieren para que les exhiba su documentación. Y al carecer de ella, es primeramente conducido a la comisaría de policía, y posteriormente ingresado en un centro de internamiento, donde permanece durante la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, que concluye con una orden de expulsión en su contra. Al no ser ésta ejecutada, Saíd es puesto en libertad, regresando a casa de su compatriota Taíb, que en esos momentos se halla inmerso en trámites de separación o divorcio.

Ya en libertad, conociendo las amenazas recibidas por Ana de la banda de skins tras haber participado aquélla en la identificación de dos de los responsables de la agresión racista, y ante la desconfianza que le merece la protección que la policía española le viene prestando a instancia de su abogada, Saíd solicita a su amigo Hussein (quien había decidido abandonar la actividad de proxeneta y camello a la que hasta entonces se había dedicado, pasando a encabezar la lucha contra las bandas racistas) una vigilancia y protección paralela de Ana. Esta protección paralela acaba evitando que Ana sea asesinada en vísperas del inicio del juicio contra los acusados y en el que ha de declarar, al interponerse el propio Hussein entre el agresor y Ana, muriendo aquél apuñalado.

Iniciado el juicio, y ante las contradicciones en que incurre Ana al responder a las preguntas formuladas por el abogado defensor de los acusados, Saíd decide dejar a un lado sus reticencias iniciales a declarar (motivadas por su temor a que tal comparecencia pudiera desencadenar su expulsión definitiva de España), y acaba prestando declaración contra los acusados, llegando incluso a identificar a dos de los presentes entre el público como responsables también de la agresión. Finalmente, Saíd es expulsado de España,

al ejecutar la autoridad gubernativa la orden de expulsión que contra el mismo dictara en su día.

I. INTRODUCCIÓN.

Considerado uno de los principales exponentes del cine español sobre inmigración, “Saíd” constituye un duro drama de denuncia social tanto de la situación de marginación en la que viven los inmigrantes irregulares en España, como de los problemas de integración a los que, en particular, se enfrenta el colectivo de inmigrantes marroquíes. Llorenç Soler nos acerca a las ilusiones con que miles de inmigrantes procedentes de Marruecos llegan a nuestro país esperanzados en poder iniciar una vida mejor, así como a la frustración que aquéllos sienten al enfrentarse a la cruda realidad, a cómo viven de manera conflictiva su integración en la nueva sociedad a causa de los prejuicios y la discriminación que padecen, llevándonos a reflexionar sobre el racismo y la xenofobia existentes en nuestra sociedad.

El interés que presenta la película tanto desde un punto de vista antropológico como sociológico resulta innegable. Pero sin duda también lo es el interés que la misma presenta en el plano jurídico, dada la gran cantidad de problemas de esta naturaleza que, de manera directa o indirecta, en ella se abordan o de los que da pie a hablar. De hecho, bien cabe ver en esta película un instrumento de extraordinaria utilidad para la enseñanza del Derecho, y, en concreto, de una de sus ramas, como es el Derecho de extranjería, planteándose también en ella cuestiones pertenecientes a otras ramas, como es el caso del Derecho internacional privado o del Derecho de la nacionalidad.

Ciertamente, son varias las cuestiones de Derecho de extranjería a las que la película nos enfrenta, y a las cuales nos referiremos de forma individualizada en las próximas páginas. La primera de ellas es la relativa a la pluralidad de regímenes de extranjería existentes en Derecho español, así como a la pluralidad de situaciones en las que un extranjero, en concreto un extranjero no comunitario, se va a poder encontrar en España. La película, asimismo, da pie a abordar la cuestión de la entrada de los extranjeros no comunitarios en España, y, más exactamente, la exigencia que a tal efecto se impone de disponer del correspondiente visado, enfrentándonos además a la cuestión relativa a los derechos de los que tales extranjeros gozan en España, y en particular a cuatro de tales derechos, como son el derecho al trabajo, el derecho a la reagrupación familiar, el derecho a la asistencia sanitaria y el derecho a la educación. Obligada, igualmente, resulta la referencia al tema de las infracciones y sanciones en materia de extranjería, y, de manera especial, dentro de éstas, a la sanción de expulsión del territorio nacional, sin olvidar la necesaria mención a la cuestión de los procedimientos sancionadores y a la medida cautelar de internamiento que la normativa general de extranjería contempla para una modalidad concreta de procedimiento sancionador, como es el procedimiento preferente. Por último, la película nos lleva a tratar a otra cuestión de extraordinaria

importancia, como es la relativa a la posibilidad de que los extranjeros en situación irregular en España puedan regularizar su situación en nuestro país mediante la obtención de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

Pero, como se apuntara anteriormente, la película comentada no solo permite el acercamiento a temas de Derecho de extranjería, ya que da también pie a hablar de cuestiones pertenecientes a otras disciplinas. En concreto, da pie a abordar cuestiones de Derecho internacional privado tales como la celebración en España de matrimonios mixtos o las demandas de separación o divorcio suscitadas por tales matrimonios ante las autoridades judiciales españolas, así como ciertas cuestiones de Derecho de la nacionalidad, como es el caso de la adquisición de la nacionalidad española por parte de los extranjeros nacidos en España o de los extranjeros casados con españoles.

II. PLURALIDAD DE RÉGIMENES DE EXTRANJERÍA Y DE SITUACIONES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

En Derecho español no es posible hablar de la existencia de un único régimen de extranjería, sino de varios. En concreto, dentro de nuestro ordenamiento, cabe distinguir hasta tres grandes regímenes de extranjería:

1) régimen comunitario, al que quedan sujetos todos aquellos ciudadanos que ostentan la nacionalidad de alguno de los países miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, así como también aquellos ciudadanos extranjeros que, ostentando la nacionalidad de un tercer país, tienen la condición de familiares de algunos de los anteriores, incluidos los familiares de españoles, siempre que acompañen o se reúnan con, considerándose que tienen tal condición el cónyuge, la pareja registrada, así como el descendiente (menor de 21 años o mayor que viva a su cargo o sea incapaz) o ascendiente directo tanto del ciudadano comunitario como de su cónyuge o pareja registrada. Este primer régimen se halla contenido en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo^{170 - 171}.

170 *BOE* n° 51, de 28 de febrero de 2007.

171 Téngase presente que a los familiares de españoles les es de aplicación directa el Real Decreto 240/2007 a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) de 1 de junio de 2010 (*RJ* 2010/5470), donde se declara nula la expresión "de otro Estado miembro" utilizada en su art. 2.1, sobre la base de lo dispuesto en el art. 3 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (*DOUE* n° L 158, de 30 de abril de 2004), declarándose asimismo nula la D.F. 3ª del citado Real Decreto.

2) régimen general de extranjería, al que quedan sujetos todos los ciudadanos nacionales de terceros países no sometidos al régimen comunitario, y que se halla recogido tanto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social –en adelante LOE–¹⁷² (Ley que ha sido reformada hasta en cinco ocasiones, en concreto a través de las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre¹⁷³, 11/2003, de 29 de septiembre¹⁷⁴, Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre¹⁷⁵, 2/2009, de 11 de diciembre¹⁷⁶ y 10/2011, de 27 de julio¹⁷⁷), como en su Reglamento de desarrollo (desde el 1 de julio de 2011 se halla en vigor el Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011 de 20 de abril –en adelante RLOE–¹⁷⁸), y 3) régimen especial de los asilados, desplazados y apátridas, régimen que, en el caso de los asilados, se halla contenido en el Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados¹⁷⁹ y en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria¹⁸⁰, para los desplazados, en el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas¹⁸¹, y, finalmente, por lo que respecta a los apátridas, en el Convenio de Nueva York de 28 de septiembre de 1954 sobre el estatuto de los apátridas¹⁸² y en el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida¹⁸³.

Saíd, protagonista principal de la película, al igual que el resto de protagonistas de nacionalidad marroquí, se hallan sujetos al régimen general de extranjería. Pero no así Taíb, quien al estar casado con ciudadana española, se halla sometido al régimen comunitario de extranjería. No obstante, hay que tener presente que el estatus administrativo de éste último se va a ver alterado en caso de que la crisis por la que, en la película, atraviesa su matrimonio, acabe finalmente desembocando en una sentencia de divorcio; y ello, por cuanto la disolución de su matrimonio determinará que Taíb deje de estar sujeto al régimen comunitario (que le era de aplicación precisamente por el vínculo conyugal con española) y pase a quedar sometido al régimen general de extranjería. En este punto,

172 *BOE* n° 10, de 12 de enero de 2000. Corrección de errores en *BOE* n° 20, de 24 de enero de 2000.

173 *BOE* n° 307, de 23 de diciembre de 2000.

174 *BOE* n° 234, de 30 de septiembre de 2003.

175 *BOE* n° 279, de 21 de noviembre de 2003.

176 *BOE* n° 299, de 12 de diciembre de 2009.

177 *BOE* n° 180, de 28 de julio de 2011.

178 *BOE* n° 103, de 30 de abril de 2011.

179 Instrumento de adhesión de 14 de agosto de 1978 (*BOE* n° 252, de 21 de octubre de 1978. Corrección de errores en *BOE* n° 272, de 14 de noviembre de 1978).

180 *BOE* n° 263, de 31 de octubre de 2009.

181 *BOE* n° 256, de 25 de octubre de 2003.

182 Instrumento de adhesión de 24 de abril de 1997 (*BOE* n° 159, de 4 de julio de 1997).

183 *BOE* n° 174, de 21 de julio de 2001. Corrección de errores en *BOE* n° 276, de 17 de noviembre de 2001.

en todo caso, es preciso estar a lo dispuesto en el art. 9 del Real Decreto 240/2007, que establece una clara distinción en función del tiempo que haya durado el matrimonio. Así, para el caso en que el matrimonio haya durado menos de 3 años, prevé que el cónyuge extranjero, una vez recaída sentencia de divorcio, habrá de solicitar de inmediato una autorización de residencia y trabajo conforme a lo establecido en el RLOE, si no desea incurrir en situación de irregularidad. En cambio, para el caso en que la vigencia del matrimonio haya sido superior a 3 años, brinda al interesado un plazo de 6 meses, a contar desde la fecha de la sentencia de divorcio, para solicitar la autorización de residencia y trabajo. Y, en cualquiera de los dos supuestos, deberá el interesado, para obtener la citada autorización, demostrar que se halla en alta en el régimen correspondiente de seguridad social como trabajador o que dispone de recursos suficientes.

La situación administrativa de Taïb no se verá en cambio alterada en el supuesto de que la crisis de su matrimonio acabe desembocando en una sentencia de separación, ya que ésta última, al subsistir el vínculo matrimonial, no será causa de pérdida de su derecho de residencia comunitario. Ciertamente es que el art. 9 del Real Decreto 240/2007, al enunciar las situaciones que pueden dar lugar a la pérdida del derecho de residencia, incluye (entre otras) tanto el divorcio como la separación legal. Sin embargo, hay que tener presente que, desde la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 5ª) de 1 de junio de 2010¹⁸⁴, la separación legal ha dejado de ser causa de pérdida del derecho de residencia del cónyuge no comunitario, al declarar aquélla la nulidad de la expresión “separación legal” utilizada en el citado art. 9, por ser su inclusión contraria a lo establecido en el art. 13 de la Directiva 2004/38/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004¹⁸⁵.

La película, por otra parte, pone de relieve cómo son también varias las situaciones en las que los extranjeros, y en particular los extranjeros sujetos al régimen general de extranjería, se van a poder encontrar en nuestro país. De hecho, cabe hablar de hasta de cuatro posibles situaciones de los extranjeros no comunitarios en España: 1) estancia, que es la situación en la que se encuentran todos aquellos extranjeros que, habiendo entrado legalmente en territorio español, permanecen en nuestro país por un período de tiempo no superior a 90 días, como es el caso de los extranjeros que vienen de turismo o de visita familiar, aunque también los extranjeros que han sido admitidos a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, pese a que su tiempo de permanencia en España sea superior al indicado (art. 30 LOE); 2) residencia temporal, que es la situación en la que se hallan los extranjeros que, disponiendo de la correspondiente autorización para residir –ya se trate de una autorización de residencia no lucrativa o de una autorización de residencia y trabajo–, permanecen en nuestro país por un período superior a 90 días e inferior a 5 años (art. 31 LOE); 3) residencia de larga duración, considerándose como tal la

184 *Cit. supra* nota 171.

185 *Cit. supra* nota 171.

situación de quienes, tras haber vivido de forma continuada en España durante 5 años con la pertinente autorización de residencia temporal, siguen haciéndolo, viniendo por tal motivo autorizados a residir y trabajar en España de manera indefinida. No obstante, hay que tener presente que también se hallan en esta situación quienes, pese a no haber residido legalmente en España durante 5 años, han conseguido una autorización de residencia de larga duración en algunos de los supuestos de especial vinculación con nuestro país previstos reglamentariamente (arts. 32 LOE y 148 RLOE), y, finalmente, 4) situación irregular, que es el calificativo que recibe la situación de quienes permanecen en nuestro país sin disponer de la pertinente autorización de estancia o de residencia –sea ésta temporal o de larga de duración–, pudiendo tratarse, bien de una irregularidad originaria, como es la de los extranjeros que entran en territorio español sin la preceptiva documentación y por lugares no habilitados a tal efecto, o de una irregularidad sobrevenida, siendo ésta la irregularidad en la que incurren quienes, habiendo entrado y permanecido en España de manera regular, dejan de estarlo, bien por agotarse su período de estancia legal o por no haber conseguido renovar la correspondiente autorización de residencia temporal.

En situación irregular, concretamente, se encuentran dos de los protagonistas de la película: Saïd y Ahmet, si bien la irregularidad de uno y de otro son de distinta naturaleza. Así, mientras que la irregularidad del primero es originaria, al haber efectuado su entrada en España de manera irregular, en el caso de Ahmet la irregularidad es sobrevenida, pues éste último sí que estuvo durante un tiempo en España en situación regular, en tanto titular de una autorización de residencia y trabajo, aunque dejó de estarlo al no conseguir renovar la citada autorización por la negativa de su empleador a la renovación de su contrato de trabajo, empleador para el que, a pesar de tal negativa, continuó trabajando. Hassan y Hussein, por su parte, se encuentran en España en situación regular, y en concreto, en situación de residencia temporal, disponiendo ambos de la preceptiva autorización de residencia y trabajo en vigor. Y también en situación regular se halla Fátima (si es que no ha adquirido ya la nacionalidad española), quien al llevar viviendo en España desde su nacimiento, puede decirse que ostenta la condición de residente de larga duración.

III. ENTRADA EN ESPAÑA DE LOS EXTRANJEROS SUJETOS AL RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA: ESPECIAL REFERENCIA A LA NECESIDAD DE VISADO.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 25 de la LOE y en las normas reglamentarias que lo desarrollan (arts. 4 y ss. RLOE), el extranjero sujeto al régimen general de extranjería que pretenda entrar en territorio español deberá necesariamente hacerlo por cualquiera de los puestos habilitados a tal efecto, hallarse provisto de pasaporte o documento de viaje en vigor que acredite su identidad, estar en posesión de un visado

válidamente expedido y también en vigor, salvo en los casos en que éste último no resulte exigible, y no encontrarse sujeto a ninguna prohibición expresa de entrada. Asimismo, deberá presentar los documentos previstos reglamentariamente que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia, acreditar la posesión de los medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o, en su caso, estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios, y, en los supuestos en que así se requiera, aportar los certificados médicos expedidos en el país de procedencia que acrediten que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento Sanitario Internacional, o, en su caso, someterse a la llegada, en frontera, a un reconocimiento médico por parte de los servicios sanitarios españoles competentes.

De los distintos requisitos exigidos para la entrada en la normativa general de extranjería, en la película se hace mención expresa a uno de ellos: el visado. Este, como es sabido, es el documento que habilita a un extranjero a entrar en España con un concreto fin, y, una vez efectuada la entrada, a permanecer en nuestro país en la situación para la que aquél fue concedido, correspondiendo su expedición, a solicitud del interesado, a la Misión Diplomática u Oficina Consular de España en el país de su residencia (salvo en los supuestos excepcionales que se contemplen reglamentariamente o en aquellos en que el Estado español, de acuerdo con la normativa comunitaria sobre la materia, haya acordado su representación con otro Estado miembro de la Unión Europea en determinados tipos de visados), y extendiéndose de ordinario en el propio pasaporte o documento de viaje, aunque también se contempla la posibilidad de que se efectúe en documento aparte.

