

# AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

---

NÚMERO 6

---

ENERO-ABRIL 2001

---

PERIODICIDAD CUATRIMESTRAL

---





**C**omo prometimos en el n.º 4 de AEQUALITAS del año 2000, este nuevo número se centra en algunos de los desafíos que plantea el hecho de que en España caminemos hacia una sociedad más intercultural.

Desde la editorial de la revista queremos dejar constancia de nuestra actitud positiva y abierta a la inmigración, y deseamos manifestar la necesidad de legislar en favor del respeto de las mujeres y hombres inmigrantes. Pensamos que la diversidad cultural enriquece la convivencia social.

No compartimos muchas de las restricciones que ha supuesto la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y las extranjeras en España y su integración, que ha entrado en vigor el 23 de enero del año 2001. Por otra parte, pensamos que desde los medios de comunicación se está dando una imagen distorsionada y negativa del fenómeno de la inmigración en nuestro país. Pero todo ello excede del planteamiento puntual, es decir jurídico y desde la perspectiva de género, que corresponde a esta revista.

Presentamos en algunos artículos el contenido de "la tan temida" reforma de la denominada vulgarmente "ley de extranjería". Ofrecemos una primera aproximación general en la que se expone las principales novedades de la Ley Orgánica 8/2000 en relación con la Ley Orgánica 4/2000. Pasamos después a analizar algunos puntos concretos que inciden de un modo diverso en los dos sexos, adoptando ya una perspectiva de género; así por ejemplo se verá explícitamente el contenido laboral de la misma y la figura de la reagrupación familiar.

Desde el derecho internacional privado ofrecemos estudios novedosos sobre los matrimonios mixtos, sugiriendo soluciones jurídicas para la protección de la mujer, en caso de que surjan conflictos entre diferentes estatutos personales. Se hace también una aportación original sobre la situación de la mujer en el derecho de familia islámico, que facilita la comprensión de la situación jurídica de mujeres procedentes del mundo musulmán o españolas casadas con musulmanes. Muchos de los países europeos, Francia, Bélgica, Alemania, Suiza, poseen una larga tradición jurídica en la resolución y adaptación de derechos extranjeros en cuestiones de familia; experiencia, que sin embargo, es escasa en el caso del derecho español.

Queremos llamar la atención sobre estas nuevas realidades que precisan soluciones jurídicas equitativas, y que complementen la perspectiva sociológica, antropológica, psicológica y humanitaria.

El próximo número estará dedicado a otras cuestiones jurídicas relacionadas con la mujer de ámbito rural, y a la aplicación del derecho civil aragonés en cuestiones sucesorias, de viudedad, de propiedad de la tierra, etc., analizadas desde una perspectiva diferencial. Esperamos con ilusión vuestras aportaciones.

**María Elósegui Itxaso**

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza.  
Directora de la Revista AEQUALITAS

**L**as mujeres inmigrantes sufren una doble discriminación: por ser mujer y por ser inmigrante.

El objetivo 7.3 del II Plan de Acción Positiva para las Mujeres en Aragón en el área de Servicios Sociales contempla organizar reuniones de trabajo entre profesionales, colectivos de inmigrantes y asociaciones de mujeres para avanzar en el conocimiento de la realidad de la inmigración en Aragón, a la vez que se facilite su incorporación socio-laboral.

Este objetivo se centra en el conocimiento y atención de la problemática de los grupos de mujeres en situaciones diversas de vulnerabilidad social; entre ellas se encuentran: minorías étnicas, inmigrantes, presas, mujeres mayores y otras.

Las mujeres inmigrantes suelen asentarse de una forma más duradera que los hombres, por tanto participan de las mismas circunstancias que el resto de mujeres, si cabe agravadas por especiales circunstancias de riesgo. Aún cuando la mayoría de inmigrantes son hombres, hoy son muchas las mujeres que, procedentes de diversos países, han llegado a España. Sabemos que en ocasiones son atrapadas por redes y obligadas a ejercer la prostitución.

Es necesario reflexionar sobre la situación actual de las mujeres inmigrantes en los distintos ámbitos y profundizar en la inmigración desde la perspectiva de género.

Las mujeres inmigrantes constituyen un segmento casi invisible dentro de la inmigración y también dentro de los análisis de la situación de las mujeres en nuestro país. No existen datos oficiales desagregados por sexo, salvo los relacionados con permisos de trabajo, en donde sólo se indica su procedencia y datos de empadronamiento en algunos municipios. Además sufren segregación laboral desarrollando tareas o trabajos que no se corresponden con su cualificación profesional obtenida en sus países de origen.

Se desconoce por tanto con exactitud la cifra exacta de mujeres inmigrantes en Aragón, pero se "sabe" de la importancia de la economía sumergida, para las mujeres y de la necesidad de formación y sobre todo de promoción e inserción en la vida social.

Ante la recientemente aprobada Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que modifica la Ley anterior de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, las Cortes de Aragón aprobaron una proposición no de Ley instando a la interposición de un recurso de inconstitucionalidad. Analizada la normativa y ante el informe de la Comisión Jurídica Asesora, el Gobierno de Aragón ha decidido interponer recurso de inconstitucionalidad por vulnerar los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga y limitar el derecho de justicia gratuita, información que detallamos en la sección de Derecho de Autonomías de este mismo número.

**Ana de Salas Giménez de Azcárate**

Directora General del Instituto Aragonés de la Mujer. Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales. Gobierno de Aragón.  
Subdirectora de la Revista AEQUALITAS

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### DIRECTORA

#### MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

Profesora Titular de Filosofía del Derecho.  
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

### SUBDIRECTORA

#### ANA DE SALAS GIMÉNEZ DE AZCÁRATE

Directora General del Instituto Aragonés de la Mujer.  
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.  
Gobierno de Aragón.

### SECRETARIA DE REDACCIÓN

#### ANA TRICIO GALÁN

Secretaria General del Instituto Aragonés de la Mujer.  
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.  
Gobierno de Aragón.

### SECRETARIA TÉCNICA

#### MERCEDES DE ECHAVE SANZ

Responsable del Centro de Documentación  
y Publicaciones del Instituto Aragonés de la Mujer.  
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.  
Gobierno de Aragón.

### VOCALES

#### JUAN RIVERO LAMAS

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

#### GABRIEL GARCÍA CANTERO

Catedrático de Derecho Civil.  
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

#### ALTAMIRA GONZALO VALGAÑÓN

Abogada.  
Miembro del Consejo Rector del Instituto Aragonés de la Mujer.

#### MERCEDES BAYO

Abogada. Coordinadora en Zaragoza del Servicio Jurídico  
de Atención a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.  
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.  
Gobierno de Aragón.

#### MARÍA JOSÉ BALDA MEDARDE

Abogada. Coordinadora en Huesca del Servicio Jurídico  
de Atención a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.  
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.  
Gobierno de Aragón.

#### M.<sup>a</sup> ÁNGELES SANZ SÁEZ

Abogada. Coordinadora en Teruel del Servicio Jurídico  
de Atención a la Mujer del Instituto Aragonés de la Mujer.  
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.  
Gobierno de Aragón.

### EDITA:

- Instituto Aragonés de la Mujer.  
Departamento de Presidencia y  
Relaciones Institucionales.  
Gobierno de Aragón.

Paseo María Agustín, 38. 50004 Zaragoza  
Tel. 976 445 211  
E-mail: iam@aragob.es

- Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.  
Plaza San Francisco, s/n. 50009 Zaragoza  
Tel. 976 761 000  
E-mail: elosegui@posta.unizar.es

DESEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN: Los Sitios talleres gráficos.

DEPÓSITO LEGAL: Z-1508-99

ISSN: 1575-3379

## CONSEJO ASESOR

#### JOSÉ ÁNGEL BIEL RIVERA

Vicepresidente y Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales del Gobierno de Aragón.  
Presidente del Consejo Rector del Instituto Aragonés de la Mujer.

#### FERNANDO GARCÍA VICENTE

Justicia de Aragón.

#### BENJAMÍN BLASCO SEGURA

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

#### ALFONSO ARROYO DE LAS HERAS

Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

#### VEGA ESTELLA IZQUIERDO

Letrada. Directora de Gestión y Documentación Parlamentaria. Cortes de Aragón.

#### MARÍA PILAR DÁVILA

Directora del Instituto de la Mujer. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

#### CONCEPCIÓN DANCAUSA

Secretaría General de Asuntos Sociales. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

#### RAFAEL SANTACRUZ BLASCO

Director General de Servicios Jurídicos.  
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales. Gobierno de Aragón.

#### CARLOS CARNICER DÍEZ

Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

#### ANTONIO COARASA GASÓS

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Huesca.

#### JOSÉ VICENTE MONTÓN ZURIAGA

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel.

#### MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Consejero de Estado. Ex-presidente del Tribunal Constitucional.

#### DOLORES DE LA FUENTE VÁZQUEZ

Directora General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

#### ELISA SIERRA

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho.  
Universidad Pública de Navarra.

#### CARMEN ORTIZ LALLANA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho.  
Universidad de La Rioja. Magistrada Suplente del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.

#### MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

#### ROBERT ALEXY

Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. Christian-Albrechts Universität. Kiel.

#### ALFONSO RUIZ MIGUEL

Catedrático de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid.

#### DOLORES SERRAT MORÉ

Decana Facultad de Medicina. Profesora Titular de Medicina Legal. Universidad de Zaragoza.  
Médica Forense. Psiquiatra.

#### TERESA PÉREZ DEL RÍO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Facultad de Derecho. Universidad de Cádiz.

#### FERNANDO REY MARTÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid.

#### PALOMA DURÁN Y LALAGUNA

Directora Gabinete Secretaría General de Asuntos Sociales. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

#### AMPARO BALLESTER PASTOR

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Facultad de Derecho. Universidad de Valencia. Magistrada Suplente del Tribunal de lo Social.

#### MARÍA ÁNGELES BARRERE UNZUETA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad País Vasco-Donostia.

#### BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Facultad de Ciencias Políticas. Universidad Complutense.

#### MARÍA PILAR DE LUIS CARNICER

Profesora Titular de Organización de Empresa. Centro Politécnico Superior. Universidad de Zaragoza.

#### LUIS NAVARRO ELOLA

Profesor Titular de Organización de Empresa. Centro Politécnico Superior. Universidad de Zaragoza.

#### CARMEN SÁEZ LARA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho.  
Universidad Carlos III de Madrid. Letrada del Tribunal Constitucional.

#### ASUNCIÓN VENTURA

Profesora Titular de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Jaume I de Castellón.

#### CRISTINA SAN ROMÁN GIL

Técnica Jurídica. Gobierno de Aragón.

#### ROGELIO ALTISENT

Médico de Familia. Centro de Salud Actur. Profesor Asociado de Medicina de Familia.  
Facultad de Medicina. Universidad de Zaragoza.

#### AURORA LÁZARO

Médica Pediatra. Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa.  
Profesora Asociada de Pediatría. Facultad de Medicina. Universidad de Zaragoza.

#### MARÍA JOSÉ COLL TELLECHEA

Especialista en Psicología Jurídica.

#### JOSÉ MARÍA CIVEIRA

Médico Psiquiatra. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

#### ANA CARMEN MARCUELLO

Médica Ginecóloga. Hospital Universitario Miguel Servet. Zaragoza.

# AEQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Editorial

## ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

**1**

AEQUALITAS aceptará para su publicación todos aquellos artículos que sean inéditos y versen sobre el tema central de la revista.

El Consejo de Redacción atenderá cualquier sugerencia o consulta previa, para evitar reiteraciones en las posibles colaboraciones (Tel. 976 761 433. Departamento de Derecho Público).

**2**

Los originales serán remitidos a la directora de la revista:

Profesora María Elósegui  
Facultad de Derecho  
Universidad de Zaragoza.  
50006 Zaragoza (España).

Los trabajos no excederán de diez hojas DIN A4, de 30 líneas de texto.

Se enviarán en soporte de papel y en diskette de ordenador de 3,5" (PC o Macintosh), trabajados en WORD o similar, o bien por e-mail (elosegui@posta.unizar.es), indicando a qué sección de la revista van destinados, teniendo en cuenta que las citas se incluirán a pie de página, según el siguiente modelo:

AUTOR o AUTORA del LIBRO, N. *Título*, lugar de edición, editorial, año, página. AUTOR o AUTORA. REVISTA, N. "Título del artículo de la revista", *Revista*, n.º, vol. (año), pp. 1-31.

**3**

Se indicará el autor, lugar de trabajo, dirección, teléfonos y, en su caso, el e-mail.

No se devolverán los originales y no se mantendrá correspondencia sobre las colaboraciones que no se hayan encargado, sin que ello sea obstáculo para que se envíen artículos por libre iniciativa.

**4**

La selección se hará según criterios científicos, solicitando la lectura de los artículos a dos de los miembros del Consejo de Redacción. También y en su caso se solicitará la lectura a miembros del Consejo Asesor u otras personas especialistas cuando se estime oportuno y, en consecuencia, podrán ser aceptados para su publicación.

**5**

AEQUALITAS no se hace responsable de las opiniones de las autoras y autores de los artículos publicados, ni de posibles variaciones en las programaciones anunciadas.

# La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado Español

Colaboración realizada en el marco del Proyecto de investigación P 265/72 titulado "Derecho islámico, familia y conflicto de civilizaciones"

MARÍA DEL PILAR DIAGO DIAGO

Área de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de Zaragoza

1

MERCIER, P., *Conflicts de civilisations et droit international privé: polygamie et répudiation*, Genève 1972. DÉPREZ, J., "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspect méthodologiques" en *Recueil des Cours*, 1988, t. 211, pp. 19-338.

2

Serán estas situaciones las que den lugar a los conflictos denominados por BORRAS "Conflictos ocultos". BORRAS, A., "Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel" *Recueil des Cours*, T. 249, (1994-V), pp. 149-364 en especial p. 225 y ss. y "La sociedad europea multicultural. La integración del mundo árabe" VV.AA. *El islam jurídico y Europa*, Barcelona, 1998, pp. 163-198.

3

De hecho, las migraciones dan una nueva vitalidad al Derecho Internacional privado que vislumbra nuevos horizontes LÁZARO GONZÁLEZ, I., "Inmigración y Derecho Internacional Privado español. Apuntes para un estudio" VV.AA. *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, pp. 97-139.

4

ASÍN CABRERA, A., "La mujer y el Derecho islámico: problemas culturales de identidad e integración" en VV.AA. *La construcción cultural de los femenino*, La Laguna, 1998, pp. 127 y ss. VV.AA. *Derechos humanos del migrante, de la mujer en el Islam, de injerencia internacional y complejidad del sujeto*, Barcelona, 1999. FAHMY, M., *La condition de la femme dans l'Islam*, París, 1990.

5

V. legislaciones en Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa, *Dossier Mondo islamico* 4.

6

Para un acercamiento a las instituciones del Derecho islámico v. en general LINANT DE BELLEFONDS, Y., *Traité de droit musulman comparé*, París, 1965. ALAMI, D.S., El y HINCHCLIFFE, D., *Islamic Marriage and divorce Laws of the Arab world*, *Kluwer Law International*, 1996, y PEARL, D., y MENSKI, W., *Muslim family Law*, London, 1998.

7

GHASSAN, A., *Marriage, polygamie et répudiation in islam (justifications des auteurs arabomusulmans contemporains)*, París, 1998.

8

Así "el respeto a la identidad cultural y la garantía de la convivencia intercultural se convierten, hoy, en objetivos fundamentales", FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional privado*, Madrid, 1999, p. 36. V. sobre este tema en general JAYME, E., "Società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato" en *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, 1993, pp. 295-304 y "identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne" *Recueil des Cours* 1995, p. 9 y ss. SÁNCHEZ LORENZO, S., "Postmodernismo y Derecho Internacional Privado" en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994, p. 557 y ss. y "Postmodernismo e integración en el Derecho Internacional privado de fin de siglo" en VV.AA. *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, 1997, DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho Internacional privado" en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1998. DIAGO DIAGO, M.ª P., "Respeto a la identidad cultural, derecho a la vida privada y familiar". Una aproximación de Derecho Internacional privado, en Inmigración y Derechos. *Segundas Jornadas Internacionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales*, celebradas el 9 y 10 de noviembre de 2000 en Zaragoza.



## 1. INTRODUCCIÓN

Las sociedades democráticas occidentales se asientan sobre valores fundamentales, aceptados unánimemente, y que constituyen estándares inspiradores de las diferentes normativas referentes a los derechos humanos y sus correspondientes secuelas: igualdad de sexos, libre manifestación del consentimiento, interés superior del y de la menor... Sin embargo, tales valores no son admitidos en otros ámbitos culturales. Esto es lo que ocurre precisamente respecto del mundo islámico. La configuración de la sociedad musulmana se apoya en algunos principios inaceptables desde una perspectiva occidental actual: la institución patriarcal del mundo árabe y la clara desigualdad de sexos no son más que dos ejemplos de ello.

Desde estas premisas cabe comprender que el Derecho en cuanto producto cultural de un pueblo, sea otro de los marcos en los que estas diferencias se revelan con más fuerza. Ahora bien, esto no tendría muchas más repercusiones que la sola constatación de la diferencia que a nivel de Derecho Comparado se produce entre distintos ordenamientos jurídicos, si no fuera por la realidad sociológica actual, que pone en contacto civilizaciones distintas. En efecto, es ya habitual hablar de la generación de sociedades multiculturales que se caracterizan por la convivencia de personas procedentes de culturas diferentes y cuyo motor de arranque fundamental es la inmigración. En este contexto es normal que surjan relaciones privadas internacionales, que son detonantes no sólo del conflicto de civilizaciones<sup>[1]</sup> sino también, de conflictos normativos especialmente intensos en el Derecho de familia.

Así la llegada de inmigrantes de países islámicos frecuentemente acompañados de sus familias y muchas veces sin espíritu de retorno, hacen que cada vez sea más habitual el que los Tribunales tengan que enfrentarse a instituciones desconocidas por sus ordenamientos, así como el que tengan que dirimir cuestiones en las que aparezcan implicados sus propios nacionales<sup>[2]</sup>; lo que ocurre significativamente en el caso de matrimonios mixtos entre cónyuges de diferentes nacionalidades y/o dispares, de diferentes confesiones religiosas. Aquellos deberán de tomar en consideración orde-

namientos extranjeros que chocarán muchas veces con nuestros propios valores, o que remitirán a figuras que exigirán de adaptación a nuestro sistema. Piénsese en la aplicación de la ley nacional islámica al matrimonio polígamo para su disolución a través del repudio, o la aplicación de la ley nacional del causante que deja fuera de la sucesión al hijo ilegítimo o la aplicación a la capacidad para contraer matrimonio de la ley nacional islámica que prohíbe el matrimonio de musulmana con no musulmán.

Es fácil prever que en la medida en que el fenómeno de la inmigración parece imparable y la sociedad multicultural encuentra mayor asiento en nuestro país, la producción de esta problemática se agravará<sup>[3]</sup>, exigiendo respuestas en cuya búsqueda deben implicarse todas y todos los operadores jurídicos.

## 2. EL DERECHO ISLÁMICO Y SU PECULIAR CONCEPCIÓN DE LA FAMILIA

En el ámbito del Derecho de familia, las divergencias que el Derecho islámico presenta respecto del occidental, bien pueden calificarse de abismales. La estructura patriarcal que caracteriza a estas sociedades, lleva a que la autoridad máxima de la familia recaiga en el padre y o marido, lo cual resulta coherente con la preeminencia del hombre sobre la mujer que es establecida en el mismo Corán 4: 34 *Los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Dios ha dado a unos más que a otros y de los bienes que gastan* (en el mismo sentido 2:228). No debe olvidarse al respecto, que el Derecho islámico proviene de fuente divina y la norma suprema es el Corán y la Charia y que aquella preferencia, resultará ser el eje sobre el que giran instituciones jurídicas islámicas.

La desigualdad entre el hombre y la mujer es una constante del Derecho familiar islámico<sup>[4]</sup>, y el mismo Derecho matrimonial viene a incumplir reiteradamente, como a continuación se verá *grosso modo*, el artículo 16 del Convenio relativo a la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979 (BOE de 21 de marzo de 1984) que establece que los Estados asegurarán *en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución*.

Tal discriminación aparece ya, en la misma aptitud para contraer matrimonio. Entre los diferentes impedimentos para la celebración de aquél, está la prohibición para la mujer musulmana de contraer matrimonio con un no musulmán. Asimismo el matrimonio con varias mujeres a la vez, es aceptado por las normas islámicas, si bien las legislaciones limitan el número de mujeres a cuatro y Túnez prohíbe la poligamia<sup>[5]</sup>. Estas normativas (a excepción de Túnez) también conocen formas de disolución del matrimonio totalmente desconocidas para nuestro sistema y ciertamente discriminatorias para la mujer. Se trata del repudio que no es sino la disolución extrajudicial del matrimonio, que puede ser pronunciado por el marido a su arbitrio y del *rachat* que permite a la mujer negociar con su marido la disolución del matrimonio, a cambio del pago de una compensación<sup>[6]</sup>.

El Derecho sucesorio islámico presenta igualmente, discriminaciones no sólo por razón de sexo, sino también por causa de religión e incluso por causa del origen legítimo o ilegítimo de los hijos e hijas. Así el marido hereda de su mujer fallecida el doble de lo que ella heredaría de su marido en caso de fallecer, mientras que un musulmán no puede heredar de un no musulmán y al revés, o una hija o hijo ilegítimo no hereda de su padre biológico.

Todas estas instituciones que nos resultan sorprendentes aquí, son objeto de una exhaustiva regulación por el Derecho islámico y desde éste, todas ellas son debidamente justificadas, unas veces por causa de la religión y otras veces por su propia estructura social que consagra la preeminencia del marido en el seno de la familia y por ende su autoridad sobre la mujer y sus hijas e hijos<sup>[7]</sup>. A través de ellas se teje un estilo de vida diametralmente opuesto al nuestro, pero cuyo respeto es exigido como manifestación de la identidad cultural del pueblo islámico que como es sabido, estará formado por todas las personas musulmanas del mundo, sea cual sea el lugar donde se encuentren.

La convivencia pacífica en una sociedad multicultural exige que no haya culturas dominantes y que todas estén en un plano de igualdad, lo que inexorablemente implica el respeto a la identidad cultural de las minorías<sup>[8]</sup>. Este es precisamente uno de los objetivos del Derecho Internacional



privado actual que ya no excluye el Derecho extranjero en cuanto que es diferente al nuestro, sino que trata de buscar soluciones materialmente justas. Así pues, vienen aceptándose efectos jurídicos a situaciones que en principio chocan con nuestros valores fundamentales, a condición de garantizar una solución justa al caso concreto. Un ejemplo de ello es la equiparación del repudio aceptado por la mujer a un divorcio por consentimiento mutuo o en caso de matrimonio polígamo, reparto de la pensión de viudedad entre las diferentes esposas<sup>9</sup>.

No obstante, el respeto a este peculiar estilo de vida y el Derecho a la identidad cultural que aparece proclamado en el artículo 8 del Convenio europeo de salvaguardia de los derechos del hombre (respeto a la vida privada y familiar)<sup>10</sup>, produce una fuerte tensión con el derecho a la igualdad que como se ha visto, es frecuentemente conculcado por las diferentes instituciones de Derecho islámico<sup>11</sup>. Es por ello por lo que debe establecerse límites a la tolerancia que implica el respeto a la identidad cultural y que no debe sobrepasar la frontera de los derechos fundamentales.

### 3. CONSECUENCIAS DE LA CELEBRACIÓN DE MATRIMONIOS MIXTOS

La sociedad multicultural es el marco en el que se desarrolla la convivencia entre personas procedentes de culturas diferentes. Es lógico que de esa convivencia surjan relaciones privadas que reclamarán la atención del Derecho Internacional privado. Esto es lo que ocurre muy significativamente, con los matrimonios entre cónyuge español y nacional islámico/a, cuyo número se ha visto incrementado en los últimos años. Debe tenerse en cuenta que el ser el país europeo más cercano a África, condiciona el origen de las migraciones. Así en nuestro país residen legalmente 150.000 marroquíes, 7.050 argelinos y argelinas y 6.680 senegaleses y senegalesas aparte de las y los inmigrantes procedentes de países iberoamericanos y de otras partes del planeta: 20.698 chinos y chinas o 13.540 filipinos y filipinas por ejemplo<sup>12</sup>.

Sin embargo, el número de población inmigrante total es sensiblemente inferior al de otros países de Europa donde los porcentajes llegan al 9% de Bélgica o al 8'9% de

Alemania y donde la población inmigrante activa llega al 24% como ocurre en Suiza. Estos países han recibido con anterioridad y más intensidad los flujos migratorios y en ellos, hace tiempo que se han planteado y continúan planteándose los conflictos que genera la sociedad multicultural emergente. Precisamente, el ámbito familiar es el mayor protagonista de aquéllos y dentro de él, cobra especial relevancia las relaciones matrimoniales mixtas. Es por ello por lo que conviene acercarnos a esta problemática, que ya empieza a plantearse en España en la medida en que aumenta este tipo de uniones matrimoniales.

Cuando los esposos contraen matrimonio, surge entre ellos una comunidad de vida. Esta da lugar a relaciones personales y patrimoniales que si no existe ningún elemento de extranjería ni externo, pasarán a regirse por la ley nacional de ambos. Se trata por tanto de una situación interna que carece de interés para el Derecho Internacional Privado. Ahora bien, bastará que uno de los cónyuges tenga una nacionalidad extranjera para que esta situación reclame la atención de esta disciplina. En el caso en que la nacionalidad de uno de ellos sea la correspondiente a un país islámico, se producirá un choque de ordenamientos jurídicos cuya incompatibilidad manifiesta, puede dar lugar a muchos problemas en caso de litigio.

Pensemos en el matrimonio entre nacional marroquí y española que deciden, por motivos de trabajo, establecer su residencia en Marruecos. En este caso los efectos del matrimonio se regirán por la ley que determine el 9.2 del Código Civil (en adelante CC), sin perjuicio de que los cónyuges decidan celebrar capitulaciones que regulen sus relaciones patrimoniales al amparo de una de las leyes señaladas en el 9.3 del mismo cuerpo legal. En el caso en que no hagan ningún pacto ni ningún tipo de elección de ley aplicable, verán sometidos los efectos de su matrimonio a la ley de la residencia habitual inmediatamente posterior a la celebración, esto es, la marroquí. La posible separación o divorcio se regirá también por esta ley según lo establecido en el artículo 107 CC. ¿Querrá esto decir que el régimen económico matrimonial será el establecido en el Derecho islámico y que éste regirá también las relaciones personales entre cónyuges o incluso que el marido podrá repudiar a su mujer según esa misma

9

V. en general CAMPIGLIO, C., "Matrimonio polígamico e repudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo" en *Rivista di diritto internazionale e processuale*, 1990, p. 853 y ss. BOURDELOIS, *Marriage polygamique et droit positif français*, París, 1993. ZAMORA CABOT, F.J., "El Derecho Internacional privado ante el matrimonio polígamico: experiencias francesa y británica y su eventual repercusión en España" en *Revista de Derecho Privado*, 1998, p. 111 y ss. EL-HUSSEINI, R., "Le droit international privé français et la répudiation islamique" en *Revue critique de droit international privé*, 88, (3), 1999, pp. 427-492.

10

V. Decisión de la Comisión para la protección de los derechos del hombre de 3 de octubre de 1983. Asunto n.º 9278/81 y 9415/71, DR, 35 p. 35; y SALERNO, F., "Sulla tutela internazionale dell'Identità culturale delle minoranze straniere" en *Rivista di diritto internazionale*, 1990, p. 257 y ss.

11

ZABALO ESCUDERO, E., "Efectos del matrimonio y sociedad multicultural" en VV.AA. *Estado personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 9-25.

12

Datos de la Dirección General de Policía. V. más datos en el Anuario de migraciones 1999.

13

ALDEEB ABU SAHLIEH, S., *Mariages mixtes entre suisses et étrangers musulmans. Enjeux de normes légales conflictuelles*, Lausanne, 1996. "Musulmans en terre européenne. Conflit entre foi et droit" *Aktuelle juristische Praxis*, 1996, pp. 42-53. "Droit religieux et droit séculier. Défi du droit musulman en Suisse" en VV.AA. *Islamic Law and its reception by Courts in the West, Köln, Berlin, Bonn, München*, 1999, pp. 83-106.



ley? ¿qué efectos tendrían estas decisiones en España? y a la inversa ¿qué posibilidades de reconocimiento tendrán las decisiones tomadas en un país islámico según su ley? El planteamiento de estas y otras muchas cuestiones, exige la búsqueda de soluciones concretas.

Por último, debe ponerse de relieve que el aumento de la celebración de este tipo de uniones va acompañado a veces, de una picaresca que ha sido denunciada por ALDEEB<sup>14</sup> respecto de las uniones de este tipo que se celebran en Suiza. Parece ser que la carga de la dote cuya obligación de pago surge con el matrimonio según el Derecho islámico, lleva a jóvenes musulmanes a contraer matrimonio con occidentales, lo cual les será además muy provechoso para regularizar su situación en el país de acogida. En unas ocasiones, una vez lograda la estabilidad de su situación, repudian a su mujer occidental y contraen matrimonio con islámica pidiendo después el permiso de residencia para ella. En otras ocasiones, ya están casados en su país de origen, hecho que ocultan para poder celebrar otro matrimonio que les permita conseguir el permiso de estancia. Por otro lado, debe señalarse que los musulmanes chiítas aceptan el matrimonio a término de duración determinada (desde una noche) y cuya celebración les permitiría mantener su unión en el país occidental, hasta su regreso al país de origen.