No obstante, hay que tener presente que son varios los supuestos en los que el visado no resultará exigible. En concreto, según el art. 7 del RLOE, no precisarán visado para estancias de hasta 3 meses en un periodo de 6: 1) los nacionales de países con los que se haya acordado su supresión, como son los que figuran en el Anexo II del Reglamento (CE) nº 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001¹⁸⁶; 2) los titulares de pasaportes diplomáticos, de servicio u otros pasaportes oficiales expedidos por países con los que se haya acordado su supresión; 3) los titulares de salvoconductos expedidos por determinadas organizaciones internacionales intergubernamentales a sus funcionarios, cuando España haya acordado la supresión de dicho requisito; 4) los extranjeros que tengan la condición de refugiados y estén documentados como tales por un país signatario del Acuerdo Europeo nº 31, de 20 de abril de 1959, relativo a la exención de los visados para refugiados¹⁸⁷; 5) los miembros de las tripulaciones de

186 *DOCE* nº L 81, de 21 de marzo de 2001. Modificado por el Reglamento (CE) nº 2414/2001 del Consejo, de 7 de diciembre de 2001 (*DOCE* nº L 327, de 12 de diciembre de 2001), el Reglamento (CE) nº 453/2003 del Consejo, de 6 de marzo de 2003 (*DOUE* nº L 69, de 13 de marzo de 2003), el Reglamento (CE) nº 1932/2006 del Consejo, de 21 de diciembre de 2006 (*DOUE* nº L 405, de 30 de diciembre de 2006) y el Reglamento (CE) nº 1244/2009 del Consejo, de 30 de noviembre de 2009 (*DOUE* nº L 336, de 18 de diciembre de 2009).

187 Instrumento de ratificación de 2 de junio de 1982 (*BOE* nº 174, de 22 de julio de 1982).

barcos y comerciales extranjeros, cuando se hallen documentados con un documento de identidad de la gente del mar en vigor y sólo durante la escala del barco o cuando se encuentre en tránsito para embarcar hacia otro país; 6) los miembros de las tripulaciones de aviones comerciales extranjeros que estén documentados como tales mediante la tarjeta de miembro de la tripulación, durante la escala de su aeronave o entre dos escalas de vuelos regulares consecutivos de la misma compañía aérea a que pertenezca la aeronave, y 7) los extranjeros titulares de una autorización de residencia, una autorización provisional de residencia, una autorización de larga duración o una tarjeta de acreditación diplomática, expedidos por las autoridades de otro Estado con el que España haya suscrito un acuerdo internacional que contemple esta posibilidad. Tampoco precisarán visado los extranjeros que sean titulares de una tarjeta de identidad de extranjero, de una tarjeta de acreditación diplomática, de una autorización de regreso o de una tarjeta de identidad de extranjero de trabajador transfronterizo, siempre que tales documentos hayan sido expedidos por autoridades españolas y estén vigentes en el momento de solicitarse la entrada.

El visado, como antes se apuntara, es concedido en función del motivo que justifica el viaje del extranjero a España, lo que permite hablar de la existencia de distintos tipos de visado. De hecho, la LOE, en su art. 25 bis, distingue hasta siete tipos diferentes de visado, como son: 1) visado de tránsito, que habilita a transitar por la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español o a atravesar el territorio español; 2) visado de estancia, que habilita para una estancia ininterrumpida o estancias sucesivas por un período o suma de períodos cuya duración total no exceda de 3 meses por semestre a partir de la fecha de la primera entrada; 3) visado de residencia, que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional; 4) visado de residencia y trabajo, que habilita para la entrada y estancia por un período máximo de 3 meses y para el comienzo, en ese plazo, de la actividad laboral o profesional para la que hubiera sido previamente autorizado; 5) visado de residencia y trabajo de temporada, que habilita para trabajar por cuenta ajena hasta 9 meses en un período de 12 meses consecutivos; 6) visado de estudios, que habilita para permanecer en España para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, no remunerados laboralmente, y 7) visado de investigación, que habilita al extranjero a permanecer en España para realizar proyectos de investigación en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación.

De todas estas modalidades de visado, es concretamente al visado de residencia y trabajo al que se hace mención expresa en la película, poniéndose en ella de relieve una de las dificultades con que tropieza su obtención en los casos en que la pretensión del ciudadano extranjero es trabajar en España por cuenta ajena. Ciertamente, la expedición de un visado de esta naturaleza debe ser solicitada por el propio trabajador en la Embajada o Consulado de España en su país de residencia, si bien su concesión se halla en todo caso supeditada a la previa obtención de una autorización de residencia

y trabajo por cuenta ajena, autorización cuya solicitud solo va a poder formular, y además en España, el empresario que vaya a contratar al trabajador. De ahí la imperiosa necesidad de que trabajador y empresario se conozcan previamente. Y este conocimiento difícilmente va a tener lugar si el trabajador no ha entrado antes en España o si el empresario no se ha desplazado con anterioridad hasta el país de residencia del trabajador. Pero es que a esta dificultad, además, hay que añadir una segunda, como es la preceptiva toma en consideración, en orden a la concesión de la correspondiente autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, de la situación nacional de empleo, extremo éste al que ha de atender el Servicio Público de Empleo Estatal a la hora de elaborar el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, donde se contiene la relación de empleos susceptibles de ser cubiertos a través de la contratación de trabajadores extranjeros, o cuya valoración, de tratarse de una ocupación no catalogada, deberá llevarse a cabo en el momento de la gestión individual de la correspondiente oferta de trabajo, estimándose en este último caso que la situación nacional de empleo permite la contratación del extranjero cuando de la gestión de dicha oferta se concluya la insuficiencia de demandantes de empleo españoles, comunitarios, o con autorización de residencia y trabajo, adecuados y disponibles.

Mención especial merece el caso de la contratación de trabajadores extranjeros en el marco del contingente, contingente que es aprobado anualmente por el Ministerio de Trabajo e Inmigración con la previsión de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se pueden cubrir en un período determinado, a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen, con trabajadores que no se hallen o residan en España, preferentemente de países con los que España haya firmado acuerdos de regulación de flujos migratorios. En la elaboración del referido contingente, como es obvio, se tiene en cuenta la situación nacional de empleo. Sin embargo, son varias las particularidades que, frente a las restantes modalidades de contratación de trabajadores extranjeros, presenta la contratación a través del contingente. La primera de ellas consiste en que los trabajadores son objeto de un proceso de selección colectivo en su país de origen, proceso de selección que, por otra parte, se lleva a cabo a partir de ofertas genéricas presentadas por los empresarios (si bien es cierto que, de manera excepcional, se prevé también la posibilidad de tramitar ofertas nominativas). En este caso, además, cabe hablar de una gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones de residencia y trabajo presentadas por uno o varios empleadores, respecto de los trabajadores seleccionados en sus países. Incluso, viene admitida la posibilidad de que, en atención a la celeridad del procedimiento, la presentación de la solicitud de visado no la efectúe el propio trabajador, sino que la lleve a cabo el organismo de selección de manera conjunta para todos aquellos trabajadores seleccionados cuya contratación se pretenda para el mismo período.

Para concluir, conviene recordar la posibilidad de que el contingente establezca un número de visados para búsqueda de empleo, visados que autorizarán a quienes los obtengan a desplazarse a territorio español para buscar trabajo durante un período de

3 meses, por lo que su concesión no quedará en ningún caso supeditada a la previa obtención de una autorización de residencia y trabajo. Esta, no obstante, una vez que el trabajador haya encontrado empleo, deberá ser solicitada por el empleador que pretenda contratar al trabajador. Tales visados, concretamente, podrán ir dirigidos a hijos o nietos de español de origen, quienes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 40 de la LOE, se encuentran exentos de la valoración de la situación nacional de empleo, aunque también se podrán conceder para búsqueda de empleo en determinados sectores de actividad u ocupaciones. En este último caso, el visado quedará limitado a un ámbito territorial y a un sector de actividad donde existan puestos de trabajo de difícil cobertura y las circunstancias específicas del mercado laboral concernido determinen que los puestos pueden cubrirse de manera más adecuada a través de este sistema.

IV. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

La LOE, en su art. 3, comienza declarando que los extranjeros gozan en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución Española (en adelante CE), si bien dispone a continuación que el goce de tales derechos se llevará a cabo en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en la propia LOE y en las Leyes que regulen el ejercicio de cada uno de tales derechos.

A la vista de lo establecido en el Título I de la LOE, bien podemos hablar de la existencia de dos grandes categorías de derechos: de un lado, los derechos cuyo goce y ejercicio queda supeditado a la residencia legal del extranjero en España, y, de otro, los derechos cuyo goce y ejercicio se reconoce a cualquier extranjero, cualquiera que sea su situación administrativa en nuestro país. Dentro de la primera categoría se encuadrarían dos de los cuatro derechos a los que, de forma directa o indirecta, se hace referencia en la película, como son el derecho al trabajo y el derecho a la reagrupación familiar, mientras que los dos restantes, como son el derecho a la asistencia sanitaria y el derecho a la educación, serían derechos pertenecientes a la segunda categoría.

Por lo que respecta al derecho al trabajo, es preciso estar a lo dispuesto en el art. 10 de la LOE, precepto éste que restringe el referido derecho a los extranjeros que tengan residencia legal en España y, además, reúnan los requisitos exigidos en la LOE para el ejercicio de una actividad remunerada, por cuenta propia o ajena, en concreto, según establece el art. 36 de la LOE, que dispongan de la preceptiva autorización de trabajo (autorización ésta última que, salvo en supuestos excepcionales, se concede conjuntamente con la de residencia). En la película solo gozan de este derecho dos de los protagonistas sometidos al régimen general de extranjería, como son Hassan y Hussein. No así Ahmet y Saíd, que, como ya se indicara, se hallan en nuestro país en situación irregular. Pero éstos, a pesar de no gozar de dicho derecho, desarrollan de manera efectiva una actividad laboral. De ahí que, en relación con éstos últimos, haya que tener presente lo establecido en el párrafo 5º del citado art. 36, según el cual “la carencia

de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores (como es el caso, p.e., de los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales)¹⁸⁸ u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”.

Al igual que el derecho al trabajo, también el derecho a la reagrupación familiar, al que se refieren los arts. 16 a 19 de la LOE, queda reservado a los extranjeros con residencia legal en nuestro país. El referido derecho, no obstante, solo podrá ser ejercido respecto de un grupo limitado de familiares, debiendo además el interesado reunir una serie de requisitos para poder hacerlo efectivo. Concretamente, según el art. 17 de la LOE, el extranjero residente podrá reagrupar con él en España: 1) a su cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley; y en caso de que la ley personal del extranjero admita el matrimonio poligámico, solo se podrá ejercer la reagrupación respecto de un cónyuge; 2) a la persona con quien el extranjero residente mantenga una relación de afectividad análoga a la conyugal, en la medida en que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España, no pudiendo reagruparse a más de una persona con análoga relación de afectividad, aunque la ley personal del extranjero admita estos vínculos familiares; 3) a los hijos del residente y de su cónyuge o pareja, incluidos los adoptados, 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. En el caso de los hijos de uno solo de los cónyuges, será necesario, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. Y, tratándose de hijos adoptivos, deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España; 4) a los menores de 18 años y mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que derivan las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español, 5) y a los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge o pareja, siempre y cuando se hallen a su cargo, sean mayores de 65 años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Tan

188 *Vid.* los Convenios nº 17 y 18 de la OIT de 19 de mayo de 1925 relativos a la indemnización por accidentes del trabajo y a la indemnización por enfermedades profesionales (ratificados, respectivamente, por Decreto-ley de 24 de mayo de 1928 –*Gaceta de Madrid* nº 147, de 26 de mayo de 1928– y por Ley de 8 de abril de 1932 –*Gaceta de Madrid* nº 105, de 14 de abril de 1932–), el último de ellos revisado por el Convenio nº 42 de la OIT de 1 de junio de 1934 (Instrumento de ratificación de 12 de mayo de 1958 –*BOE* nº 201, de 22 de agosto de 1959–).

solo excepcionalmente, y por razones humanitarias, será posible la reagrupación de un ascendiente menor de 65 años, quedando sujeta a reglas especiales la reagrupación de los ascendientes de los residentes de larga duración, los trabajadores titulares de una tarjeta azul de la UE y los beneficiarios del régimen especial de los investigadores.

En cuanto a los requisitos necesarios para que el extranjero residente pueda ejercer su derecho de reagrupación familiar, habrá que estar a lo establecido en el art. 18 de la LOE, que contempla como tales los siguientes: 1) que el reagrupante haya obtenido o vaya a solicitar la renovación de su autorización de residencia inicial, tras 1 año de residencia en España, con la única salvedad de los ascendientes, que solo podrán ser reagrupados a partir del momento en que el reagrupante adquiera la residencia de larga duración. De ahí, por tanto, que en la película se viera Ahmet en la imposibilidad de hacer realidad su sueño de reagrupar con él a su mujer y a sus hijos, residentes en Marruecos, pues, al no haber conseguido aquél renovar su autorización inicial de residencia y trabajo, dejaba de cumplir el primero de los requisitos para poder solicitar la reagrupación familiar. No obstante, estos plazos de residencia previa del reagrupante en España no serán de aplicación a los residentes de larga duración, a los trabajadores titulares de una tarjeta azul de la UE, ni a los beneficiarios del régimen especial de los investigadores, quienes podrán solicitar la reagrupación al mismo tiempo que presentan su solicitud de residencia; 2) que el reagrupante acredite que dispone de vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada, correspondiendo a los Comunidades Autónomas o, en su caso, a los Ayuntamientos, informar sobre la adecuación de la vivienda a los efectos de la reagrupación.

A diferencia de los dos derechos a los que se acaba de aludir, los dos restantes, como son el derecho a la asistencia sanitaria y a la educación, son derechos que la LOE reconoce en principio a todos los extranjeros que se encuentren en España, cualquiera que sea su situación administrativa en nuestro país, si bien es cierto que no siempre con la misma extensión.

Por lo que respecta a la asistencia sanitaria, se impone distinguir tres categorías de extranjeros:

- 1) los extranjeros que ostentan o han ostentado en nuestro país la condición de trabajadores, así como sus familiares, que recibirán la asistencia sanitaria pública y gratuita en el marco del subsistema contributivo de la Seguridad Social, a cuyas prestaciones tendrán derecho en virtud de lo establecido en el art. 10.1 de la LOE;
- 2) los extranjeros que simplemente ostentan la condición de residentes y cumplen además los requisitos para tener derecho a las prestaciones del subsistema no contributivo de la Seguridad Social, que recibirán asimismo la asistencia sanitaria pública y gratuita en el marco de éste último, cuyas prestaciones les reconoce el art. 14 de la LOE, y

3) los demás extranjeros, respecto de los cuales habrá que estar a lo dispuesto en el art. 12 de la LOE.

Centrándonos en el art. 12 de la LOE, hay que señalar que éste traza una nítida distinción entre extranjeros que se encuentran en España inscritos en el padrón del municipio en el que tienen su domicilio habitual y los que no lo están.

Los primeros disfrutarán del derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Por tanto, tendrán derecho a la asistencia sanitaria plena, aunque ésta no siempre será gratuita. Así, los extranjeros residentes que no reúnan las condiciones para tener derecho a las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, al igual que los estudiantes, cuya situación administrativa en España es de estancia, deberán hacer frente al coste de la asistencia sanitaria prestada, si bien hay que tener presente que, en el caso de los estudiantes, el gasto ocasionado por la asistencia sanitaria quedará cubierto por el seguro médico que la normativa de extranjería les exige para poder entrar en España, a excepción de aquellos gastos sanitarios que queden cubiertos por el Seguro Escolar Obligatorio, correspondiente al subsistema contributivo de la Seguridad Social. E igual cabe decir de la asistencia sanitaria prestada a los extranjeros en situación irregular empadronados que dispongan de medios económicos suficientes. La asistencia sanitaria solo será gratuita para aquellos extranjeros en situación irregular que se hallen empadronados y acrediten la falta de medios económicos.

Los extranjeros no empadronados, ya se hallen éstos en situación regular o irregular en España, solo tienen reconocido el derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, así como a la continuidad de dicha asistencia hasta la situación de alta médica. La gratuidad o no de dicha asistencia, también en este caso, dependerá de que el interesado disponga o no de medios económicos suficientes, debiéndose tener presente que, en el supuesto de los extranjeros en situación de estancia de corta duración (turistas, extranjeros en visita familiar...), los gastos ocasionados por la asistencia sanitaria prestada en España correrán a cargo del seguro médico del que, según la normativa de extranjería, han de disponer para poder entrar en España.

Mención especial, en todo caso, merecen los menores de edad y las mujeres embarazadas, pues a éstos, independientemente de que se hallen o no empadronados, el art. 12 de la LOE, en sus apartados 3 y 4, les reconoce el derecho a la asistencia sanitaria plena y (según se sobreentiende) gratuita, asistencia que se prolongará, en el primer caso, hasta que se cumplan los 18 años, y, en el caso de las mujeres embarazadas, durante el período de embarazo, parto y postparto.

No cabe, pues, ninguna duda de que los dos protagonistas que en la película se ven en la necesidad de recibir asistencia sanitaria (Ahmet y Saíd) gozan del derecho a la misma, a pesar de su situación irregular en España. Y ello, por cuanto la asistencia que precisan constituye un claro supuesto de asistencia sanitaria de urgencia, y ésta,

como se viene de indicar, se halla reconocida a todos los extranjeros en situación irregular en España, independientemente de que se encuentren o no empadronados en el municipio en el que tengan su domicilio habitual. Sin embargo, en la película, llama la atención el recelo mostrado por uno de ellos (Saíd) a recibir en un centro sanitario la asistencia médica que precisa, recelo que, es preciso reconocer, obedece a un temor fundado: que al acudir a un centro sanitario, su situación de irregularidad acabe siendo descubierta por las autoridades policiales, debiéndose recordar a este respecto la obligación que tienen los profesionales de la medicina, cuando atienden lesiones que consideran causadas por un acto violento, de levantar un parte de lesiones, parte que deben hacer llegar al correspondiente juzgado, que encarga a la policía la investigación de los hechos.

Para concluir, procede referirse al derecho a la educación, derecho que la LOE, en su art. 9, reconoce también a todos los extranjeros que se encuentren en España, cualquiera que sea su situación administrativa. No obstante, también en este caso se impone establecer ciertas distinciones, ya que el art. 9 se refiere de forma diferenciada a los menores de 16 años, mayores de 16 y menores de 18, y mayores de 18 años.

A los primeros, cualquiera que sea su situación administrativa en España, se les reconoce el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Y a los mayores de 16 y menores de 18 años, con independencia asimismo de su situación administrativa, se les reconoce el derecho a la enseñanza postobligatoria. En ambos casos, añade el art. 9, el derecho a la enseñanza comprende el derecho a la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles.

Los extranjeros mayores de 18 años gozan también del derecho a la enseñanza, cualquiera que sea su situación administrativa. No obstante, el art. 9 traza una clara distinción entre aquellos que tienen la condición de residentes y los que no. Así, mientras que a los primeros les garantiza el derecho a acceder a las demás etapas postobligatorias, así como a la obtención de las titulaciones correspondientes y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles (tal sería el caso, en la película, de Fátima, que cursa estudios de administrativa en una academia), no hace lo mismo con los que no tienen tal condición, respecto de los cuales se limita a señalar que gozarán del derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa.

V. INFRACCIONES, SANCIONES Y PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES.

La LOE tipifica como infracciones en materia de extranjería una serie de conductas, estableciendo la responsabilidad administrativa de quienes sean autores o participen en cualquiera de ellas. Clasificadas tales infracciones en tres grandes categorías, leves, graves y muy graves (arts. 52, 53 y 54, respectivamente), la LOE prevé para

las mismas sanciones pecuniarias diferentes (multa de hasta 500 euros para las leves, multa de 501 hasta 10.000 euros para las graves, y, salvo alguna excepción, multa de 10.001 hasta 100.000 euros para las muy graves –art. 55.1–). No obstante, para algunas de ellas (en concreto para las muy graves, así como para las infracciones graves previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del art. 53), en los casos en que el infractor sea extranjero, y como alternativa a la sanción de multa, se contempla también la sanción de expulsión del territorio español. Esta última sanción deberá ser aplicada en atención al principio de proporcionalidad (art. 57.1) y conllevará, además de la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España o el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado (art. 57.4), una prohibición de entrada de éste último en territorio español, cuya duración se determinará en consideración a la circunstancias que concurran en cada caso, no pudiendo exceder en principio de 5 años, salvo en los supuestos en que el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, seguridad pública, seguridad nacional o salud pública, en los que el período de prohibición de entrada podrá ser de hasta 10 años (art. 58.1 y 2). Asimismo, y para el caso particular de las infracciones previstas en el art. 54.1 b) y d), se prevén también en la LOE otras dos posibles sanciones, como son, respectivamente, el decomiso de los vehículos, embarcaciones, aeronaves y cuantos bienes muebles o inmuebles, de la naturaleza que sean, que hubieran servido de instrumento para la comisión de la correspondiente infracción, y la clausura del establecimiento o local desde 6 meses a 5 años (art. 55.5 y 6).

En principio, la imposición de las referidas sanciones corresponderá al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, salvo en aquellos casos en que la infracción cometida sea alguna de las pertenecientes al orden social y la Comunidad Autónoma de que se trate tenga atribuidas competencias en materia de autorización inicial de trabajo de extranjeros (tal y como sucede en Andalucía y Cataluña), ya que, en tales supuestos, la imposición de las sanciones corresponderá a la Comunidad Autónoma y se ejercerá por la autoridad que la misma determine (art. 55.2).

La imposición, concretamente, de la sanción de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente sancionador, se prevé asimismo en la LOE para aquellos casos en que el extranjero con residencia legal en España haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a 1 año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados (art. 57.2). E igualmente se contempla para los casos en que el extranjero en situación irregular se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a 6 años o una pena de distinta naturaleza, si bien en tales supuestos será el juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, quien la autorice, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación.

De ser superior la pena privativa de libertad prevista, también podrá el juez autorizar, a instancia del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la expulsión del extranjero del territorio nacional, una vez que aquél haya accedido al tercer grado penitenciario o haya cumplido las tres cuartas partes de la condena, a menos que, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento en España. No obstante, la expulsión sustitutiva de la pena de privación de libertad no será posible cuando los extranjeros hayan sido condenados por la comisión de los delitos a que se refiere el Código Penal (en adelante CP) en sus arts. 312.1 –tráfico ilegal de mano de obra–, 313.1 –promover o favorecer la inmigración clandestina de trabajadores a España o a otro país de la Unión Europea– y 318 bis –promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea– (arts. 57.7 LOE y 89 CP). En tales supuestos, la expulsión solo se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad.

En la película es posible identificar varias conductas susceptibles de ser calificadas como infracciones administrativas en materia de extranjería. En primer lugar, Ahmet y Saíd incurren en infracción grave por encontrarse irregularmente en territorio español –el primero, por tener caducada más de 3 meses la autorización de residencia de la que disponía, y, el segundo, por carecer de autorización de residencia– (art. 53.1 a), aunque también por encontrarse trabajando en España sin disponer de la preceptiva autorización de trabajo y no contar con autorización de residencia válida (art. 53.1 b), siendo ambas infracciones susceptibles de ser sancionadas con multa (de 501 a 10.000 euros) o expulsión del territorio nacional. Asimismo incurren en responsabilidad administrativa tanto el empresario agrícola que contrata a Saíd para la recolección de la fresa, como el dueño del restaurante para el que trabaja primeramente Ahmet, y más tarde Saíd, si bien en este caso como autores de una infracción muy grave, como es la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo (art. 54.1 d), infracción que solo será susceptible de ser sancionada con multa (de 10.001 a 100.000 euros), al ostentar ambos empresarios la nacionalidad española, incurriendo éstos en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.

La película, además, da pie a hablar de otras infracciones en materia de extranjería, pese a no llegar a producirse. Tal es el caso, p.e., de la infracción que habría podido cometer Ana de haber contraído matrimonio con Saíd con el único propósito de obtener para él un derecho de residencia, infracción ésta incluida en la última reforma la LOE y tipificada como infracción grave (art. 53.2 b), o de aquella en la que habrían incurrido las personas que en su caso hubieran capitaneado la patera en la que Saíd llegó hasta las costas españolas, ya que, de existir tales personas y haber sido detenidas, habrían sido consideradas responsables de una infracción muy grave, como es la inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina con destino al territorio español (art. 54.1 b), a

menos que el hecho en cuestión fuera considerado constitutivo de delito (y en concreto del delito tipificado en el art. 318 bis del CP) y pudiera hablarse de responsabilidad penal.

Finalmente, nos lleva la película a plantear la posibilidad de que Hussein, de no haber tenido lugar el fatal desenlace que la misma le reserva, hubiera llegado a ser expulsado de España, conforme a lo dispuesto en el art. 57.2 de la LOE, en caso de que la policía hubiera proseguido sus pesquisas y se hubiera acabado procesando penalmente a Hussein por proxenetismo y tráfico de drogas, condenándose a aquél a pena privativa de libertad superior a 1 año¹⁸⁹. Tal expulsión, que habría tenido lugar tras la tramitación del correspondiente expediente sancionador, habría determinado la extinción de la autorización de residencia de la que Hussein era titular. Además, habría conllevado para el mismo la prohibición de entrada en territorio español durante un período de tiempo no superior a 5 años, determinándose dicho período en consideración a las circunstancias del caso.

La comisión de cualquiera de las infracciones administrativas previstas en la LOE dará lugar a la incoación del correspondiente expediente sancionador, que concluirá con la imposición de la correspondiente sanción, previéndose igualmente la tramitación de procedimiento sancionador en aquellos supuestos en que, pese a no concurrir infracción administrativa alguna, la legislación de extranjería prevé la imposición de la sanción de expulsión.

La LOE contempla hasta cuatro procedimientos sancionadores diferentes, como son: 1) el procedimiento preferente, que es el que se ha de tramitar cuando la infracción administrativa cometida sea cualquiera de las infracciones graves previstas en el art. 53.1 a) –aunque en este caso, solo si existe riesgo de incomparencia o si el extranjero trata de evitar o dificultar la expulsión o representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional–, d) y f), o de las infracciones muy graves del art. 54.1 a) y b), así como en los supuestos en los que el art. 57.2 prevé la expulsión de territorio nacional; 2) el procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social, llamado a ser aplicado en los supuestos de infracciones leves del art. 52 c), d) y e), graves del art. 53.1 b) y del art. 53.2 a), y muy grave del art. 54.1 d) y

189 Téngase presente que el art. 188.1 del CP dispone que “el que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses. En la misma incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”, y que, según el art. 368 del mismo Código, “los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de 3 a 6 años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de 1 a 3 años y multa del tanto al duplo en los demás casos”.

f); 3) el procedimiento ordinario, previsto para las infracciones graves y muy graves en que no proceda la tramitación de ninguno de los procedimientos anteriores, y 4) el procedimiento simplificado, que será el que se siga en los supuestos de infracciones leves, salvo en los casos en que proceda la tramitación de un procedimiento sancionador por infracción del orden social.

A excepción del procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social, que se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, todos los demás procedimientos, sin perjuicio de las posibles actuaciones previas que con anterioridad se realicen para determinar, con carácter preliminar, si concurren circunstancias que los justifiquen, se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, considerándose como tales los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, los Subdelegados del Gobierno, el Comisario General de Extranjería y Documentación, el Jefe Superior de Policía, los Comisarios Provinciales y los titulares de las comisarías locales y puestos fronterizos¹⁹⁰ (art. 219 RLOE). Y todos ellos, una vez tramitados (tramitación para la que, salvo en los procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social, se designará a un instructor, llevándose a cabo con sujeción a los diferentes plazos que en cada uno de ellos se prevé), concluyen por resolución del Subdelegado del Gobierno o del Delegado del Gobierno de las Comunidades Autónomas uniprovinciales, salvo aquellos procedimientos sancionadores por infracciones en el orden social en que, como se señalara anteriormente, dicha competencia venga atribuida a la Comunidad Autónoma.

La LOE, por otra parte, prevé en su art. 61 la posibilidad de que el instructor, en aquellos procedimientos sancionadores en los que pueda proponerse la expulsión (preferente, por infracciones en el orden social y ordinario), a fin de asegurar la resolución final que en su momento pueda recaer, acuerde la adopción de ciertas medidas cautelares, enunciando como tales las siguientes: 1) presentación periódica ante las autoridades competentes; 2) residencia obligatoria en determinado lugar; 3) retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal entrega; 4) detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento o, en cualquier otro supuesto, a la puesta a disposición del juez; 5) internamiento preventivo, previa autorización judicial, en centros de internamiento (medida que, sin embargo, no se podrá acordar en el caso de menores, quienes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁹¹ y en el art. 35 de la LOE, serán puestos a disposición de las entidades públicas de protección de menores), y 6) cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.

190 No obstante, en el caso particular del procedimiento simplificado, la iniciación podrá también tener lugar mediante denuncia por agentes del Cuerpo Nacional de Policía.

191 *BOE* n° 15, de 17 de enero de 1996.

En el supuesto concreto del procedimiento preferente, el instructor solicitará del juez de instrucción competente el internamiento del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador. Y solo en caso de no acordar el juez tal internamiento, podrá el instructor adoptar cualquiera de las restantes medidas cautelares. En cambio, en los dos procedimientos restantes, el instructor solo podrá adoptar alguna de las medidas cautelares previstas en el art. 61 distintas del internamiento.

Además, hay que tener presente que en aquellos expedientes sancionadores por la comisión de la infracción prevista en el art. 54.1 b) –inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas– también se contempla como medida cautelar el decomiso de los vehículos, embarcaciones, aeronaves, y cuantos bienes muebles o inmuebles, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de la citada infracción, bienes que serán puestos a disposición de la autoridad gubernativa desde las primeras intervenciones a la espera de lo que, en relación con los mismos, establezca la resolución que ponga fin al expediente sancionador (art. 55.5). Igualmente, en los expedientes sancionadores por la comisión de infracciones por parte de los transportistas, si éstos infringen su obligación de hacerse cargo del extranjero transportado ilegalmente, se prevé la posibilidad de acordar la suspensión de sus actividades, la prestación de fianzas, avales o la inmovilización del medio de transporte utilizado (art. 61.2).

En la película, el protagonista principal, Saíd, es objeto de un expediente sancionador, tras detectar la policía, con ocasión de una redada callejera, su situación irregular en nuestro país. Y, siendo la infracción cometida la del art. 53.1 a), y existir además riesgo de incomparecencia, el referido expediente, de conformidad con lo establecido en el art. 63.1 de la LOE, debió tramitarse necesariamente mediante un procedimiento preferente. Además, como ya se indicara, en este tipo de procedimientos se prevé la posibilidad de internamiento del extranjero como medida cautelar, siendo ésta, de hecho, la medida que se acabó acordando con respecto a Saíd.

Según establecen los arts. 63.4 y 5 de la LOE y 235 y 236 del RLOE en relación con el procedimiento preferente, el instructor, una vez iniciado el expediente, dará traslado al interesado del acuerdo de iniciación debidamente motivado y por escrito, concediéndole el plazo de 48 horas para que alegue lo que considere oportuno y realice la proposición de prueba. Si el interesado, o su representante, no efectúa alegaciones ni realiza proposición de pruebas, o de no admitirse por improcedentes o innecesarias las pruebas propuestas, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución, con remisión a la autoridad competente para resolver. Y, en el supuesto de que las pruebas propuestas sean admitidas, éstas se realizarán en el plazo máximo de 3 días, procediendo el instructor, tras su práctica, a formular la correspondiente propuesta de resolución, que será notificada al interesado, pudiendo

éste, en trámite de audiencia, y en el plazo de 48 horas, formular alegaciones y presentar los documentos que estime pertinentes. Una vez transcurrido dicho plazo, se procederá a elevar la propuesta de resolución, junto con el expediente administrativo, a la autoridad competente para resolver, que, en atención a la naturaleza preferente y sumaria del procedimiento, dictará su resolución de forma inmediata. La resolución adoptada, que deberá ser motivada y resolver todas las cuestiones planteadas en el expediente, será notificada al interesado.