Sin duda, los matrimonios mixtos con islámicos-as, son susceptibles de dar lugar a litigios para los que los ordenamientos jurídicos no están preparados, pues las normas de conflictos de leyes no están dirigidas a resolver estos supuestos y la incidencia de la multiculturalidad no se ha dejado sentir todavía en la regulación<sup>15</sup>.

#### 4. SOLUCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La incompatibilidad con los valores del foro que como se ha visto, presentan determinadas instituciones de Derecho islámico, se ha venido resolviendo mediante el recurso a la tradicional excepción del orden público internacional<sup>16</sup> (12.3 CC). En efecto, la ley extranjera era inmediatamente excluida cuando resultaba contraria al orden público y esto es lo que ocurrirá con la ley islámica que resulta ser discriminatoria con la mujer: poligamia, repudio, dote...

No obstante, uno de los objetivos al que ya nos hemos referido, que impone la nueva realidad social es el respeto a la identidad cultural, que se debe extender al respeto a su propio derecho y por ende, al esfuerzo de no excluirlo más que en los casos en que, como se ha señalado anteriormente, sobrepase los límites trazados por el respeto a los principios fundamentales. Ello obliga a reorientar esta excepción, que deberá de actuar no cuando la norma extranjera en abstracto es contraria a los valores del foro, sino cuando la aplicación del Derecho extranjero al caso concreto, da lugar a una efectiva vulneración del principio fundamental<sup>17</sup>.

Desde esta perspectiva es desde la que debe entenderse “la relativa aceptación” de instituciones como el repudio, que si bien conculcan el derecho fundamental a la igualdad y por ello no recibirán validez en el foro, si que podrán sin embargo, producir ciertos efectos jurídicos en aras a la consecución de la ya mencionada justicia del caso concreto. Bien entendido, que el orden público no aceptará excepciones cuando el resultado de la aplicación de la ley extranjera al supuesto en cuestión, implique una violación del núcleo duro de los Derechos humanos que cada vez más, viene a identificarse con un orden público europeo<sup>17</sup>.

La adopción de este tipo de soluciones, parte de la aceptación de que en el contexto actual de la diversidad no caben soluciones únicas y generales. Es por ello que se opta por una flexibilización de aquellas, con el fin de alcanzar ese objetivo de justicia material al que todo sistema jurídico debe tender<sup>18</sup>. No obstante debe señalarse también, el peligro que la introducción de la flexibilidad puede entrañar y que es la eventual merma de la seguridad jurídica.

La doctrina se ha esforzado por buscar estas y otras soluciones a los complejos problemas que surgen en el marco de la multiculturalidad. Así se aboga por el juego del orden público en los términos descritos, por la aprobación de normas con un determinado contenido material o la celebración de Convenio bilaterales con los países de origen de los inmigrantes, como es el Convenio franco-marroquí relativo al estatuto de las personas y de la familia y a la cooperación jurídica<sup>19</sup> de 10 de agosto de 1981. Sin embargo, pocas veces se buscan

14

ABARCA JUNCO, P., “La regulación de la sociedad multicultural” en VV.AA. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 163-179 en concreto p. 165.

15

Respecto de Francia v. LAGARDE, P., “La théorie de l’ordre public interantional face à la polygamie et à la repudiation. L’expérience française en VV.AA. *Nouveaux itinéraires en droit Hommage a François Rigaux*, Bruxelles, 1993.

16

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “El estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: exclusión, alternancia y coordinación de sistemas” en VV.AA. *Derecho Internacional y relaciones internacionales en el Mundo Mediterráneo*, Madrid, 1999, pp. 191-194 y *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, 2000, p. 61 y ss.

17

ABARCA JUNCO, P., op. cit. p. 177.

18

GONZÁLEZ CAMPOS lo explica así “El D.I. Pr: ha de establecer soluciones ajustadas y flexibles que no desconozcan ni los derechos y libertades fundamentales en esta materia que es preciso garantizar a todos, ni tampoco la relevancia social y jurídica, de otras culturas y concepciones de la familia” en “Derecho de familia. El matrimonio” VV.AA. *Derecho Internacional Privado*. Parte especial, Madrid, 1995, pp. 289-328, en concreto p. 290.

19

*Revue critique de droit international privé*, 1983, p. 532 y ss.



vías de solución preventivas que traten de evitar o al menos mitigar la generación de problemas futuros. Sin duda, la prevención es muy difícil, pero también es la mejor manera de “resolver” los problemas. Precisamente, esta vía preventiva puede intentarse respecto de los que surgen de la celebración de matrimonios mixtos.

### **A** Vía preventiva: pactos entre cónyuges y futuros cónyuges

Hace ya mucho tiempo que en el ámbito del Derecho de familia, se ha producido una progresiva penetración de la autonomía de la voluntad<sup>20</sup> a todos los niveles, tanto conflictual como material. Ello ha sido especialmente significativo en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, así ordenamientos como el español (art. 9.3) o el alemán (art. 15<sup>21</sup>) permiten a los esposos o futuros esposos elegir, dentro de las normas que se consideran vinculadas con la relación matrimonial, la que consideran idónea, y siempre que ésta lo permita y en las condiciones que ella establezca, pactar su economía matrimonial. El ordenamiento español permite además, que los cónyuges puedan elegir la ley aplicable a los efectos del matrimonio, en condiciones determinadas: en defecto de ley personal común de los cónyuges, elección realizada en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio y opción limitada a la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos (art. 9.2).

Esta posibilidad de autorregulación que los ordenamientos ofrecen a los cónyuges<sup>22</sup>, bien podría extenderse a otras materias que también provocan el choque de civilizaciones, de forma que sean los propios cónyuges los que traten de conseguir un punto de equilibrio entre los ordenamientos de sus respectivos países de origen. Se trataría pues, de posibilitar que los esposos no sólo pactasen cuestiones relativas a sus relaciones patrimoniales, sino también sobre las personales y ello a la luz de la ley que designarán como aplicable.

Las ventajas que entrañaría la celebración de estos pactos son evidentes, no sólo tendrían un efecto preventivo sobre futuros litigios, sino que orientarían a los tribuna-

les en caso de que éstos se produjesen; además haría que los cónyuges fueran conscientes de sus propias diferencias culturales y jurídicas<sup>23</sup>. Ahora bien, para que esta propuesta fuera plenamente operativa, se necesitaría que tales cláusulas fueran aceptadas por las legislaciones de los países de origen de ambos cónyuges y que éstos estuvieran en disposición de pactarlas. Sólo así podrían desplegar todos sus efectos.

La mayor dificultad va a ser precisamente, el que estas dos condiciones se cumplan. Como se verá a continuación, cláusulas de renuncia a la poligamia y aún al repudio, pueden llegar a ser aceptadas por el Derecho islámico, pero no será así, cuando lo que se pacte sea la tutela, la religión de los hijos e hijas o la sucesión, cuestiones de regulación imperativa, que no aceptará ninguna excepción. También debe señalarse que no siempre los cónyuges tendrán la libertad para celebrar tales pactos.

Una de las críticas que se ha formulado a la aplicación de la autonomía de la voluntad en este tema, es que puede llegar a dudarse de la validez de este acuerdo cuando los dos miembros de la pareja pertenecen al mundo islámico<sup>24</sup>. Conocida la superioridad que aquel otorga al hombre respecto de la mujer, es fácil imaginar que ésta puede verse abocada a aceptar una elección y unos pactos que le serán en realidad, impuestos. En principio, este problema no tiene por qué plantearse cuando el matrimonio sea mixto, al menos no más a menudo de lo que podría ocurrir con un matrimonio de nacionales españoles, pero el verdadero problema se plantea cuando la mujer es islámica. En este supuesto nada de lo que acuerde con su marido tendrá efecto en su país de origen, habida cuenta que éste no reconocerá ni el matrimonio de una musulmana con un no musulmán, ni ninguno de los efectos a los que diera lugar. Pese a ello, convendría que también estas parejas realizaran pactos, en especial sobre su régimen económico matrimonial, sometándolo a alguno de los regímenes que nuestra ley prevé, pues en estos casos la elección de la ley nacional española requiere de poca reflexión. De esta forma se pondría fin a la incertidumbre a cerca de su economía matrimonial, lo cual es interesante no sólo de cara a posibles litigios, sino también para los propios cónyuges.

20

GANNAGÉ, P., “La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille” *Revue critique de droit international privé*, 81, (3), 1992, pp. 425-454. CARLIER, J.-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, 1992.

21

Ley de 25 de julio de 1986 de reforma de Derecho Internacional Privado Bundesgesetzblatt, 30 julio 1986, n.º 37 p. 1142.

22

DIAGO DIAGO, M.ª P., *Pactos o capitulaciones en Derecho Internacional privado*, Zaragoza, 1999; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho Internacional privado*, Granada, 2000.

23

V. esta propuesta en CARLIER, J.-Y., “Les contrats de mariage internationaux: aspect particulier des clauses relatives aux relations personnelles” en VV.AA. *Relations familiales internationales*, Bruxelles, 1993, pp. 277-300; “Les conventions en matière matrimoniale et successorale au regard des droits marocain, algérien, tunisien et turc” en VV.AA. *Les relations contractuelles internationales. Le rôle du notaire*, Anvers, Maklu, 1995, pp. 689-705. “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, en VV.AA. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 27-38. Por otro lado ALDEEB ABU SAHLIEH ha confeccionado una interesante lista de cláusulas que deberían ser pactadas por los cónyuges *Mariages mixtes entre suisses et étrangers musulmans. Enjeux de normes légales conflictuelles*, Lausanne 1996 y en la doctrina española GARCÍA RODRÍGUEZ propone también otro elenco de cláusulas a incluir en capitulaciones matrimoniales, antes de la celebración del matrimonio entre personas de distinta creencia o religión en *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid 1999, pp. 307-308.

24

FLOBETS, M.-C., “Conflits conjugaux et immigration. Libérer la femme marocaine musulmane malgré elle? En *Annales de droit de Louvain*, vol 59, 1999, pp. 66-67; y Faut-il autoriser le droit familial marocain en Belgique? Y Quelques propositions concrètes en vue de consolider la situation familiale de la femme marocaine immigrée en Belgique: le mariage et le divorce En VV.AA. *Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration? Quelles solutions juridiques appropriées?* Maklu-Uitgevers, 1998, pp. 25-58 y 213-296.

25

ALDEEB ABU SAHLIEH, S., *Mariages mixtes entre suisses et étrangers musulmans. Enjeux de normes légales conflictuelles*, Lausanne, 1996, p. 14.

26

LAPANNE-JOINVILLE, J., “Les conventions annexes aux contrats de mariage en droit malékite” en *Rev. alg. Tun. mar. légis et jur.*, 1954, pp. 112-125; PROUVOST, L., *Le contrat de mariage*, Collection études et documents *Série Droit*, n.º 13, 1988, p. 7 y ss.

27

CARLIER, Y.-V., *Quelques principes généraux du droit international privé belge de la famille au regard des projets de conventions entre la Belgique et le Maroc en De wenselijkheid van een bilateraal verdrag tussen Marokko en Nederland over conflicten aangaande het internationaal familerecht. Bijdragen aan de studiedag van 21 februari 1992 en de reactie van het NCB*, Utrecht, juli 1992, pp. 30-39 en especial p. 37.

**B****Régimen económico matrimonial, repudio y poligamia**

Estos son los tres temas fundamentales sobre los que deben recaer los pactos entre cónyuges y ello por varios motivos. En principio porque ellos son manifestaciones de la divergencia que los ordenamientos en presencia plantean. Así, el régimen económico matrimonial no existe en realidad para el Derecho islámico y al revés, el repudio y la poligamia no existen ni para el Derecho español, ni para el resto de Derechos occidentales. Sin embargo no es este el motivo fundamental, pues hay otras muchas cuestiones que también revelen esa divergencia. No obstante, el éxito de cláusulas que versen sobre ellas es casi imposible, pues no serán aceptadas por el Derecho islámico, mientras que existe la posibilidad de que cláusulas relativas al régimen económico matrimonial, repudio o poligamia si lo sean, como también podrán ser aceptadas por nuestro ordenamiento.

En definitiva, se lograría que la voluntad de los cónyuges fuera respetada en el marco de los dos ordenamientos en presencia, mediante el reconocimiento de estos pactos. De esta forma se evitaría la producción de situaciones claudicantes, esto es, válidas para un sistema e inválidas para otro. La armonía internacional de soluciones es un valor especialmente importante en este contexto y esta vía es idónea para su consecución.

La afirmación de que en Derecho islámico no existe el régimen económico matrimonial, puede sorprender, pero es así, puesto que el matrimonio no produce ningún efecto sobre el patrimonio de los cónyuges. La mujer conservará sus bienes y no necesitará autorización del marido para gestionarlos, manteniéndose así una total independencia patrimonial. Suele decirse que el régimen es el de separación de bienes y en cierta medida es verdad, pero con una importante diferencia: en caso de disolución del matrimonio, la mujer no tendrá derecho a ninguna participación en los bienes del marido y ello aún cuando haya abandonado su trabajo para dedicarse al cuidado de la descendencia y del hogar. Ello es especialmente grave cuando es el marido el que prohíbe a su mujer traba-

jar. En este contexto, se comprende perfectamente la importancia que la dote islámica reviste, pues en caso de disolución del matrimonio no hay lugar a compensación económica, ni a pensión de alimentos. De ahí la importancia de que el marido pague a su esposa la dote, lo que constituye para él una obligación que nace del matrimonio, lo mismo que durante el mismo deberá de mantener a la mujer.

En el caso en que el matrimonio mixto establezca su primera residencia en uno de los países islámicos y no realice ningún tipo de pacto, éste será el régimen que les corresponderá en la medida en que la ley aplicable será la islámica. En este caso los desajustes que este sistema presenta, se verán además, agravados por el hecho de que los cónyuges no habrán pactado ninguna dote. Ahora bien, existen dos vías para evitar este resultado. La primera es la celebración del pacto. Como ya se ha comentado, el artículo 9.3 permitirá elegir la ley nacional del cónyuge español y conforme a ella se podrá, si se quiere, mantener el sistema de separación, pero con los mecanismos de corrección establecido en nuestra norma, lo que le separa definitivamente del régimen islámico.

Existirá sin embargo, la posibilidad de que tal pacto no sea aceptado en el país islámico de referencia y aunque éste se haya celebrado, no se le dé ningún efecto. Ello obliga a buscar otras soluciones. La primera puede no ser muy ortodoxa, pero permite la consecución de un fin: evitar que la mujer quede en una situación de desamparo. Así se establecerá que si los efectos del régimen matrimonial deben desplegarse en un país islámico en el que no se reconozca tal pacto, el marido quedará obligado al pago de una cantidad de dinero en concepto de dote, que le será entregada en caso de disolución del matrimonio<sup>25</sup>.

La otra solución consiste en la confección de una cláusula al calor del Derecho musulmán que establezca el régimen o las condiciones con las que los cónyuges quieren que se rija su economía familiar y que no se separará del espíritu mismo que inspiraba la elección de ley y el pacto conforme al Derecho español (9.3 CC). Estas cláusulas en principio, deberían de ser aceptadas por el Derecho islámico pues nada

se establece en contra de ellas, y con este u otro contenido son aceptadas en el Derecho musulmán clásico con el nombre de *Shurūt*<sup>26</sup>. El Código argelino de la familia las acepta cuando establece: art. 19 “ambos cónyuges podrán incluir en el contrato de matrimonio cualquier cláusula que juzguen útil, siempre que no sea contraria a las disposiciones de la presente ley”. Eso sí, se exige que tales pactos no sean contrarios a los fines o metas del matrimonio. El artículo 38 del Código marroquí así lo indica “si el contrato matrimonial incluye una cláusula incompatible con su esencia legal o con sus objetivos, la cláusula se considera nula y el matrimonio es válido”.

El que las relaciones familiares puedan ser objeto de este tipo de cláusulas, ha llevado a que autores del Magreb hayan propuesto la idea de crear un estatuto personal individualizado, mediante la modulación del Código del estatuto por tales cláusulas e incluso apunten la posibilidad de optar entre un derecho familiar laico o religioso<sup>27</sup>.

Estas especiales cláusulas pueden jugar un papel crucial, en la otra esfera de relaciones que surgen del matrimonio, las personales y en especial, respecto de la poligamia y el repudio. En efecto, si a través de ellas el marido renuncia a contraer matrimonio con otras esposas y a no repudiar a su mujer, se lograría una homologación del matrimonio en sus efectos, con el occidental. Ello resultaría determinante para cerrar la posibilidad del planteamiento de problemas derivados de las distintas concepciones matrimoniales en estas dos instituciones: la mujer no sería objeto de repudio en el país de origen del marido y éste no podría contraer matrimonio con otras mujeres.

La poligamia que como ya se ha señalado, está prohibida en Túnez, también esta sometida a ciertas limitaciones en otros ordenamientos islámicos. Así, es habitual el que se pueda incluir en el contrato matrimonial una cláusula, por la que el marido se compromete a no contraer un segundo matrimonio o al menos, a no hacerlo sin el consentimiento de su primera esposa. El artículo 31 del Código marroquí es una muestra de ello “La mujer tiene derecho a exigir como condición en el contrato matrimonial que su esposo no se case con



otra y si el esposo no cumple la obligación, la esposa tiene derecho a pedir la anulación del matrimonio”.

En cuanto al repudio, eliminado igualmente de la legislación tunecina, podría ser también objeto de una cláusula de exclusión por parte del marido. No obstante, esta posibilidad es más controvertida, pues sólo se aceptará si se entiende que no es contraria a la esencia legal o los objetivos del matrimonio. Sin embargo, sí que se reconoce la posibilidad de incluir en el contrato matrimonial, el derecho de la mujer de repudiar al marido, lográndose así, un tratamiento de paridad de los dos cónyuges. El Código marroquí así lo prevé art. 44 “El repudio es la disolución del contrato matrimonial realizada por el esposo, su delegado, por aquel en que confie para ello, por la esposa, que posea este derecho, o por el juez”.

Estas cláusulas como hemos visto, serán aceptadas por el Derecho musulmán y su pacto es básico cuando el matrimonio que se celebra es mixto, pero ¿podrán pactarse tales cláusulas a la luz del Derecho español? Sin duda es sorprendente un pacto entre cónyuges sobre la renuncia a la poligamia o al repudio cuando tales instituciones no sólo no existen en nuestro sistema, sino que son contrarias a los valores del foro. Sin embargo, las peculiaridades de la situación y el objetivo de evitar problemas futuros, deberían ser suficientes para justificar la validez de tales pactos. Por otro lado, debe reconocerse que esas cláusulas no comportarán ningún atentado a nuestro orden público<sup>28</sup>, sino más bien al contrario, producirán el efecto de salvaguardarlo, aún cuando la norma que haya sido elegida por las partes sea la islámica.

Los cónyuges entonces, podrán dentro de las condiciones establecidas por el 9.2 CC, pactar estos extremos de acuerdo a la ley que elijan: la española o la islámica y tales pactos podrán surtir efectos en ambos sistemas<sup>29</sup>. Ello resultará especialmente importante, cuando los cónyuges residen en el país del marido pues a falta de estipulación en contrario, la poligamia se permite así como el repudio, los efectos no serán sin embargo, tan importantes en el caso en que el litigio se plantee en España pues se hará jugar la excepción del orden público internacional.

## C

### Otros pactos

Existen otras muchas cuestiones que también podrían ser objeto de pacto, pero cuyas posibilidades de éxito en caso de plantearse un litigio en país islámico serían nulas, pues el Derecho de aquel Estado, nunca aceptaría una flexibilización emanada de la voluntad de los cónyuges. Pero, pese a la falta de repercusión legal de tales acuerdos, que podría plantearse también en nuestro sistema, el que los cónyuges reflexionen sobre estos temas e incluso tomen la iniciativa de comprometerse en un proyecto común, debe ser valorado muy positivamente y debería de animarse a las parejas mixtas a adoptar no sólo acuerdos sobre el régimen económico matrimonial, el repudio y el divorcio si no también sobre cuestiones sobre las cuales la falta de acuerdo, puede enturbiar su convivencia futura. Por otro lado, el hecho mismo de la conclusión de tales cláusulas y su propio contenido, siempre puede ser considerado como dato sociológico susceptible de orientar la decisión de la jueza o del juez<sup>30</sup>, aún cuando la norma de conflicto ya haya designado la ley aplicable.

Algunas de estas cláusulas podrían versar sobre cuestiones religiosas. El tema religioso es una cuestión muy delicada para las personas islámicas, que se ven sometidas a rígidas normas de obligado cumplimiento, sea cual sea el lugar en que se encuentren y que repercutirán en la educación de su descendencia. Las hijas y los hijos de una persona musulmana son musulmanes y tendrán que ser educados en la religión del padre o de la madre, con independencia de que el otro progenitor profese otra religión. Por otro lado, el marido y padre será considerado el guardián de la moral de la familia y puede obligar a su mujer y a sus hijos e hijas a cumplir las normas religiosas (ayunar en el Ramadán, no comer cerdo, orar...), y seguir estrictas normas sobre la indumentaria.

Para evitar problemas en este terreno algunos autores han postulado la necesidad de confeccionar dos cláusulas, una sobre la libertad religiosa de los esposos y otras sobre la educación religiosa de la descendencia<sup>31</sup>. La primera tendrá como objetivo el que los cónyuges se comprometan a respetar la libertad religiosa del otro y a no imponerle normas que afecten al modo de vestir, alimentos, integridad física o libertad individual social,

28

Así lo entiende también CARLIER Y.-V., “El estatuto personal y la sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad” en VV.AA. *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 27-38 en concreto p. 35.

29

Debe tenerse en cuenta que el Derecho musulmán exige que tales pactos se incluyan en el contrato de matrimonio.

30

Aún después de haber sido designada la ley aplicable por la norma de conflicto (Derecho Internacional privado oculto) JESSURUN D’OLIVEIRA, “Krypto-IPR” en VV.AA. *Estudios J. Offerhaus, Deventer*, 1985, en especial p. 30.

31

ALDEEB ABU SAHLIEH, S., *Mariages mixtes entre suisses et étrangers musulmans. Enjeux de normes légales conflictuelles*, Lausanne, 1996, pp. 25 y 27 GARCÍA RODRÍGUEZ, I., en *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid, 1999, p. 307.

32

ALDEEB ABU SAHLIEH, S., *Mariages mixtes entre suisses et étrangers musulmans. Enjeux de normes légales conflictuelles*, Lausanne, 1996, p. 27.

33

Reglamento n.º 1347/2000 de 29 de mayo de 2000. DOCE 30-6-2000. Entrada en vigor el 1 de marzo del 2001.

34

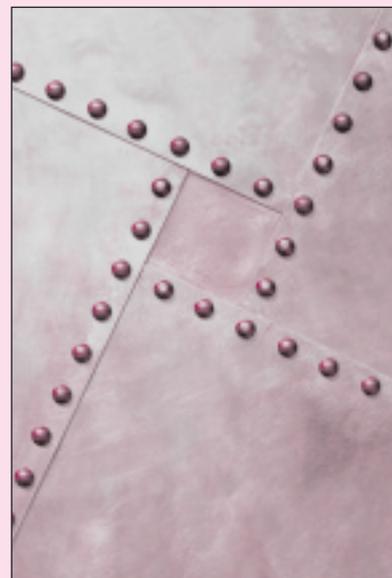
BOE n.º 199, de 20 de agosto de 1987.

35

GARCÍA RODRÍGUEZ, I., en *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid 1999 p. 308.

36

CARLIER advierte sobre el mismo “Le notaire, fréquemment consulté par les futurs époux relativement à leurs biens, trouvera ici un nouveau terrain dans lequel déployer ses qualités de conseiller privilégié, en tissant pour les futurs époux un nid de clauses juridiques favorables tantôt au meilleur épanouissement de leur amour, tantôt au règlement pacifique de leur séparation”. Les conventions en matière matrimoniale et successorale au regards des droits marocain, algérien, tunisien et turc” en VV.AA. *Les relations contractuelles internationales. Le rôle du notaire*, Anvers, Maklu 1995 p. 705.





laboral o económica. La segunda vendría a expresar el compromiso de los cónyuges de educar a sus hijos e hijas en una determinada religión. Ahora bien, cuando ésta fuera la islámica, las hijas y los hijos no se verán obligados por reglas relativas a la indumentaria o a los alimentos que pueden afectar a su integración social y escolar en España, ni a las reglas que afectan a la integridad física. Se evitaría de esta forma problemas como los que se plantearon en Francia con el famoso tema del velo.

Otra previsión que también debería tenerse en cuenta, es la tutela de la descendencia. Habida cuenta de que el Derecho islámico priva a la madre no musulmana de la guardia de las hijas e hijos, cuando éstos tienen una determinada edad (normalmente cinco años), pues entonces y según aquel Derecho, existiría el riesgo de que influyera en el plano religioso, no estará de más incluir una norma de Derecho Internacional Privado acompañada de un compromiso moral. La norma sería la sumisión a Tribunales españoles en esta materia y la aplicación de su ley. El compromiso, el de no sustraer a la o al menor por razones religiosas cuando aquel es atribuido a su madre<sup>62</sup>.

Lo cierto es que siempre que los órganos jurisdiccionales españoles sean competentes para resolver el divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio (lo más habitual es que ambos cónyuges tengan su residencia en España) tendrán también competencia en cuestiones relativas a la responsabilidad parental sobre el hijo o la hija común que reside también en España. Así viene a establecerlo el reciente Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos e hijas comunes<sup>63</sup> (art. 2 y 3). Además se adoptarán las medidas previstas en la ley española, como así lo indica el Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de octubre de 1961<sup>64</sup> (art. 13 y 2) que continúa en vigor por lo que se refiere a la ley aplicable.

La sucesión es también un tema muy complicado para las parejas mixtas. Debe tenerse en cuenta que el Derecho islámico prohíbe la sucesión entre musulmán y no

musulmán y a la inversa. Ello dará lugar a graves consecuencias para los cónyuges y sus descendientes, ya que el no musulmán no heredará de su pareja y sus hijos y sus hijas que serán musulmanas por serlo el otro progenitor, podrán no heredar de él, cuando el juez o la jueza competente sea islámica y rechace la aplicación de la ley española. Es evidente el interés en descartar la aplicación del Derecho islámico en la sucesión y éste podría ser el objetivo de una cláusula que determine además “que si fuera competente un juez extranjero que rechace la aplicación del Derecho español, cada cónyuge reconoce en ese momento al cónyuge superstite los mismos derechos que se le conceden en el Derecho español que les fuera aplicable”<sup>65</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Consecuencia del conflicto de civilizaciones, es el conflicto de culturas jurídicas que se pone en marcha cuando nacionales de países islámicos contraen matrimonio con españoles o españolas. Las divergencias en su ordenamientos jurídicos de origen versan sobre cuestiones de vital importancia para el desarrollo de su vida en común, en especial respecto de las relaciones patrimoniales y personales que han de surgir del matrimonio y la tutela y educación de los hijos comunes. Esto da lugar a una gran incertidumbre jurídica que hará que la pareja desconozca aspectos tan básicos como cual será su régimen económico matrimonial, o los efectos que pueden surgir de un repudio unilateral.

La situación se verá agravada además, cuando los litigios se planteen ante Tribunales de países islámicos. En estos casos el cónyuge español y en concreto la mujer española quedará desprotegida frente a la normativa aplicable, que aceptará su repudio o el que su marido contraiga matrimonio con otras mujeres.

Evitar la producción de estos problemas, es el objetivo que debe guiar la celebración de pactos sobre tales cuestiones. En su confección la/el notario ha de jugar un papel fundamental<sup>66</sup>, si bien todas y todos los operadores jurídicos deben verse implicados en aquel fin. Tres son las cláusulas que tales acuerdos deben contener especialmente, y cuya eficacia es susceptible de producirse en Derecho islámico,

al ser admitida su inclusión en el contrato de matrimonio. Ello les confiere especial importancia en la medida en que pueden evitar situaciones claudicantes, esto es, no aceptadas por uno de los ordenamientos implicados.

La primera previsión debe determinar cual será el régimen económico del matrimonio. A la luz del artículo 9.3 los cónyuges podrán elegir como aplicable la ley española o la islámica. En el primer caso podrán a su vez, designar uno de los regímenes aceptados por nuestro sistema y en el segundo podrá intentar corregir los desequilibrios a los que lleva el Derecho islámico, si bien sería aconsejable pactar una dote pare el caso en que aquel intento fracasase ante tribunales musulmanes.

La segunda y tercera previsión debe versar sobre la poligamia y el repudio. Cuando la ley aplicable sea la islámica se puede pactar la exclusión de tales figuras en el contrato de matrimonio. En el caso en que la exclusión del repudio plantee dudas, distintos ordenamientos islámicos prevén que éste pueda ser también pronunciado por la mujer. Más problemas puede plantear su exclusión cuando la ley aplicable sea la española. El hecho de que se desconozcan estas instituciones, hace que pueda dudarse de la validez de tales pactos. Sin embargo, el no contravenir los valores del foro sino más bien reforzarlos en situaciones especiales, podrían ser argumentos a favor de su aceptación.