El extranjero, durante la tramitación del procedimiento, tendrá garantizada la asistencia letrada, que se le proporcionará en su caso de oficio, así como la asistencia de intérprete, de no comprender o no hablar castellano. Y todo ello de forma gratuita, de carecer de medios económicos (art. 63.3 LOE).

Por lo que concierne a la medida cautelar de internamiento, hay que señalar que ésta, a diferencia del resto de las medidas cautelares previstas en la LOE, solo podrá ser acordada por el juez, a solicitud del instructor del expediente sancionador (arts. 62.1 LOE y 235.5 RLOE). Este, efectivamente, deberá ser quien presente al Juez una solicitud motivada requiriendo del mismo que disponga el ingreso del extranjero en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador. Y el Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes, y, en caso de enfermedad grave del extranjero, el riesgo que el internamiento pueda tener para salud pública o la salud del propio extranjero.

Durante la estancia del extranjero en el centro de internamiento –centro que, conviene no olvidar, no tiene en ningún caso la condición de establecimiento penitenciario (el internamiento del extranjero tiene únicamente una finalidad preventiva y cautelar, como es la de garantizar la efectividad de la sanción de expulsión que contra el extranjero internado se pueda acordar en la resolución que ponga al correspondiente procedimiento sancionador)–, gozará aquél de todos los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, y, en particular, de los derechos que, de manera expresa, se le reconocen en el art. 62 bis de la LOE, debiendo asimismo cumplir las obligaciones que le vienen impuestas en el art. 62 ter.

El internamiento solo se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, no pudiendo en ningún caso exceder de los 60 días. Además, no se podrá tampoco acordar un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. Y, en caso de que dejen de cumplirse las condiciones que determinaron el internamiento, el extranjero deberá ser puesto inmediatamente en libertad por la

autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo ésta en conocimiento del Juez que acordó su internamiento. No obstante, puede también suceder que, por las mismas causas, el fin del internamiento y puesta en libertad inmediata del extranjero sea ordenado por el propio Juez, ya sea de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal (art. 62.2 y 3 LOE).

Concretamente, será juez competente para acordar, y en su caso para dejar sin efecto el internamiento, el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención, correspondiendo el control de la estancia de los extranjeros en los Centros de Internamiento al Juez de Instrucción del lugar donde éstos se hallen ubicados (art. 62.6 LOE).

La ejecución de la orden de expulsión recaída en los expedientes sancionadores tramitados conforme al procedimiento preferente, una vez notificada al interesado la resolución, será inmediata –no se contempla, a diferencia de lo que sucede en el resto de los procedimientos en los que puede proponerse la sanción de expulsión, un plazo de cumplimiento voluntario– (art. 63.7 LOE). Ello, sin embargo, no afectará al derecho del interesado a formular contra la resolución los pertinentes recursos, recursos de los que, de hecho, deberá la resolución informar debidamente, con indicación además del órgano ante el que hubieran de presentarse y del plazo para interponerlos (en concreto, al agotar la resolución por la que se acuerda la expulsión la vía administrativa, solo cabe la interposición del recurso potestativo de reposición ante la misma autoridad que la haya dictado, o, en su caso, el recurso jurisdiccional contencioso-administrativo), no produciendo aquéllos efecto suspensivo alguno en contra de la resolución.

En cualquier caso, hay que tener presente que, aun cuando la LOE prevea la ejecución inmediata de la orden de expulsión, ésta, en la práctica, no siempre se llega a llevar a efecto, unas veces por falta de medios económicos o personales por parte de la Administración, y, otras, por la imposibilidad material de ejecutarlas, ya sea por no conocerse el concreto país al que se ha de efectuar la expulsión (como sucede en los supuestos en los que no se tiene conocimiento ni de la nacionalidad del ciudadano extranjero contra el que se ha dictado la orden de expulsión, ni del país desde el que haya entrado en territorio español), o por la negativa del país de origen del extranjero o desde el que éste haya entrado en España a readmitirlo en su territorio. De ahí que no sean pocos los extranjeros que, tras haber sido sometidos a un expediente sancionador por estancia irregular en España en el que se haya acordado su expulsión, transcurrido el período máximo de internamiento de 60 días que contra los mismos se haya dispuesto, acaben siendo puestos en libertad por la autoridad gubernativa por resultar imposible la ejecución de la correspondiente orden de expulsión. Precisamente a fin de evitar este último inconveniente, España ha procedido a suscribir con diversos Estados convenios internacionales sobre readmisión (en la actualidad tenemos suscritos convenios con Argelia, Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Francia, Guinea Bissau, Italia, Letonia,

Lituania, Macedonia, Marruecos, Mauritania, Polonia, Portugal, Rumanía y Suiza¹⁹²), convenios que, en unos casos, van a posibilitar la expulsión a tales países únicamente de sus nacionales, y, en otros, tanto de sus nacionales como de aquellos nacionales de terceros Estados que hubieran entrado desde su territorio a territorio español.

Para terminar, es preciso señalar que la incoación del expediente sancionador, las medidas cautelares de detención e internamiento, así como resolución final del expediente de expulsión, serán en todo caso comunicadas tanto al Ministerio español de Asuntos Exteriores, como a la Embajada o Consulado en España del país del extranjero (art. 62.5 LOE).

VI. REGULARIZACIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR.

La LOE contempla la posibilidad de que los extranjeros que se encuentren en España en situación irregular, de manera excepcional, puedan acabar regularizando su situación.

192 Argelia (Protocolo sobre circulación de personas, hecho en Argel el 31 de julio de 2002 –BOE nº 37, de 12 de febrero de 2004); Bulgaria (Acuerdo relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Sofía el 16 de diciembre de 1996 –BOE nº 51, de 28 de febrero de 1997–); Eslovaquia (Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, hecho en Bratislava el 3 de marzo de 1999 –BOE nº 94, de 20 de abril de 1999–); Estonia (Acuerdo sobre readmisión de personas, hecho en Tallin el 28 de junio de 1999 –BOE nº 113, de 11 de mayo de 2000–); Francia (Acuerdo sobre admisión en puestos fronterizos de personas en situación de estancia ilegal, firmado en Madrid el 8 de enero de 1.988 –BOE nº 108, de 6 de mayo de 1.989– y Acuerdo entre la República Francesa y el Reino de España sobre la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Málaga el 26 de noviembre de 2002 –BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003–); Guinea Bissau (Acuerdo en materia de inmigración, hecho en Madrid el 7 de febrero de 2003 –BOE nº 74, de 27 de marzo 2003–); Italia (Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1.999 –BOE nº 33, de 7 de febrero de 2001–); Letonia (Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, hecho en Madrid el 30 de marzo de 1999 –BOE nº 93, de 18 de abril de 2000–); Lituania (Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, hecho en Madrid el 18 de noviembre de 1998 –BOE nº 94, de 19 de abril de 2000–); Macedonia (Acuerdo relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Skopje el 6 de febrero de 2006 –BOE nº 280, de 23 de noviembre de 2006–); Marruecos (Acuerdo relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992 –BOE nº 100, de 25 de abril de 1992. Corrección de errores en BOE nº 130, de 30 de mayo de 1992–); Mauritania (Acuerdo en materia de inmigración, hecho en Madrid el 1 de julio de 2003 –BOE nº 185, de 4 de agosto de 2003–); Polonia (Acuerdo relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Varsovia el 21 de mayo de 2002 –BOE nº 176, de 22 de julio de 2004–); Portugal (Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, hecho en Granada el 15 de febrero de 1993 –BOE nº 77, de 31 de marzo de 1995–); Rumanía (Acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular, hecho en Bucarest el 29 de abril de 1996 –BOE nº 150, de 21 de junio de 1996–) y Suiza (Acuerdo sobre la readmisión de personas en situación irregular y Protocolo para su aplicación, hecho en Madrid el 17 de noviembre de 2003 –BOE nº 17, de 20 de enero de 2005–).

En concreto, el art. 31.3 de la Ley dispone que la Administración podrá conceder una autorización de residencia por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia y otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente.

En desarrollo de lo establecido en la LOE, el RLOE, en su art. 124, establece como situaciones en las que es posible conceder una autorización de residencia por razones de arraigo las siguientes: 1) cuando el extranjero acredite la permanencia continuada en España durante un período mínimo de 2 años, carezca de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos 5 años, y demuestre la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a 6 meses (arraigo laboral); 2) cuando el extranjero acredite la permanencia continuada en España durante un período mínimo de 3 años, carezca de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos 5 años, cuente con un contrato de trabajo cuya duración no sea inferior a 1 año y, o bien acredite vínculos familiares con otros extranjeros residentes –ya sea cónyuge, pareja de hecho registrada o ascendiente o descendiente en primer grado y línea directa–, o bien presente un informe de inserción social emitido por la Comunidad Autónoma o el Ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual –(informe en el que la autoridad autonómica o municipal puede recomendar que se exima al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, siempre y cuando acredite que cuenta con medios económicos suficientes- (arraigo social), y 3) cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliares respecto al mismo, al igual que en el caso de los hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles (arraigo familiar).

Por lo que concierne a las autorizaciones de residencia por razones humanitarias, el art. 126 del RLOE prevé su concesión en los siguientes supuestos: 1) a los extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los arts. 311 a 315, 511.1 y 512 del CP, de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación tipificada en el art. 22.4 del CP, o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, siempre que haya recaído resolución judicial finalizadora del procedimiento judicial en la que se establezca la condición de víctima de tales delitos; 2) a los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada imposible de recibir en su país, cuando el hecho de interrumpirla o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida, y 3) a los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el correspondiente visado, implica un riesgo para su seguridad o la de su familia, y que reúnen el resto de los requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo.

El RLOE contempla asimismo la posibilidad de que un extranjero en situación irregular acabe regularizando su situación en España por colaboración con la Justicia, si bien amplía el abanico de autoridades con las que el extranjero va a poder colaborar a efectos de obtener tal regularización (art. 127). Concretamente, prevé la posibilidad de conceder una autorización de residencia a las personas que colaboren, además de con las autoridades judiciales, con las autoridades administrativas (y, más exactamente, según se infiere de la única Instrucción que hasta el momento se ha dictado sobre la materia –Instrucción 6/2006 de la Dirección General de Inmigración–, con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), policiales o fiscales.

Finalmente, prevé el RLOE el posible otorgamiento de autorizaciones de residencia por protección internacional (art. 125), autorizaciones que quedan reservadas para aquellas personas que, habiendo solicitado el asilo de las autoridades españolas competentes en la materia, no hayan conseguido éste último, pero, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre la materia (arts. 37 b y 46.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria), hayan sido autorizados a permanecer en España, aunque también para los extranjeros desplazados en el sentido previsto en la normativa sobre protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (Real Decreto 1325/2003 de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas¹⁹³). Además, contempla el RLOE la posibilidad de conceder una autorización de residencia por circunstancias excepcionales en aquellos supuestos en que concurran razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia del extranjero en España (art. 127).

Las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales concedidas en cualquiera de los supuestos a los que se viene de aludir, así como sus renovaciones, tendrán como regla general la vigencia de 1 año (art. 130.1 RLOE). Y, de ellas, tan solo las concedidas en los supuestos de arraigo (salvo las que se concedan a los menores de edad o en casos de exención del requisito de contar con contrato por disponer de medios económicos suficientes) o por razones de protección internacional, llevarán aparejada una autorización de trabajo. En los demás supuestos, el extranjero, si desea trabajar, deberá solicitar personalmente la correspondiente autorización de trabajo, solicitud que podrá presentar de manera simultánea con la propia solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales o durante el período de vigencia de ésta, acreditando para ello el cumplimiento de los requisitos exigidos con carácter general para la obtención de dicha autorización (no obstante, para su concesión, no se tomará en consideración la situación nacional de empleo) (art. 129 RLOE).

Mención especial, en todo caso, merece la regularización de aquellos extranjeros en situación irregular pertenecientes a algunos de los colectivos que son objeto en la LOE

193 *BOE* n° 256, 25 de octubre de 2003.

de una regulación específica por su situación de especial vulnerabilidad, como son las mujeres víctimas de violencia de género (art. 31 bis), los que colaboran en la lucha contra las redes organizadas de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, tráfico ilícito de mano de obra, explotación laboral o explotación en la prostitución (art. 59), así como las víctimas de trata de seres humanos (art. 59 bis). Para tales extranjeros prevé el legislador la concesión (víctimas de violencia de género) o la “posible” concesión (colaboradores en la lucha contra redes organizadas y víctimas de trata de seres humanos) de una autorización de residencia y trabajo¹⁹⁴, contemplando igualmente la concesión (víctimas de violencia de género) o la “posible” concesión (colaboradores en la lucha contra redes organizadas y víctimas de trata de seres humanos) a favor del solicitante, en tanto se resuelve su solicitud de autorización, de una autorización provisional de residencia y trabajo.

Igualmente merece especial mención la regularización de los menores extranjeros en situación irregular, debiéndose distinguir según que éstos se hallen o no acompañados de sus padres o tutores. Concretamente, la regularización de los menores extranjeros no acompañados se llevará a efecto de conformidad con lo establecido en el art. 35 de la LOE, donde se prevé que tal regularización solo tendrá lugar una vez que los menores, tras haber resuelto la autoridad gubernativa su permanencia en España, pasen a quedar sujetos a la tutela de una Administración Pública o, en virtud de resolución judicial, de cualquier otra entidad (organización no gubernamental, fundación o entidad dedicada a la protección de menores) con la que la Administración General del Estado o la Comunidad Autónoma haya establecido el correspondiente convenio habilitándola para ejercer la tutela ordinaria sobre aquéllos (art. 35.11). Cuando ello tenga lugar, será el organismo que ejerza la tutela del menor quien solicite de las autoridades competentes el otorgamiento a favor de éste último de una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor, tras haber sido localizado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y haberse determinado su edad, hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores (art. 35.7). Además, conviene tener presente que, en estos casos, a diferencia de lo que sucede en los restantes supuestos de regularización a los que con anterioridad nos hemos referido, la regularización del extranjero menor de edad mediante la concesión de la correspondiente autorización de residencia no es discrecional para la Administración, sino imperativa (“A instancia del organismo que ejerza la tutela... , se otorgará al menor una autorización de residencia...”), aun cuando no hay que olvidar que la concesión de una autorización de residencia a favor del menor no será obstáculo para una ulterior repatriación de éste último, cuando ello favorezca el interés superior del menor (art. 35.8). En todo caso, lo que está claro es que la autorización de residencia que se

194 Tal autorización tendrá en su caso una vigencia de 5 años (arts. 134.1 –víctimas de violencia de género–, 136.7 –colaboradores en la lucha contra redes organizadas– y 144.5 –víctimas de trata de seres humanos– RLOE).

conceda al menor no conllevará para éste la posibilidad de trabajar, de hallarse en edad laboral. Sin embargo, lo que no está tan claro, pues la LOE incurre en este punto en contradicción, es si dicho menor, para poder llevar a cabo las actividades laborales que, a criterio de la entidad que ejerza su tutela, favorezcan su integración social, precisará o no autorización de trabajo. Y ello, por cuanto su situación queda recogida en la LOE tanto en el art. 40, entre los “Supuestos específicos de exención de la situación nacional de empleo”, como en el art. 41, entre las “Excepciones a la autorización de trabajo”.

Por lo que concierne a los menores extranjeros en situación irregular que se hallen acompañados de sus padres, hay que señalar que su regularización será distinta según que aquéllos hayan nacido dentro o fuera de España, viniendo en ambos casos vinculada a la situación legal de sus padres. Así, los menores en situación irregular nacidos en España de padres en situación también irregular, regularizarán su situación en el momento en el que alguno de sus progenitores acceda a la situación de residencia legal (advírtase que los nacidos en España de padres en situación regular tienen también, desde su nacimiento, residencia legal). En cambio, los menores en situación irregular no nacidos en España, tanto en el caso de que a su llegada a nuestro país tuvieran sus padres residencia legal, como en el caso de que no, precisarán, para poder regularizar su situación, acreditar una permanencia continuada en territorio español durante un mínimo de 2 años, así como que sus padres cumplan los requisitos de medios de vida y alojamiento exigidos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, debiéndose destacar que, en el supuesto de que los padres, a la llegada del menor a España, se hallaren en situación irregular, la solicitud de autorización de residencia para el menor solo se podrá presentar una vez que alguno de los progenitores haya accedido a la situación de residencia legal (arts. 185 y 186 RLOE).

Expuestas las distintas vías de regularización previstas por el legislador español, es preciso subrayar que el hecho de que el extranjero se encuentre en situación irregular en España no será en ningún caso obstáculo para la admisión a trámite de la correspondiente solicitud de autorización de residencia. Cierto es que la D.A. 4ª de la LOE incluye entre las causas de inadmisión a trámite de las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en la misma el hecho de que tales solicitudes se refieran a extranjeros que se encuentren en España en situación irregular. Pero no hay que olvidar que tal imperativo resulta inaplicable en los supuestos previstos en el art. 31.3 de la LOE (D.A. 4ª.1 g), a los que habría que añadir los regulados en los arts. 31 bis, 59 y 59 bis de la LOE.

Por otra parte, hay que tener presente que el hecho de que un extranjero en situación irregular en España haya solicitado una autorización de residencia por circunstancias excepcionales no será obstáculo para que, con posterioridad, la autoridad gubernativa pueda incoar contra el mismo un expediente sancionador por estancia irregular en nuestro país, si bien es cierto que la existencia de tal solicitud podrá ser invocada por el interesado para conseguir la suspensión del correspondiente expediente. Acreditada la existencia de tal solicitud, el órgano encargado de la tramitación del expediente

sancionador suspenderá éste último hasta la resolución de la solicitud, y solo lo retomará en caso de que ésta sea denegada (art. 63.6 LOE).

De lo que no hay duda es de que si en el momento de la presentación de la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales se hubiera ya iniciado contra el extranjero expediente sancionador por estancia irregular en España, o hubiera ya recaído resolución en su contra ordenando su expulsión del territorio nacional, la solicitud en cuestión no va a poder ser en principio admitida. Y ello por cuanto la antes citada D.A. 4ª de la LOE, en la letra d) de su primer apartado, incluye entre las causas de inadmisión a trámite la constancia de un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o el que se haya decretado contra el mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa. No obstante, hay que tener presente que la referida D.A. contempla varias excepciones a esta regla general. Y así, prevé la posibilidad de que la correspondiente solicitud sea admitida a trámite, además de en el caso en que la orden de expulsión existente contra el extranjero haya sido revocada, en los supuestos regulados en los arts. 31 bis (mujeres víctimas de violencia de género), 59 (colaboración contra redes organizadas), 59 bis (víctimas de la trata de seres humanos) y 68.3 (precepto éste último que alude al arraigo social), supuestos en los que la solicitud será admitida a trámite aun cuando la orden de expulsión no haya sido revocada.

En la película, los dos protagonistas en situación irregular en España, Ahmet y Saíd, reúnen las condiciones necesarias para poder beneficiarse de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales. El primero de ellos, concretamente, de una autorización por razones humanitarias, al haber sido víctima de un delito de lesiones de los arts. 147 y ss. del CP y concurrir la agravante de comisión por motivos racistas del art. 22.4 del mencionado texto. Y Saíd, por su parte, de una autorización por colaboración con las autoridades judiciales españolas, al haber intervenido como testigo en el proceso seguido contra varios de los integrantes del grupo neonazi responsable de las lesiones sufridas por su amigo y compatriota Ahmet, y haber sido el suyo un testimonio determinante.

Por lo que respecta a la autorización de residencia por razones humanitarias que, como víctima de un delito cometido con la agravante de racismo, podría Ahmet solicitar, es preciso estar a lo establecido en la 2ª de las Instrucciones 5/2008 de la Dirección General de Inmigración, dado el silencio que, en relación con este punto, guarda el art. 128 del RLOE. Según la citada Instrucción, su concesión precisa la concurrencia de una serie de requisitos de obligado cumplimiento, como son: 1) carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o de anterior residencia por delitos existentes en el ordenamiento español; 2) no tener prohibida la entrada en España y no figurar como rechazable en el espacio territorial de los Estados miembros del Espacio Schengen; 3) ausencia de mala fe en el solicitante de la autorización de residencia, y 4) tener reconocida la condición de víctima del delito en cuestión por haber recaído sentencia condenatoria.

No obstante, y por analogía con lo que sucede en los supuestos en que el extranjero es víctima de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar (Instrucción 2ª de las Instrucciones 5/2008 y art. 31 bis LOE), el interesado víctima de delitos en los que concurra la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación, podrá presentar su solicitud de autorización de residencia, y ser ésta admitida a trámite, siempre que consten medidas cautelares acordadas por la autoridad judicial con el objetivo de protección de la víctima (p.e., una orden de alejamiento) o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la persona solicitante es víctima de uno de los citados delitos. En todo caso, la autorización de residencia solo será concedida por la autoridad que a tal efecto resulta competente (Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales) una vez que haya recaído sentencia condenatoria por el delito denunciado, entendiéndose además necesario que la referida sentencia sea firme (de ahí que la concesión de la referida autorización no pueda llevarse a cabo hasta en tanto se resuelvan los recursos que contra la mencionada sentencia se puedan en su caso interponer).

En cuanto a la autorización de residencia por colaboración con la Justicia, de la que, entendemos, se podría haber beneficiado Saíd en la película, el RLOE proporciona dos elementos a tener en cuenta: 1) la solicitud de autorización, aunque ha de ser presentada personalmente por el extranjero, debe venir respaldada por las propias autoridades fiscales o judiciales con las que el extranjero haya colaborado. De ahí la necesidad de que a la solicitud se acompañe informe de la autoridad fiscal o judicial instando a los organismos competentes la concesión de la correspondiente autorización (arts. 127 *in fine* y 128. *S in fine*), informe que, de no ser aportado por el solicitante, le será requerido por el órgano competente, bajo advertencia de que, de no presentarlo en el plazo señalado en la notificación (que no podrá ser superior a 1 mes) se le tendrá por desistido de la solicitud y se producirá el archivo del procedimiento, y 2) la competencia para su resolución corresponde en todo caso a la Secretaría de Estado de Seguridad. Nada más dice el RLOE respecto de este tipo de autorización, no existiendo tampoco una Instrucción de la Secretaría de Estado de Seguridad a la que atender. No obstante, teniendo presente, de un lado, lo que en relación con la autorización de residencia por arraigo establece el propio RLOE (art. 128.2), y, de otro, lo que respecto a la autorización de residencia de las personas extranjeras que hayan sido víctimas de determinados delitos dispone la 2ª de las Instrucciones 5/2008 de la Dirección General de Inmigración, bien podemos afirmar que la concesión de una autorización de residencia por colaboración con las autoridades fiscales o judiciales también quedará supeditada a la concurrencia de varios requisitos, como son: 1) carecer de antecedentes penales en España y en el país de origen o de anterior residencia por delitos existentes en el ordenamiento español; 2) no tener prohibida la entrada en España y no figurar como rechazable en el espacio territorial de los Estados miembros del Espacio Schengen, y 3) ausencia de mala fe en el solicitante de la autorización de residencia.

En la película, es cierto, Saíd colabora con las autoridades judiciales españolas en un momento en que ya existe en su contra una orden de expulsión no ejecutada. Y esta circunstancia, como se indicara anteriormente, impediría en principio la admisión a trámite de una eventual solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales. Sin embargo, la autoridad judicial ante la cual presta Saíd su declaración, valorando la importancia de ésta última, bien podía haber instado la revocación de la referida orden expulsión, posibilitando de este modo la presentación por parte de Saíd de la correspondiente solicitud de autorización de residencia. No sucedió así, y al estar vigente la orden de expulsión dictada en su contra (téngase presente que las sanciones impuestas por infracciones graves, como es la estancia irregular, prescriben a los 2 años, y que, al ser la sanción impuesta la de expulsión, el plazo de prescripción no empieza a contar hasta en tanto haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución, que, como se apuntara, no puede en principio exceder de 5 años –arts. 56.2 y 3 y 58 LOE–), la autoridad gubernativa procedió a su ejecución.

VII. MATRIMONIO CIVIL EN ESPAÑA DE EXTRANJERO CON ESPAÑOL.

Los extranjeros que se encuentran en España, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen reconocido, al igual que los españoles, el *ius connubii*. Así se desprende claramente del art. 32.1 de la CE, donde se declara que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, sin establecerse, por tanto, restricción de ninguna clase por razón de nacionalidad o de situación administrativa. Sin embargo, hay que tener presente que, para que las autoridades españolas puedan intervenir autorizando la celebración en España del matrimonio de un extranjero, ya sea con un español o con otro extranjero, es necesario que dichas autoridades tengan competencia. Y ésta, según se infiere del art. 57 del Código Civil (en adelante Cc.), solo se considerará concurrente cuando al menos uno de los contrayentes tenga su domicilio en territorio español, correspondiendo en tales supuestos la competencia al Registro Civil del lugar donde se encuentre el domicilio de dicho contrayente, y de tener ambos su domicilio en España, al Registro Civil correspondiente al domicilio de cualquiera de ellos. Y en este punto es preciso recordar: 1) que el art. 40 del Cc. identifica domicilio y residencia habitual; 2) que, tratándose de un extranjero, no es necesario que su residencia en España sea “legal” a los efectos del Derecho de extranjería para poder considerarlo domiciliado en nuestro país, y 3) que la acreditación del domicilio en España se suele llevar en la práctica mediante la presentación de un certificado expedido por el Ayuntamiento en el que el sujeto se halle empadronado, empadronamiento que, en el caso de los extranjeros, prevé el art. 6.3 de la LOE y, además, sin requerir que la permanencia de aquéllos en España sea “legal”.

En la película, uno de los protagonistas, Taib, se halla unido en matrimonio a una ciudadana de nacionalidad española, a la que conoció estando ya aquél en España,

habiéndose celebrado además el matrimonio en nuestro país. Y no hay duda, de conformidad con lo que se acaba de exponer, de la competencia de las autoridades españolas para autorizar la celebración de dicho matrimonio, competencia que encontró su fundamento en el hecho de que ambos contrayentes, o al menos uno de ellos (en concreto la contrayente española), tenía su domicilio en España y podía acreditarlo mediante el correspondiente certificado de empadronamiento. Pero es que además, al finalizar la película, se plantea también la posible celebración de otro matrimonio mixto, en este caso entre el protagonista principal, Saíd, y Ana, matrimonio cuya celebración le llega a proponer ésta a aquél como vía para evitar su expulsión de España, aunque finalmente no se acaba llevando a efecto. Y también parece claro que, de haber decidido aquéllos contraerlo, habría resultado incuestionable la competencia de las autoridades españolas para intervenir en la autorización de dicho matrimonio, si bien es cierto que, en este caso, dicha competencia habría venido determinada únicamente por el domicilio de Ana en España, al no poder Saíd acreditar su domicilio por no encontrarse empadronado (otra cosa es que, en el supuesto en cuestión, la autoridad española hubiera autorizado la celebración del referido matrimonio, pues lo más seguro es que, en aplicación de la normativa vigente, a la que nos referiremos más adelante, aquélla hubiera acabado denegando tal autorización por ver en él un matrimonio de conveniencia).

Las autoridades españolas, para autorizar la celebración en España del matrimonio de un extranjero con un español, necesariamente han de tramitar, con carácter previo, un expediente matrimonial, destinado a comprobar tanto la capacidad nupcial de los contrayentes, como la existencia de un verdadero consentimiento matrimonial, aspectos ambos cuya fiscalización, en aplicación de lo dispuesto en el art. 9.1 del Cc., deberán llevar a cabo a la luz de lo preceptuado en las respectivas leyes nacionales de los sujetos contrayentes¹⁹⁵. Así pues, por lo que concierne al contrayente extranjero, se verá la autoridad española en la necesidad de dar efecto a lo establecido en una ley extranjera (en la película, la ley marroquí), ley a cuya aplicación podrá proceder el Encargado del Registro Civil por propio conocimiento, o, de resultarle aquélla desconocida, a partir de la prueba que de la misma aporte la parte interesada, pudiendo dicha prueba consistir en testimonio del cónsul extranjero en España, del cónsul de España en el país o del notario español que conozca tal Derecho (art. 91 Reglamento del Registro Civil¹⁹⁶ –en adelante RRC–).

Además, hay que tener presente la posibilidad de que, a la hora de aplicar la ley extranjera para decidir la capacidad y el consentimiento del contrayente extranjero, la autoridad española se vea en la necesidad de resolver un eventual problema de remisión

195 El art. 9.1. Cc, es cierto, solo resulta aplicable a la capacidad de las personas físicas, si bien la doctrina viene proponiendo asimismo su aplicación a la cuestión del consentimiento matrimonial, al no existir norma específica al respecto.

196 Aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958 (*BOE* n° 296, de 11 de diciembre. Corrección de errores en *BOE* núm. 18, de 21 de enero de 1959).

a un sistema plurilegislativo, al tener que decidir cuál de entre los distintos sistemas normativos, de base territorial o personal, que coexistan en el país cuyo ordenamiento venga reclamado por el art. 9.1 del Cc., será el que haya de ser aplicado (tal fue, sin duda, la situación a la que se debió enfrentar el encargado del Registro Civil que, en la película, acabó autorizando la celebración del matrimonio entre Taíb y su mujer española, al ser Marruecos un sistema plurilegislativo de base personal, en el que, en materia de familia, coexisten, de un lado, el Código de Familia marroquí –en adelante CFM–, y, de otro, el conocido como Estatuto hebraico marroquí). Cuando así suceda, la autoridad española, de conformidad con lo dispuesto en el art. 12.5 del Cc., deberá atender a los criterios que en su caso establezca el mismo ordenamiento extranjero que resulte aplicable (criterios que, en el caso del Derecho marroquí, son claros, pues mientras que el Estatuto hebraico marroquí solo es aplicable a los judíos, el CFM resulta de aplicación tanto a los musulmanes como al resto de ciudadanos). El problema se planteará en aquellas ocasiones en que el ordenamiento aplicable no establezca criterios para solventar los posibles conflictos internos. Y ello, por cuanto el art. 12.5 del Cc. no contempla ninguna solución subsidiaria. En tales casos, y siguiendo en este punto a la doctrina, habría que acoger como solución el criterio de los vínculos más estrechos y acabar aplicando aquel sistema normativo que se encuentre más vinculado con la persona cuya capacidad y consentimiento matrimonial se esté valorando.

Igualmente puede suceder que la autoridad española, tras analizar lo establecido en el ordenamiento jurídico extranjero que en principio resulte aplicable, constate que alguna o algunas de sus disposiciones vulneran alguno o algunos de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento, debiendo aquélla, en tal supuesto, utilizar la excepción de orden público internacional prevista en el art. 12.3 del Cc. para descartar en ese punto la aplicación del Derecho extranjero reclamado por la regla de conflicto y aplicar en su lugar el Derecho español. Sin duda será ésta la excepción que invoquen las autoridades españolas en los casos en que, viniendo reclamada, como en la película, la aplicación de la ley marroquí, un varón marroquí pretenda, al amparo del CFM (arts. 40-46), la celebración en nuestro país de un matrimonio poligámico. Asimismo será la excepción de la que se servirán las autoridades españolas para: 1) autorizar la celebración en España del matrimonio entre un varón marroquí musulmán y una mujer que no sea ni musulmana, ni cristiana, ni judía, o el de una mujer marroquí musulmana con un varón no musulmán, inaplicando el impedimento “temporal” de diferencia de religión que para tales supuestos prevé el CFM (art. 39. 4), por ser claramente contrario a nuestro principio de libertad religiosa (art. 16 CE), y 2) dejar sin efecto el impedimento permanente que, a la luz del CFM, hace inviable el matrimonio entre una mujer y un hombre amamantados por la misma nodriza (art. 38 CFM), por suponer una restricción injustificada al derecho a contraer matrimonio (art. 32.1 CE).