Además de estos pactos, podrían también acordarse otras cuestiones como la libertad religiosa de los esposos, la educación de los hijos y de las hijas o su tutela, así como la sucesión. No obstante, se debe ser consciente de que estas cláusulas serán más una exposición de buenos deseos, cuyo incumpliendo no traerá en principio mayores consecuencias, si bien podrán aportar datos que quizás pueden llegar a ser relevantes para el juez o la jueza.

En definitiva, debe afirmarse que la conclusión de estos pactos puede evitar el planteamiento de los problemas que surgen de este tipo de matrimonios o en su caso, puede ayudar a clarificarlos. Ello será muy importante no sólo para los cónyuges, sino también para el juez o la jueza que deba conocer los litigios que de ellos surjan para la seguridad jurídica en general.

# Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial Islámico

ZOILA COMBALÍA

Departamento de Derecho Público.  
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza

**1**

Estas prescripciones sobre los matrimonios mixtos se apoyan en El Corán 2, 221; 5, 5 y 60,10

**2**

El Código de Familia Kuwaití en su artículo 18, afirma que *“no se puede concluir el matrimonio: 1) de la musulmana con un no musulmán; 2) de un musulmán con una mujer que no sea del Libro”*. Idéntica disposición se acoge en el art. 29 del Código marroquí, el 31 del de Argelia o el 12 de Libia, por ejemplo.



La ruptura de fronteras y el avance del movimiento migratorio son factores que están abriendo las puertas al pluralismo en Europa, estableciendo la convivencia entre personas procedentes de ámbitos culturales-religiosos muy diversos. Ante tal fenómeno, el consenso en materia de derechos humanos ha pasado a ser una de las cuestiones más acuciantes que planean sobre la sociedad actual ya que la viabilidad de la convivencia intercultural pasa por el acuerdo en aquello que es esencial e integrante del orden público —la observancia de unos mismos derechos fundamentales—, respetándose la diversidad y el pluralismo en otros aspectos accidentales. Los conflictos jurídicos que el multiculturalismo está ocasionando provienen con frecuencia de la colisión de los ordenamientos occidentales con ciertos valores, costumbres o tradiciones propios del mundo islámico, especialmente por lo que se refiere a la consideración de la mujer y de sus derechos. ¿Es posible el acuerdo en materia de derechos de la mujer entre Occidente y el Islam? Punto de partida para el entendimiento es un conocimiento riguroso de la identidad y diferencia del otro, liberado de prejuicios y estereotipos. Con esta idea nos aproximaremos, en las páginas que siguen, al estatuto jurídico de la mujer en el Islam. La brevedad que este estudio requiere impide tratar el tema en toda su extensión, por lo que nos centraremos en el ámbito del derecho matrimonial obviando otros terrenos de habitual conflicto como pueden ser, por ejemplo, la posición de la mujer en materia de sucesiones o de relaciones paterno-filiales.

## 1. PRECISIONES METODOLÓGICAS: PECULIARIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO ISLÁMICO

Una de las principales peculiaridades del sistema jurídico de los actuales Estados islámicos es la no separación entre el ámbito y las fuentes de lo religioso, por una parte, y las de lo civil o estatal, por otra. La comunidad islámica —*la umma*— es una comunidad indisolublemente civil, política, religiosa, económica, etc. La pertenencia a la misma la determina la condición religiosa —musulmana— del sujeto. La ley religiosa islámica —denominada *Sharia*— recoge, a juicio de las personas musulmanas, la revelación que Dios hace a la humanidad a través del Profeta y está inte-

grada por dos fuentes principales: el Corán o libro sagrado y la Sunna o tradición que reúne, a través de los denominados hadices, los dichos y hechos del Profeta. En estas fuentes de origen divino que integran la Sharia se trata de las distintas cuestiones que rigen la comunidad islámica, tanto de las relaciones de las personas entre sí como del ser humano con su creador. De este modo, aunque algunas de sus disposiciones son jurídicas, la mayor parte de ellas no tienen tal carácter.

La formulación doctrinal de las disposiciones de la *Sharia* —*fiq*— rigió las sociedades musulmanas con carácter cuasi exclusivo durante siglos. A partir de los siglos XIX y XX la rápida evolución de la sociedad y la imposibilidad de encontrar en la Sharia respuesta detallada a todos los problemas que se plantean son, entre otros, factores que conducirán a introducir en las comunidades islámicas normas de derecho positivo —*qanun*— importadas de occidente. El proceso de penetración del derecho occidental comenzó ya en el s. XIX durante la vigencia del imperio otomano —con la introducción de las llamadas reformas *tanzimat*— y se extendió vertiginosamente a raíz del proceso de colonización de esos países.

De este modo nos encontramos con que uno de los más importantes retos que tiene hoy el Islam es la convivencia en los Estados musulmanes de dos sistemas de derecho arraigados ambos y sin embargo con fundamentos básicos absolutamente diferentes: el derivado de la *Sharia* de naturaleza religiosa y el de corte secular importado de occidente. Si bien con alcance diferente, tal convivencia concurre hoy en todos los países que expresamente se declaran islámicos e incluso en algunos Estados constitucionalmente laicos pero con importante presencia musulmana.

A grandes rasgos pueden distinguirse en la actualidad dos grandes grupos de países en cuanto a la aplicación de la *Sharia*: aquel grupo de Estados en los que la *Sharia* es hoy la única o, al menos, la principal fuente del derecho, y aquellos otros en los que la vigencia de la *Sharia* ha quedado reducida a la regulación de las cuestiones de estatuto personal; esto es, de derecho de familia y sucesiones fundamentalmente. En este ámbito del ordenamiento la aplicación del derecho islámico religioso es práctica

generalizada en todos los países islámicos. Por ello, siendo objeto de este trabajo el derecho matrimonial, es preciso que exponamos lo que la Sharia prescribe sobre estas cuestiones y cómo los vigentes Códigos de los distintos países acogen tal regulación. Esta será la pauta metodológica que seguiremos en nuestra exposición ilustrándola también con algunas referencias a la repercusión que la concepción islámica ha tenido en los foros internacionales.

## 2. POSICIÓN JURÍDICA DE LA MUJER EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

### A

#### Impedimentos matrimoniales.

El matrimonio islámico es un contrato cuya válida constitución requiere, en primer lugar, la capacidad para contraer o ausencia de impedimentos entre las partes. La mujer está sujeta a unas prohibiciones más estrictas que el varón sobre todo en relación con el impedimento de matrimonio mixto y con el de vínculo, que son los que ofrecen una regulación más polémica.

### I

#### El matrimonio mixto.

En cuanto al matrimonio mixto, el derecho islámico clásico permite al varón musulmán contraer matrimonio con mujer musulmana o que pertenezca a alguna religión del libro —cristianas y judías fundamentalmente—. A la mujer musulmana, sin embargo, se le impide el matrimonio con cualquier varón que no sea musulmán<sup>1</sup>. La razón principal de tal prohibición para la mujer está en que los hijos e hijas heredan la religión del padre.

Las prohibiciones de matrimonios mixtos rigen en la generalidad de los Estados islámicos actuales<sup>2</sup>. Incluso Túnez, que es el único país islámico que ha abolido expresamente la poligamia y el repudio, afirma en el artículo 5 del vigente Código de Estatuto Personal que “ninguno de ambos futuros esposos deben encontrarse en ninguno de los casos de impedimento previstos por la ley...”. Una Circular del Ministerio de Justicia de 5 de noviembre de 1973 precisó que “el artículo 5 de este Código estipula —desde su promulgación— la nulidad del matrimonio de la musulmana con un no musulmán, puesto que dispone que los esposos no deben de estar en nin-



guno de los casos de impedimento legal para el matrimonio. El impedimento más importante es el matrimonio de la tunecina musulmana con un no musulmán. El legislador trata de hacer una estricta aplicación de ello y velar por su ejecución jurídica; en salvaguarda del carácter islámico de la familia tunecina, a fin de alejarla de todos los aspectos negativos de occidente que rechaza en virtud de su legislación y sus costumbres, no pudiendo adoptarlos en ningún caso. Desde el momento que algunas tunecinas musulmanas han decidido conscientemente casarse con extranjeros no musulmanes en el interior y en el exterior del país, dado que el Código de Estatuto Personal estipula además, en su artículo 21, la nulidad de este matrimonio y tal como estipula en su artículo 22 la anulación es de oficio, es por lo que el Primer Ministro ha dado sus instrucciones más estrictas prohibiendo el establecimiento de actas de matrimonio de tunecinas musulmanas con no musulmanes salvo que se produzca la certificación de conversión a la religión musulmana conforme a su escrito de 19 de octubre de 1973, n.º 606”.

El conflicto de estas prohibiciones religiosas para los derechos de la mujer deriva de la imposibilidad de un matrimonio civil para las personas musulmanas en esos países, así como del no reconocimiento del derecho a abandonar la fe islámica. Esto hará que una práctica habitual cuando la mujer musulmana quiere contraer matrimonio con un no musulmán sea la de recurrir a una conversión más o menos sincera del varón al Islam.

## II

### La poligamia.

En materia de capacidad matrimonial uno de los puntos más polémicos del derecho islámico es la admisión de la poligamia para el varón que puede tener hasta cuatro esposas. La mujer no puede contraer válidamente más que con un varón.

Señala El Corán: “... entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro. Pero, si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras esclavas. Así evitaréis mejor el obrar mal” (4, 3). La aceptación tradicional de la poligamia se ha apoyado en la primera parte de este versículo—casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro—, mientras que la segunda parte—pero, si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola—la han alegado algunos autores más liberales para defender una prescripción islámica implícita de la monogamia, afirmando que es imposible que un

hombre trate con imparcialidad a sus esposas. Estos últimos señalan que el precepto citado del Corán debe complementarse con lo prescrito en el capítulo 4, versículo 129: “no podéis ser justos con vuestras mujeres, aún si lo deseáis”.

Con independencia de la existencia de posiciones más o menos abiertas en cuanto a la admisión de la poligamia en el derecho islámico, lo cierto es que el único país que la ha prohibido legalmente es Túnez<sup>3</sup>. Los demás Códigos de Estatuto Personal de los países musulmanes mantienen la validez del matrimonio polígamo, dentro de los límites autorizados en cuanto al número de esposas y al compromiso de un trato equitativo entre ellas<sup>4</sup>.

La reforma del derecho matrimonial marroquí de 10 de septiembre de 1993 pretendía satisfacer parte de las demandas de los movimientos feministas del país introduciendo una mayor protección para la mujer. Con tal intención incorporó restricciones a la poligamia al prescribir expresamente que “en cualquier caso, si existen motivos para temer una injusticia en el trato entre las diversas mujeres de un hombre, el juez no autorizará el matrimonio polígamo” (art. 30,5). Conviene tener en cuenta que esta autorización judicial es un requisito exigido para el acta de matrimonio.

Otra vía por la que en algunos países musulmanes se intentan limitar las posibilidades de poligamia es fomentando el recurso a los pactos particulares de monogamia, posibles según el derecho islámico. Para regular en un determinado sentido cuestiones no ordenadas ni prohibidas en la *Sharia*<sup>5</sup> se han admitido tradicionalmente los pactos particulares. Expresamente afirma un hadiz que “no constituye un delito llevar a cabo convenciones al margen de lo prescrito por la ley”<sup>6</sup>. Puesto que la poligamia es algo que la *Sharia* permite con determinadas condiciones pero a lo que no obliga, cabría en el momento de celebrar contrato matrimonial incluir, a voluntad de las partes, una cláusula de monogamia, de tal modo que, si el varón la incumple y se casa con una segunda esposa, la primera tendría derecho a solicitar el divorcio ante los tribunales por incumplimiento de lo pactado en el contrato.

Resulta ilustrativa la expresa regulación que hace el Código marroquí—*Mudawana*—señalando que “la mujer puede imponer al marido la condición de que no le sea impuesta una co-mujer. En caso de incumplimiento, la suerte del matrimonio se deja a la mujer (art. 30). “La mujer tiene el derecho de exigir al marido que se comprometa en el acto del matrimonio a no

3

Señala el artículo 18,1 del Código de Estatuto Personal que “la poligamia está prohibida”.

4

Así, por ejemplo, se afirma en la Ley de Familia de Argelia que “está permitido contraer matrimonio con más de una esposa en los límites de la ley islámica (*Sharia*) si el motivo es justificado, las condiciones y la intención de equidad reunidas y tras la información previa de la precedente y futura esposas. Una y otra pueden interponer una acción judicial contra el cónyuge en caso de perjuicio o pedir el divorcio en caso de falta de entendimiento” (artículo 8).

Cfr. en el mismo sentido art. 11 bis del Código egipcio, art. 13 del de Libia, 29-31 y 35,2 del de Marruecos.

5

La *Sharia* circunscribe las conductas humanas a cinco categorías: ordenadas, recomendadas, permitidas, reprobadas y prohibidas.

6

La introducción de estas cláusulas ha sido práctica habitual en el ámbito matrimonial estableciéndose, por ejemplo, el compromiso del marido de no llevarse a la mujer a un lugar lejano o de permitirle visitar a sus padres con cierta frecuencia, etc. El posibilidad de tales pactos en el momento del contrato matrimonial se acoge en los Códigos vigentes. Así, sostiene la Ley argelina que “los dos cónyuges pueden incluir en el contrato cualquier cláusula que juzguen oportuna, siempre que no contraste con la presente ley” (art. 19); o el Código de Estatuto Personal tunecino que “en el contrato de matrimonio se pueden insertar condiciones o cláusulas. En caso de incumplimiento de la condición o de violación de la cláusula, se puede exigir la disolución del matrimonio por divorcio. Tal divorcio no comporta indemnización si tiene lugar antes de la consumación” (art. 11).

7

Como es bien sabido la comunidad islámica no mantuvo su unidad. La principal división se pro-



*unirse a otra mujer y a reconocerle el derecho de exigir la disolución del matrimonio en el caso de que tal compromiso sea violado” (art. 31).*

**B****El consentimiento matrimonial: el papel del tutor de la mujer.**

*“El contrato de matrimonio se perfecciona con el consentimiento de los dos esposos, a través del tutor matrimonial (wali) de la mujer, en la presencia de dos testigos y con la dote matrimonial” (artículo 9).* Este precepto de la Ley de Familia de Argelia recoge los elementos que deben concluir para la perfección del contrato matrimonial. Entre ellos se hace referencia a la intervención del tutor matrimonial—*wali*—en la prestación del consentimiento de la mujer. A esta institución nos vamos a referir a continuación.

El papel que el derecho islámico clásico asigna al tutor matrimonial de la mujer varía en las diferentes escuelas<sup>8</sup>. Mientras que para los *hanafitas* la presencia del *wali* es recomendable pero no obligada para la mujer mayor de edad, que puede prestar su consentimiento personalmente; sin embargo *shafeítas*, *malikitas* y *hanbalitas* estiman que en ningún caso la mujer puede prestar personalmente su consentimiento matrimonial: siempre lo hace a través del tutor. Si la mujer es virgen, el *wali* puede concluir el matrimonio sin necesidad de asegurarse del consentimiento de la mujer; si ésta no es virgen, entonces su consentimiento es necesario aunque lo manifieste a través del tutor.

¿Cómo se acoge esta regulación en los actuales Estados islámicos? En Argelia se requiere que la mujer preste siempre el consentimiento por medio de su tutor. Éste no puede dar en matrimonio a la mujer sin su consentimiento y únicamente puede impedir el matrimonio querido por la mujer el padre respecto de la hija virgen y en su propio interés. En términos similares se expresa la legislación marroquí prescribiendo además que la mujer mayor de edad que no tenga padre puede, si lo prefiere, concluir personalmente el contrato de matrimonio. En los demás supuestos es obligada la intervención del tutor pero éste nunca puede suplir la falta de consentimiento de la mujer. Así pues se ha suprimido de las modernas legislaciones la posibilidad de que el tutor pueda forzar a la mujer a contraer un matrimonio que ésta no desea, pero no se ha eliminado la necesidad de su presencia en la mayor parte de los países que no siguen la escuela *hanafí*.

Esta es posiblemente una de las razones por las que prácticamente ningún Estado islá-

mico ha suscrito la Convención de Naciones Unidas sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios<sup>9</sup>. En virtud de tal Convención “no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley” (artículo 1). Los únicos Estados islámicos que han suscrito la Convención han sido Túnez<sup>10</sup> y Bangladesh<sup>11</sup> y este último lo hace interponiendo una reserva a los artículos 1 y 2 en los siguientes términos:

*“El gobierno de la República del Pueblo de Bangladesh se reserva el derecho de aplicar las disposiciones de los artículos 1 y 2 en lo que se refiere a la validez legal del matrimonio de los niños de acuerdo con las leyes personales de las diferentes comunidades religiosas del país”.*

**C****La dote islámica.**

En la conclusión del contrato matrimonial el marido se obliga a una atribución patrimonial en favor de la mujer, denominada *mahr*—según la tradición *hanafita*—o *sadaq* en la doctrina de las otras escuelas. El *mahr* o *sadaq*, señala la Ley de Familia de Argelia, consiste en “el dinero u otros bienes legalmente lícitos donados a la esposa (por el esposo). Estos son propiedad de la mujer que puede disponer de ellos libremente” (artículo 14).

El pago de tal cantidad se prescribe en la Shari'a, en términos que no ofrecen duda alguna. Así, el Corán sostiene “*dad a vuestras mujeres su dote gratuitamente*” (4, 4) y los *hadices* existentes al respecto son innumerables.

La discusión entre las distintas escuelas no versa sobre la necesidad de la dote sino acerca de si la obligación de su pago es un efecto del matrimonio—*tesis hanafita, shafeíta y hanbalita*—o una condición de validez del mismo—según sostienen los *malikitas*—. En el primer supuesto, la falta de estipulación de dote en el contrato matrimonial no lo hará nulo, si bien dará derecho a la mujer a recibir la dote de equivalencia<sup>12</sup> o a la mitad de la misma en el caso de que fuera repudiada antes de la consumación del matrimonio. Si por el contrario se estima la dote como una condición de validez del contrato la consecuencia lógica será reputar nulo el matrimonio en caso de falta de estipulación de la dote. El problema

dujo inmediatamente después de la muerte del Profeta, entre *Chíites* y *Sunníes* por la cuestión de la sucesión en el seno del imperio islámico. Así, el origen de las dos ramas del Islam existentes hasta la actualidad fue, inicialmente, fruto de un proceso político que, años después, se dotaría de una especificidad religiosa *chíi*. En el seno de la comunidad *sunní*, existen cuatro escuelas de derecho: *hanafí*, *malikí*, *shafeí* y *hanbalí*. No se oponen entre sí por el debate sobre la legitimación del poder, sino por el modo de estudiar e interpretar el derecho, sin que existan entre ellas diferencias dogmáticas relevantes. De hecho, cada una de las escuelas *sunníes* reconoce a las demás como ortodoxa, por contraste con lo que ocurre con los *chíites* que son considerados heterodoxos, por no adaptarse al consenso, prefiriendo la autoridad personal de un imam docente.

**8**

Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 1763 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962. Entrada en vigor el 9 de diciembre de 1964, de conformidad con el artículo 6.

**9**

En Túnez no se impone la presencia del tutor prescribiéndose que “*el hombre y la mujer pueden concluir el contrato matrimonial por ellos mismos o por mandatario*” (artículo 9).

**10**

De entre los 56 Estados miembros de la Organización de la Conferencia Islámica (OCI), además de Bangladesh y Túnez, suscriben también el Convenio Azerbaiyán, Benin, Burkina Faso, Kirgystán, Mali, Níger, pero estos países, pese a ser miembros de la OCI, se declaran todos ellos laicos.

**11**

La dote acostumbrada que suelen recibir las mujeres de su familia en las mismas condiciones físicas y morales (edad, virginidad, belleza, etc.).



está en que el siguiente pasaje coránico hace imposible estimar la nulidad: “*No hacéis mal en repudiar a vuestras mujeres mientras aún no las hayáis tocado o asignado dote*” (2, 236).

Tal pasaje sitúa a los *malikitas* en una postura difícil. La claridad del Libro Sagrado al respecto les obliga a sostener que, aunque en el contrato no se estipule nada acerca de la dote, el matrimonio es válido. Ahora bien, si la dote se pacta inválidamente –por ejemplo, por establecerse sobre bienes no permitidos–, entonces el matrimonio es nulo. Lo que ocurre es que, una vez que se ha consumado, la consumación sana automáticamente la nulidad asignándose a la mujer el derecho a la dote de equivalencia. Así se recoge por ejemplo en el actual Código marroquí señalando que si falta la debida determinación del sadaq, “*el contrato es anulado y no se debe nada si no ha habido consumación. Si el matrimonio ha sido consumado, queda confirmado contra pago del sadaq de equivalencia*” (art. 37,2).

La escuela *hanafita* y *malikita* fijan una cantidad mínima para la dote, pero ésta no se señala en las otras escuelas<sup>12</sup>. Ninguna escuela establece un máximo y en todas se prescribe que la dote debe estar suficientemente determinada.

Aunque es habitual criticar la institución de la dote por ser símbolo de los derechos que el marido adquiere sobre la mujer con el matrimonio y de la sumisión que ésta debe a su marido, sin embargo lo cierto es que la dote islámica se estableció en la época del Profeta como una garantía económica para la mujer sobre todo para el caso de repudio, fallecimiento del marido, etc. De hecho, un punto importante de la reforma islámica fue la atribución de la dote a la mujer misma y no a sus parientes, conforme al uso preislámico.

En la actualidad la dote islámica se mantiene en los Códigos de Estatuto Personal como parte esencial del contrato matrimonial. Así, por ejemplo, afirma la Mudawana marroquí que “*se contrae matrimonio mediante el consentimiento de los dos cónyuges, la presencia del tutor matrimonial de la esposa y de dos testigos y la constitución de una dote*” (artículo 9).

### 3. RELACIONES MATRIMONIALES: DERECHOS Y DEBERES ENTRE LOS CÓNYUGES

Constituido válidamente el matrimonio por la prestación de consentimiento en presencia del tutor, los testigos y la constitución de la dote, se plantea el tema de las relaciones

entre los cónyuges, tanto de carácter personal como patrimonial.

El derecho islámico clásico impone al marido la obligación –denominada *nafaqa*– de hacerse cargo del sostenimiento económico de su mujer. El fundamento de esta obligación está en la Sharia, tanto en El Corán que afirma que el marido “*debe sustentarlas (a las mujeres) y vestir las conforme al uso*” (2, 233), como en diversos hadices. La *nafaqa* incluye no sólo el deber de alimentos, sino también de vestido, vivienda, servicio doméstico en algunos casos y atención médica. La cantidad se hace depender de la condición de los esposos. Conviene tener en cuenta que en el derecho musulmán el marido está obligado a la *nafaqa* aún cuando la mujer no tuviera necesidad de ella por disponer de una posición económica alta.

Esta obligación se recoge en los actuales Códigos de Estatuto personal. Por ejemplo, entre los derechos de la esposa sobre su esposo, el Código marroquí menciona el derecho “*a la manutención (nafaqa) legal, tal como la comida, vestidos, medicamentos y vivienda*” (art. 35,1)<sup>13</sup> y en la legislación argelina se afirma que el marido está obligado a “*mantener a la esposa en la medida de sus posibilidades, salvo cuando se confirma que ésta incumple sus obligaciones conyugales*” (art. 37,1)<sup>14</sup>. Incluso en el Código tunecino –artículo 23– se afirma que “*el esposo en tanto que jefe de la familia, debe subvenir a las necesidades de la esposa y de los hijos en la medida de su situación y según la de ellos en el cuadro de los componentes de la manutención*”, si bien se añade que “*la esposa debe contribuir a las cargas del matrimonio si tiene bienes*”, obligación ésta totalmente extraña al derecho islámico<sup>15</sup>.

Como contrapartida del derecho a la dote y al sustento y respondiendo a unos esquemas en los que la preeminencia corresponde al varón sobre la mujer<sup>16</sup>, ésta tiene el deber de obedecer a su marido y de velar por la buena marcha del hogar y así se recoge también en las actuales legislaciones. Baste con dejar constancia del artículo 36 de la *Mudawana* marroquí que, entre los derechos del marido frente a la mujer, recoge el derecho a que la mujer “*le obedezca conforme a los usos*” y “*cuide del buen funcionamiento y de la organización de la casa*”<sup>17</sup>.

En el derecho islámico clásico se reconocía al marido el derecho de corrección de la mujer, dentro de los límites de la moderación. El fundamento coránico alegado era el siguiente: “*¡Amonestad a aquéllas de quienes temáis que se rebelen, dejadlas solas en el lecho, pegadles! Si os*

12

Sin embargo, desde la ley otomana de 1917, los Códigos que siguen la tradición *hanafita* han abandonado la regla clásica. Tampoco los Códigos actuales de inspiración *malikita* suelen fijar una cantidad mínima para la dote; es más, en el marroquí se establece expresamente que “*para el mahr no se fija ni un mínimo ni un máximo*” (art. 17).

13

Señala el mismo Código que “*el derecho de manutención de la esposa es un deber del esposo desde el momento de la consumación del matrimonio. Asimismo, si es ella quien lo invitó a consumar el matrimonio después de firmarse un contrato matrimonial válido*” (art. 117).

14

Se sostiene también que “*el marido debe ocuparse de la manutención de su esposa desde la consumación del matrimonio o si ésta lo demanda con una prueba contundente*” (art. 74).

15

Cfr. también la legislación egipcia que señala que “*el marido debe mantener a la mujer aunque sea rica o de diversa religión, desde la fecha del contrato válido si ella se pone a su disposición, aunque sólo sea virtualmente. La enfermedad de la mujer no hace decaer su derecho al sustento. El sustento comprende los alimentos, vestido, vivienda, atención sanitaria y lo que esté previsto en la ley. No se debe el sostenimiento a la mujer apóstata, a la que rechaza deliberadamente, sin justificación, estar a disposición del marido, o que es forzada a ello por causa no imputable al marido, o que sale sin permiso del marido*”.

16

La primacía del varón suele sostenerse sobre la base de los siguientes pasajes coránicos: “*Ellas tienen derechos equivalentes a sus obligaciones, conforme al uso, pero los hombres están un grado por encima de ellas. Dios es poderoso, sabio*” (2, 228). “*Los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Dios ha dado a unos más que a otros y de los bienes que gastan. Las mujeres virtuosas son devotas y cuidan, en ausencia de sus maridos, de lo que Dios manda que cuiden*” (4, 34).



17

En el mismo sentido el argelino dispone que “la mujer debe obedecer al marido y respetarlo en su calidad de cabeza de familia” (art. 39,1).

18

Al marido compete la fijación del domicilio conyugal y la mujer tiene obligación de seguir a su esposo salvo en determinados casos. Así, por ejemplo, el marido no puede obligar a la mujer a vivir con los padres de él.

19

Para que el repudio resulte legalmente válido el marido ha de reunir las condiciones normales de capacidad, esto es ha de ser musulmán, púber y sano de mente. Se requiere asimismo la intención de repudiar. La interpretación del alcance de esa intención difiere según las escuelas pero a grandes rasgos cabe afirmar que el repudio aunque se pronuncie en broma (sin intención sería de poner fin al matrimonio) surte efectos si se emplea una fórmula explícita. Únicamente los hanafitas consideran operante el repudio efectuado por constricción o error (de lenguaje). El repudio pronunciado en estado de embriaguez es, en principio, inoperante. Este requisito se recoge en las legislaciones actuales, por ejemplo en la marroquí, en los siguientes términos: “No tiene efecto el repudio pronunciado en estado de completa embriaguez o como resultado de violencia o en un acceso de ira que haga perder, en todo o en parte, el control mental” (artículo 49).

La intención de repudiar debe manifestarse ya sea de palabra –lo más habitual–, por escrito o, incluso, en el rito *malikita*, por gestos. En las obras del *fiq* es sorprendente la variedad y minuciosidad de fórmulas de repudio que se consignan y su diversa eficacia. Existen fórmulas explícitas y figuradas. Las explícitas entrañan automáticamente la repudiación sin necesidad de que el marido jure que tenía intención de repudiar a la mujer e incluso aunque niegue tal intención. La fórmula figurada sólo conlleva la repudiación si se acompaña de intención por lo que, en caso de contestación, el marido es apelado a jurar si tenía o no intención de repudiar.

*obedecen, no os metáis más con ellas. Dios es excelso, grande”* (4, 34). El orden prescrito para la corrección era primero la mera reprimenda o amonestación, a continuación relegar a la mujer interrumpiendo las relaciones con ella, finalmente, sólo si los anteriores medios resultaban ineficaces, se admitía el castigo corporal que, en cualquier caso, debía ser moderado. En los actuales Códigos de los Estados islámicos no se hace referencia a este derecho.

Son derechos tradicionalmente reconocidos a la mujer tanto en el derecho islámico clásico como en las legislaciones actuales, el derecho a ser tratada con justicia y equidad en el caso de matrimonio polígamo, el derecho a visitar y recibir a sus parientes según los usos y el derecho a disponer libremente de su propio patrimonio<sup>18</sup>.