La tramitación del expediente matrimonial previo se llevará siempre a cabo, a instancia de los propios interesados, mediante la presentación de la correspondiente solicitud, que deberá ir en todo caso acompañada de la documentación que a tal

efecto requiera el Registro Civil competente. Es verdad que cada Registro Civil tiene su especial manera de tramitar este expediente, y que la documentación exigida no siempre es la misma. Sin embargo, puede afirmarse que, como regla general, y para el caso de un matrimonio mixto, los Registros Civiles suelen exigir la presentación de la siguiente documentación, que será distinta según se trate del contrayente español o del contrayente extranjero. Concretamente, el contrayente español deberá presentar: 1) DNI o pasaporte y una fotocopia del mismo; 2) certificado literal de nacimiento (de una antigüedad no superior a 3 meses); 3) en caso de estar divorciado o de haberse declarado nulo un matrimonio anterior, copia testimoniada de la sentencia de divorcio o nulidad o certificado de matrimonio con anotación marginal de divorcio o nulidad; 4) certificado de empadronamiento acreditativo del domicilio en los 2 últimos años (el certificado, cuya vigencia caduca a los 3 meses, debe contener la fecha de alta en el padrón. Y si en los 2 años anteriores al matrimonio existen varios lugares de residencia, habrá que justificarlo con los certificados de empadronamiento correspondientes a cada lugar de residencia), y 5) fe de vida y estado. Por su parte, el contrayente extranjero deberá aportar: 1) pasaporte o NIE en vigor; 2) certificado literal de nacimiento; 3) certificado de soltería o, en caso de estar divorciado o de haberse declarado nulo su matrimonio, certificado de matrimonio con anotación del divorcio o de la nulidad y copia testimoniada de la sentencia de divorcio o nulidad, o, cuando sea necesario conforme a las leyes de su país, dispensa para contraer matrimonio; 4) certificado emitido por las autoridades del país de origen del ciudadano extranjero en España que acredite la capacidad para contraer matrimonio (algunos registros no lo exigen); 5) certificado emitido por las autoridades del país de origen del ciudadano extranjero en España sobre la necesidad o no de publicación de edictos; 6) de vivir en España, certificado de inscripción consular emitido por el consulado del país de origen del ciudadano extranjero en nuestro país, y 7) también en caso de tener su domicilio en España, certificado de empadronamiento de los 2 últimos años o desde que entró en el país.

Los documentos públicos extranjeros que se aporten al expediente deberán en principio estar legalizados¹⁹⁷ o, en su caso, incorporar la apostilla del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961. No obstante, hay que tener presente que, en determinados supuestos, tal requisito no puede ser exigido. En concreto, no cabrá exigir trámite legalizador alguno en los casos en que el documento aportado haya sido expedido, bien por las autoridades del Registro Civil de un país miembro del Convenio nº 16

197 A estos efectos se admite tanto la legalización ordinaria (el documento registral extranjero incorpora las distintas legalizaciones o certificaciones de autenticidad exigidas tanto por la legislación del país de origen del documento –la última de ellas, la del Ministerio de Asuntos Exteriores de dicho país– como por la legislación española –legalización del Consulado de España en el país extranjero y de la Sección de legalizaciones del Ministerio español de Asuntos Exteriores y Cooperación–), como la simple legalización consular (esto es, la legalización llevada a cabo por el Consulado de España en el país de expedición o por el consulado del país de origen en España –posibilidad ésta última admitida por el art. 90 del RRC–).

de la CIEC sobre expedición de certificaciones plurilingües de las actas del Registro Civil, hecho en Viena el 8 de septiembre de 1976¹⁹⁸, o del Convenio nº 17, también de la CIEC, sobre dispensa de legalización de ciertos documentos, firmado en Atenas de 15 de septiembre de 1977¹⁹⁹, bien por las autoridades registrales de un país con el que exista convenio bilateral que contemple tal dispensa, como es el caso precisamente de Marruecos, país de origen en la película del contrayente extranjero²⁰⁰. Tampoco se podrá exigir trámite legalizador alguno al documento aportado cuando éste haya sido expedido por la autoridad diplomática o consular de un país miembro del Convenio nº 63 del Consejo de Europa relativo a la supresión de la legalización de documentos extendidos por los agentes diplomáticos y consulares, hecho en Londres el 7 de junio de 1968²⁰¹. Pero es que, fuera incluso de estos supuestos, cabe también la posibilidad de que la autoridad encargada del Registro Civil ante la que se presente la solicitud exima de cualquier requisito legalizador. Y ello por cuanto el art. 89 del RRC prevé que, pese a resultar preceptiva la legalización, ésta no resultará exigible en los casos en que conste al Encargado del Registro Civil español la autenticidad del documento, bien directamente, o por haberle llegado éste último por vía oficial o por diligencia bastante.

Los documentos extranjeros, igualmente, de hallarse redactados en un idioma distinto del español, deberán venir acompañados de una traducción, sea al español o a la lengua co-oficial en la Comunidad Autónoma en que se presente la solicitud, si bien queda abierta la posibilidad de que el Encargado del Registro Civil correspondiente exima de la presentación de la citada traducción de conocer el idioma en el que aquéllos se hallen redactados (art. 86, apartado 2º RRC). La traducción que en su caso se aporte deberá ser necesariamente oficial, pudiendo llevarse a cabo por Cónsul, Notario, traductor o cualquier otro órgano o funcionario competente. Y, de efectuarse por autoridad extranjera, deberá también, al igual que el documento original (salvo que respecto a éste pueda invocar dispensa), venir legalizada o apostillada.

198 Estados parte: Alemania, Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Croacia, Eslovenia, España, Francia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Moldavia, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Portugal, Serbia, Montenegro, Suiza y Turquía.

199 Estados parte: Austria, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Turquía, Polonia.

200 Efectivamente, no será posible exigir legalización a las certificaciones de las actas de Registro Civil marroquí cuando éstas se hallen provistas de sello oficial, tal y como dispone el art. 39 del Convenio entre España y Marruecos de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, de 30 de mayo de 1997 (*BOE* nº 151, de 25 de junio de 1997). Tampoco será exigible la legalización en el caso de las certificaciones de actas de Registro Civil procedentes de Rusia (Canje de Notas entre España y la URSS sobre supresión de legalizaciones y expedición de certificados de Registro Civil de 24 de febrero de 1984 –*BOE* nº 93, de 18 de abril de 1985– y art. 14 del Convenio entre España y la URSS sobre asistencia judicial en materia civil de 26 de octubre de 1990 –*BOE* nº 151, de 25 de junio de 1997–).

201 Estados parte: Alemania, Austria, Chipre, España, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza y Turquía.

Iniciado el expediente, se dará cita a los contrayentes para la celebración de la audiencia reservada que imponen tanto el art. 246 del RRC, como las Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995 y 31 de enero de 2006, y en la cual el instructor del expediente, por separado, interrogará a los contrayentes para cerciorarse de la existencia o no de verdadera intención matrimonial en los mismos. Y ello como medio de evitar la celebración de matrimonios de conveniencia o simulados. Asimismo, y una vez celebrada la mencionada la audiencia, se requerirá a los contrayentes para que, en el día indicado, comparezcan con unos testigos a fin de poder formular a éstos últimos algunas preguntas sobre su relación.

Durante la tramitación del expediente, y en la medida en que así venga impuesto, se procederá igualmente a la publicación de edictos. Concretamente, en el caso de los ciudadanos españoles, los edictos se publicarán en el tablón de anuncios del Juzgado de Paz o del Registro Civil del lugar de residencia de los 2 últimos años (salvo que dicha localidad tenga más de 25.000 habitantes). En cambio, en el caso de los ciudadanos extranjeros, la publicación o no de tales edictos dependerá de que éstos vengan o no exigidos por su legislación nacional, lo que el interesado deberá acreditar mediante el correspondiente certificado expedido por las autoridades de su país (por lo general, el consulado de su país en España).

Publicados los edictos, el expediente pasará al Fiscal, quien lo comprobará y alegará lo que estime oportuno por medio del correspondiente dictamen. Y, de no haber ningún problema, el Encargado del Registro Civil procederá a dictar auto autorizando la celebración del matrimonio, auto que será notificado a los interesados, fijándose fecha para la boda.

La prestación del consentimiento se podrá llevar a cabo ante el Encargado del Registro Civil en el que se haya tramitado el expediente, o ante el Alcalde de dicho municipio o concejal en quien éste delegue, pudiendo también efectuarse, por delegación del instructor del expediente, bien a petición de los contrayentes o de oficio, ante el Encargado del Registro Civil, Alcalde o funcionario de otra población distinta (art. 57 Cc.). En cualquier caso, la prestación del consentimiento se habrá de realizar en presencia de dos testigos mayores de edad, y siguiendo las formalidades previstas en la legislación española (esto es, tras la lectura por parte de la autoridad que intervenga de los arts. 66 y ss. del Cc., relativos a los derechos y deberes de los cónyuges, y en respuesta a la pregunta que en tal sentido le formule dicha autoridad)

Celebrado el matrimonio, la autoridad que haya intervenido en el acto extenderá de inmediato la inscripción o el acta correspondiente –que será posteriormente inscrita–, con su firma y la de los contrayentes y testigos²⁰², entregando a cada uno de los contrayentes documento acreditativo de la celebración (art. 62 Cc.). Y, desde ese

202 Recuérdese que, si bien el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, para el pleno reconocimiento de los mismos es necesaria su inscripción en el Registro Civil (art. 61 Cc.).

momento, el cónyuge extranjero, de ostentar la nacionalidad de un tercer país (como en el caso de Taíb en la película), pasará a ser familiar de un ciudadano comunitario y, por ende, a quedar sujeto al régimen comunitario de extranjería, con el consiguiente derecho a residir y trabajar en España, en igualdad de condiciones con los españoles, viniendo obligado a solicitar, de conformidad con lo establecido en el art. 8 del Real Decreto 240/2007, la correspondiente tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

Una vez inscrito el matrimonio en el Registro Civil español (inscripción que viene permitida tanto por haberse celebrado el matrimonio en España como por ostentar uno de los contrayentes la nacionalidad española –art. 15 Ley del Registro Civil²⁰³–), lo normal será que el cónyuge extranjero solicite asimismo la inscripción de éste último en el Registro Civil consular de su país, presentando a tal efecto el certificado de matrimonio expedido por la autoridad registral española. Concretamente, en el caso de los ciudadanos marroquíes (como es el caso de Taíb en la película), tal inscripción, según establece el art. 15 del CFM, resulta obligatoria, debiéndose además llevar a cabo en el plazo de 3 meses desde la celebración del matrimonio. Pero hay que tener en cuenta que, según el art. 14 del mismo Código, para que el matrimonio que un ciudadano marroquí residente en el extranjero haya celebrado según las formalidades administrativas locales del país de residencia pueda ser reconocido en Marruecos, será necesario que reúna una serie de requisitos. Y tales requisitos son: consentimiento, capacidad, presencia en caso necesario del tutor matrimonial (*wali*), ausencia de impedimentos legales, inexistencia de acuerdo sobre la supresión de la dote (*sadaq*) y presencia de dos testigos musulmanes en el acto de celebración del matrimonio. De ahí, por tanto, que difícilmente sea objeto de inscripción en el Registro Civil consular marroquí en España el matrimonio que un ciudadano marroquí haya podido celebrar ante autoridad civil española ignorando ésta, por acción del orden público, algún impedimento previsto en el CFM. Sin embargo, en los demás casos, la inscripción del matrimonio no planteará mayores problemas. Y ello, aun cuando no se hayan observado requisitos formales tales como la presencia de dos testigos musulmanes o la mención de la dote, pues éstos, o bien admiten subsanación, o bien vienen siendo objeto de una interpretación flexible. En concreto, los agentes consulares marroquíes, tras verificar la autenticidad del certificado de matrimonio español, suelen subsanar el defecto que supone la no intervención de los dos testigos musulmanes mediante un anexo específico (*ichad moulhaq*). Y, por lo que concierne a la dote, acaban acogiendo una interpretación flexible, al considerar que el hecho de que la certificación española no haga alusión a la misma no significa que no exista.

203 Ley de 8 de junio de 1957 (BOE nº 151, de 10 de junio de 1957).

VIII. SEPARACIÓN O DIVORCIO ANTE AUTORIDAD ESPAÑOLA DE MATRIMONIO ENTRE EXTRANJERO Y ESPAÑOL CELEBRADO EN ESPAÑA.

Los extranjeros residentes en España y unidos en matrimonio, celebrado también en España, con ciudadano español, podrán acudir cuando estimen pertinente a las autoridades judiciales españolas para solicitar de éstas la separación o el divorcio. En tales casos, la competencia de las autoridades españolas quedará garantizada en base a lo dispuesto en el art. 3.1 del Reglamento (CE) nº 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 parental²⁰⁴, donde, en relación con los asuntos relativos al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, se declara la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual común de los cónyuges al tiempo de la demanda. El conocimiento del asunto, concretamente, corresponderá a los Juzgados de primera instancia que, en virtud del art. 769 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil²⁰⁵, resulten territorialmente competentes. Y éstos, en principio, serán los del lugar donde se encuentre el domicilio conyugal, aunque, de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, la competencia corresponderá, a elección del demandante o de los cónyuges que soliciten la separación o el divorcio de mutuo acuerdo, a los Juzgados del último domicilio del matrimonio o de la residencia del demandado. De no tener éste último domicilio ni residencia fijos, podrá ser demandado en el lugar en que se halle o en el de su última residencia, a elección del demandante, disponiéndose que, de no poder tampoco determinarse así la competencia, ésta corresponderá al tribunal del domicilio del actor. Así pues, no cabe ninguna duda de la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles que en la película debieron pronunciarse sobre la separación o la disolución del matrimonio entre Taíb y su mujer española, al tener ambos su residencia habitual en España, correspondiendo en todo caso el conocimiento de la causa a los Juzgados de primera instancia de la capital catalana, al encontrarse en esta última localidad el domicilio conyugal.

Sentada la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de la demanda de separación o divorcio presentada por un matrimonio mixto residente en España, queda fijar cuál será la ley con arreglo a la cual deberán aquéllos decidir si conceden o no la separación o el divorcio solicitados. Y a tal efecto, y hasta en tanto devengan operativas las disposiciones del nuevo Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada

204 *DOCE* nº L 338, de 23 de diciembre de 2003.

205 *BOE* nº 7, de 8 de enero de 2000. Corrección de errores en *BOE* nº 90, de 14 de abril de 2000 y *BOE* nº 180, de 28 de julio de 2001.

en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial²⁰⁶ –Roma III– (lo que, según el art. 18 de éste último, no sucederá hasta el 21 de junio de 2012), las autoridades españolas deberán seguir atendiendo a lo dispuesto en el art. 107 del Cc., precepto en el que se contiene la norma de conflicto española en materia de nulidad, separación y divorcio. Concretamente, según el apartado 2º del referido precepto, la ley aplicable a la separación y al divorcio será en principio la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, la ley de la residencia habitual común del matrimonio en el momento de la presentación de la demanda; en defecto de tal residencia habitual común, la ley de la última residencia habitual común del matrimonio, siempre que, en el momento de la demanda, uno de los cónyuges aún resida habitualmente en dicho Estado; y finalmente, de no concurrir tampoco este último criterio, la ley española, bastando para ello que uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España. No obstante, hay que tener presente que el sistema de conexiones previsto en el art. 107.2 del Cc. se halla sometido a dos excepciones, al imponerse la aplicación de la ley española, siempre que al menos al menos uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: 1) cuando la demanda de separación o divorcio se haya presentado por ambos cónyuges de mutuo acuerdo o por uno con el consentimiento del otro, y 2) cuando las leyes designadas por los criterios de conexión recogidos en la regla de conflicto no reconozcan la separación o el divorcio o lo hagan de forma discriminatoria o contraria al orden público. Esta última excepción, en todo caso, resulta independiente de la posibilidad prevista en el art. 12.3 del Cc. de descartar la aplicación de la ley extranjera reclamada por la regla de conflicto cuando la misma resulte contraria al orden público español.

La aplicación del art. 107.2 del Cc. a la separación o divorcio que en la película tiene lugar entre Taíb y su mujer, conduce necesariamente a la aplicación de la ley española. Y ello, tanto en el supuesto de que la demanda se haya presentado de mutuo acuerdo o por uno con el consentimiento del otro, como en el caso de que el procedimiento sea de naturaleza contenciosa. Concretamente, en el primer supuesto, la aplicación de la ley española tendría su fundamento en lo dispuesto en la letra b) del párrafo 2º del art. 107.2 del Cc., al darse la condición de que al menos uno de los cónyuges sea español o tenga su residencia en España. Y, en el caso de que el procedimiento fuera contencioso, sería el párrafo 1º del art. 107.2, y en concreto el hecho de tener el matrimonio su residencia habitual en España al tiempo de la demanda, el fundamento de la aplicación de la ley española a la separación o al divorcio.

Como se ha apuntado, a partir del día 21 de junio de 2012 las autoridades españolas deberán dar aplicación, en las demandas de separación o divorcio que, desde esa fecha, ante las mismas se promuevan, a la nueva normativa conflictual recogida en el Reglamento (UE) n° 1259/2010, Reglamento que introduce importantes modificaciones respecto a la

206 *DOUE* n° L 343, de 29 de diciembre de 2010.

normativa actual contenida en el art. 107.2 del Cc. El citado Reglamento parte, en primer lugar, de reconocer a los cónyuges la posibilidad de elegir la ley aplicable, si bien se trata de una libertad de elección restringida, ya que únicamente les permite elegir entre alguna de las siguientes leyes: 1) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio de elección de ley; 2) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; 3) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, ó 4) la ley del foro. El convenio de elección de ley podrá celebrarse o modificarse en cualquier momento, a más tardar en la fecha en que se interponga la demanda, aunque también se prevé la posibilidad, siempre que la ley del foro lo permita, de que la elección o modificación se lleve a cabo ante el propio órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento, procediendo en tal supuesto el juez a registrar el convenio (art. 5). La validez sustancial de éste último y de sus cláusulas se determinará en todo caso por la ley que lo regiría si el convenio en cuestión fuera válido, esto es, por la ley designada en el propio convenio, previéndose no obstante la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges, al presentar la demanda, invoque la ley de su residencia habitual a fin de acreditar que, en contra de lo establecido por la ley designada en el convenio, no prestó su consentimiento al mismo (art. 6). Y, por lo que concierne a su validez formal, comienza el Reglamento estableciendo unos requisitos formales mínimos para el mismo, al señalar que éste deberá formularse por escrito –incluyendo los medios electrónicos que permiten un registro duradero del convenio– y estar fechado y firmado por ambos cónyuges. A tales requisitos habrá que añadir los requisitos formales adicionales que para este tipo de convenios pueda en su caso fijar la ley del Estado parte del Reglamento en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio. En caso de residir los cónyuges, en el momento de la celebración del convenio, en Estados parte diferentes, se considerará suficiente con que aquél cumpla los requisitos formales adicionales previstos por la legislación de cualquiera de esos dos Estados. Y, de tener solo uno de los cónyuges su residencia en un Estado parte, serán los requisitos formales adicionales de dicho Estado los únicos que deberán ser observados (art. 7).

A falta de una elección válida de la ley aplicable por los cónyuges, la separación o el divorcio, según el Reglamento, se regirán por la ley del país de su residencia habitual común en el momento de la presentación de la demanda; en su defecto, por la ley del país en el que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de 1 año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda; a falta de los criterios anteriores, por la ley de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda; y finalmente, y a modo de conexión de cierre, por la ley del foro (art. 8).

En todo caso, hay que tener presente la existencia de dos grandes excepciones al sistema de conexiones previsto en el Reglamento. La primera de ellas solo opera frente

a las conexiones objetivas del art. 8, y está llamada a ser aplicada en las demandas de conversión de una separación judicial en divorcio. En tales demandas, según el Reglamento, la ley aplicable será la que en su momento se hubiera aplicado a la separación judicial, a menos que esta ley no admita la conversión (art. 9). La segunda excepción, por su parte, es más general, pues afecta incluso a la ley elegida por las partes, y ordena la aplicación de la ley del foro en aquellos supuestos en que la ley aplicable no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial (art. 10). Esta última excepción, es preciso subrayar, resulta independiente de la posibilidad genérica que contempla el art. 12 del Reglamento de excluir la aplicación de algunas de las disposiciones de la ley designada por las normas de conflicto cuanto tal aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro.

En un supuesto de separación o divorcio como el que se plantea en la película (referido a matrimonio mixto de marroquí y española), la aplicación de la nueva normativa conflictual prevista en el Reglamento dejaría abierta la posibilidad de aplicar al mismo una ley distinta a la española, siempre que los cónyuges, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 del texto reglamentario, y siguiendo las formalidades previstas en el art. 7, hubieran convenido la aplicación de la ley marroquí, en tanto ley nacional de uno de ellos al tiempo de la celebración del correspondiente convenio. En tal caso, y de ser la demanda presentada de separación, no resultaría invocable la excepción prevista en el art. 10 del Reglamento para descartar la aplicación de la ley elegida, que no admite la separación, y acabar en su lugar aplicando, en tanto ley del foro, la ley española, que sí la admite, pues tal excepción, atendiendo al tenor literal del citado precepto, solo deviene operativa en los supuestos en que la ley aplicable (en este caso por elección de las partes) “no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial”. A los cónyuges, por tanto, para poder obtener la separación solicitada, no les quedaría más alternativa que modificar ante el propio órgano jurisdiccional (de venir ello admitido) el acuerdo de elección de ley que en su día hubieran alcanzado.

Una vez dictada en España sentencia de separación o divorcio, ésta, además de ser inscrita en el Registro Civil español, y, más concretamente, en el Registro Civil del lugar donde se hallare inscrito el matrimonio (accediendo al mismo como inscripción marginal a la principal de matrimonio), debería también inscribirse en el Registro Civil del país de origen del cónyuge extranjero, a petición de éste último, suponiendo, claro está, que éste hubiera cumplido en su momento con la obligación de dejar constancia en dicho Registro del matrimonio celebrado en España. Pero hay que tener en cuenta que, para que la sentencia española de separación o de divorcio pueda tener acceso al Registro Civil extranjero de que se trate, será necesario que la misma pase por el trámite que la legislación de dicho país exija para dar efecto a las sentencias extranjeras, trámite que puede variar considerablemente de un país a otro. Así, cuando la sentencia

española de separación o divorcio se pretenda hacer valer en el Registro Civil de cualquier país miembro de la Unión Europea, a excepción de Dinamarca, aquélla, de conformidad con lo dispuesto en el art. 21 del Reglamento (CE) nº 2201/2003, será reconocida directamente por la propia autoridad encargada del Registro Civil, sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno, limitándose tal autoridad a fiscalizar la no concurrencia de ninguno de los motivos de denegación del reconocimiento previstos en el art. 22 del citado instrumento. En los casos en que la decisión judicial española pretenda hacerse valer en Argelia, Colombia, República Popular China, Marruecos, Mauritania, Federación Rusa, Suiza o Túnez, las autoridades encargadas del Registro Civil de tales países procederán a dar aplicación a lo establecido en los convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales suscritos por tales países con España²⁰⁷. Y estos convenios, a excepción del vigente entre España y la Federación Rusa, coinciden en imponer la tramitación de un procedimiento previo de *exequátur*, que se habrá de llevar a efecto ante la autoridad judicial indicada en el propio Convenio o prevista por la legislación del país de que se trate, y siguiendo las reglas de procedimiento fijadas en tal legislación. Y en él, la autoridad judicial comprobará si se cumplen o no las condiciones de reconocimiento fijadas en la normativa convencional. De ahí que, solo una vez obtenido el *exequátur* de la decisión judicial española, sea posible la inscripción de ésta última en el Registro Civil de tales países. No será así, sin embargo, en el caso de Rusia, pues, al amparo del Convenio bilateral vigente entre este país y España, las autoridades encargadas del Registro Civil de este país podrán reconocer directamente las decisiones judiciales españolas de separación o divorcio, controlando ellas mismas el cumplimiento de las condiciones de reconocimiento previstas en el texto convencional. En los restantes supuestos, esto es, cuando la sentencia española se haga valer ante las autoridades del Registro Civil de cualquier otro

207 Convenio entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil, hecho en Madrid el 24 de febrero de 2005 (*BOE* nº 103, de 1 de mayo de 2006); Convenio entre España y Colombia sobre ejecución de sentencias civiles, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1908 (*Gaceta de Madrid* nº 108, 18 de abril de 1909); Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992 (*BOE* nº 26, de 31 de enero de 1994. Corrección de errores en *BOE* nº 60, de 11 de marzo de 1994); Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (*cit. supra* nota 200); Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990 (*cit. supra* nota 200); Convenio entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil, hecho en Madrid el 12 de septiembre de 2006 (*BOE* nº 267, de 8 de noviembre de 2006); Tratado entre España y Suiza sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial, hecho en Madrid el 19 de noviembre de 1896 (*Gaceta de Madrid* nº 190, de 9 de julio de 1898), y Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001 (*BOE* nº 52, de 1 de marzo de 2003).

país, habrá que estar a lo que establezca la normativa sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras en vigor en el país del que se trate, debiendo ser ésta la que decida si la decisión judicial española podrá ser reconocida directamente por las propias autoridades del Registro Civil de dicho país o si, por el contrario, será preciso tramitar con carácter previo un procedimiento judicial de *exequátur*.

Concretamente, para la inscripción en el Registro Civil marroquí de la resolución judicial que ponga fin al procedimiento matrimonial suscitado por Taïb y su mujer ante las autoridades españolas, de consistir aquélla en una sentencia de divorcio, habrá que estar a lo dispuesto en el Convenio bilateral sobre cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa suscrito entre España y Marruecos el 30 de mayo de 1997²⁰⁸ (en adelante CHM). Y éste, además de imponer la tramitación de un procedimiento judicial de *exequátur* para el reconocimiento a tal efecto de la sentencia española (así se establece de manera expresa en el art. 24 del CHM), supedita tal reconocimiento al cumplimiento de una serie de condiciones, enunciadas en el art. 23 del texto convencional.

El procedimiento de *exequátur* se habrá de llevar a cabo, a solicitud de la parte interesada, ante las autoridades judiciales que a tal fin resultan competentes y que, como indica el art. 25.1º del CHM, son los tribunales de primera instancia. Y a la luz de lo dispuesto en el art. 430.1º del Código de Procedimiento Civil marroquí (CPCM), la competencia territorial corresponderá a los tribunales de primera instancia del lugar del domicilio o de la residencia de la persona contra la que se solicita la ejecución, y, en su defecto, del lugar donde la ejecución deba ser efectuada, si bien se admite la posibilidad de un pacto en contrario entre las partes.

Para la tramitación del *exequátur*, la parte interesada deberá presentar ante la autoridad judicial marroquí competente, además de una copia de la resolución española de divorcio que reúna todas las condiciones necesarias para su autenticidad, el original del documento de notificación de la resolución y una certificación del Secretario del Jugado español que la haya dictado donde se haga constar que la misma no ha sido objeto de recurso ni de apelación, y, en los casos en que la sentencia haya sido dictada en rebeldía del demandado, una copia certificada conforme de la citación hecha a la parte que haya sido condenada en rebeldía (art. 28 CHM). Todos estos documentos, según establece el CHM en su art. 40, estarán dispensados de legalización o de cualquier otra formalidad equivalente, debiendo ir provistos de la firma y sello oficial de la autoridad facultada para expedirlos, y, de tratarse de copias, estar certificados conformes con el original por dicha autoridad (en caso de duda sobre la autenticidad del documento, corresponderá a la autoridad judicial marroquí ante la que se haga valer la decisión española efectuar las comprobaciones necesarias por mediación de la autoridad central de ambos Estados). Sin embargo, no se pronuncia el CHM respecto a la exigencia de

208 *Cit. supra* nota 207.

traducción de los documentos aportados. El CHM, es cierto, establece en sus arts. 41 a 43 reglas especiales sobre lenguas y traducciones, pero éstas, según se desprende de su tenor literal, no resultan de aplicación a los documentos que han de acompañar a las solicitudes de reconocimiento de sentencias. De ahí que, en este punto, haya que estar a lo que al respecto establece el Derecho procesal marroquí, y, en concreto, el art. 431.4º del CPCM, que exige traducción al árabe de los documentos extranjeros presentados, traducción que habrá de ser certificada por traductor jurado.

La autoridad judicial competente, según establece el art. 25 del CHM en su apartado 2º, deberá aplicar en todo caso las reglas de procedimiento previstas en Derecho marroquí (en concreto en el CPCM), y se limitará, según el art. 26, a comprobar (siempre de oficio) si la sentencia española que se trata de reconocer reúne o no las condiciones previstas en el art. 23, y que son: 1) la competencia del órgano jurisdiccional que haya dictado la resolución a la luz de la normativa del Estado de origen (remisión que, a día de hoy, debe entenderse efectuada al art. 3 del Reglamento (CE) nº 2201/2003); 2) la legalidad de la citación de las partes, de su representación o de su declaración de rebeldía (legalidad cuyo control se ha de llevar a cabo a la luz de un determinado ordenamiento jurídico; y éste, aunque el CHM nada dice expresamente al respecto, no puede ser otro que el del país de origen de la decisión judicial que se trata de reconocer en Marruecos, esto es, el Derecho español); 3) el carácter definitivo y ejecutorio de la resolución según las leyes del Estado de origen (no obstante, en el caso particular de las resoluciones sobre divorcio, y por lo que concierne al pronunciamiento sobre la disolución del matrimonio, solo resultará exigible la firmeza de la resolución); 4) la no contrariedad de la disposiciones de la sentencia con el orden público del Estado requerido; 5) la no contrariedad de la resolución con otra dictada en el Estado requerido y que haya adquirido en él autoridad de cosa juzgada (precisamente es éste el motivo por el que las autoridades marroquíes acaban denegando el reconocimiento en Marruecos de cualquier sentencia de divorcio que la esposa pueda obtener en los casos en que ya exista en Marruecos un repudio llevado a cabo por el marido; y ello, aun en el supuesto de que el repudio sea de fecha posterior a la sentencia de divorcio dictada en España), y 6) la inexistencia ante ningún órgano jurisdiccional del Estado requerido, en el momento de plantearse la acción en el Estado de origen, de un proceso pendiente entre las mismas partes y por el mismo objeto.

De todas estas condiciones, sin duda es la relativa a la no contrariedad con el orden público del Estado requerido la que mayores problemas plantea en la práctica en orden al reconocimiento en Marruecos de sentencias españolas de divorcio. Y ello, por la amplitud que se da en Marruecos al concepto de orden público internacional, en el que la opinión mayoritaria incluye todo cuanto afecta a los valores constitucionales y a los principios del Islam, especialmente en materia de estatuto personal. En todo caso, y ante la imposibilidad de acotar el contenido del orden público, será al juez a quien corresponda valorarlo a la hora de decidir si reconoce o no una resolución judicial extranjera, controlando la conformidad al mismo, no solo del fallo, sino de todo el contenido de la decisión extranjera.