El matrimonio musulmán no genera ninguna comunidad de bienes o ganancias entre los esposos, manteniéndose separados los patrimonios de ambos y reteniendo cada uno plena potestad para administrarlo libremente. Tal vez resulte chocante con la autoridad que se atribuye al marido sobre la mujer, el que en el Islam se haya reconocido siempre el derecho a la mujer a disponer libremente de su patrimonio sin supervisión o intromisión alguna del marido salvo, en la escuela *malikita*, para los actos de disposición a título gratuito que la mujer concluya en favor de personas extrañas a la familia, pues en este caso se entiende que podrían perjudicarse los derechos sucesorios del marido.

De una concepción patriarcal y de preeminencia del marido sobre la mujer se ha apartado considerablemente el Código tunecino tras la reforma de julio de 1993. Aunque el artículo 23 sigue mencionando al marido como cabeza de familia, prescribe que “cada uno de los cónyuges debe tratar al otro con benevolencia, vivir en buena relación con él y evitar causarle perjuicios. Ambos cónyuges deben cumplir sus deberes conyugales conforme a los usos y las costumbres y colaborar para conducir los asuntos de la familia, la buena educación de los hijos y la gestión de los asuntos tales como la enseñanza, los viajes, las operaciones financieras, etc.”. De algún modo se establece la corresponsabilidad en el gobierno de los asuntos familiares y la única referencia que hace a derechos o deberes específicos del varón o de la mujer es el deber del marido de sostener a la mujer y a los hijos e hijas pero precisando, como ya hemos señalado, que si la mujer tiene medios contribuirá a las cargas familiares.

#### 4. POSICIÓN JURÍDICA DE LA MUJER EN LA RUPTURA DEL VÍNCULO MATRIMONIAL; EL REPUDIO UNILATERAL O TALAK

Una vez que hemos examinado la posición jurídica de la mujer en la constitución del vínculo y en las relaciones conyugales, haremos referencia a la posición de ésta en las crisis matrimoniales.

La extinción del vínculo conyugal conlleva el sometimiento de la mujer a un periodo de retiro legal denominado *idda* que se extiende durante tres periodos menstruales o hasta el momento del parto si la mujer está encinta. Durante este tiempo la mujer debe permanecer en el domicilio conyugal, mantiene el derecho a alimentos –*nafaga*– y no puede contraer nuevo matrimonio. La finalidad primordial del retiro legal es asegurar la determinación de la paternidad en caso de embarazo.

Aparte de los supuestos de nulidad absoluta y relativa del matrimonio y de la disolución por fallecimiento de alguno de los contrayentes, el matrimonio islámico se disuelve por tres modos: el repudio unilateral y extrajudicial o *talak*, el repudio consensual mediante compensación –*hul*– y la disolución judicial –*trafriqat*–. Por no extendernos excesivamente nos centraremos aquí únicamente en la figura del repudio unilateral o *talak* que es la más problemática en cuanto a la posición de la mujer.

El *talak* es el privilegio que se concede al marido de poner fin al matrimonio de una manera discrecional, sin necesidad de motivar su decisión, de intervención judicial alguna ni tampoco del consentimiento de la mujer.

En los usos preislámicos, el recurso al repudio era práctica tan común y abusiva que las disposiciones coránicas intentan restringir condicionándola a una serie de requisitos cuya interpretación varía en las distintas escuelas. El repudio se valoró como una conducta moralmente reprobada. Así, según palabras atribuidas al Profeta, “entre las cosas lícitas, ninguna es más odiosa a Alá que la del repudio”. Ahora bien, aún considerándose moralmente reprobado, el derecho islámico clásico entiende que el repudio disuelve jurídicamente el vínculo matrimonial y tal eficacia se mantiene en la actualidad<sup>19</sup>.

Es posible distinguir dos tipos de repudio: el revocable y el irrevocable. Sólo el repudio



que se ha pronunciado por tres veces produce la disolución irrevocable del vínculo matrimonial, reputándose revocables las dos primeras formulaciones. Tal prescripción se apoya en el siguiente pasaje coránico: “*El repudio se permite dos veces. Entonces, o se retiene a la mujer tratándola como se debe, o se la deja marchar de buena manera*” (2, 229).

Posteriormente se admitió con carácter general la práctica según la cual el marido puede repudiar a su mujer de forma irrevocable mediante una única fórmula a la que la ley atribuye la fuerza de tres. De este modo, el varón puede optar a su libre arbitrio por un repudio irrevocable o por uno con valor meramente suspensivo.

En el repudio revocable, una vez que se ha pronunciado, la mujer entra en el periodo de continencia –*idda*–, manteniendo el derecho a la *nafaka*. Mientras dura este periodo, el marido puede retractarse y reanudar la vida conyugal. Aunque las modalidades y condiciones de este repudio varían en las diferentes escuelas todas coinciden en entender que su revocación y la reanudación de la vida conyugal no supone un nuevo matrimonio por lo que no es necesario para ello el consentimiento de la mujer ni la fijación de una nueva dote<sup>20</sup>.

El repudio irrevocable disuelve el matrimonio automáticamente. Durante la *idda* la mujer mantiene el derecho de alimentos, pero las partes no pueden reanudar la vida conyugal para lo cual deberán esperar a que termine el periodo de retiro y realizar un nuevo contrato matrimonial con consentimiento y dote. Esta nueva celebración se permite sin ninguna traba en el repudio irrevocable menor o imperfecto –*sugra*–. Si se trata de un repudio irrevocable mayor o perfecto –*kubra*– no se admite el nuevo matrimonio entre ellos salvo que la mujer después del repudio haya contraído y consumado matrimonio con otro hombre, que éste se haya disuelto y se haya cumplido el consiguiente retiro legal<sup>21</sup>.

Las actuales legislaciones islámicas, a excepción de Túnez, mantienen el derecho del marido a repudiar a su mujer si bien, al igual que ocurría con la poligamia, tratan de introducir cortapisas al mismo. Así en Marruecos, tras la reforma de 10 de septiembre de 1993, el repudio se reglamenta de manera más restrictiva, intentando introducir cierto carácter contradictorio para proteger mejor a la mujer. Se establece de este modo que es necesaria la presencia de las

dos partes y la autorización del juez. Asimismo se exige que el repudio se pronuncie en la circunscripción del domicilio conyugal para evitar que el marido repudie a su mujer lejos del mismo, cuando está de viaje, y que ésta tarde en enterarse, práctica que no ha sido extraña. La necesaria autorización del juez obliga a éste a realizar una tentativa de reconciliación antes del repudio y a asegurarse del cumplimiento por parte del marido de sus obligaciones económicas. Se reglamenta también el derecho de la mujer a una compensación económica en caso de repudio sin causa justificada.

La admisión del repudio en la mayor parte de los países islámicos ha conducido a estos países a introducir reservas a aquellos preceptos de la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que se refieren a la igualdad entre el hombre y la mujer en cuanto a los derechos y deberes en la disolución del matrimonio<sup>22</sup>. Argumentan sus reservas señalando que la igualdad en esos términos es incompatible con la *Sharia* y con la tutela del sagrado vínculo del matrimonio. Lo que preserva ese vínculo es el equilibrio que se establece reconociendo a la mujer derechos y responsabilidades equivalentes a los de su esposo en un marco de complementariedad y no de identidad. Así afirma por ejemplo Egipto, en su reserva al artículo 16<sup>23</sup>, que los preceptos de la *Sharia* imponen que el marido pague la dote a la mujer y la mantenga completamente y le pague también una cantidad en caso de divorcio, mientras que la mujer retiene pleno derecho sobre sus propiedades y no está obligada a gastar nada en su mantenimiento. Por eso, la *Sharia* restringe los derechos de la mujer al divorcio haciéndolo depender de una resolución judicial, mientras que para el marido no se establece tal restricción.

Esta afirmación del gobierno egipcio es ilustrativa de la concepción de buena parte de la sociedad islámica acerca de la posición de las partes en el matrimonio en el sentido de entender que ésta no es de igualdad sino de supremacía –el varón– y sumisión –la mujer– en virtud del diferente papel que corresponde a cada uno. Partiendo de ahí ciertamente el derecho islámico trata de proteger a la mujer –siempre que esta asuma el papel que se le asigna– y de evitar que el varón abuse de su supremacía o deje a la mujer –que depende de él– en situación de desamparo.

20

Cfr. por ejemplo el artículo 68 de la *Mudawana* marroquí que establece que “*en caso de repudio revocable el marido puede, antes de que termine el retiro legal, retomar a su mujer sin necesidad de pago de un nuevo sadaq y sin intervención del wali. Este derecho es irrenunciable*”. Asimismo se afirma que “*a la expiración del retiro legal que sigue a un repudio revocable, la mujer queda libre definitivamente*” (art. 69).

21

Cfr. a este respecto la vigente legislación marroquí que prescribe lo siguiente: “*El repudio irrevocable disuelve inmediatamente el vínculo conyugal pero no impide un nuevo contrato, a excepción del pronunciado por tercera vez*” (art. 70). “*El tercer repudio disuelve inmediatamente el vínculo conyugal e impide contraer con la misma mujer si ésta no ha cumplido el retiro legal que sigue al matrimonio con otro marido, matrimonio que debe haberse consumado efectivamente y en los modos impuestos por la ley*” (art. 71).

22

De los 56 Estados miembros de la OCI, 43 han suscrito la convención. Únicamente no lo han hecho Arabia Saudí, Bahrein, Brunei Darussalam, Emiratos Arabes Unidos, Irán, Mauritania, Níger, Omán, Qatar, Siria, Somalia y Sudán. Ahora bien las reservas introducidas son de tal naturaleza que en muchos casos hacen dudar del alcance del compromiso adquirido por el Estado. De entrada y con carácter general, varios países declaran que su adhesión al Convenio está subordinada a que sus disposiciones no entren en conflicto con la *Sharia* islámica, con la Constitución del país o con la legislación civil del mismo.

23

Aparte de las declaraciones generales a las que nos hemos referido en la anterior nota, el artículo 16, que es el que se refiere a la igualdad de la mujer en el ámbito del matrimonio, ha suscitado reservas específicas de los siguientes Estados islámicos: Argelia, Bangladesh, Egipto, Irak, Maldivas, Marruecos, Jordania, Líbano, Túnez, Kuwait, Libia y Malasia.

# El contenido laboral de la Ley de Extranjería 8/2000 (reducciones, cautelas y desconfianzas)

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR  
Profesora Titular de Universidad.  
Departamento de Derecho del Trabajo  
de la Universidad de Valencia

La promulgación de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre (en adelante LOE) de reforma de la ley 4/2000, sobre derechos y libertades de las y los extranjeros en España y su integración social ha provocado una respuesta sin precedentes que ha centrado su crítica fundamental en el recorte injustificado de los derechos fundamentales de las personas extranjeras. Sin duda ésta es la vertiente más llamativa y peligrosa de la reforma de la ley de extranjería pero no es la única. Es más, previsiblemente el Tribunal Constitucional terminará filtrando los evidentes defectos de inconstitucionalidad que en materia de titularidad de derechos fundamentales ha traído la actualmente vigente ley de extranjería, pero las alteraciones puntuales que se han ido alojando discretamente en la totalidad del texto no serán ni impugnadas ni cuestionadas, pese a que evidencian una postura de los poderes públicos frente a la inmigración desconfiada y reticente. Junto a estas reformas “anímicamente” conviven otras que corrigen algunos de los defectos de técnica legislativa contenidos en la, sin duda defectuosa, ley 4/2000. En el presente

trabajo se pretende un somero acercamiento a estas alteraciones, evidentes algunas, encubiertas otras y necesarias las menos, tomando como referencia expositiva la propia estructura de la ley 8/2000, y limitando el análisis a las cuestiones estrictamente laborales que pueden tener una repercusión mayor en el colectivo de mujeres inmigrantes.

Desde la perspectiva de la situación en la que queda la trabajadora inmigrante tras la reforma de la normativa básica de extranjería en España no puede decirse que las alteraciones producidas tengan un contenido cualitativo que otorgue un tratamiento específico al colectivo inmigrante femenino. Sin embargo, queda fuera de toda duda el hecho de que el colectivo más afectado por las alteraciones y restricciones normativas en materia de inmigración es el de mujeres. Basten los siguientes datos para ilustrar el fenómeno: En el año 1998, de los 28.000 puestos de trabajo ofertados a extranjeros extracomunitarios incluidos en el contingente previsto, 14.205 correspondieron al servicio doméstico (cuya estructura es casi exclusivamente femenina);

8.192 a la agricultura (en que la participación masculina y femenina comienza a ser paritaria); y 891 a la construcción (de composición mayoritaria masculina). Adicionalmente, el sector de actividad al que queda abocada la mayor parte de la población inmigrante femenina, el servicio doméstico, adolece en el ordenamiento español de notables tratos peyorativos en relación con los trabajadores de otros colectivos puesto que su situación no sólo se sitúa muy frecuentemente al margen del trabajo declarado, sino también del trabajo controlado sindical e institucionalmente. Si a esto añadimos las importantes diferencias en materia de seguridad social y estabilidad en el empleo (la indemnización por despido es sensiblemente inferior en este sector de actividad que en cualquier otro al que se le aplique la normativa laboral común), resulta evidente la precaria situación en la que queda la mujer inmigrante en nuestro país. En las páginas que siguen se pretende un acercamiento a la situación en la que quedan con posterioridad a la reforma normativa operada por la ley 8/2000, bien entendido que el marco de



restricciones operado repercute más sensiblemente en el colectivo femenino porque de este género es fundamentalmente el flujo migratorio.

## A. TÍTULO PRELIMINAR Y TÍTULO PRIMERO: EL SENTIDO GENÉRICO DE LA LEY Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS/AS EN ESPAÑA

El derecho al trabajo y a la seguridad social del art. 10 de la LOE se mantiene con una redacción similar a la de la LO 4/2000: El art. 14.1 de la LOE establece la cobertura de seguridad social, tanto en su vertiente contributiva como no contributiva aunque sigue limitándose a las situaciones de residencia legal en España por lo que deja sin cobertura social a los que carecen de título legítimo para trabajar en España. Tan sólo por referencia al convenio 19 de la OIT (1925) es posible incluir la protección social a los extranjeros y extranjeras ilegales pero exclusivamente cuando el origen de la contingencia fuera profesional. Por lo demás se mantiene en la ley 8/2000 el derecho de todos los extranjeros y extranjeras (legales e ilegales) a las prestaciones sociales “básicas” de seguridad social, lo cual sería ciertamente de interés si hubiera manera de determinar en qué consisten las mismas (¿rentas mínimas de subsistencia?).

El art. 11 de la LOE constituye uno de los aspectos más criticados de la nueva regulación, al limitar el acceso al derecho de sindicación y huelga tan sólo a los extranjeros/as legales (esto es, a quienes tienen la correspondiente autorización de residencia o estancia). Varios son los aspectos que destacan en esta nueva regulación: primero, se trataría de determinar si contraría lo establecido en el texto constitucional; en segundo lugar, convendría también detectar posibles segundas finalidades en una norma de aplicabilidad práctica tan dudosa. Respecto a la cuestión de la constitucionalidad, el punto de partida debe ser forzosamente la determinación de si los derechos de libertad sindical y de huelga admiten restricciones por parte del poder legislativo. Recuérdese, al respecto, que el Constitucional ha diferenciado tres tipos de derechos de origen constitucional: los que, por sí mismos, se encuentran reconocidos indistintamente a personas extranjeras y

nacionales; los que se encuentran limitados exclusivamente a las nacionales; y los que podrán referirse a las extranjeras de acuerdo con lo que establezcan los Tratados y las leyes. Así como el derecho al trabajo ejemplifica perfectamente los derechos correspondientes al tercer bloque; el derecho al sufragio, los del segundo bloque; y el derecho a la vida, los del primero, quedarían otra serie de derechos, entre los que podrían insertarse en principio los de huelga y sindicación, que bien podrían resultar de adscripción dudosa, si no fuera porque el Constitucional ya ha tenido ocasión de pronunciarse en el pasado acerca del alcance de las limitaciones legislativas referidas a los derechos de los extranjeros de similar naturaleza. Así pues, en su sentencia 115/1987, de 7 de Julio, el Tribunal interpretó que no resultaba legítimo que se exigiera, para el ejercicio del derecho de reunión a los extranjeros y extranjeras, que acreditaran la tenencia de la autorización a la que se referían los art. 7 y 8 de la ley orgánica de extranjería de 1985 (a partir de entonces modificados). En buena lógica, pues, si aquella autorización no era admisible porque alteraba el contenido esencial del derecho ello implicaba que el derecho de reunión era de aplicación automática a los extranjeros/as. Y si esto es así, no cabrían limitaciones aplicativas como las que intenta incorporar la LOE 8/2000 por ir en contra del contenido esencial del derecho de reunión al establecer condiciones a su titularidad y ejercicio derivadas de cuestiones administrativas. Resulta evidente que la misma argumentación cabría aplicar a los derechos de sindicación y huelga. La siguiente cuestión sería, entonces, discernir el por qué de una alteración normativa de inconstitucionalidad tan evidente y de aplicabilidad práctica tan cuestionable: ¿cómo se va a poder sancionar a los sindicatos que afilien a trabajadores y trabajadoras ilegales? Y si esto se persiguiera y sancionara administrativamente ¿cómo se podría negar el derecho de los sindicatos a escuchar y prestar asistencia a los extranjeros y extranjeras abriendo una vía paralela a la afiliación que no recibiera esta denominación? Desde el punto de vista del derecho de huelga la eliminación del derecho a las y los inmigrantes ilegales adquiere matices más absurdos: si la razón de ser del derecho de huelga es la imposibilidad de aplicar sanciones de cualquier naturaleza cuando se ejercita ¿qué sentido tiene sustraerlo a las y los inmigrantes ilegales

les que están continuamente al margen del derecho y de las garantías laborales, por lo que su situación queda permanentemente al arbitrio empresarial? Sin duda por tratarse de un derecho escasamente ejercitable para las trabajadoras y trabajadores extranjeros ilegales carece de demasiado sentido el hecho de que se sustraiga su titularidad a los mismos. El fenómeno se enmarca en otro, que late en otros apartados de la LOE, y que guarda relación con el interés por aislar y parcelar los intereses de cada una y cada uno de los trabajadores ilegales, para evitar que por la vía del asociacionismo prospere su interés de permanencia en España. Así se entiende, por ejemplo, el hecho de que el actual art. 65 LOE haya hecho desaparecer la legitimación para cursar los recursos procedentes en el caso de extranjeros/as que no se encuentren en España a las organizaciones de asistencia a la inmigración; o que se haya suprimido del art. 69 el derecho a “recursos materiales”, que ostentaban conforme a la ley 4/2000, las organizaciones que favorecerían la integración social de las personas inmigrantes. Al mismo nivel podría igualmente situarse lo establecido en el actual art. 22 LOE, que reconoce el derecho de asistencia gratuita a las y los inmigrantes ilegales en los procesos relacionados con la entrada o expulsión, tan sólo cuando puedan justificar carencia de recursos (y no en todo caso, conforme a la regulación anterior). Asimismo, cuando se trata de procedimientos no relacionados con aquellos temas, para el acceso a la justicia gratuita no sólo deberá justificarse aquella carencia de ingresos sino también que posee el correspondiente permiso de residencia, sin que sea suficiente, como ocurría conforme a la regulación contenida en la ley 4/2000, que se encontrara empadronado/a. De otro lado, e insertado en el mismo contexto de efectos indirectos de la reforma normativa en materia de restricción del derecho de huelga y sindicación, también podría entenderse que la legislación con esta regulación ha pretendido desviar la crítica social frente a la ley de extranjería, configurando unos artículos por sí mismos inadmisibles, ocultando así las verdaderas restricciones al acceso y permanencia en nuestro país, así como con relación al ejercicio y derechos concurrentes en el supuesto de reagrupación familiar o expulsión.

El art. 16 recoge el derecho a la intimidad familiar, y los art. 17, 18 y 19 hacen

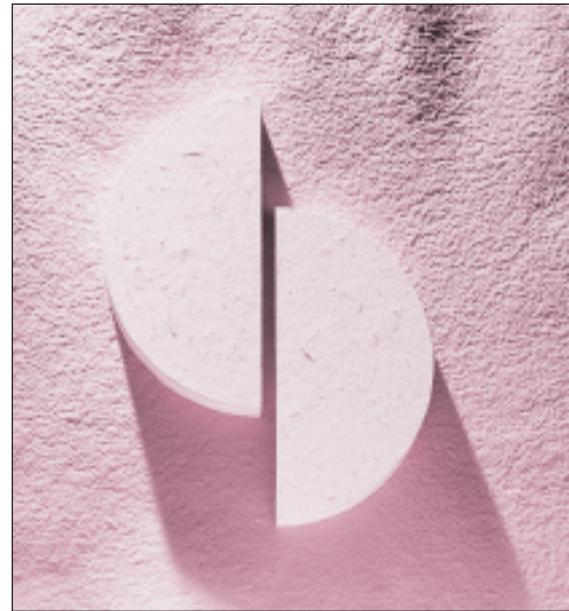
referencia al ámbito subjetivo, el procedimiento y los efectos de la reagrupación familiar. Aunque es una materia que no es estrictamente laboral se abordará seguidamente su análisis porque, a diferencia de lo que ocurre con el colectivo masculino de inmigrantes, la inmigración femenina en su gran mayoría tiene responsabilidades familiares en su país de origen. Lo primero que destaca en la nueva redacción es el hecho de que el derecho de los familiares (tan sólo referido a la descendencia a su cargo y al cónyuge) no se refiere a la residencia legal en España, sino simplemente al reagrupamiento con el trabajador/a inicial, lo cual no significa que les quede vedado el acceso a la residencia legal, sino que el mismo se encuentra anexado totalmente a la autorización de la que dispusiera el titular reagrupante. Las consecuencias de esta regulación son las siguientes: a) la duración de la autorización de residencia del reagrupado/a coincide con la duración de la del reagrupante; b) se encuentran tasadas las causas que originarían permisos de residencia autónomos del o de la reagrupante: el art. 19 los refiere tan sólo a los supuestos en que obtengan autorización para trabajar (cónyuge e hijos e hijas), la obtención de la mayoría de edad (en el caso de los hijos e hijas) o acreditación de haber vivido con su cónyuge en España durante al menos dos años (en el caso de reagrupación del cónyuge; asimismo el periodo se puede reducir cuando concurren circunstancias familiares que lo justifiquen); c) El derecho a la reagrupación de las personas reagrupadas previamente se regulará reglamentariamente (este inciso normativo aparece con idéntico tenor en dos ocasiones: una en el art. 17.2 de la LOE y otra en el art. 18.4 del mismo texto); d) También se determinará reglamentariamente el tiempo de permanencia en España mínimo para poder ejercitar el derecho de reagrupación (el art. 18.2 establece genéricamente un tiempo mínimo de permanencia de un año, así como un tiempo de autorización para residir de otro año, lo cual parece al menos reiterativo puesto que la autorización de residencia requiere obviamente también de la presencia física en nuestro país). Así las cosas, la principal característica de la reforma en materia de reagrupación familiar es la interposición de cautelas para evitar la reagrupación en cadena, así como

la reagrupación mutua (primero un titular justifica la reagrupación de otro y más adelante éste, cuando aquel hubiera perdido su trabajo, permite la reagrupación del primero) o la reagrupación fraudulenta. Definitivamente, pues, la reagrupación no está contemplada como un mecanismo que se aplicaría en supuestos de previsible permanencia en nuestro país, sino tan sólo para estancias o residencias de naturaleza fundamentalmente transitoria.

En materia de derechos fundamentales, el nuevo art. 23.2.e resulta de particular interés porque no sólo reconoce la ilegalidad de las conductas empresariales discriminatorias, tanto directas como indirectas, contra los extranjeros y extranjeras o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad, sino también porque, aunque no con demasiada precisión, define el concepto de discriminación indirecta por estas causas del siguiente modo: “Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de...”. Al menos por reflejar el contenido fáctico de la discriminación indirecta esta incorporación normativa que, por cierto es la primera que en el ordenamiento jurídico español aporta una definición del concepto, supone, con todas sus deficiencias, una referencia importante.

## **B. EL TÍTULO II: LAS SITUACIONES DE LOS EXTRANJEROS/AS EN ESPAÑA (BÁSICAMENTE SOBRE EL PERMISO DE TRABAJO)**

Una vez expuestos los ejes básicos de la reforma que, situados en el título preliminar y en el título primero, dan idea del espíritu informador de la misma, se expondrán seguidamente algunas cuestiones acerca de la situación administrativa de los extranjeros y extranjeras en nuestro país. Llegados a este punto la incertidumbre resulta inevitable por cuanto la determinación reglamentaria resulta imprescindible para la comprensión de sus aspectos más trascendentes y sabido es que, por el momento y hasta que éste se produzca, resulta de aplicación el Reglamento aprobado por RD 155/1996 que se aprobó estando todavía vigente la ley de extranjería de 1985.



**1**

**La entrada.** Algunas matizaciones adicionales merece el nuevo tratamiento otorgado a los visados en el actual art. 27 de la LOE. Se produce una reestructuración de lo establecido en la ley 4/2000 al pasar las situaciones de exención de visado al actual art. 31.7, manteniéndose el mismo condicionamiento causal (razones humanitarias o de colaboración con la justicia) y administrativo (cumplir los requisitos para el permiso de residencia o para la reagrupación familiar), lo cual previsiblemente como viene ocurriendo hasta ahora, seguirá constituyendo un importante obstáculo para la regularización de la situación de las y los inmigrantes ya establecidos. Se crea una figura nueva de concesión de visados en nuestro país, de carácter excepcional, aplicable en el momento de la entrada, lo cual difícilmente resultará de aplicación a los trabajadores y trabajadoras inmigrantes en España, por cuanto las condiciones para acceder al mismo generalmente suelen producirse cuando ya se han instalado. Pero el aspecto más problemático de la reforma es que tan sólo se establece la obligación de motivar la denegación de los mismos en los casos de solicitud de visado por reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, lo que permite que tal motivación no exista en el resto de situaciones en que se solicite visado. Conforme a la anterior normativa la falta de motivación tan sólo podía producirse, con carácter excepcional y temporal, previa



autorización del Gobierno y tan sólo para determinados países o zonas. Resulta obvio que la medida se inserta dentro de las que, con el mismo sentido restrictivo, aislacionista y escasamente garantista, han sido ya descritas más arriba.

## 2

**Las situaciones administrativas de los extranjeros/as.** El texto actual corrige “a la baja” los defectos técnicos que, con respecto a la situación administrativa de los extranjeros y extranjeras, contenía la anterior ley 4/2000. Actualmente desaparece (excepción hecha del derecho a la asistencia sanitaria) la situación del empadronado que, aun careciendo de una residencia regularizada en nuestro país, sí que disponía de algunos derechos. Las situaciones posibles se limitan a tres, perfectamente definidas en los art. 29 a 32:

- Estancia (o permanencia como turista y sin los derechos aparejados a la situación de residente legal; sometida a un periodo máximo de tres meses prorrogable tan sólo en supuestos excepcionales).
- Residencia temporal aplicable a 1) quien tiene medios de vida suficiente; o 2) haya obtenido la correspondiente autorización administrativa para trabajar –antes tan sólo se requería que se dispusiera de oferta de trabajo–; 3) o quien fuera beneficiario del derecho a la reagrupación familiar; 4) o quien acredite una permanencia en territorio español de al menos cinco años y cuente con medios de subsistencia (ambos aspectos a determinar reglamentariamente), con lo cual se reproduce el permiso de residencia por permanencia en España que, con la ley 4/2000, requería tan sólo una permanencia de dos; 5) o cuando concurren razones humanitarias, excepcionales o de arraigo a determinar también reglamentariamente (advuértase que las situaciones más problemáticas se desplazan a tratamiento reglamentario). En el caso de que alguno de los sujetos solicitantes hubiera cumplido condena penal, hubiera sido indultado o se encontrara en situación de remisión condicional, estas circunstancias serán tenidas en cuenta para aceptar o no la solicitud de

residencia. Llama la atención que en la ley 4/2000 expresamente se señalara que no constituía obstáculo para la concesión del permiso de residencia el cumplimiento de una condena.

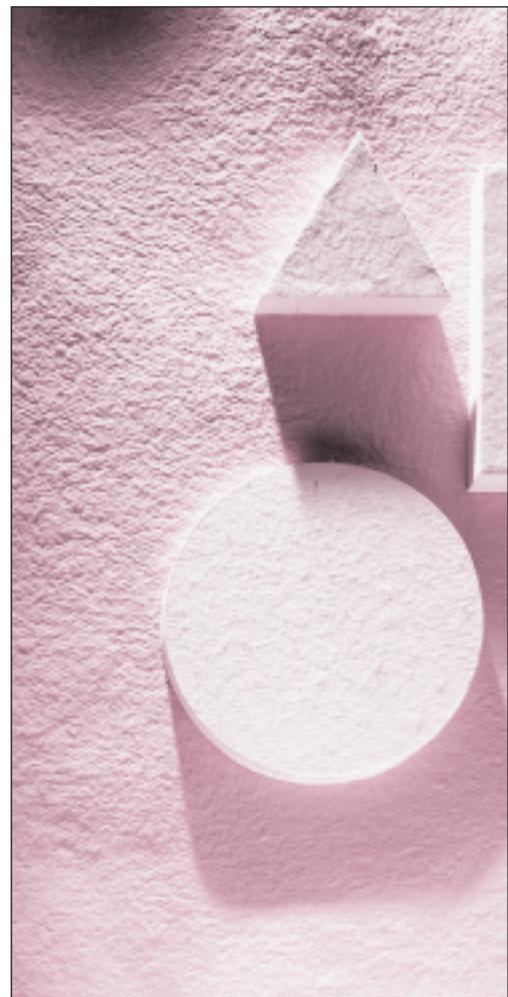
- Residencia permanente: aplicable a quien hubiera tenido un permiso de residencia continuado temporal de cinco años, si bien a diferencia de la anterior la LOE actual añade que debe haberse tratado de una residencia continuada, con las excepciones que el propio art. 32 establece, con lo cual quedan mayormente restringidas las condiciones de acceso.

Asimismo, se clarifica sistemáticamente la regulación de la residencia de las y de los estudiantes en el actual art. 33 (que deja de estar incorporado al apartado del permiso de trabajo, lo cual no resultaba demasiado consecuente con la posibilidad meramente marginal de llevar a cabo actividades retribuidas); se amplían las previsiones aplicables a los refugiados y apátridas, con continua remisión a convenios internacionales sobre la materia, atendiendo probablemente a requerimientos comunitarios, que informaron en su momento las reformas del Tratado de Amsterdam, y que pretenden actuar frente a una causa de inmigración que actualmente es mayoritaria en cualquier país de la Unión Europea (si bien no en España); y se clarifica igualmente la regulación de la situación de los menores, estableciendo en primer lugar la determinación de la edad y, después, de la posibilidad de retorno al lugar en donde se encuentren sus familiares. El permiso de residencia queda sólo para el caso de imposibilidad de retorno, a diferencia de la regulación anterior a partir de la que la concesión del mismo resultaba automática una vez se hubiera determinado la minoría de edad.

## 3

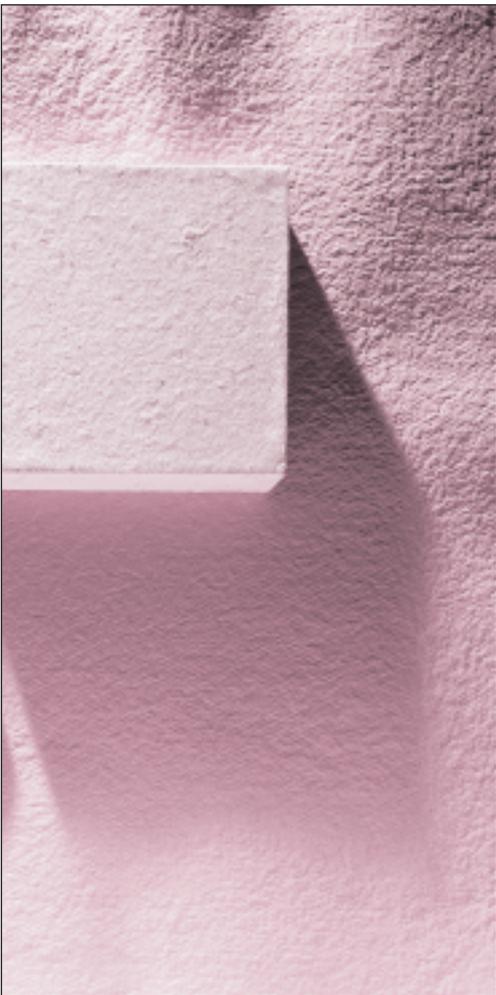
**El permiso de trabajo.** Consecuentemente con la finalidad depurativa, desde el punto de vista técnico, de la actual LOE, en materia de permisos de trabajo se ha producido una corrección terminológica de conceptos que, bajo la ley 4/2000, ocasionaron no pocos problemas interpretativos: la autorización administrativa para trabajar no es un concepto diferente del permiso de trabajo (por cuenta propia o

ajena). Se añade la posibilidad de que se apliquen criterios de reciprocidad para la concesión de estos permisos de trabajo (o sea, que se condicionen al modo en que las españolas y españoles son tratados en el país de origen del trabajador o trabajadora en cuestión) lo cual no deja de ser paradójico si se constata la evolución de la normativa de extranjería que, poco a poco, ha ido desechando por su escasa operatividad práctica el criterio de la reciprocidad. Tal vez pudiera considerarse esta recuperación como un elemento más a disposición de la autoridad gubernativa para justificar eventuales arbitrariedades.



Por lo demás, las reformas operadas por la LOE en esta materia son bastante puntuales y podrían sintetizarse del siguiente modo: a) el trabajo por cuenta propia no puede realizarse en nuestro país después de simplemente haber solicitado el permiso correspondiente, sino que requiere su previa obtención; b) las condiciones de la renovación del permiso de trabajo por cuenta ajena

son idénticas a las que, asistemáticamente, existían con la ley 4/2000 (persistencia o renovación del trabajo o de la oferta; percepción de la prestación contributiva de desempleo; percepción de prestación asistencial; o cuando se determine reglamentariamente, bien entendido que a partir de la primera concesión, la renovación no podrá limitarse a un sector productivo o geográfico concreto, lo cual anticipa ya una reforma reglamentaria de diferente contenido al actual Reglamento de 1996, en el que las renovaciones son, sin demasiada justificación, susceptibles de condicionamiento sectorial y/o geográfico). Resalta de la actual



regulación del art. 38 LOE la desaparición de la mención que contenía la anterior ley 4/2000 de que transcurridos cinco años el permiso de trabajo será permanente. Sin duda la materia de la concreción de los permisos de trabajo ha preferido abandonarse al desarrollo reglamentario eliminando aquellas garantías que podían ser más problemáticas y, sin duda, las que guardan rela-

ción con permanencias legales en España de carácter permanente entran dentro de este género; c) El actual art. 39 LOE, continuando con la línea de corrección técnica que ya se comentó más arriba, trata el tema de los contingentes clarificando que no se trata de un mecanismo que sustituya al de la concesión puntual y concreta de permisos, puesto que también en estos casos tendrá que tenerse en cuenta la situación nacional del empleo. La aclaración resulta de interés teórico pero escasamente práctico puesto que, el requisito de comprobación de existencia de trabajadoras o trabajadores españoles desempleados en el sector de actividad en que se solicite el permiso, seguirá resultando insalvable con carácter individual por lo que la vía colectiva de los contingentes será en la práctica la única que permitirá la entrada de inmigrantes. Se pretende asimismo que los contingentes encaucen la inmigración externa y no sirvan meramente como mecanismo adicional de regularización de los extranjeros y extranjeras que se encuentran ya en nuestro país, lo cual es consecuente con el texto de una ley que pretende actuar ordenando la inmigración y estableciendo criterios permanentes, pero que obliga al mantenimiento de políticas puntuales de regularización para reflotar el inmenso colectivo de trabajadores y trabajadoras inmigrantes sumergidos. También se recoge una antigua demanda de las Comunidades Autónomas, en el sentido de ser tenidas en cuenta en la fijación anual de los contingentes, lo cual tiene una evidente finalidad de adecuación real entre necesidades de mano de obra y trabajadoras/es extranjeros, pero que requiere una labor de anticipación de las empresas difícilmente exigible en sectores como el agrícola o el servicio doméstico. En la agricultura tal vez el sistema de contingentes pudiera ser adecuado si se articularan mecanismos más frecuentes o incluso extraordinarios, pero en todo caso ágiles para la entrada de mano de obra cuando se produce concretamente la necesidad. En el servicio doméstico la vía de los contingentes externos resulta ciertamente inoperante: es difícil pensar en alguien que contrate directamente a quien no conoce para que lleve a cabo actividades en las que tanto se valoran las condiciones personales concretas del trabajador o trabajadora. Resulta evidente, pues, que el trabajo doméstico, en el que como exponíamos inicialmente la compo-

sición femenina es mayoritaria, seguirá articulándose por medio de entradas como turista que fructifican en contratos que nunca se pueden legalizar porque se carece de visado y de entrada legal en España, sin que sirvan los contingentes porque se limitan a las contrataciones externas. Resulta ciertamente llamativo que la LOE se haya esforzado tanto en clarificar el sentido de los contingentes con sentido general, sin descender a tratar la problemática en la que quedan las trabajadoras inmigrantes del servicio doméstico, que pierden así una vía de regularización; d) se clarifican los supuestos a partir de los que se concederá el permiso de trabajo sin atender a la situación nacional del empleo (art. 40 reproduciendo parcial y matizadamente lo establecido en el art. 77.1 y 2 del Reglamento de 1996) así como aquellos que están exentos del permiso de trabajo. Se produce así una legalización del reglamento que resultaba fundamental porque la complejidad aplicativa del mismo contrastaba con la enorme repercusión de la exención del requisito de la situación nacional del empleo; d) La regulación del trabajo de temporada sigue sin alterarse sustancialmente en la ley, a salvo la competencia informativa que se reconoce a las comunidades autónomas en la materia. El principal problema de esta situación se encuentra en el limitado alcance del permiso estacional (el “a”) regulado en el Reglamento del 96, por lo que es previsible que se acometa su reforma en el texto del futuro reglamento; e) Particular interés presentan las innovaciones introducidas en materia de tramitación de los permisos de trabajo. Y ello porque, aunque se mantiene el plazo de tres meses para la resolución de las solicitudes presentadas de solicitud o renovación de los permisos de residencia y de trabajo, se altera el mecanismo de silencio administrativo. Así, para los casos de solicitud inicial, el transcurso de aquel plazo sin resolución expresa implica la desestimación, mientras que cuando se trata de renovación la falta de resolución en plazo tiene efectos estimatorios. Con esta nueva regulación, contenida en la Disposición Adicional primera (de la ley 4/2000) se altera el mecanismo de silencio administrativo positivo que regía bajo la anterior regulación. De este modo no sólo se garantizan en menor medida los derechos de las y los inmigrantes (al desconocer los motivos y dificultar consiguientemente los correspondientes



recursos), sino que también se anticipa la predisposición negativa y restrictiva de los Poderes Públicos frente al fenómeno migratorio; f) Se anticipa una reforma de los actuales sistemas de permisos de trabajo contenidos en el Reglamento aprobado por RD 155/1996 y que, como se sabe, establece alfabéticamente las diferentes posibilidades. Y ello fundamentalmente porque el apartado tercero de la Disposición Transitoria primera establece expresamente que, en su renovación, los titulares del permiso de trabajo B inicial podrán obtener un permiso de trabajo C (lo cual implica saltarse el paso por el permiso B renovado, que se exigía anteriormente); y los permisos de trabajo B renovado o C darán lugar al permiso permanente (lo que en el caso del B renovado implican también el ahorro de un paso). Asimismo, acto seguido, se señala que el texto reglamentario establecerá la tabla de equivalencias entre los tipos de permisos anteriores y posteriores al mismo. Previsiblemente se simplificará, en consecuencia, el sistema de tramos para la consolidación laboral del o de la inmigrante en España, pero ello no necesariamente significa que se facilitará el arraigo; g) En la Disposición Transitoria cuarta se produce una habilitación para la regularización de ilegales considerablemente más restrictiva que las que con anterioridad sirvieron a este propósito: se establece la posibilidad de regularización pero tan sólo con respecto a los que durante el año 2000 la hubieran solicitado y se les hubiera denegado por no haber conseguido probar su vinculación territorial a España con anterioridad al 1 de Junio de 1999. Resulta particularmente evidente que los Poderes Públicos dan por terminada la fase de las regularizaciones anuales y supuestamente extraordinarias para iniciar otra de carácter más legalista y estricto. Así se entiende el interés por controlar las entradas y los transportistas, si bien previsiblemente y aún suponiendo que los mecanismos controlados de entrada funcionen como se prevé, será necesario dar solución puntual a los y las millares de inmigrantes ilegales para los y las que previsiblemente será necesario habilitar mecanismos de regularización extraordinaria y transitoria más humanitarios y realistas que los que en su momento se propusieron por el Gobierno de retorno al país de origen para tramitar la entrada legal a España.

### C. EL TÍTULO III: INFRACCIONES Y SANCIONES

1

#### Las infracciones.

No entraré a describir la totalidad del panorama sancionatorio, y ni siquiera del alterado con la promulgación de la LOE 8/2000, sino tan sólo de aquellos temas relacionados estrictamente con el trabajo por cuenta ajena. Ciertos aspectos reformados, con todo, no dejan de ser peculiares, como por ejemplo la consideración de que existe infracción (leve o incluso grave en el caso de ocultación dolosa) cuando no se comunican los cambios en el estado civil de la persona inmigrante, lo cual evidencia una desconfianza de la LOE frente al beneficio de la reagrupación familiar de alcance casi patológico y, por ende, incluso inconstitucional. Otras modificaciones evidencian la preocupación de los Poderes Públicos frente a los problemas migratorios relacionados con los transportistas, a los cuales se les imponen obligaciones consistentes en el control adecuado de los visados y en la devolución a su cargo de quienes pretendieran entradas ilegales, acompañadas de sus correspondientes sanciones por infracción muy grave e incluso de eventuales decomisos del medio de transporte.

A

Trabajador o trabajadora inmigrante que presta servicios sin permiso de trabajo ni de residencia: Esta situación es constitutiva de infracción grave.

B

Trabajador o trabajadora inmigrante que presta servicios sin permiso de trabajo pero con permiso de residencia: Infracción leve. Paradójicamente en el art. 52.c de la LOE se establece que tal infracción se produce cuando quien realiza trabajo carece de la autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, sin hacer referencia al permiso de trabajo por cuenta ajena, aunque en buena lógica el trabajador o trabajadora por cuenta ajena entra también dentro del supuesto puesto que carece de un permiso de trabajo por cuenta propia. La situación es sensiblemente más problemática cuando se trate de un o una inmigrante que tenga permiso de trabajo por cuenta propia, así como permiso de residencia, pero que realice trabajo por cuenta ajena

porque, conforme al texto de la LOE no tendrá aparejada sanción alguna.

C

Empresa que contrata a trabajadores o trabajadoras extranjeras sin haber obtenido el correspondiente permiso de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno o una de las extranjeras ocupadas: Origina infracción muy grave. Resulta destacable que el art. 54.l.d. LOE, a diferencia de la ley 4/2000, configura una infracción por cada extranjero/a ilegal, lo que ya se establecía a su vez en el art. 37.1 de la LISOS pero que sin duda, requería de referencia expresa en la normativa específica de extranjería.

2

#### Las sanciones.

A

**La multa:** El art. 55 LOE establece para las infracciones leves la sanción de hasta 50.000 pesetas; para las infracciones graves, la multa entre 50.001 y 1.000.000 pesetas; y para las muy graves entre 1.000.001 y 10.000.000 pesetas.

Son dos los aspectos destacables en la nueva regulación acerca de las sanciones: a) en las tres infracciones descritas más arriba, caracterizadas por su repercusión laboral, el procedimiento sancionador se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo, y se tramitará conforme al procedimiento sancionador por infracciones en el orden social; b) es posible el establecimiento de una sanción adicional al empresario o empresaria que lleve a cabo contrataciones ilegales constitutiva de infracción muy grave consistente en la clausura del establecimiento o local por un tiempo de entre seis meses y cinco años.

B

**La expulsión:** Probablemente uno de los aspectos más novedosos y criticados de la actual regulación sea la ampliación de los supuestos generadores de expulsión del territorio español. Así, por ejemplo, se contempla la posibilidad de expulsión del territorio español de quien hubiera cometido en España o fuera de España conducta dolosa que constituya delito en nuestro país, salvo en el caso de que los antecedentes penales se hubieran cancelado. El principal problema es que la cancelación de los antecedentes no es un



mecanismo de garantía suficiente para quien cumplió sus obligaciones pendientes con la justicia en otro país porque se trata de un requisito administrativo que depende de condicionamientos internos que pueden perfectamente no comprender la posibilidad de cancelación o aplicarla restrictiva e incluso arbitrariamente. En el ámbito estrictamente laboral destaca el hecho de que, a diferencia de lo establecido en la ley 4/2000, la expulsión resulta aplicable en el supuesto de trabajo por cuenta ajena sin permiso de trabajo ni de residencia, tal y como expresamente establece el art. 57.1 de la LOE.

La LOE añade algunas clarificaciones técnicas a su articulado en materia de expulsión. Concretamente en el apartado tercero del art. 57 puede leerse que no podrán aplicarse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa, lo cual no deja de ser paradójico puesto que la expulsión puede producirse por reiteración de infracciones graves, en cuyo caso el sujeto ya habrá sido objeto de sanciones pecuniarias previas que, posteriormente, conducen a la expulsión, con lo que una misma actividad tiene aparejada primero multa y luego sanción. La normativa olvida la posibilidad en tales casos de que se proceda por parte de la Administración al reintegro de las eventuales cuantías que, en tales casos, se hubieran percibido previamente como sanción por la misma conducta.

El mismo art. 57 en su apartado quinto establece que no se aplicará la sanción de expulsión en una serie de casos, salvo que el origen de la infracción haya sido alguno de los dos siguientes: participación en actividades contrarias a la seguridad exterior o implicación en actividades contrarias al orden público; y reincidencia en la misma infracción conducente a la expulsión en el término de un año. Así las cosas, y desde la perspectiva laboral, cuando se trabaja sin permiso de trabajo ni de residencia, resultará aplicable la sanción de expulsión incluso cuando el sujeto se encuentre en alguno de los supuestos que la impiden, si se produce la reincidencia a que hace referencia el art. 57.

De este nuevo panorama con relación a la sanción de expulsión destaca una garantía que aparece en dos ocasiones en el texto de la LOE (art. 57.6 *in fine*; y art. 58.3 *in fine*): la imposibilidad de aplicar la expulsión

en el supuesto de mujeres embarazadas cuando la medida pudiera suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. Destaca la excepcionalidad de su presupuesto, de modo que tan sólo en estos casos y no en otros en los que humanitariamente sería aconsejable la permanencia por la reducida edad del o de la recién nacida se aplicaría la excepción a la expulsión, lo cual es particularmente penoso cuando en condiciones de maternidad reciente, el acceso a un trabajo que permitiera legalizar la situación de madre e hijo o hija resulta especialmente dificultosa.

Finalmente, y con relación no sólo a la sanción consistente en la expulsión sino en cualquier otro caso en que el inmigrante hubiera sido objeto de sanción administrativa, es posible el establecimiento de medidas cautelares, que en la actual LOE resultan considerablemente aumentadas en relación a las que se contemplaban en la ley 4/2000: si antes tan sólo existían la presentación periódica y la eventual retirada del pasaporte, en la actualidad es posible aplicar también la residencia obligatoria en determinado lugar, la detención cautelar e incluso el internamiento preventivo.

#### D. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las principales innovaciones que ha supuesto la reforma de la normativa de extranjería operada por medio de la ley 8/2000 podrían sintetizarse del siguiente modo: a) La restricción de los derechos colectivos a las y a los residentes legales previsiblemente será declarada inconstitucional; b) Se eliminan los mecanismos de regularización colectiva extraordinaria (contingentes aplicables a los ya residentes y regularizaciones anuales); c) Paralelamente, se refuerzan los controles de entrada y los referidos a los transportistas (para los que se establecen mecanismos adicionales de control y sanción); d) Se endurecen las situaciones susceptibles de expulsión, que pueden afectar incluso a los que trabajaran en España sin permiso de trabajo ni de residencia; e) Se clarifica la existencia de permisos de trabajo por cuenta propia y ajena, eliminando las dudas que suscitó en su momento la existencia de una eventual autorización administrativa, que ahora desaparece, al menos con entidad propia y adicional a los anteriores; f) Se endurecen los requisitos para la reagrupación familiar,

frente al que se instalan numerosas cautelas; g) Se incorpora a la ley parte del texto reglamentario contenido con anterioridad en el RD 155/1995, con lo que se clarifican algunos aspectos aplicativos considerablemente confusos; h) Se clarifica técnicamente la sistemática de las y de los estudiantes; i) Con estas y algunas otras clarificaciones técnicas se incorporan muchas otras correcciones técnicas nuevas, que comienzan incluso con el sistema de numeración en relación con la numeración del anterior texto y terminan con algunas incomprensibles reiteraciones; j) Se anticipa un desarrollo reglamentario que alterará el actual sistema de permisos de trabajo, previsiblemente simplificando su estructura, si bien nada permite concluir en que la simplificación afecte también a los requisitos y características; k) Se elimina la situación del empadronado/a, que sin tener regularizada su situación en nuestro país era, con la ley 4/2000, sujeto pasivo de algunos derechos. Se mantiene tan sólo a efectos del acceso a la asistencia sanitaria, lo que configura un argumento adicional para que no prospere la rumoreada prohibición del empadronamiento de ilegales; l) Se amplía la regulación del sistema de tasas para la solicitud y renovación de permisos; m) Se aumentan las competencias de las comunidades autónomas, lo cual resulta particularmente relevante en materia de contingentes; n) Se anticipa una modificación del código penal y se evita la sustitución de la sanción penal por la simple expulsión en el caso de inmigrantes que hubieran cometido alguna de las infracciones relacionadas con el tráfico ilegal de mano de obra.

Definitivamente, pues, la LOE anticipa una nueva etapa en la regulación y tratamiento del fenómeno migratorio mucho más estable (desde el punto de vista de la pretendida desaparición de los mecanismos anuales de regularización extraordinaria), más férreo (desde el punto de vista policial y sancionatorio) e, inexplicable e inútilmente, menos garantista. Sin duda la adecuación real y ágil entre la oferta y la demanda de trabajo extranjero y las necesidades empresariales españolas podía haberse hecho de igual modo sin alterar el marco de derechos de los y de las inmigrantes, sin presumir su mala fé y sin reducir las competencias de los entes colectivos que hasta ahora han encauzado su defensa.

# Derecho a la Reagrupación Familiar en la legislación española

## I. INTRODUCCIÓN

Una vez que la persona extranjera se establece en la sociedad de acogida, lo que realmente va a probar su integración en ella será la reunión con su familia.

De las facilidades que el ordenamiento jurídico ofrezca para llevar a cabo esa reunificación va a depender que se realice una labor integradora o no de los y de las extranjeras que llegan para establecerse con una intención de permanencia.

Esa reunificación es un derecho inherente a la persona como tal y encuentra su sustrato jurídico en la CE en el Capítulo II: “Derechos y Libertades” en cuya sección primera encontramos dentro del articulado referido a los derechos fundamentales y de las libertades públicas el artículo 18.1 en el que “se garantiza el derecho al honor y a la **intimidad personal y familiar**” y en el Capítulo III: “De los principios rectores de la Política social y económica” el Art. 39.1, “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. También viene recogido en el Art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, en el que se consagra el derecho al respeto de la vida familiar.

LUZ I. CUADRA FERNÁNDEZ  
Abogada

**1**

MOYA ESCUDERO, M. “El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de Extranjería”. *La Ley*, núm. 4.982 de 1 de febrero de 2000.

**2**

R. D. 766/92 modificado por R. D. 737/95.



Si bien es claro que el derecho del extranjero y de la extranjera a reunirse con su familia tiene una sustentación jurídica tanto a nivel nacional como europeo, no lo es tanto, el modelo de familia que va a tener en cuenta la legislación para determinar quiénes pertenecen a ella y por tanto quiénes van a ser reagrupables. El prototipo de familia ha evolucionado en Occidente, desde la familia patriarcal compuesta por muchos miembros cercanos hasta convertirse en lo que conocemos como familia nuclear integrada por los cónyuges y sus hijos e hijas; este tipo de familia así constituida no coincide en muchos aspectos con la que predomina en los países menos desarrollados de donde proviene la mayor parte de la inmigración no comunitaria o nacionales de terceros estados, en la que aún predomina la familia amplia compuesta por muchos miembros con vínculos de dependencia económica entre ellos, lo cual implica un conflicto en la elección de a quienes podrá reagrupar el extranjero o la extranjera ya establecido en España. Por otra parte, también la institución matrimonial ha sufrido un cambio sustancial al no venir ya a determinar el inicio de la célula familiar, ejemplo de ello son las parejas de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales, que basan en su sola voluntad, sin cumplir ningún requisito formal, el hecho de constituir una familia, siendo reconocidas como tales en algunos ordenamientos con casi idénticos derechos al matrimonio contraído formalmente. Además el hecho de la multiculturalidad lleva a que coexistan diferentes tipos de matrimonios según otros ordenamientos jurídicos, que pueden presentar conflictos con el ordenamiento jurídico nacional.

El derecho a la vida familiar hemos visto que es un Derecho Fundamental de la persona, sin embargo se va a crear una escala diferenciadora en el tratamiento de ese derecho fundamental, dependiendo de la nacionalidad que se ostente y así, afirma Moya Escudero “surgen normas jurídicas que discriminan por razón de nacionalidad el ejercicio de un derecho –el derecho a la vida familiar– que lo limitan y que, en algunas ocasiones lo niegan”<sup>1</sup>.

Vamos a encontrar en primer lugar a los nacionales de Estados de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo regulados por la normativa comunitaria<sup>2</sup>, realmente con un tratamiento mucho más amplio en

la esfera de la vida familiar, en 2º lugar a los familiares de los anteriores que sean originarios de terceros países, que los convierte en privilegiados en razón del vínculo familiar, en 3º lugar a los residentes legales nacionales de terceros países regulados por la ley de extranjería, mucho más restrictiva como veremos y por último los irregulares a quienes se les convierte en invisibles y por tanto como no portadores de derechos de ninguna clase.

Desde la perspectiva de género, nos encontramos con que el cónyuge reagrupante suele ser mayoritariamente masculino, debido a las estrategias migratorias: el hombre, cabeza de familia emigra y una vez establecido reagrupa a su esposa a diferencia de la mujer inmigrante que suele ser ella misma cabeza de familia, con cargas familiares, por lo cual reagrupa a sus hijos e hijas y a sus padres, en muy pocas ocasiones al marido. Esto es en términos generales, ya que es difícil saber el porcentaje de que número de mujeres han venido reagrupadas y cuantas por ellas mismas. La rápida evolución que está sufriendo la reciente inmigración en España, deja obsoletas las afirmaciones en un período de tiempo muy corto, últimamente parece que existe una tendencia a la equiparación. El status jurídico que se alcanza siendo reagrupada es diferenciador y claramente discriminatorio.

Las consideraciones anteriores, esto es, la intención integradora del ordenamiento jurídico, el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar, el modelo de familia que se va a tener en cuenta para ejercitar dicho derecho, la comparación del tratamiento jurídico con las ciudadanas y ciudadanos comunitarios, los efectos que va a tener la reagrupación familiar sobre el status jurídico de las mujeres, son las que van a servir de base para el análisis de cómo ha ido evolucionando a través del tiempo el desarrollo normativo en España de la Reagrupación Familiar y como esta regulada actualmente en la vigente Ley 8/2000.

## II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO ESPAÑOL

**1** **LEY ORGANICA 7/1985, de 1 de julio, que regula los Derechos y Libertades de los extranjeros en España.** Es la primera Ley que regula los Derechos y

Libertades de los extranjeros y extranjeras en España, ley que se distingue por su carácter policial y nada integrador de los primeros flujos migratorios con los que se enfrentaba España, que hasta entonces había sido país de emigración; muchos temas relativos a la integración en la sociedad española como consecuencia de la permanencia de los extranjeros y extranjeras, se dejan de lado, uno de estos temas es la reagrupación familiar la cual se omite por completo en dicha ley no haciendo ninguna mención al derecho de la persona extranjera residente de reunificación con su familia en todo el cuerpo legal.

**2** **REAL DECRETO 26 MAYO 1986, núm. 1119/86.** Aprueba el Reglamento de ejecución del año 86, en él sólo se refería a la posibilidad de reagrupación familiar en materia de visado dando a los familiares un trato preferente cuando se proponían reagruparse con un familiar ya instalado en España, siempre que demostrase tener capacidad para su mantenimiento, y cuya denegación no debía de ser motivada. Una vez conseguido dicho visado se adquiría un permiso de residencia sin derecho a trabajar cuya vigencia dependía del permiso de residencia del reagrupante y del mantenimiento del vínculo conyugal; dado que mayoritariamente se reagrupaban mujeres, ésta quedaba totalmente sometida a su marido.

**3** **CIRCULAR 7/94 de 28 de julio.** Dado que el Reglamento anterior preveía la exención de visado, en esta orden se faculta a las autoridades competentes por la que se puede eximir de la obligación de presentar el visado al solicitante de un permiso de residencia por circunstancias excepcionales.

**4** **RESOLUCIÓN 15 de febrero 1994.** Instrucciones generales y de procedimiento sobre la tramitación de visados para la reagrupación de familiares de las personas no nacionales de Estados miembros de la Unión Europea. Se fijan los familiares que pueden solicitar el visado por reagrupación familiar, así como las condiciones para efectuar la solicitud, en sus Disposiciones Transitorias realiza una regulación concediendo exención de visado para los familiares de



residentes legales extranjeros que se encuentren en territorio español, dándole por tanto consideración de circunstancia excepcional. Fueron mayoritariamente mujeres las que se acogieron a este proceso.

5

**REAL DECRETO 155/96 de 2 de febrero.** Era evidente que la Ley/85 se había quedado obsoleta, todas las fuerzas sociales pedían un cambio en ella, pero lo único que se consiguió fue una reforma del Reglamento de ejecución y así no es sino hasta 10 años después que se regula un permiso de residencia por motivo de Reunificación familiar<sup>5</sup>, absolutamente discrecional por la utilización del tiempo verbal “podrán”, pero que supuso un claro avance en la legislación del tema. Este permiso de residencia sigue estando limitado al tiempo de residencia del reagrupante pero se da la posibilidad de que el reagrupado pueda adquirir un permiso de residencia independiente, aunque continúa vigente como motivo de extinción la separación de hecho o de derecho.