En la práctica judicial anterior al nuevo CFM, la contradicción con el orden público marroquí constituía la principal causa de denegación del *exequátur* de las decisiones extranjeras en materia de divorcio, lo cual obedecía a la identificación por parte de muchos jueces entre contrariedad al orden público marroquí y aplicación por el juez extranjero de normas distintas a las del antiguo Código del Estatuto Personal y de las Sucesiones de 1957-1958 (antigua *Mudawana*). Sin embargo, tras las reformas llevadas a cabo en el ámbito del Derecho de familia con el CFM, el recurso al orden público para rechazar el reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio se ha visto considerablemente limitado. En este sentido, hay que señalar que el artículo 128 del CFM declara susceptibles de reconocimiento todas las decisiones extranjeras sobre divorcio “dictadas por un tribunal competente y fundadas en motivos que no sean incompatibles con los previstos por el presente Código”. Y lo que parece quedar claro, a la vista del tenor literal de este precepto, es que la exigencia de compatibilidad que en el mismo se prevé no implica en ningún caso que el juez extranjero tenga que haber aplicado las normas del CFM para decidir la ruptura del vínculo conyugal entre esposos marroquíes, pues ello supondría un control de la ley aplicada por el tribunal de origen de la decisión, y este control, no solo no está previsto por el artículo 128 del CFM, sino que, además, no viene permitido por el CHM. El juez del *exequátur* sólo tendrá que verificar si el divorcio pronunciado en el extranjero, en los casos en que se haya dictado de conformidad con una ley distinta a la marroquí, resulta compatible con alguna de las modalidades de divorcio previstas en el CFM (arts. 78-120). Y éstas son tan amplias (divorcio bajo control judicial; divorcio judicial –*tatliq*–, sea por discordia o por otras causas; divorcio por mutuo consentimiento; divorcio mediante compensación –*kho’l*–) que resulta difícil imaginar un supuesto de divorcio dictado en el extranjero que no encuentre cabida en lo dispuesto en la ley marroquí. En el caso concreto del Derecho español, teniendo presente la nueva regulación que del divorcio se introdujo en el Cc. por la Ley 15/2005, de 8 de julio²⁰⁹, que ya no exige para su concesión ninguna causa, ya se solicite por uno sólo de los cónyuges, por ambos o por uno con el consentimiento del otro (arts. 85 a 89), el único supuesto que podría plantear algún problema para su reconocimiento en Marruecos, por no encontrar correspondencia en Derecho marroquí, sería aquél en el que el divorcio se conceda a petición únicamente de la mujer y sin concurrir causa de ningún tipo.

Por lo que concierne, finalmente, a la presentación de la demanda de *exequátur*, y pese al silencio que en este punto guarda el CHM, hay que señalar que, en los casos en que el interesado resida fuera de Marruecos, aquélla se va a poder llevar a cabo a través de mandatario que el propio interesado haya designado en Marruecos, debiendo dicho mandatario estar provisto de un poder debidamente legalizado y traducido al árabe. No obstante, también se admite la posibilidad de que el interesado dirija una solicitud al Ministerio Fiscal marroquí para que lo represente en el procedimiento de *exequátur*,

209 BOE n.º 163, de 9 de julio de 2005.

solicitud que, junto con los documentos que han de acompañar a la demanda de *exequátur*, se podrá hacer llegar al Ministerio Fiscal a través de la Dirección de Asuntos Civiles del Ministerio de Justicia marroquí o de la Dirección de Asuntos Consulares y Sociales del Ministerio marroquí de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

En el supuesto de que lo que Taíb y su mujer hubieran solicitado y obtenido de las autoridades judiciales españolas fuera una sentencia de separación, ésta en ningún caso podría ser reconocida en Marruecos. Y ello por cuanto la separación es una institución totalmente desconocida tanto en el Derecho marroquí como en el Derecho musulmán en general. De ahí, por tanto, la necesidad de que los abogados españoles, en los litigios de Derecho de familia que afecten a los miembros de la comunidad marroquí residentes en España, tengan en cuenta las particularidades que al respecto presenta el Derecho marroquí, y aun cuando nada impida a éstos últimos solicitar la separación matrimonial en virtud del Derecho español, conforme a lo dispuesto en la normativa conflictual española sobre crisis matrimoniales, aconsejen a sus clientes, sobre todo en los casos en que sigan manteniendo vínculos efectivos con Marruecos, la presentación de una demanda de divorcio, en lugar de una de separación, evitando con ello situaciones claudicantes.

IX. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR PARTE DE EXTRANJEROS NACIDOS EN ESPAÑA O CASADOS CON ESPAÑOLES.

Si bien es cierto que los extranjeros en situación regular en España gozan en nuestro país de un amplio abanico de derechos, la plena equiparación en derechos de un extranjero a un español solo se producirá cuando aquél adquiera la nacionalidad española. Y no cabe duda de que la vía por la que habitualmente llegan los extranjeros a convertirse en españoles es la de la adquisición de la nacionalidad por residencia, prevista en los arts. 21 y 22 del Cc., vía de adquisición de la nacionalidad española de carácter derivativo, que requiere, además de la concurrencia de los requisitos previstos en los mencionados preceptos, un acto de voluntad del interesado, precisándose igualmente la tramitación de un expediente.

Como norma general, los extranjeros han residir en España durante 10 años para poder adquirir la nacionalidad española por residencia, residencia que en todo caso deberá ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud. No obstante, en determinadas circunstancias, van a poder aquéllos beneficiarse de plazos abreviados de residencia (5, 2 ó 1 año, dependiendo de las circunstancias). Precisamente es este el caso de los extranjeros nacidos en territorio español (supuesto de Fátima en la película), así como de los extranjeros casados durante 1 año con español o española (circunstancia en la que puede que se encontrara Taíb en la película antes de la separación o divorcio de su mujer), a quienes tan solo se les exige la residencia legal en España durante 1 año para poder adquirir la nacionalidad española.

Como ya se viera, el extranjero nacido en territorio español, hijo de extranjero con residencia legal en España, tiene también residencia legal en nuestro país, correspondiendo en todo caso al progenitor solicitar personalmente la autorización de residencia para su hijo desde que tenga lugar el nacimiento o desde que alguno de los progenitores acceda a la situación de residencia legal, si es que, al tiempo del nacimiento, ninguno de ellos la tuviera (art. 185 RLOE). De ahí que, transcurrido 1 año desde la obtención por el hijo de la correspondiente autorización de residencia, pueda el progenitor solicitar para el mismo la adquisición de la nacionalidad española por residencia en base de lo dispuesto en el art. 22.2 a) del Cc., acreditando para ello, además de su nacimiento en España (para lo cual aportará certificado de nacimiento expedido por el Registro Civil español), su residencia legal en nuestro país durante el año inmediatamente anterior a la solicitud (extremo que probará con la tarjeta de identidad de extranjero del menor, de haber estado sujeto al régimen general de extranjería, o con el certificado del Registro Central de Extranjeros o la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, de haber estado sometido al régimen comunitario).

Por lo que respecta a la adquisición de la nacionalidad española por matrimonio con español o española, a la que alude el Cc. en su art. 22.2 d), hay que señalar que ésta solo será posible en la medida en que concurren, al tiempo de la solicitud, los siguientes requisitos: 1) que el extranjero esté casado con español o española y que el matrimonio en cuestión, de haberse celebrado fuera de nuestro país, sea válido en España; 2) que el matrimonio haya durado 1 año; 3) que no haya separación legal o de hecho, debiendo existir, por tanto, convivencia conyugal, y 4) que el extranjero lleve viviendo legalmente en España al menos 1 año.

Concretamente, el matrimonio con español o española, así como su duración mínima de 1 año, se acreditarán mediante certificado de matrimonio expedido por el Registro Civil español (ello será así incluso en el supuesto de que el matrimonio se haya celebrado en el extranjero, pues no se considera suficiente la presentación de un certificado haciendo constar que aquél se halla inscrito en un Registro Civil extranjero). Además, se requerirá la presentación de certificado literal de nacimiento del cónyuge español, para una mayor garantía de que no ha habido divorcio. Por su parte, para probar que la convivencia conyugal no ha cesado, suele considerarse suficiente el certificado de empadronamiento conjunto, si bien es cierto que este último no tiene un valor absoluto, y, por tanto, puede ser desvirtuado por otros medios de prueba. Finalmente, la acreditación de la residencia legal en España durante 1 año se llevará a cabo mediante la correspondiente tarjeta de identidad de extranjero, certificado del Registro Central de Extranjeros o tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE, dependiendo del régimen de extranjería al que, durante ese período de tiempo, haya estado sometido.

La cuestión, en todo caso, está en saber si el hecho de que los cónyuges se separen o se divorcien durante la tramitación del expediente de adquisición de la nacionalidad española puede o no tener algún tipo de influencia en la resolución final. En principio,

cualquier cambio de circunstancias que se produzca con posterioridad a la presentación de la solicitud no tiene por qué influir. Sin embargo, no es posible desconocer la existencia de algunos supuestos en los que se ha denegado a un extranjero la nacionalidad española por haber recaído sentencia de divorcio durante la tramitación del expediente²¹⁰.

La solicitud, en ambos supuestos, necesariamente se habrá de formular a través del modelo normalizado de solicitud aprobado por Resolución de 7 de mayo de 2007 de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia²¹¹, debiéndose acompañar aquella de la documentación adicional que en el propio modelo de solicitud se indica. De estos documentos, los extranjeros, deberán estar legalizados o apostillados (a menos que tal requisito quede dispensado por resultar de aplicación algún instrumento internacional que así lo prevea), y, de hallarse redactados en un idioma distinto del español, venir acompañados de una traducción oficial (aun cuando no hay que olvidar la posibilidad que tiene el Encargado del Registro Civil de eximir de tal exigencia en el supuesto de que conozca el idioma). Además, es preciso destacar que, entre los documentos españoles requeridos, hay dos cuya presentación puede el solicitante evitar. Se trata, concretamente, del certificado de empadronamiento, y, en el caso de los mayores de edad, del certificado de antecedentes penales²¹². Y ello por cuanto la Resolución de 7 de mayo de 2007 ofrece al solicitante la posibilidad de dar su consentimiento en el impreso de solicitud para que la Administración compruebe sus datos de empadronamiento a través del Sistema de Verificación Oficial²¹³, quedando de este modo exento de tener que aportar el certificado de empadronamiento, así como de consentir que la DGRN acceda a los datos que consten en el Registro Central de Penados y Rebeldes a su nombre, con lo que se evitará tener que presentar el certificado de antecedentes penales²¹⁴.

Para la presentación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia, aun cuando venga permitida su intervención (art. 348 RRC), no se requiere la asistencia de abogado ni de procurador, pudiendo, por tanto, aquélla llevarla a cabo: 1) el propio interesado, de estar emancipado o ser mayor de 18 años; 2) el interesado, aunque asistido por su representante legal, de ser mayor de 14 años; 3) el representante legal del interesado, de ser éste menor de 14 años, ó 4) en el caso de un incapacitado, el interesado por sí solo o asistido por su representante legal, dependiendo de lo

210 *Vid.*, p.e., las Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 27 de junio y 2 de julio de 2002 (JUR 2003/58447 y JUR 2003/58454).

211 *BOE* nº 177, de 25 de julio de 2007. El referido modelo se encuentra asimismo disponible en la página web del Ministerio de Justicia (www.mjusticia.es).

212 A los mayores de edad, efectivamente, se les exige la presentación tanto del certificado de antecedentes penales español como del certificado de antecedentes penales de su país de origen, si bien éste último es susceptible de ser sustituido por un certificado de conducta expedido por el Consulado de su país.

213 Real Decreto 523/2006, de 28 de abril (*BOE* nº 110, de 9 de mayo de 2006).

214 *Vid.* la Instrucción de la DGRN de 26 de julio de 2007 sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia (*BOE* nº 189, de 8 de agosto de 2007).

que señale la sentencia de incapacitación. Además, hay que tener en cuenta que la intervención del representante legal en la formulación de la solicitud solo será factible de haber obtenido aquél previamente autorización del Juez Encargado del Registro Civil de su domicilio, previo dictamen del Ministerio Fiscal, y en atención al interés del menor o incapaz.

El órgano competente para la tramitación inicial del expediente es el Juez Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio del solicitante, quien, posteriormente, ha de elevar las actuaciones a la DGRN (incluida una propuesta, favorable o desfavorable, a la concesión de la nacionalidad, en la que el Juez se limita a enjuiciar los requisitos de fondo y forma y a destacar los hechos probados o notorios que puedan en su momento ilustrar la decisión), correspondiendo en todo caso la resolución, en forma de auto, y a propuesta de la DGRN, al Ministerio de Justicia (arts. 63 LRC y 367 RRC). Este último, no obstante, tiene reconocida la posibilidad de delegar en la DGRN, siendo esto, de hecho, lo que sucede en la práctica (Orden del Ministerio de Justicia de 17 de mayo de 1991). La resolución, una vez dictada, es notificada al solicitante, llevándose a cabo tal notificación a través del Juez Encargado del Registro Civil competente para la instrucción del expediente (art. 368 RRC).

El plazo para la resolución de las solicitudes de adquisición de nacionalidad española es de 1 año a contar desde el momento en que el expediente entra en el órgano competente para resolver. Y transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución expresa, cabe entender la solicitud denegada por silencio administrativo negativo, conforme a lo dispuesto en la D.A. 1ª de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad²¹⁵.

Las resoluciones del Juez Encargado del Registro Civil inadmitiendo el escrito inicial o poniendo término al expediente podrán ser objeto de recurso ante la DGRN en el plazo de 15 días hábiles desde su notificación (art. 355 RRC). Por su parte, las resoluciones por las que se deniegue la concesión de la nacionalidad española, al agotar la vía administrativa, podrán ser objeto de recurso, en vía jurisdiccional, ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, recurso que se habrá de interponer en el plazo de 2 meses a contar desde el día siguiente de la notificación de la correspondiente resolución (art. 22.5 Cc.).

Asimismo, hay que tener presente que la resolución favorable a la concesión de la nacionalidad española no atribuye por sí misma la nacionalidad, sino tan solo el derecho a ser español, por lo que el solicitante, una vez recibida la resolución en cuestión, deberá comparecer ante el Juez Encargado del Registro Civil del domicilio en el plazo improrrogable de 180 días para cumplir los requisitos establecidos en el art. 23 del Cc., y que son: 1) en caso de ser mayor de 14 años y tener capacidad para prestar una declaración por sí, formular juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a

215 *BOE* n° 242, de 9 de octubre de 2002.

la CE y a las leyes, así como renunciar a la nacionalidad anterior²¹⁶, y 2) proceder a la inscripción de la nacionalidad en el Registro Civil español (aun cuando también podrá ser inscrita en el Registro Civil Central –art. 16.4 LRC–), inscripción que se habrá de efectuar al margen de la inscripción de nacimiento.

Para terminar, es preciso señalar que los extranjeros nacidos en territorio español, en aquellos casos en que cualquiera de sus progenitores, originariamente extranjeros, hayan adquirido la nacionalidad española, van a poder adquirir también la nacionalidad española por una vía diferente a la que se acaba de exponer, como es la opción. Y ello sobre la base del art. 20.1 a) del Cc., que reconoce el derecho de optar a la nacionalidad española a “las personas que estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español”. La opción, en primer lugar, no requiere un período de residencia legal previa en España. Además, a diferencia de la adquisición de la nacionalidad española por residencia, no precisa la tramitación de un expediente. Quienes gozan de un derecho de opción solo tienen que hacer una declaración ante el Juez Encargado del Registro Civil de su domicilio, declaración que, en función de la edad y de la capacidad del optante, podrá formular, bien el representante legal del optante –quien a tal efecto deberá haber sido previamente autorizado por el Encargado del Registro Civil de su domicilio, previo dictamen del Ministerio Fiscal– (menores de 14 años o incapacitados), el propio interesado, pero asistido por su representante legal (mayores de 14 años o incapacitados a quienes le venga permitido en su sentencia de incapacitación), o el interesado por sí solo (mayores de 18 años o menores emancipados) (art. 20.2 Cc.). El derecho de opción, en todo caso, caducará al cumplir los 20 años de edad. Y, una vez caducado, al extranjero nacido en territorio español que no haya ejercitado su facultad de optar, no le quedará más alternativa, si desea adquirir la nacionalidad española, que hacerlo por la vía de la residencia de 1 año prevista en el art. 22.2 a) del Cc.

216 Ciertamente es que, en ocasiones, esta renuncia no surte ningún efecto en el Estado de origen del solicitante, pues hay países, como es el caso precisamente de Marruecos, cuya legislación no admite la posibilidad de que sus súbditos pierdan su nacionalidad por renuncia a la misma. Pero el extranjero que haya adquirido la nacionalidad española debe tener muy presente que, una vez que haya renunciado ante la autoridad española a su nacionalidad anterior, no puede volver a hacer uso de la misma, al menos en España, ya que tal uso, a la luz del Cc., puede ser causa de pérdida de la nacionalidad española (art. 25.1 a).