6

**ORDEN de 11 de Abril de 1996. Exenciones de visado.** Regula dichas exenciones tanto para nacionales de terceros estados como para comunitarios recoge como motivos o razones para la concesión de exención de visado entre otros supuestos los que tienen como base los vínculos familiares:

- Extranjeros y extranjeras menores de edad.
- Extranjeros y extranjeras que sean cónyuges de español/a o de extranjero/a residente legal comunitario siempre que no se encuentren separados de derecho y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud.
- Extranjeros y extranjeras que sean cónyuges de extranjero/a residente legal nacional de terceros estados siempre que no se encuentren separados de hecho o de derecho y que acrediten un período previo de tres años a la fecha de la solicitud.

La diferencia en el tratamiento de los cónyuges según sean comunitarios o no, es evidente; a los primeros la condición negativa impuesta es que la separación sea de derecho en cambio a los segundos se les añade como requisito negativo la separación de hecho; el período previo de matrimonio es igual y excesivo para ambos: tres años, es una medida para evitar los matrimonios en fraude de ley.

7

**ORDEN MINISTERIAL de 8 de enero de 1999**, por la que se establecen las normas generales de tramitación de los expedientes de visado y de los Permisos de Residencia por reagrupación familiar. Va a detallar todos los requisitos necesarios para poder reagrupar a familiares establecidos por el Reglamento. Además de los requisitos generales: el tener un permiso de residencia renovado y la acreditación que permita establecer el parentesco (toda la documentación deberá de ir legalizada), se exige acreditación de medios económicos y de disponibilidad de una vivienda adecuada, para lo cual deberá realizarse un informe o acta notarial que contenga los siguientes extremos: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones o dependencias en que se distribuye la vivienda, uso al que se destina cada una de ellas, número de personas que la habitan y condiciones de equipamiento de la misma, en particular, las relativas a la disponibilidad de agua corriente, electricidad, sistema de obtención de agua caliente y red de desagües. Como puede verse los requisitos son excesivos y de alguna manera atentatorios contra la intimidad familiar, cual es la razón de que se exijan todas estas condiciones, ¿por qué esto no se hace con todos los trabajadores y trabajadoras españoles antes de casarse? Desde luego esta exigencia es sólo para las personas extranjeras de terceros países y no para las ciudadanas y ciudadanos comunitarios.

Esta regulación tan poco protectora del derecho a la reagrupación familiar se ha visto paliada por la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo, como lo expone Inés Arriaga Iraburu<sup>4</sup>. “El Tribunal Supremo –en reiterada jurisprudencia– ha considerado el “reagrupamiento familiar legítimamente acreditado” como una de dichas “circunstancias excepcionales” que hacen que la Administración esté ante un deber de otorgar la dispensa de visado a fin de obtener permiso de residencia cuando el demandante ya se encuentra en territorio español por concurrir una razón tan importante o trascendental como la de no quebrar la unidad familiar”. Resumiendo en una extensa nota los criterios que el TS ha tenido en consideración de los vínculos familiares: 1) Relaciones paterno-filiales, 2) Vínculo matrimonial con nacional español 3) Conviviente con nacional español 4) Hijos nacidos en España 5) Hijo o hija de española de la que depende económicamente 6) Vínculos fraternales.

3

Art. 54.3 “Estos familiares **podrán** obtener un permiso de residencia por motivo de reagrupación familiar”.

4

El Derecho a la vida familiar de los extranjeros en España: Status Quaestionis. Ponencia presentada en las Segundas Jornadas sobre Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. Inmigración y Derecho de la Facultad de Derecho de Zaragoza. 2000.

5

Art. 54.2.a)

6

Ya comentamos en los mismos términos BERNARDO, S.; VILAS, A. y CUADRA, L.I., en “Reagrupamiento Familiar”. *Jornada sobre el Reglamento de la LOE*. Barcelona. CIDOB. 1995.





8

**LEY ORGÁNICA 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.** La necesidad de una nueva ley de extranjería era evidente para todo el mundo, el fenómeno de la inmigración es cambiante y en los 15 años transcurridos desde la primera ha habido cambios sustanciales en la realidad social, que exigían una ley cuyo objetivo fuera más el de integrar a aquellos extranjeros y extranjeras que tienen su residencia en España, que la de ejercer un control policial de los flujos migratorios como se ha dicho al comentar la Ley Orgánica del 85.

Como esta ley ha sido tan efímera, ni siquiera se llegó a publicar su reglamento de ejecución, y ha sido parcialmente modificada por la vigente Ley Orgánica 8 del 2000 se analizarán los Arts. referentes a la Reagrupación Familiar conjuntamente haciendo referencia a lo que ha sido modificado en la actual ley.

### III. ANÁLISIS DE LA VIGENTE LEY 8/2000, REFERENTE A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

La ley 4/2000, había reconocido por primera vez el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar del extranjero/a en España, siendo una de las importantes novedades de dicha ley, quedando así establecido por ley uno de los Derechos considerados Humanos, por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y por la CE, como se ha visto anteriormente y reparando la laguna que se había venido advirtiendo en la legislación anterior.

Lo regula en el Capítulo II bajo el título Reagrupación Familiar y consta de cuatro artículos: Art. 16. Derecho a la intimidad familiar. Art. 17 Familiares reagrupables. Art. 18 Procedimiento para la reagrupación familiar. Art. 19. Efectos de la Reagrupación familiar en circunstancias especiales.

Mantiene por tanto el mismo título modificando los dos artículos ya existentes los arts. 16 y 17 y añadiendo dos nuevos los Arts. 18 y 19.

El art. 16 preceptúa:

1

Las personas extranjeras residentes en España tienen derecho a la vida en familia

y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España.

2

Las personas extranjeras residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17.

3

El cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él agrupados conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición.

Reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos.

Como novedad importante, además del reconocimiento del derecho, encontramos la conservación de la residencia a pesar de la ruptura del vínculo matrimonial, la situación creada por la dependencia de la residencia llevaba a soportar situaciones humillantes en los conflictos matrimoniales para muchas de las mujeres que habían adquirido su permiso de residencia por este medio. Si bien introduce un nuevo párrafo por el cual reglamentariamente se determinará para este caso un tiempo previo de convivencia en España. Es sorprendente esta reiteración ya que el Art. 19 establece un plazo de dos años de convivencia para poder obtener una autorización de residencia independiente indicando que cuando concurren circunstancias de carácter familiar que lo justifiquen podrá ser reducido dicho plazo, es lógico pensar que en estas circunstancias especiales estará integrada la ruptura del vínculo matrimonial, por lo que se considera que no era necesario dejar al reglamento la introducción de una nueva condición que siempre será de limitación.

En la ley 4/2000 en el punto 2 se les reconocía a los familiares de los extranjeros/as que residan en España el derecho a la situación de residencia en España para reagruparse con el o la residente, esto ha sido totalmente modificado en la vigente ley 8/2000, desapareciendo ese derecho y siendo por tanto sólo los y las residentes las que tienen el derecho a reagrupar a los familiares que van a venir determinados por el Art. 17. Solamente el extranjero o extran-

jera residente legal tendrá derecho a reagrupar.

Si bien el Art. 17 tiene el mismo título: familiares reagrupables, sufre una profunda modificación. En la ley 4/2000 se decía..” El extranjero residente tiene derecho a que se conceda permiso de residencia en España para reagruparse con él a los siguientes parientes”, concedía el derecho al permiso de residencia y además dándole un sentido más amplio con el término “parientes” que parece que se refiere a un tipo de familia menos nuclear. En la enumeración sólo quedan como familiares: el cónyuge, las y los descendientes, menores incapacitados de los cuales sean representante legales y los ascendientes. Vamos analizar separadamente cada grupo de ellos: El Art.17 no hace mas que recoger lo que estaba establecido en el Reglamento del 96.

El cónyuge: En el Reglamento del 96<sup>5</sup> se imponían tres condiciones: la no separación de hecho o de derecho, la no residencia con otro cónyuge y que no se hubiera concertado en fraude de ley. En la ley 4/2000 se repiten las mismas y se añade una nueva: el del separado y casado en segundas nupcias. Nada modifica la ley 8/2000.

En cuanto a la primera, incluye la separación de hecho como limitación, comparándolo con los comunitarios, el R.D. 737/95 modifica al R.D. 766/92 sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, debido a que el Tribunal de Justicia de la Comunidades dejó bien claro en su jurisprudencia que sólo puede impedirse la residencia cuando exista una separación de derecho de los cónyuges. Modificando el artículo referente a la reagrupación del cónyuge limitándolo solamente cuando exista una separación de derecho. No se ha aprovechado esta nueva regulación para aproximar los criterios. Por otra parte, se supone que la separación se refiere a la realizada antes de que el extranjero/a emigrara, ya que si no, no tendría sentido, ¿qué tipo de información se podría recabar, para cumplir con este precepto? El funcionamiento del consulado irá a investigar, ¿no irá esto contra el derecho a la intimidad familiar?<sup>6</sup> Además se está refiriendo al cónyuge casado con todas las formalidades ya que si la sola separación de hecho produce la pérdida del derecho no existe posibilidad alguna de incluir como cónyuge a las parejas de



hecho, no recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional que ha señalado reiteradamente que se entiende como cónyuge a las uniones de hecho.

La segunda condición se refiere a la posibilidad de que el extranjero por su ley personal tuviera dos cónyuges, sólo se le permitirá reagrupar a una, considerando que esta situación iría contra el Ordenamiento Jurídico, se establece la limitación de sólo tener derecho a reagrupar a una de ellas.

La inclusión de los matrimonios celebrados en fraude de ley, no puede referirse a los celebrados entre españoles y nacionales de terceros países, ya que éstos están regidos por el R.D. 737/95, siendo esta ley solamente aplicable a los ciudadanos y ciudadanas de terceros países, se referirá a matrimonios entre personas extranjeras de terceros países, consideramos bastante difícil que se den casos de matrimonios fraudulentos entre ellos en el sentido de fraude para la ley de extranjería, de todas formas existen al respecto muchos mecanismos de sanción, para esta práctica<sup>7</sup>.

En cuanto a la nueva introducción de separados y casados en segundas nupcias, habrá que esperar al Reglamento para ver que medios de prueba va a exigir para acreditar tanto el procedimiento jurídico como sus efectos. Realmente consideramos que se presentarán multitud de problemas al intentar equiparar los diferentes procedimientos jurídicos de los diversos países de origen de los inmigrantes con el nacional.

La descendencia: tanto los hijos e hijas del residente, como los del cónyuge e incluye a los adoptados/as. Condiciones: 1) Todos tienen que ser menores de 18 años y solteros. 2) Para los hijos e hijas del cónyuge se requiere que esté ejerciendo la patria potestad en solitario o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. 3) Los adoptados/as deberán acreditar que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España.

Se incluye sólo a los hijos e hijas, todas y todos aquellos otros menores que puedan depender económicamente del reagrupante no podrán reagruparse; es muy posible que, debido a como hemos dicho al principio respecto al modelo familiar, que nietos, sobrinos y demás familiares puedan haber convivido y dependido econó-

micamente del o de la residente, pero atendiendo al concepto de familia nuclear no se les incluye como reagrupables.

En cuanto a la edad a efectos de la reagrupación con los padres la comparación con los ciudadanos y ciudadanas comunitarias es claramente discriminatoria: “menores de 21 años o mayores de edad que vivan a sus expensas”<sup>8</sup> frente a los 18 años y la exigencia de la soltería, de los nacionales de terceros estados. No es comprensible bajo ningún punto de vista esta diferenciación tan notoria al ejercitar el mismo derecho: el de vivir en familia.

Respecto a los ascendientes la Ley 8/2000 ha modificado el apartado d) ampliándolo a los del cónyuge pero ha dejado el requisito, de además de estar a su cargo, deberán de justificar la necesidad de autorizar su residencia en España. Ya cuando la publicación del Reglamento del 96 donde se introdujo ese requisito lo criticábamos<sup>9</sup> considerando que era suficiente el hecho de estar a su cargo, para justificar la necesidad de residir en España, perdiéndose la oportunidad de equipararlo a la legislación comunitaria en la que sólo se exige el estar al cargo<sup>10</sup>. No se determinan taxativamente quienes son los ascendientes, por lo que pueden incluirse a las abuelas. Tampoco se dice nada sobre la edad como determinante para poder reagrupar pero en la práctica sólo las personas mayores de 65 años obtienen el visado. Las mujeres inmigrantes suelen utilizar mucho la reagrupación de sus madres, ya que son ellas las que se han quedado al cuidado de sus hijos e hijas cuando ellas han emigrado.

La ley 4/2000 introdujo dos grupos de familiares: “cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias” claramente se adoptaba por un criterio amplio de la familia frente a la nuclear, que hemos venido comentando, cierto que estaba delimitado por el concepto de razones humanitarias, que quedaba completamente a la discrecionalidad de la administración, pero abría una posibilidad, hoy perdida con su desaparición en la Ley 8/2000.

El otro grupo era “los familiares extranjeros de los españoles, a los que no les fuera de aplicación la normativa sobre entrada y permanencia en España de nacionales de

Estados miembros de la Unión Europea.” No determinaba que clase de familiares ni ponía ningún tipo de condición, con lo cual hubiera dado la posibilidad de reagrupar a hermanos, sobrinos, etc. no hay que olvidar que muchos cónyuges de españoles se han nacionalizado españoles, así como muchos latinoamericanos por la facilidad del tiempo menor de residencia para adquirir la nacionalidad española. Su desaparición no nos ha dejado ver sus posibilidades.

El número dos es nuevo, advirtiendo, por si hubiera alguna duda, que reglamentariamente se van a poner más condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación, es la función de los reglamentos, pero ese aviso especificado, suena a más limitaciones y además se hace mención especial al que corresponda a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación, lo cual se vuelve a reiterar en el número 4 del Art. 18, con la clara intención de evitar reagrupaciones en cadena.

La Ley 8/2000 introduce dos artículos nuevos el Art. 18 y el Art. 19.

El artículo 18 establece el procedimiento para la reagrupación familiar.

Habla de autorización de residencia y no de permiso como se denominaba en el Reglamento del 96. Exige un alojamiento adecuado, esperemos que no exijan, además del agua caliente, que ya hemos comentado el tener calefacción y que los medios de subsistencia no sean el triple del salario mínimo interprofesional. Ninguna novedad respecto a la exigencia de haber residido legalmente un año y tener autorización para residir otro año. Oportunidad perdida en ser más integradora, debería de bastar la obtención del permiso de residencia para poder ejercer el derecho.

Lo mismo respecto al plazo de validez de la autorización de residencia que será igual al del reagrupante.

El Art. 19 regula los efectos de la Reagrupación familiar en circunstancias especiales.

Estos efectos en circunstancias especiales son los referidos a obtener una autorización de residencia independiente tanto para el cónyuge como para los hijos e hijas reagrupadas.

Diferencias con las establecidas en el Art. 54.5 del Reglamento del 96:



Respecto al cónyuge, también aquí lo denomina autorización de residencia en vez de permiso de residencia. En el Reglamento decía cuando obtenga un permiso de trabajo y aquí dice cuando obtenga una autorización para trabajar, ¿será necesaria una oferta de trabajo, como hasta ahora para conseguir el permiso o se podrá pedir independientemente con sólo solicitarla? La convivencia de dos años y la reducción del plazo por circunstancias de carácter familiar que así lo justifiquen queda igual, pero desaparece la de si la persona reagrupante hubiera fallecido con residencia legal en España, si fallece después de dos años de convivencia no sería problema, pero si lo hiciera antes y sin haber obtenido la autorización para trabajar, no se entiende bien la supresión de ese apartado.

Con relación a los hijos e hijas: al alcanzar la mayoría de edad igual que en el Reglamento, pero añade la posibilidad de obtener una autorización para trabajar, así podrá hacerlo al cumplir los 16 años, igualándolos a las y los españoles que es la edad para iniciar la vida laboral.

En el Art. 27 referente a la Expedición de Visado, en el número 5 establece que la denegación de visado deberá de ser motivada cuando se trate de visados de residencia por reagrupación familiar.

Es de notar que la ley no ha recogido el “arraigo familiar” como motivo para la suspensión de las medidas de expulsión a pesar de la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo en este sentido.

## IV. CONCLUSIONES

El somero estudio realizado de la legislación española en materia de reagrupación en general y de la vigente ley de extranjería en particular nos lleva a las siguientes conclusiones:

**1**

No puede negarse que es un avance importante el reconocimiento del Derecho a la Reagrupación, que llena una laguna que se venía padeciendo desde el inicio de la legislación de extranjería como tal.

**2**

El modelo de familia que se ha tenido en cuenta para determinar qué familiares van a ser reagrupables es el prototipo occidental: nuclear y formalmente establecida por un matrimonio legal y de acuerdo con la legis-

lación española. Sin tener en cuenta la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión, sobre el derecho a la reagrupación. En la que en su Art. 5 recoge los miembros de la familia que son reagrupables: al cónyuge del reagrupante, o pareja de hecho, incluida la pareja del mismo sexo, los hijos e hijas de la pareja casada o no, los hijos e hijas mayores de edad pero dependientes, los ascendientes a su cargo. Con un criterio mucho más amplio del que se ha seguido en la presente ley.

**3**

Con todas las limitaciones que hemos observado en el estudio del articulado para efectuar la Reagrupación Familiar, se desprende claramente que se ha legislado no con un sentido de integración social, para la persona extranjera establecida con carácter permanente en la sociedad española, sino con un sentido de temporalidad, de estancia, que en nada favorece a la estabilidad requerida para la convivencia pacífica en la nueva sociedad en que se ha convertido España con la llegada de los flujos migratorios.

**4**

La comparación con la legislación aplicable a nacionales comunitarios es realmente mucho más restrictiva en todos los conceptos. Tal como afirma Moya Escudero<sup>11</sup>, el ordenamiento jurídico español utiliza planteamientos diferentes en razón de la nacionalidad de la persona reagrupante que evidencian serias discriminaciones en el derecho a la vida familiar. En la reunión especial de Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, el Consejo de Europa reconoció la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y residencia de nacionales de terceros países. Cuando la Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar se apruebe, se tendrá que modificar muchas de las normas aquí estudiadas, ya que se tendrá que armonizar la legislación de los distintos Estados que integran la Unión Europea.

**5**

El status jurídico de las mujeres reagrupadas, a pesar de las mejoras establecidas, sigue siendo discriminatorio, creando una situación de dependencia, que podría evitarse concediendo desde el principio un permiso de trabajo junto con el de residencia, y que tuviera su propia vigencia como en un permiso de trabajo por cuenta ajena.

**7** ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. “Matrimonios mixtos simulados: Mecanismos de sanción” *Boletín de los Abogados de Aragón*. Núm. 136. 1995.

**8** R.D. 737/95 Artículo único. 2. b).

**9** BERNARDO, S.; VILAS, A. y CUADRA, L.I. *Reagrupamiento Familiar*, op. Cit.

**10** R.D. 737/95 Art. Unico 2.c.

**11** MOYA ESCUDERO, M. “El Derecho a la Reagrupación familiar en la Ley de Extranjería”, op.cit.

# Mujer e inmigración

SOFÍA BERNARDO RÓDENAS

Abogada y miembro de SOS Racismo Aragón

Sin duda, cada vez son más numerosas las mujeres inmigrantes. Se trata incluso ya de un fenómeno que tiene su propia entidad.

Ciertamente, la condición de mujer inmigrante, como fenómeno autónomo, depende del país de origen de que se trate. Mientras las mujeres de la Unión Europea son, excepto casos como el de Portugal y Grecia, superiores en número a los hombres, y, entre las latinoamericanas tales cifras alcanzan proporciones extraordinarias (3 de cada 4 personas inmigrantes dominicanas o colombianas son mujeres, y también el 60% de las de países como Ecuador Brasil, Guinea o Filipinas), no ocurre lo mismo con la mayor parte de las inmigrantes africanas del área subsahariana o del Magreb. Todo lo dicho, según datos de 1998. Sin embargo, y aun contando con ello, no hay que olvidar que cada vez son más las mujeres que cruzan solas el Estrecho en pateras, incluso en condiciones personales especialmente penosas, algo que, hasta hace muy poco tiempo, resultaba impensable.

En conjunto, y citando el trabajo del Colectivo Ioé, los datos disponibles muestran que, entre la población extranjera, los hombres son ligeramente superiores en número a las mujeres (53% del total en 1992 y el 52,6% en 1998), siendo, durante el periodo 1992-1998, las nacionalidades que más han aumentado sus efectivos de mujeres las de Ecuador (que se ha triplicado), Cuba, Gambia, Perú y Argelia (donde se han duplicado), República Dominicana, Marruecos y Polonia, que también aumentaron en más del cien por cien su presencia. Hubo también mujeres de algunos países, como Suecia, Argentina, Estados Unidos, Venezuela y Chile, cuyo número disminuyó, pero se trata de países con menos tendencias migratorias, sobre todo en el periodo considerado.

Una circunstancia destacable, en esta creciente presencia de mujeres que emigran, es que muchas de ellas están llegando a los países receptores, no como parte de su entidad familiar, sino como personas con

plena autonomía, dejando a marido e hijos e hijas en el país de origen hasta ser ellas la pieza de la subsistencia común, avanzada muchas veces de un proceso –o de un deseo– que se inicia con la esperanza de una nueva y mejor vida colectiva. Las mujeres, en estos casos, son las que envían recursos a los suyos, a la espera de un reagrupamiento familiar, o son el elemento fundamental para la compra de la vivienda, para el establecimiento de un negocio o para el sostenimiento familiar.

A pesar de que es contrastable esta tendencia a igualar el número de varones y mujeres inmigrantes, no existen datos precisos sobre el número de mujeres inmigrantes ni sobre las que lo hacen con autonomía, sin vinculación al éxodo marital o familiar –en ocasiones, los datos no son ni fiables– y no es posible, por consiguiente, disponer de una información que facilite la aproximación más rigurosa al fenómeno.

Junto a ello, y como se ha destacado por algunos estudiosos, a pesar de su impor-



tancia numérica, las mujeres inmigrantes son un conjunto poco visible, muchas veces, sobre todo en el caso de mujeres en situación de irregularidad, dedicado a trabajos o tareas de fácil ocultación y de máxima reserva, y casi siempre con sujeción a funciones domésticas o al cuidado de menores y personas ancianas.

Sólo nos es dado, pues, constatar el hecho incontrovertido y atender, eso sí, a sus causas posibles, también, y por las mismas razones de falta de datos, imprecisas. Citando de nuevo al Colectivo Ioé, parece evidente que no hay un único factor que explique la diferente composición por sexo de las distintas colonias, ya que existen factores relacionados tanto con las sociedades de origen como con las de destino. La situación social de las mujeres en algunos países –magrebíes y subsaharianos– no facilita precisamente su inmigración independiente, y las características urbanas de alguna población femenina latinoamericana podrían explicar la incidencia en los flujos migratorios de las mismas, junto a la existencia de algunos trabajos, como el servicio doméstico, en los que la presencia de mujeres es, de antemano, un factor de trabajo más accesible.

Otra cuestión que merece la pena destacar es que las mujeres llegadas con ocasión de reagrupamientos familiares tienen condicionada su presencia al permiso de los maridos, lo que limita su propia independencia y condiciona inevitablemente su capacidad y libertad personal.

Sí es preciso también, antes de entrar en algunos detalles, decir que las mujeres inmigrantes padecen con frecuencia una doble discriminación. La de su condición extranjera, sometida por una parte a la presión pública, y por otra a la desafección social, y la de su condición de mujeres, con desigual trato, y no sólo laboral.

## MUJER Y SALUD

Sin duda, y con carácter general, la atención –o desatención– sanitaria a inmigrantes no tiene particularidades “femeninas”. Hombres y mujeres han dispuesto o sufrido el mismo trato y han estado sometidos a la misma legislación. Incluso los problemas sanitarios que se generan como consecuencia

de una vida muchas veces de marginalidad, en condiciones de habitación por debajo de los mínimos de higiene o con unas dietas alimenticias irregulares y escasas, no pueden distinguirse, si a hombres o mujeres nos referimos. En este aspecto, ni siquiera una distinción con las personas que ocupan bolsas de marginalidad sería posible. Sin embargo, si cabe hacer una consideración que permite marcar alguna diferencia.

Como es sabido, hasta la ley 4/2000, es decir, hasta fechas que no se alejan del pasado próximo, los y las inmigrantes que no tenían regularizada su situación no podían, ni siquiera, acogerse a las prestaciones sanitarias. Ello acarrea un singular drama con ocasión de los partos, en los que, aunque la prestación se recibía, tal prestación debía finalmente pagarse. Imaginar el periodo de embarazo y el de posparto y lactancia, sin ningún derecho sanitario, salvo complicaciones o procesos de gravedad, puede dar una idea de cómo la exclusión sanitaria afectaba fundamentalmente a la vida de las mujeres y de los niños y niñas a punto o acabadas de nacer.

La Ley 4/2000 y la Ley vigente, que la modifica, sí acogen el derecho a las prestaciones sanitarias, rompiendo así una situación en nada justificable.

## MUJER Y TRABAJO

Las mujeres inmigrantes, en un porcentaje muy elevado, se ocupan en los sectores laborales que quedan más allá de la frontera del trabajo regulado, o en los campos que se han venido llamando complementario de la economía.

No hablamos sólo de explotación, como ocurre con las y los inmigrantes en algunas actividades y como, trágicamente, en las últimas fechas, se viene haciendo público. Hablamos de sectores donde la explotación, inevitablemente, es consustancial a la actividad, o donde la actividad no responde a las reglas laborales.

Y así, tres sectores, bien diferenciados, son los de más extendida presencia femenina. El servicio doméstico –la presencia de filipinas es amplia, y destacada la de latinoamericanas–, es el primero de ellos.

Sector éste con una regulación escasa, que no reconoce el derecho de desempleo a las trabajadoras, que sólo exige la afiliación social a partir de un determinado número de horas de trabajo jamás reconocidas, que mantiene jornadas sin límites y que es difícilmente controlable a través de los medios regulares y públicos de inspección.

El cuidado de personas enfermas es otra de las actividades de preferente presencia. Con una falta también de regulación legal, en este caso hasta inexistente en su mínima expresión, el cuidado de personas enfermas, en toda Europa, se ha convertido en un medio complementario asistencial, que palió las escasas dotaciones y medios que se aplican por los poderes públicos a estas necesidades, y que posibilita un nivel de protección que nunca, sin este personal marginado, podría otorgarse. Estamos ante una explotación que se integra en las necesidades del sistema y que, dicho sin eufemismos, se acepta como uno de los recursos del propio estado del bienestar, con toda la carga ética y trágica que ello conlleva, y con todo el cinismo que de tal aceptación se desprende. Se trata, por otro lado, de un trabajo especialmente atendido por irregulares, hasta donde no llegan medidas algunas de regulación, y con unos horarios exhaustivos, y hasta nocturnos, que dan buena cuenta de la magnitud del problema.

No es de menor entidad el tercero de los sectores en el que las mujeres inmigrantes se encuadran. Se trata de la prostitución. A la gravedad del problema se añade, como un complemento especialmente amargo, el hecho de que muchas de las mujeres inmigrantes que la ejercen llegaron de la mano de mafias, que las someten y extorsionan, con amenazas familiares y deudas impagables, con dependencia de redes que trascienden hasta la propia nación y con imposibilidad, por tanto, de superar la terrible situación. En algunas ocasiones la llegada a los países de destino se hace a sabiendas de que la prostitución será el fin que aguarda, pero no faltan las ocasiones en las que la sujeción de origen a las mafias obliga a prostituirse, sin paliativo ni conocimiento previo y, por descontado, sin otros recursos.



Son mujeres jóvenes del este europeo, además de otras procedentes de países diversos, las que están siendo reclutadas de forma más aparente para el ejercicio de la prostitución, un problema –más bien una forma de explotación– que acaba por sobrepasar el ya reprochable hecho. Con ocasión de los sucesos de El Ejido, en el 2000, una pintada popular en los muros del pueblo daba cuenta de las mil connotaciones: “Moros no, rusas sí”, era el tremendo mensaje que se lanzaba con toda su carga xenófoba y con toda la fuerza del valor y el sentido de una forma insospechada de agresión, ultraje y explotación femenina.

No es difícil, además, deducir que las mujeres en esta situación carecen de la asistencia jurídica gratuita y hasta de abogado/a de oficio porque la nueva ley –una más de las negaciones de derechos– excluye esta posibilidad para los extranjeros y extranjeras en situación de irregularidad, siempre que no se trate de casos distintos a los derivados de su propio expediente de expulsión, lo que acarrea la imposibilidad de personarse como acusación particular en los procedimientos penales que se abran como consecuencia de denuncias por tráfico y explotación de prostitución. Pero ni aun esto es todo: las mujeres extranjeras que ejercen la prostitución, además de la desprotección jurídica que tienen normalmente como irregulares, pueden ser expulsadas por el procedimiento preferente previsto en la nueva Ley para los casos de participación en actividades ilegales en territorio español, y todo ello en el plazo de 48 horas, lo que suprime en la realidad su derecho a abogado/a de oficio, ante la forma sumaria en que puede llevarse a cabo la expulsión, con la agravante de que la asistencia jurídica gratuita sólo llega a los extranjeros y extranjeras que se hallen en España.

## MALOS TRATOS

Cuestiones que, en nuestra sociedad, son cada más conocidas –no, seguramente más comunes–, como los malos tratos a mujeres, no quedan fuera del mundo de las personas inmigrantes. No podían quedar. Y si por fortuna la sensibilidad social es cada vez mayor a ello y cada vez son

más las medidas judiciales o institucionales que, con mayor o menor fortuna, se arbitran, no puede, en esta ocasión, dejarse de hablar tampoco de cómo particularmente a las inmigrantes les afecta.

El hecho de que las inmigrantes irregulares no puedan ser atendidas en los servicios de apoyo de la Administración, unido a lo ya comentado más arriba sobre la incapacidad para contar con abogado/a de oficio o justicia gratuita, pone trabas casi insuperables a la denuncia de cónyuges maltratadores. Usar abogada o abogado propio particular es ya algo reservado a muy pocas, pero presentar denuncias ante la policía se convierte en un riesgo que difícilmente nadie quiere correr. En este aspecto, además, la reciente Ley de Extranjería ha agravado las cosas, al propiciar la expulsión por carencia de permiso de residencia, lo que no ocurría con la Ley 4/2000 derogada. Por su parte, los casos de mujeres residentes en España por reagrupación familiar, con una dependencia absoluta del marido, tanto económica como administrativa, poco permiten la denuncia, pues llevarla a cabo no hace sino dejarlas sin su “protección”, y, en algunos casos, abocarlas a formas de irregularidad.

No es tampoco una mera forma de hablar, saber que las condiciones de precariedad en vivienda y vida, generan un caldo propio más proclive a la violencia doméstica, y no precisa de muchos esfuerzos deducir de los datos disponibles que los malos tratos a mujeres emigrantes trascienden menos que los malos tratos de las mujeres en situación de normalidad, a pesar de que estamos, en todos los casos, ante un problema tradicionalmente escondido.

Gravedad particular reviste la situación de las mujeres extranjeras casadas con español, a las que no son extrañas las amenazas de denuncia para anularles el permiso y entrar, por consiguiente, en el camino administrativo de la expulsión.

Según el informe anual de 2000 de la Organización SOS Racismo, durante 1999 se produjeron varios casos de negativa a entrada de mujer inmigrante irregular en pisos de acogida por malos tratos, así como la falta de denuncia de éstas por temor a la expulsión.

## ALGUNA CONSIDERACIÓN PARA EL FINAL

Es obvio que este trabajo no pretende hacer un recorrido por la particular situación de las mujeres inmigrantes en países como España. Tampoco pretende detallar problemas o conflictos. Aunque cada vez hay más trabajos sociales e investigaciones sobre ello, y cada vez, con enormes lagunas, el conocimiento de los hechos se aproxima a lo realmente existente, profundizar todo escapa a las posibilidades que nos planteábamos al iniciarlo. Acercarse a los datos y definir algunos con conclusiones era simplemente –o nada menos– el objetivo. Y, en este sentido, sí cabe sacar algunas conclusiones:

La primera, no por general y sabida menos necesaria –pues tantas veces y por los poderes públicos parece desconocerse– es que la situación de las personas inmigrantes en general, en todos los aspectos, sociales, asistenciales, económicos, laborales y legales es de precariedad y que inferior al resto de ciudadanos y ciudadanas son los derechos de que disponen. No salvan esta generalidad las excepciones, ni es ocasión ahora de entrar en las causas, muchas de ellas económicas y del propio sistema, que no permiten al día de hoy muchas esperanzas. Y en ella es también exacto y reseñable que las mujeres empiezan a alcanzar, incluso de forma autónoma, un nivel de inmigración que las convierte, no ya en agentes secundarios del viaje, sino en protagonistas totales del fenómeno.

Y es la segunda que, en el terreno laboral y social, la situación de la mujer inmigrante, en conjunto, es todavía más precaria que la de los hombres. Ciertamente, eso pasa en el colectivo nacional también. Pero no puede olvidarse que, en situaciones de marginación y pérdida de derechos, quienes, por su condición, ya más los padecen, acaban sufriendo un plus de precariedad la mayor parte de las veces no considerado.

No reconocer ello, incluso entre quienes se esfuerzan por una sociedad más justa, dificultará hoy y mañana cualquier política de inmigración y dará pie al sostenimiento de bolsas de discriminación, incompatibles con la justicia, que deberían serlo también con el derecho.

# **Notas urgentes sobre Ley Orgánica 4/2000,**

de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros/as en España y su integración social, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Pautas de actuación que suscita la lectura del texto legal

PASCUAL AGUELO NAVARRO

Abogado del Área de Extranjería del Colegio de Abogados de Zaragoza

**E**l Boletín Oficial del Estado del día 23 de diciembre de 2000 publicó la L.O. 8/2000 de modificación de la L.O. 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y Extranjeras en España y su integración social.

La Ley entró en vigor el día 23 de enero de 2001.



## I. CONSIDERACIONES GENERALES

### A

#### El Preámbulo o Exposición de Motivos

La Ley Orgánica 8/2000 tiene por objeto reformar la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros y extranjeras en España y su integración social, no su derogación. La Ley reformada pasa a tener un total de **70 artículos** frente a los 63 artículos que tenía inicialmente la Ley 4/2000 y mantiene su denominación y por consiguiente el objetivo integrador contenido en la Ley reformada.

La Exposición de Motivos aduce como causas determinantes de la reforma dos cuestiones básicas.

### a

Haberse detectado aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma.

### b

Y en la necesidad de que la normativa sea conforme con los compromisos asumidos por España (Tampere).

### B

#### Nacionales Iberoamericanos

Tampoco el texto de reforma realiza alguna referencia respecto de las y de los nacionales iberoamericanos. Sin embargo, vuelve a la redacción de 1985 y realiza una mención expresa a los Tratados y Convenios Internacionales. Art. 1.2 (En realidad debiera ser Art. 1.2 bis).

### C

#### Derechos

Buena parte de los derechos contemplados para todos los extranjeros y extranjeras quedan limitados en la reforma para quienes se encuentran legalmente en nuestro territorio.

Sorprende que, a pesar de las fuertes críticas que se realizaron frente a la Ley 4/2000 original, se mantenga el concepto de la extranjera y del extranjero irregular empadronado (el art. 12, que recoge la asistencia sanitaria no es objeto de reforma).

### D

#### Garantías Jurídicas

El amplio andamiaje de garantías jurídicas previsto, con mejor o peor rigor técnico, por la Ley 4/2000 quedará, como veremos, notablemente difuminado en la reforma.

Los Informes emitidos por el Pleno del CGPJ y por la Subcomisión de Extranjería del CGAE, ponen de manifiesto que muchas de las cuestiones objeto de la reforma, aun pudiendo ser acordes con la Constitución, suponen un debilitamiento de los derechos y garantías jurídicas de las y de los extranjeros: Ausencia de motivación en algunos casos de denegación de visados; no previsión con el carácter de preceptiva de la asistencia letrada en supuestos que pueden dar lugar a la salida forzosa del territorio: devolución, retorno y denegación de entrada; procedimientos sancionadores sumarísimos y régimen excepcional de ejecutividad para los procedimientos de expulsión, entre otros.

### E

#### Política de entrada y visados

El nuevo texto mantiene de forma todavía más restrictiva la política de entrada y de visado y no hace variar los criterios respecto del acceso al permiso inicial laboral para el que se continuará teniendo en cuenta la situación nacional de empleo. La restrictiva política de visados e invocación a la situación de empleo nacional son los dos instrumentos legales más importantes generadores de irregularidad.

Se introduce la novedad de que con carácter excepcional se podrá solicitar el visado de corta duración en frontera, acabando con el monopolio competencial del M.AA.EE. en esta materia.

Se exime de la preceptiva motivación en algunos supuestos de denegación de visados. (Sólo deberán ser motivados los visados de reagrupación familiar y trabajo por cuenta ajena).

### F

#### Expulsión y Detención administrativa

Se mantiene la **multa** como sanción tipo, si bien los supuestos en los que se podrá sustituir por la expulsión aumentan de forma espectacular regresando en la práctica a la redacción del texto de 1985.

Asimismo se vuelve a regular la posible detención administrativa cautelar e internamiento para los supuestos de expulsión, devolución y retorno.

### G

#### Regularizaciones

Por último, se contemplan dos supuestos de regularización:

- una **regularización permanente** (art. 31.3) para aquellas y aquellos extranjeros que hayan logrado subsistir durante cinco años en España de manera irregular y para quienes hubieren tenido en alguna ocasión algún permiso y no lo hubieren podido renovar; y
- otra **regularización puntual** como acompañamiento de Ley, menos generosa que la que contenía la derogada la Ley reformada, que sólo contempla la regularización de las personas a la que se les hubiere denegado la regularización, solicitada de acuerdo con la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 4/2000, por el motivo de no haber acreditado su presencia en España antes del 1º de junio de 1999.

## II. EXAMEN DE LAS MODIFICACIONES DE LOS CUATRO TÍTULOS DE LA LEY Y DISPOSICIONES

### TÍTULO PRELIMINAR. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO (ARTS. 1 Y 2)

Por motivos gramaticales se reforma el art. 1 sustituyendo la expresión “extranjero”, por “extranjeros”.

El apartado 2 que decía “La Ley sólo se aplicará a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y a aquellos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario (familiares beneficiarios), en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables” no fue objeto de reforma, ni enmendado. Sin embargo, el texto original desapareció por arte de magia en la Comisión Constitucional. (ver en la Web <http://www.reicaz.es/extranjeria/> el Informe emitido sobre este tema).

Evidentemente las españolas y los españoles están excluidos del ámbito de aplicación de la ley.



## TÍTULO I. DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS [Y DE LAS EXTRANJERAS] (ARTS. 3 A 22)

**1**

### La reforma del Art. 3

El Texto de Reforma propone la modificación del título del artículo. Se pasa de recoger el principio de igualdad con las y los españoles e interpretación de las normas a una mera formulación introductoria a los derechos de los extranjeros y extranjeras. Se pasa del principio de equiparación como regla de base a un mero criterio interpretativo (art. 3.1).

Por otra parte, resulta peligrosa la diferencia que se realiza entre goce y ejercicio de derechos y que puede dar lugar a recortes y discriminaciones insoportables.

**2**

### Derechos de contenido político

Hay un claro debilitamiento de los derechos de contenido político. Los extranjeros y extranjeras en situación irregular carecen de derechos de contenido político.

Las restricciones contenidas en relación con los derechos de asociación, sindicación y manifestación, en tanto derechos fundamentales, son de más que dudosa constitucionalidad.

### Derechos de Participación Política

En cuanto a los Derechos de Participación Política (art. 6) el texto de reforma vuelve a la fórmula constitucional: La participación política se contempla bajo el régimen de reciprocidad (art. 13.2 CE).

Se mejora la referencia al Padrón Municipal al excluir la posibilidad de un padrón especial de extranjeros y extranjeras como lo hacía la Ley 4/2000.

**3**

### Derechos Sociales

Hay también un retroceso en cuanto al reconocimiento de los derechos sociales muy dependientes ahora de la estancia legal o ilegal.

Con alguna matización, se puede establecer el siguiente cuadro de Derechos Sociales (cuadro 1):

## DERECHOS SOCIALES (CUADRO 1)

### TODOS LOS EXTRANJEROS Y EXTRANJERAS

- Derecho a la educación (salvo la enseñanza no obligatoria) en todos los grados e idénticas condiciones que los españoles y españolas. (Art. 9).
- Derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. (Art. 14.3) (no se enmienda).
- Asistencia sanitaria pública de urgencia. (Art. 12.2) (no se enmienda).
- Tutela Judicial Efectiva. (Art. 20.1).
- Asistencia Jurídica Gratuita e Intérprete en caso de denegación de entrada, devolución, expulsión y asilo, incluso en los procedimientos administrativos. (Art. 22.1).

### RESIDENTES IRREGULARES EMPADRONADOS

- Asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles y españolas. (Art. 12.1) (no se enmienda).

### RESIDENTES LEGALES

- Derecho a ayudas en materia de vivienda. (Art. 13).
- Prestaciones de la Seguridad Social. (Art. 14.1).
- Servicios y Prestaciones Sociales. (Art. 14.2).
- Derecho al trabajo. (Art. 10).
- Asistencia Jurídica Gratuita en igualdad con los españoles y españolas. (Art. 22.2).

**4**

### Reagrupación Familiar (arts. 16, 17, 18 y 19)

Tan sólo se reconoce como un derecho de la persona residente, no del o de la familiar reagrupable.

La o el familiar reagrupado conservará la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial. Se deja al desarrollo reglamentario la concreción del tiempo previo de convivencia en España que se deberá acreditar.

Se suprimen los supuestos e) y f) de la actual Ley 4/2000 (Cualquier otro u otra familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias, y las y los familiares extranjeros de las personas españolas, a las que nos les fuera de aplicación la normativa sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea).

Se modifica el d) *los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.*

**5**

### Garantías jurídicas

#### La asistencia jurídica gratuita. Posible inconstitucionalidad del artículo 22.

El derecho a la asistencia jurídica gratuita de cualquier persona extranjera, independientemente de su situación de ilegalidad/legalidad, se reduce a los *procedimientos administrativos* y judiciales que puedan llevar a la denegación de entrada, devolución o su expulsión del territorio español. Así como en los procedimientos de asilo.

Asimismo, se excluye del beneficio en los demás procedimientos jurisdiccionales, a las y a los extranjeros pobres no residentes. La Ley 4/2000 original reconocía el derecho también a las y a los irregulares empadronados.

#### Recursos contra los actos administrativos; Régimen de ejecutividad (arts. 21 y 65).

Se diseña el régimen de ejecutividad a través de dos artículos diferentes, el art. 21.2 y el art. 65.

En ambos se señala que el régimen de ejecutividad será el previsto con carácter general, si bien el art. 21.2 contiene la salvedad del procedimiento preferente de expulsión contenido en el art. 63.



### Falta de motivación de algunas Resoluciones administrativas.

Se exime de la preceptiva motivación en algunos supuestos de denegación de visados (art. 20 en relación con el 27). (Sólo serían motivados los visados de reagrupación familiar y trabajo por cuenta ajena).

## TÍTULO II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS EXTRANJEROS [Y DE LAS EXTRANJERAS] (ARTS. 25 A 49)

### Capítulo I

#### DE LA ENTRADA Y SALIDA DEL TERRITORIO ESPAÑOL

##### 1

#### Entrada

El art. 25 se modifica para establecer un régimen de entrada similar al regulado en el Acuerdo Schengen.

Se mantiene la posibilidad de requerir la comparecencia personal en el procedimiento de visado que antes, sin cobertura legal, se imponía sólo por vía reglamentaria (art. 27.2).

Se excluye la obligatoriedad de la motivación de algunos supuestos de denegación de visados (sólo se mantiene para los visados de reagrupación familiar y trabajo por cuenta ajena art. 27.5).

Importante nos parece la novedad de la posibilidad excepcional de solicitar los visados de estancia en los puestos habilitados para la entrada. Art. 27.1 in fine.

Se mantiene el derecho de asistencia letrada de la extranjera y del extranjero rechazado en frontera, si bien no se contempla con carácter preceptivo.

##### 2

#### Exenciones de visado (art. 31.7)

Sólo en casos excepcionales, por razones humanitarias, de colaboración con la justicia se podrá eximir del requisito del visado consular por el Ministerio del Interior. Ha desaparecido la anterior referencia a los motivos de asistencia sanitaria, pese a ello entendemos que el supuesto debe quedar subsumido en las razones humanitarias.

Cuando la exención se solicite como cónyuge de residente, se deberán reunir las circunstancias de los artículos 17 y 18 (reagrupación familiar) y acreditar la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año. (El proyecto contemplaba que la convivencia fuera en España, definitivamente ha sido suprimida esta exigencia).

El Proyecto cubre la laguna de la Ley 4/2000 y atribuye expresamente la competencia administrativa al Ministerio del Interior en materia de situaciones de estancia y residencia (nuevo apartado 2 del art. 29).

### Capítulo II

#### SITUACIONES DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS (arts. 29 a 35)

##### 1

#### Enumeración de situaciones (art. 29)

Las extranjeras y los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de...

##### 1

Estancia: permanencia no superior a 90 días.

##### 2

Residencia Temporal: más de 90 días e inferior a 5 años.

##### 3

Residencia Permanente: transcurridos los 5 años de residencia temporal derecho a residir en España indefinidamente.

Frente a la indeterminación de la figura del residente en la Ley 4/2000, en la Reforma (art. 29.3) se explicita que: *“son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente”*.

A pesar de esta aparente concreción siguen existiendo importantes lagunas. Por ejemplo, la definición de la permanencia del o de la estudiante superior a los 90 días.

##### 2

#### Competencia

El Proyecto cubre la laguna de la Ley 4/2000 y atribuye expresamente la competencia administrativa al Ministerio del Interior en materia de situaciones de estancia y residencia (nuevo apartado 2 del art. 29).

##### 3

#### Prorroga de estancia (art. 30.2, 3 y nuevo 4)

En los supuestos de entrada con visado de duración inferior a 3 meses la prórroga sólo podrá extenderse hasta 3 meses (Acuerdo Schengen).

En los supuestos de entrada sin visado se podrá prorrogar más allá de 3 meses cuando concurran circunstancias excepcionales.

##### 4

#### Residencia Temporal (art. 31)

El apartado 3 (acceso a la residencia temporal) uno de los más polémicos de la Ley 4/2000: La posibilidad de acceder a la residencia temporal de la o del residente irregular empadronado acreditando una estancia ininterrumpida de 2 años).

El nuevo Texto exige acreditar una permanencia de 5 años o haber tenido algún permiso y no haberlo podido renovar (en este segundo supuesto no se exige tiempo especial de permanencia irregular). En estos casos discrecionalmente la Administración podrá otorgar un permiso de residencia temporal si se cumplen los demás requisitos: acreditación de medios económicos suficientes, o se proponga realizar una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena.

Se añade un apartado 4 por el que se recupera la posibilidad del Permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales que había desaparecido en la Ley 4/2000.

En el apartado 5 se admite la posibilidad de renovación de los permisos de extranjeras y de extranjeros que hubieren cumplido condena, indultados o en situación de remisión condicional valorando las circunstancias de cada supuesto.

##### 5

#### Residencia Permanente (art. 32)

Se contempla un régimen de residencia permanente generoso que se obtiene transcurridos 5 años de residencia temporal **continuada** y que implica la no necesidad de solicitud de permiso de trabajo, o la práctica imposibilidad, tanto para la o el residente permanente, como para sus familias de ser expulsados (art. 57.5 b) y 57.6.

El plazo de 5 años se podrá reducir **excepcionalmente** en supuestos de especial vinculación con España que se concretarán reglamentariamente.

##### 6

#### Estudiantes (art. 33)

Se mantienen la prohibición de trabajar. Aunque podrán ejercer actividades lucrativas y ser contratados o contratadas como personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en los términos expresados en el artículo (en la medida que no limite la prosecución de los estudios).



Se define expresamente la situación del estudiante como de **estancia**. En la Ley 4/2000 original manteníamos que la situación era de residencia.

## **7** Régimen de apátridas e indocumentados/as (art. 34)

Se mejora la regulación y definición de las situaciones de apátrida e indocumentados/as.

## **8** Residencia de Menores (art. 35)

La regulación final hace recaer la competencia para la determinación de la identidad, edad y circunstancias personales y familiares recaerá en el Ministerio Fiscal, quien una vez determinadas aquellas circunstancias pondrá al menor o a la menor a disposición de los servicios encargados de protección de menores. Parece bastante coherente con la regulación de competencias del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Protección del Menor.

## **Capítulo III** TRABAJO. (art. 36 a 43)

### **1** Autorización previa y consideración de la situación nacional de empleo (arts. 36, 37 y 38)

El Texto reformado continua considerando como imprescindible para acceder al trabajo, tanto por cuenta ajena como propia, hasta alcanzar la residencia permanente, la autorización administrativa previa (art. 36.1) y la consideración de la situación nacional de empleo, en los supuestos de actividades por cuenta ajena (art. 38.1). Se incorpora la posibilidad de aplicar criterios especiales para determinadas nacionalidades en función del principio de reciprocidad (art. 36.4).

Se mantiene la obligación de las y de los empleadores que deseen contratar a una extranjera o extranjero no autorizado para trabajar de obtener previamente autorización del Ministerio de Trabajo (art. 36.3).

Se mejora la formulación de la **renovación** de los permisos (art. 38.3). Se suprime la expresión “podrá” que figuraba en el texto de la Ley 4/2000. En efecto, el permiso debe renovarse si concurren las circunstancias legales y no se debe renovar si no concurren.

A partir de la primera concesión los permisos se concederán sin limitación alguna. La redacción no es afortunada, pero a la vista de la redacción del apartado 2. del art. 36, la ausencia de limitaciones parece que se refiere a partir de la renovación del permiso.

### **2** Contingente (art. 39)

El artículo establece la obligación del Gobierno de establecer un contingente anual de mano de obra extranjera pero con el añadido “**siempre que exista necesidad de mano de obra**”.

### **3** Supuestos específicos (art. 40)

**No se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.**

**a**  
La cobertura de puestos de confianza en las condiciones fijadas reglamentariamente.

**b**  
Cónyuge o descendiente de persona extranjera residente en España con un permiso renovado.

**c**  
Titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación.

**d**  
Las trabajadoras y los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos.

**e**  
Quienes hubieran gozado de la condición de persona refugiada durante el año siguiente a la cesación de la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de refugiados/as por los motivos recogidos en su artículo I.C.5.

**f**  
Las personas que hubieran sido reconocidas como apátridas y las que hubieran perdido la condición de apátridas el año siguiente a la terminación de dicho estatuto.

**g**  
Los extranjeros y las extranjeras que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.

**h**  
Las extranjeras y los extranjeros nacidos y residentes en España.

**i**  
Las hijas e hijos o nietas y nietos de español de origen.

### **4** Excepciones al permiso de trabajo (art. 41)

Ahora: Además de los supuestos del art. 41.1, idénticos a la regulación de la Ley 4/2000, el Texto sólo contempla un apartado.

**j**  
Los españoles y españolas de origen que hubieran perdido la nacionalidad española.

Ha desaparecido toda referencia a los cónyuges de españoles/as. Antes se señalaba como causa de excepción al permiso de trabajo. Sin embargo, al estar comprendidos dentro del marco comunitario (RD. 766/1992, modificado por el 737/1995), no precisan de autorización administrativa para trabajar.

El procedimiento para acreditar la excepción se regulará reglamentariamente.

### **6** Trabajadores y trabajadoras de temporada (art. 42)

Parece pretender trasladar la obligación de garantizar las condiciones de dignidad e higiene a las y los empleadores. La Ley 4/2000 era muy explícita a la hora de atribuir la responsabilidad a las Administraciones Públicas.

### **7** Tasas (arts. 44 a 49)

Se regula de forma muy detallada el régimen de tasas por la expedición de autorizaciones y documentos de identidad, sus prórrogas, modificaciones y renovaciones.

De cierto interés es la exención de tasa para permisos de trabajo por cuenta propia para personas iberoamericanas, filipinas, andorranas, ecuatoguineanas, sefardíes, hijas e hijos de español o española de origen y los extranjeros y extranjeras nacidas en España (art. 47).



### TÍTULO III. DE LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA Y SU RÉGIMEN SANCIONADOR (ARTS. 50 A 66)

1

#### Remisión expresa a la LRJ y PAC (art. 50)

Se mantiene el contenido del art. 46, ahora art. 50, que efectúa una Remisión expresa a la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en el ejercicio de la Potestad sancionadora, además de la remisión que efectúa a la propia Ley.

2

#### Infracciones y Sanciones (art. 51) (Cuadros 2, 3 y 4)

### INFRACCIONES LEVES (CUADRO 2)

LEY 4/2000 ORIGINAL (ART. 48)	LEY 8/2000 (ART. 52)	SANCIONES
a) La omisión o el retraso en la comunicación a las autoridades españolas de los cambios de nacionalidad o de domicilio, así como de otras circunstancias determinantes de su situación laboral cuando les sean exigibles por la normativa aplicable.	a) La omisión o el retraso en la comunicación a las autoridades españolas de los cambios de nacionalidad, de estado civil o de domicilio, así como de otras circunstancias determinantes de su situación laboral cuando les sean exigibles por la normativa aplicable.	multa de hasta 50.000 ptas.
b) El retraso, hasta tres meses, en la solicitud de renovación de las autorizaciones una vez hayan caducado.	b) El retraso, hasta tres meses, en la solicitud de renovación de las autorizaciones una vez hayan caducado.	
c) Encontrarse trabajando sin haber solicitado permiso de trabajo, cuando se cuente con permiso de residencia temporal, o cuando éste se le haya denegado.	e) Encontrarse trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, cuando se cuente con permiso de residencia temporal.	

### INFRACCIONES GRAVES (CUADRO 3)

LEY 4/2000 ORIGINAL (ART. 50)	LEY 8/2000 (ART. 53)	SANCIONES
a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en dicho plazo.	a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente.	multa 50.0001 a 1.000.000
b) Encontrarse trabajando en España sin haber solicitado permiso de trabajo o autorización administrativa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.	b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.	o
c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios que se produzcan en su nacionalidad o domicilio.	c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio.	Expulsión y prohibición de entrada de 3 a 10 años.
d) La entrada en territorio español careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por lugares que no sean los pasos habilitados o contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente previstos.	d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.	(supuestos a, b, c, d y f).
e) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de residencia obligatoria, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.	e) La comisión de una tercera infracción leve, siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas leves de la misma naturaleza.	Proced. Preferente
f) La comisión de una tercera infracción leve, siempre que en un plazo de seis meses anteriores hubiera sido sancionado por dos faltas leves de la misma naturaleza..	f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.	Supuestos a), d) y f)
g) La participación por el extranjero en la realización de actividades ilegales.	g) Las salidas del territorio español por puestos no habilitados, sin exhibir la documentación prevista o contraviniendo las prohibiciones legalmente impuestas.	



## INFRACCIONES MUY GRAVES (CUADRO 4)

INFR. MUY GRAVES (ART. 50)	INFRACCIONES MUY GRAVES (ARTICULO 54)	SANCIONES
<p>a) Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países.</p> <p>b) Participar en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.</p> <p>c) Inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español.</p> <p>d) La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 21 de la presente Ley.</p> <p>e) La contratación o utilización habitual de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización para contratarlos.</p> <p>f) La comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de dos años anteriores hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza.</p>	<p>a) Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.</p> <p>b) Inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito.</p> <p>c) La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito.</p> <p>d) La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.</p> <p>e) La comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza.</p>	<p>2. También son infracciones muy graves:</p> <p>a) El transporte de extranjeros por vía aérea, marítima o terrestre, hasta el territorio español, por los sujetos responsables del transporte, sin que hubieran comprobado la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los citados extranjeros.</p> <p>b) El incumplimiento de la obligación que tienen los transportistas de hacerse cargo sin pérdida de tiempo del extranjero transportado que, por deficiencias en la documentación antes citada, no haya sido autorizado a entrar en España.</p> <p>Esta obligación incluirá los gastos de mantenimiento del citado extranjero y, si así lo solicitan las autoridades encargadas del control de entrada, los derivados del transporte de dicho extranjero, que habrá de producirse de inmediato, bien por medio de la compañía objeto de sanción o, en su defecto, por medio de otra empresa de transporte, con dirección al Estado a partir del cual le haya transportado, al Estado que haya expedido el documento de viaje con el que ha viajado o a cualquier otro Estado donde esté garantizada su admisión.</p> <p>Lo establecido en las dos letras anteriores se entiende también para el caso en que el transporte aéreo o marítimo se realice desde Ceuta o Melilla hasta cualquier otro punto del territorio español.</p> <p>3. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, no se considerará infracción a la presente Ley el hecho de transportar hasta la frontera española a un extranjero que, habiendo presentado sin demora su solicitud de asilo, ésta le es admitida a trámite, de conformidad con lo establecido en el artículo 4.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.</p>

**multa uno a 10 millones o Expulsión y prohibición de entrada de 3 a 10 años.**

**Proced. Preferente Supuestos a) y b)**

**3****Sanciones (art. 55)**

El artículo contempla la multa como sanción tipo en los términos siguientes:

**a**

Las infracciones leves con multa de hasta 50.000 pesetas.

**b**

Las infracciones graves con multa de 50.001 hasta 1.000.000 de pesetas.

**c**

Las infracciones muy graves con multa desde 1.000.001 hasta 10.000.000 de pesetas.

**4****Competencia (art. 55.2)**

La **Competencia** para la imposición de sanciones (art 55.2) Corresponde al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en las Comunidades uniprovinciales.

**5****La Expulsión (art. 57)**

Cuando las personas infractoras sean extranjeras y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 52 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.



Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que la persona extranjera haya sido condenada, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados (art. 57.2).

En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa (art. 57.3).

6

### Graduación de las sanciones (art. 55.3 y 4)

Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia.

Para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica de quien comete la infracción.

7

### Régimen de la prescripción (art. 56)

Infracciones	Sanciones	
Leves	6 meses	1 año
Graves	2 años	2 años
Muy Graves	3 años	5 años

Si la sanción impuesta fuera la de expulsión del territorio nacional la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de diez años.

8

### Supuestos de no expulsión (art. 57.5)

No se podrá imponer la sanción de expulsión excepto en los casos de reincidencia en infracciones muy graves a los extranjeros y las extranjeras que se encuentren en los siguientes supuestos:

a

Personas nacidas en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.

b

Personas que tengan reconocida la residencia permanente.

c

Personas que hayan sido españolas de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.

d

Personas que sean beneficiarias de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como las que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarias de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

Tampoco podrán ser expulsados los cónyuges de las y de los extranjeros, ascendientes e hijas e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero o extranjera que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años, ni las mujeres embarazadas cuando la mediada pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

9

### La expulsión de extranjeros y extranjeras con intervención judicial (art. 57.7 y 8)

a

#### La autorización judicial (art. 57.7)

Cuando la *extranjera o el extranjero se encuentre encartado* en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a 6 años, el juez o la jueza podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, la salida (...) o su expulsión, si ésta resultase procedente, previa subsanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

b

#### La expulsión judicial (art. 57.7)

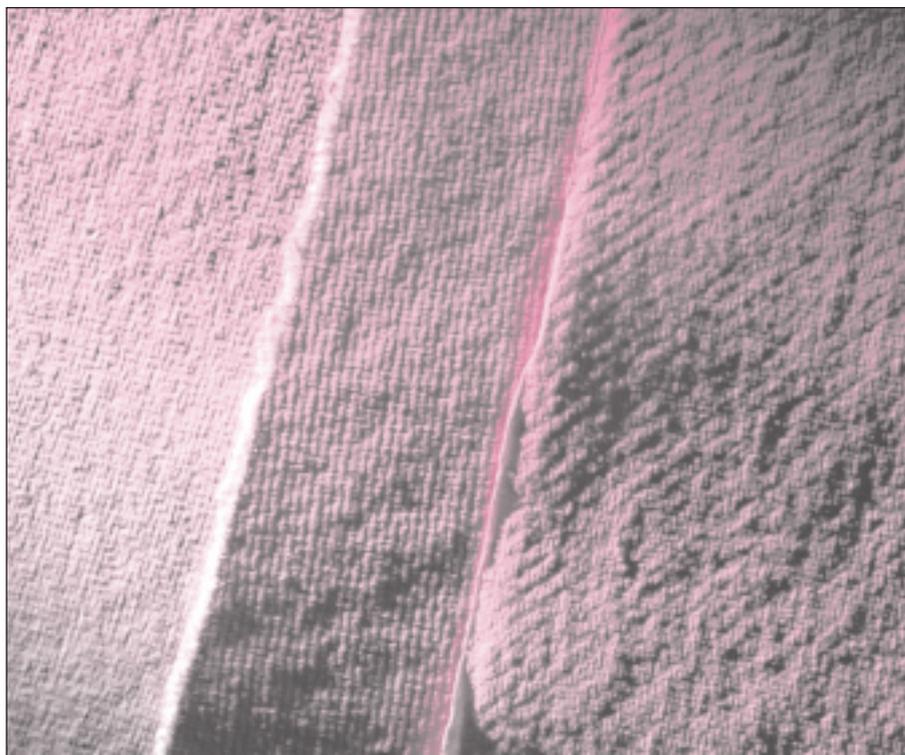
En el supuesto de que se trate de *personas extranjeras no residentes legalmente* en España y que fueren condenados por sentencia firme, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal.

10

### Procedimiento y efectos de la expulsión (arts. 58, 63 y 64)

Toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de 3 años y máximo de 10 (art. 58.1).

El art. 63 contempla un denominado procedimiento preferente en la tramitación de los expedientes de expulsión en los supuestos de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como las a), d) y f) del artículo 53, que es idéntico al que establecía la derogada vieja Ley de 1985.



**11****La Devolución (art. 58)  
y El Retorno (art. 60)****DEVOLUCIÓN**

El Texto se refiere a la **devolución** en dos supuestos:

**a**

Las personas que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España (art. 58.2 a).

**b**

Las personas que pretendan entrar ilegalmente en el país, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 4.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado (art. 58.2 b).

**RETORNO**

Por su parte el art. 60 contempla el **retorno o rechazo en frontera**:

Las extranjeras y extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible.

En este caso, al igual que en el supuesto de devolución del art. 58. 2 b), la autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de 72 horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno.

Al igual que en la Ley anterior derogada no se regula ningún procedimiento para el retorno o devolución, tan sólo se señala que no será el de expulsión. Lógico si tenemos en cuenta que no nos encontramos ante procedimientos sancionadores. En cualquier caso deberán respetarse el conjunto de garantías jurídicas previstas en el art. 18 e inexcusablemente el trámite de audiencia.

El art. 57.4. señala que el retorno será acordado por la autoridad gubernativa competente para la expulsión.

(Cuadro 5).

**CUADRO 5**

SUPUESTOS	RESPUESTA ADMINISTRATIVA
■ Denegación de entrada en frontera (art. 60)	Retorno
■ Intento de penetración ilegal por paso distinto al fronterizo (art. 58.2 b)	Devolución
■ Entrada ilegal consumada supuesto de prohibición de entrada (art. 58. 2 a)	Devolución
■ Otros supuestos de entrada ilegal (infracción grave art. 52. a)	Expulsión

**12****La detención administrativa y el internamiento judicial en los expedientes de expulsión, devolución y retorno. (Cuadro 6).****CUADRO 6**

PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN	
■ <b>Durante la instrucción del procedimiento</b> (solo procedimiento preferente, como medida cautelar). (Art. 61)	■ Detención cautelar por un período máximo de setenta y dos horas, previas a la solicitud de internamiento.
■ <b>En la fase de ejecución</b> En caso de incumplimiento de la obligación de salida (inmediata o 72 h.). (Art. 64)	■ Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.
	■ Detención y conducción hasta el puesto fronterizo.
	■ Internamiento si no se puede ejecutar en 72 horas.
PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN	
■ (Art. 58.5) en relación con 58.2 a)	■ Si no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, la autoridad gubernativa solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.
PROCEDIMIENTO DE RETORNO	
■ (Art. 60.1)	■ La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de 72 horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno.

**13****Centros de Internamiento**

El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días, ni acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.

La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá fijar un período máximo de duración del internamiento inferior al citado. La decisión judicial en relación con la solicitud de Internamiento del extranjero pendiente de expulsión se adoptará en auto motivado, previa audiencia del interesado.



En el caso de **menores** las menores y los menores en los que concurren los supuestos previstos para el internamiento serán puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores. El Juez, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá autorizar su ingreso en los centros de internamiento de extranjeros y extranjeras cuando también lo estén su padre o madre o tutor, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar.

En cualquier caso los lugares de internamiento para personas extranjeras no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios.

Las personas extranjeras internadas estarán privados únicamente del derecho ambulatorio (art. 60.2).

El extranjero y la extranjera durante su internamiento se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de las personas extranjeras internadas.

**14**

#### Otras Medidas Cautelares (art. 61)

En el art. 61 se contemplan las posibles medidas provisionales o cautelares aplicables a las personas extranjeras expedientadas. Es decir, mientras se sustancia el procedimiento administrativo sancionador.

**a**

*Presentación periódica ante las autoridades competentes.*

**b**

*Residencia obligatoria en determinado lugar.*

**c**

*Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado o interesada de resguardo acreditativo de tal medida.*

**d**

*Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de setenta y dos horas, previas a la solicitud de internamiento.*

*En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a setenta y dos horas.*

**e**

*Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.*

En los expedientes sancionadores en la comisión de infracciones por transportistas, si éstos infringen la obligación de tomar a cargo al extranjero/a transportado ilegalmente, podrá acordarse la suspensión de sus actividades, la prestación de fianzas, avales, o la inmovilización del medio de transporte utilizado.

Lo más trascendente, sin embargo, es que se vuelve a contemplar, como ya lo hacía la Ley de 1985 la posible detención administrativa cautelar aplicable a las personas extranjeras sometidos a expediente de expulsión.

**15**

#### Régimen de recursos y de ejecutividad

Se diseña el régimen de ejecutividad a través dos artículos diferentes, el **art. 21.2** y el **art. 65**.

En ambos se señala que el régimen de ejecutividad será el previsto en con carácter general, si bien el **art. 21.2** contiene la salvedad del procedimiento preferente de expulsión contenido en el **art. 63**.

**16**

#### Otras disposiciones de interés

**a**

##### Canarias

La Disposición Adicional Segunda (**Redacción LO 8/2000**) en atención a sus particulares características contempla la intervención de las Comunidades Autónomas y muy especialmente de Canarias.

**b**

##### Silencio administrativo

Disposición adicional primera. (**Redacción LO 8/2000**). Plazo máximo para resolución de expedientes.

**Silencio negativo** en el plazo de **tres meses**.

**Silencio positivo** por el transcurso de **tres meses** en las solicitudes de prórroga del permiso de residencia así como la renovación del permiso de trabajo.

**17**

#### Disposiciones Transitorias de la Ley 8/2000, de 22 de diciembre

Primera. **Validez de los permisos vigentes.**

Reglamentariamente se establecerá la tabla de equivalencias con los permisos anteriores a la Ley.

Segunda. **Normativa aplicable a procedimiento en curso.**

Los procedimientos administrativos en curso se tramitarán y resolverán de acuerdo con la normativa vigente en el momento de la iniciación, salvo que el interesado solicite la aplicación de la presente Ley.

#### Cuarta. Regularización (Disp. Transitoria 4.<sup>a</sup>).

Finalmente el Gobierno accederá a una muy limitada regularización que comprendería a aquellas personas extranjeras a los que se le hubiere denegado la solicitud de regularización efectuada a amparo de la Ley 4/2000.

El Gobierno, mediante Real Decreto, establecerá los requisitos que permitan, sin necesidad de presentar nueva documentación, la regularización de los extranjeros y extranjeras que se encuentran en España y que habiendo presentado solicitud de regularización al amparo de lo previsto en el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, hayan visto denegada la misma, exclusivamente, por no cumplir el requisito de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999.

**18**

#### Disposición Derogatoria Única de la Ley 8/2000, de 22 de diciembre

Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a la presente Ley.

**19**

#### Disposiciones Finales de la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre

Segunda. **Reglamento de la Ley.**

El Gobierno en el plazo de seis meses desde la publicación de la presente Ley Orgánica aprobará el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero.

#### Quinta. Vacatio Legis.

Contempla una exigua vacatio legis. Esta Ley Orgánica entrará en vigor al mes de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado. Publicada el día 23 de diciembre de 2000, entró en vigor el día 23 de enero de 2001.

Enero, 2001.

# El Gobierno de Aragón interpone recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Extranjería

## El Consejo de Gobierno adopta el acuerdo en reunión extraordinaria de 21 de marzo de 2001

El Gobierno de Aragón interpondrá recurso de inconstitucionalidad contra la vigente Ley de Extranjería por suprimir los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga y limitar el derecho al beneficio de justicia gratuita a las personas extranjeras que no residen legalmente en España.

El Consejo de Gobierno ha desarrollado hoy una reunión extraordinaria, en el transcurso de la cual se ha acordado autorizar a la Dirección General de Servicios Jurídicos para interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social por vulneración de los artículos de la Constitución española 21, relativo al derecho de reunión; 22, derecho de asociación; 28, derecho de sindicación y huelga, y 24, derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el 119, relativo a la justicia gratuita, en todo caso, a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

El acuerdo de Consejo de Gobierno ha sido adoptado de conformidad con el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón de 6 de marzo de 2001, que, además de considerar legitimada a la Comunidad Autónoma de Aragón para interponer el recurso de

inconstitucionalidad, entiende que los preceptos impugnados vulneran la Constitución española.

La Comunidad Autónoma de Aragón está legitimada a interponer el recurso contra la Ley de Extranjería, por cuanto afecta al ejercicio de su competencia exclusiva en materia de asistencia social; competencia de ejecución de legislación laboral; competencia de ejecución en materia de asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares que desarrollen principalmente sus funciones en Aragón, y la competencia en materia de Administración de Justicia. Todas estas competencias se atribuyen a la Comunidad Autónoma de Aragón en su Estatuto de Autonomía, si bien la de Administración de Justicia todavía se encuentra pendiente de transferencia.

Al mismo tiempo, y según mandato del artículo 6 del Estatuto de Autonomía de Aragón y el 9.2 de la Constitución española, la Comunidad Autónoma está obligada a promover las condiciones adecuadas para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Este deber, que corresponde a todos los poderes públicos, legitima al Gobierno de Aragón, en

cuanto tal, a utilizar todos los medios legales disponibles para garantizar, en aras del interés general, el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por España, tanto respecto de los españoles y de las españolas como de los extranjeros y de las extranjeras en su condición de personas, con independencia de su situación administrativa. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha afirmado que la Constitución es obra de los españoles y españolas pero no sólo para los españoles y las españolas.

Por otra parte, se ha tenido en cuenta para interpretar los preceptos constitucionales el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 15 de diciembre de 1996, vigente en España desde el 30 de abril de 1997, y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950, vigente en España desde el 10 de octubre de 1979. En ambos tratados internacionales, ratificados por España, se reconocen a todas las personas los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y el derecho al trabajo en condiciones dignas, así como a la tutela judicial efectiva de sus derechos.



# BREVES

## Pensiones Matrimoniales Impagadas y Prestaciones Sociales Asistenciales

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Juez del Juzgado de lo Social n.º 1 de Pontevedra

Al momento de verificar la concurrencia de la situación de necesidad generadora del derecho a prestaciones sociales asistenciales —en concreto, el subsidio de desempleo y las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez—, los cónyuges separados o divorciados con la custodia de hijos o hijas, o si su matrimonio se anuló, deben computar, como un ingreso de la unidad familiar, la pensión alimenticia que el otro cónyuge deba abonarle para el sustento de esos hijos y esas hijas o, en su caso, la pensión compensatoria. Hasta aquí todo resulta correcto. La sorpresa se la encuentran cuando, como criterio de actuación administrativa, se les niega el derecho a las prestaciones aunque efectivamente no se les abone la pensión alimenticia o compensatoria. Quienes han recurrido a los tribunales —siempre mujeres— para reparar el dislate de la actuación administrativa tropezaban, hasta hace poco, con un panorama judicial bastante desalentador.

### I

Respecto al **subsidio de desempleo**, una STSJ Valencia de 4.10.1994 razonó, de modo tajante, que *“lo relevante no es si cobra o no de hecho la pensión alimenticia, sino si tiene derecho a ella, como puede ocurrir con cualquier otra renta —un arrendamiento, una pensión pública—, siendo indiferente para la norma si en alguna ocasión, o en general, no se abonan al beneficiario, pues tiene medios jurídicos a su alcance para el ejercicio eficaz de su derecho y a ellos debe acudir”*. Afirmaciones, desde luego, no muy apegadas a la realidad social, donde no es inusual, antes al contrario, el incumplimiento de las pensiones alimenticias o compensatorias. Mayor estupor causa el razonamiento adicional denegatorio, donde se trata de eventual defraudador a quien padece el incumplimiento: *“Sería muy cómodo para el beneficiario negar la recepción de hecho de sus rentas legítimas —y excusarse de probar ese hecho negativo—, incluso con reclamaciones judiciales de esas rentas, para obtener el subsidio de desem-*

*pleo, que la norma le está vedando; y no porque cobre de hecho unas rentas, sino porque tiene derecho a percibir las”*.

Parece abrir una puerta a la prueba del impago, aunque de nuevo la decisión es denegatoria del subsidio, la STSJ Cataluña de 16.10.1995, Ar. 3993: el reconocimiento de una pensión alimenticia para la hija común es un dato *“impeditivo del derecho que pretende y quien trata de negarle efecto ha de probar la imposibilidad legal de ejecución forzosa. La actora recurrente no consta haya iniciado, nueve años más tarde de constituirse el derecho, trámite judicial alguno para hacerlo efectivo, ni siquiera aún después de tipificarse como figura delictiva el impago de pensiones judicialmente declaradas, trámites que, de haber resultado fallidos por imposibilidad de realización, sí podían haber dejado abierta la vía para el reconocimiento que ahora pretende”*. Ciertamente, es una doctrina más flexible.

La sensatez aflora en una STSJ Andalucía de 12.4.1996, Ar. 1395, aunque, como el subsidio se reconoció en base a otros motivos jurídicos diferentes, el razonamiento relativo a la cuestión objeto de nuestro estudio es un obiter dicta: *“Resulta oportuno señalar que para el cálculo de la renta de la unidad familiar sólo deben computarse las cantidades que real y efectivamente se perciban en la fecha del hecho causante o momento del nacimiento del derecho al subsidio, pero no los conceptos simplemente devengados o derechos meramente reconocidos, aunque sea judicialmente, en supuestos de separación o divorcio de matrimonio. Y comoquiera que aquí el esposo de la actora incumple el convenio regulador, y por ende, la obligación de prestar alimentos, dejando de abonar la pensión a cargo del padre de 50.000 pts/mes, obligando incluso a la actora a denunciar el impago en la Comisaría de Policía, es por lo que, razones lógicas y equitativas, autorizan a no aceptar la causa denegatoria relativa a la inexistencia de responsabilidades familia-*

res, máxime teniendo en cuenta que el espíritu o finalidad del nivel asistencial del desempleo es el de cubrir o evitar un posible estado de necesidad al no encontrarse otro empleo y tener familiares a su cargo”.

No mucho después se vuelve al criterio restrictivo en una STSJ Cantabria de 19.11.1996, Ar. 3816, donde se dice que, “*existiendo el derecho y la posibilidad de su ejecución forzosa, incluso la de denunciarlo penalmente, y teniendo en cuenta que el espíritu o finalidad del nivel asistencial es el de cubrir o evitar un posible estado de necesidad por no encontrar empleo y tener familiares a su cargo, ha de estarse no a los conceptos realmente devengados sino a los meramente reconocidos aunque sea judicialmente, en los supuestos de separación o divorcio matrimonial, ya que de lo contrario el Estado se vería obligado a subvenir unas necesidades que deberían ser cubiertas por el cónyuge condenado a ello, es más, reconocido el subsidio, la actora podría reclamarse su abono o efectuarse el mismo sin que tal posibilidad constase*”.

Una Sentencia de 23.4.1998 TSJ Murcia, Ar. 2215, se manifiesta, ahora sí en su ratio decidendi, haciéndola válida como sentencia de contraste a los efectos de un eventual recurso de casación para la unificación de doctrina, en el sentido de que “*el concepto de rentas hace referencia a ingresos o beneficios percibidos o que pueden percibirse mediante una diligente gestión de cobro... (no parece lógico) considerar rentas a las cantidades que, aún adeudadas, se siguen sin percibir, pese a haberse agotado todos los medios que la Ley facilita para intentar cobrarlas... en modo alguno pueden equipararse el concepto de rentas con el de créditos, y mucho menos con créditos litigiosos o incobrables... la actora ha acudido desde el mismo momento de su separación, y por supuesto, años antes a encontrarse en situación de desempleo, a los mecanismos jurídicos (principalmente, el embargo de bienes) para verificar*

*el cumplimiento de lo acordado judicialmente, sin éxito*”.

Curiosamente, ninguna de las anteriores resoluciones vincula la cuestión objeto de nuestro estudio con un problema del género femenino, ni lo hacen las que se citarán relativas a las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez. Sin embargo, es evidente el substrato sociológico de las demandantes: son cabezas de familias monoparentales, esto es, las compuestas por un solo progenitor, normalmente una mujer, con hijos e hijas a su custodia. Efectivamente, el progenitor monoparental es predominantemente femenino y, dejando al margen los grupos de viudas y madres solteras, el grueso de los números estadísticos lo componen separadas y divorciadas con hijos e hijas a su custodia. De modo que están comprometidas la prohibición de discriminación por razón de sexo –art. 14 CE–, la protección de la familia –art. 38 CE– y ante situaciones de necesidad –art. 41 CE–. Resulta plausible, en consecuencia, que estas vinculaciones sí salgan a relucir en una Sentencia de 18.10.1997 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Pontevedra, la cual se enfrentó a un supuesto, resuelto satisfactoriamente, en que, con dos años de antelación al hecho causante del subsidio de desempleo, había una sentencia penal condenatoria, aunque no constaba su ejecución. Para la juzgadora, fue prueba suficiente del impago, estimando la demanda:

*“La realidad social demuestra la ineficacia de los mecanismos jurídicos a la hora de hacer efectiva la obligación del cónyuge separado de contribuir a las cargas del matrimonio. Incumplimiento que, en el caso de autos, quedó acreditado con sentencia en causa penal por tales hechos. Si, pese a eso, tales rentas, devengadas no percibidas, se computarán como ingresos de la unidad familiar, se llegaría al resultado injusto de privar a la beneficiaria del subsidio solicitado, con clara discriminación de familia monoparental y con violación de los preceptos constitucionales citados –los arts. 39 y 41 de la Constitución”.*

## II

Respecto a las **pensiones no contributivas de jubilación e invalidez**, el panorama judicial, hasta hace poco, era igual de desalentador. Una STSJ Galicia de 27.2.1997, Ar. 883, razonó, para estimar el recurso contra la sentencia de instancia estimatoria de la prestación, que “*en la expresión... «cualesquiera bienes o derechos» se comprende la pensión reconocida a la actora como consecuencia de su separación matrimonial*”. Contiene esta sentencia un voto particular más razonable y, además, mucho más razonado.

Otra STSJ Aragón de 24.9.1997, Ar. 2966, razona con crudeza, y en la misma línea, que “*es ajustado a Derecho que se tengan en cuenta los ingresos a los que es acreedora la actora por resolución judicial en pleito de separación conyugal en concepto de pensión, con abstracción de si ha obtenido o no éxito la ejecución que haya podido seguirse si el obligado al pago ha incumplido la obligación señalada en el texto jurisdiccional, pues el crédito es indiscutible y ponderable en el patrimonio, en este caso, de la acreedora*”.

Acaso para evitar que, conforme a esta doctrina judicial, una pensión compensatoria nunca abonada le resultase un impedimento absoluto para acceder a una pensión no contributiva, acaso por otros motivos, lo cierto es que la demandante, en el caso resuelto, y bien resuelto, en la STSJ Cataluña de 29.1.1999, Ar. 879, renunció a ella en convenio regulador. La sentencia de instancia reconoció la prestación y los motivos de recurso son casi insultantes: la actora cometió fraude de ley. La sentencia de suplicación razona que el fraude no se presume, que no es fraude el ejercicio de una facultad legalmente reconocida y que, en todo caso, lo trascendente es la carencia de rentas suficientes, al margen de la causa de esa carencia, “*que tanto puede ser la desgracia como la prodigalidad o incluso... la renuncia de bienes o derechos*”.

Con este panorama judicial, no resulta extraña una nueva denegación en la STSJ Madrid de

15.3.1999. Pero, en este caso, la demandante, con un planteamiento inteligente, interpuso casación para unificación de doctrina, utilizando como de contraste una sentencia referida a otras deudas diferentes. En la **Sentencia de 22.5.2000 del Tribunal Supremo**, La Ley 8930, después de considerar “*intrascendente a estos efectos que ésta (la sentencia de contraste) se refiera a unas cantidades adeudadas por indemnización por despido y salarios de tramitación, que tampoco percibió el interesado*”, se resuelve la contradicción en un sentido razonable: “*(el artículo 12 RD 357/1991, de 15 de marzo) se refiere concretamente a bienes o derechos que dispongan el beneficiario o la unidad económica de convivencia; verbo que equivale a valerse de una cosa o tenerla o utilizarla como suya; criterio que es coherente con la regulación general de las pensiones no contributivas, cuyo acceso y mantenimiento pende del estado de necesidad del beneficiario; excluyendo la ley de su percepción a quienes tienen un nivel de ingresos suficiente para subsistir, pero no a quienes, aún siendo acreedores judiciales de una determinada suma de dinero, no la han percibido, no obstante su diligencia para conseguirla*”. Argumentaciones demostrativas de que, dicho sea a modo de breve comentario, la Razón no está reñida con el Derecho.

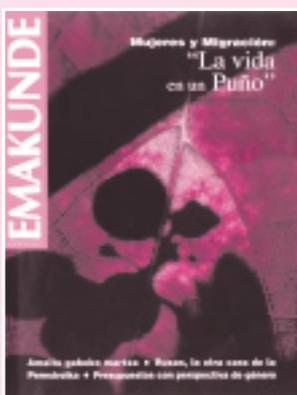
Hemos de saludar con agrado esta decisión que, sin duda alguna, es el principio del fin de una irrazonable doctrina judicial y, aunque referida a las pensiones no contributivas, fácilmente se extienden sus argumentos jurídicos al subsidio de desempleo. La situación de las familias monoparentales mejorará merced a esta nueva doctrina judicial. Desgraciadamente, no es el único problema de cobertura al que se enfrentan, y conviene recordar, antes de concluir, cual es la causa de esos problemas: las familias monoparentales no preocupan a nuestra legislación de la Seguridad Social. A diferencia, por ejemplo, del derecho francés, el cual reconoce prestaciones a favor de progenitores solos con hijos e hijas a cargo –como es la allocation de parent isolé–.



**EL INTEGRISMO: LA PÉRDIDA DE LA LIBERTAD**

**Colectivo de Mujeres Canarias. (Ed.)** *El integrismo: la pérdida de la libertad*. Gran Canaria, Instituto Canario de la Mujer; 1997. 133 p.

El Colectivo de Mujeres Canarias no pretende hacer un análisis exhaustivo del integrismo. Su único propósito al invitar a tres mujeres argelinas, con puntos de vista distintos respecto a la estrategia a seguir frente al fenómeno fundamentalista, fue contribuir al conocimiento directo de lo que ello significa para los seres humanos en general y para las mujeres en particular. Con la publicación de las intervenciones de Malika Abdelaziz, Cheriffa Bouaatta y Doria Ch. Merabtine en el salón de actos de la Facultad de Humanidades, el Colectivo intenta romper la neutralidad, la displicencia de quienes no se inmutan ante el avance integrista.



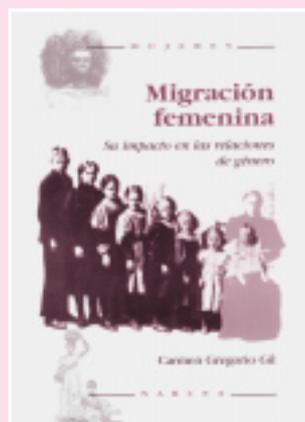
**EMAKUNDE**

**Emakunde. Gobierno Vasco/Eusko Jaurlaritz.** *Instituto Vasco de la Mujer/Emakumearen Euskal Erakundea*. Trimestral. Nº 1 D.L. 1989.

Mujeres y niñas participan cada vez más en la migración laboral y, si bien esta situación aumenta sus posibilidades de inserción social y autonomía, también las expone a condiciones de trabajo inadecuadas, riesgos para la salud, ser objeto de trata de personas, explotación económica y sexual y discriminación racial.

Según estadísticas de la ONU, cada vez hay más mujeres que migran. En la UE el porcentaje de ellas es similar al de los hombres. Esta es una de las características de los procesos migratorios más recientes a los que hay que dar una respuesta adecuada y satisfactoria en los países receptores de migrantes.

El número 41 de diciembre de 2000, "Mujeres y Migración: La vida en un puño", contiene entre otros artículos: Las yoruba también ríen. Por Xabi Larrañaga. p. 4. Mujeres y migraciones. Por Cristina Blanco. p. 6. Las que se juegan la vida en un estrecho. Por Nieves García Benito. p. 12. Prostituzioa aukera bakarra denean. Por Ainhoa Irazu. p. 16. Los trabajos que nadie quiere. Por Aintzane Alberdi. p. 20. Ohituren korapiloa. Por Ana Kristina Puelles. p. 24.



**MIGRACIÓN FEMENINA: SU IMPACTO EN LAS RELACIONES DE GÉNERO**

**Gregorio Gil, Carmen.** *Migración femenina: su impacto en las relaciones de género*. Madrid, Narcea, 1998. 288 p. (Serie: Mujeres).

Desde mediados de la década de los 80, se han ido consolidando en España los flujos migratorios procedentes de diferentes países latinoamericanos (República Dominicana, Perú, Colombia, Ecuador). En todos ellos hay más mujeres que

hombres. ¿Por qué emigran las mujeres? ¿Qué impacto tiene en las sociedades de origen la emigración femenina? ¿Qué mejoras consiguen las mujeres al emigrar?

En esta monografía se analiza el fenómeno migratorio, desde la perspectiva del género, a partir de un trabajo antropológico sobre la emigración dominicana a Madrid y es un ejemplo de la aportación de los estudios de género al replanteamiento de los diversos campos temáticos y modelos de análisis en las ciencias sociales así como la posibilidad de explorar otras vías de investigación para viejos y nuevos problemas teóricos y políticos.



**MUJERES Y DESARROLLO: II ENCUENTROS EUROMEDITERRÁNEOS PARA EL DESARROLLO**

**Sancho Martín, Paloma. Coord.** *Mujeres y Desarrollo: II Encuentros Euromediterráneos para el Desarrollo*. Madrid, Comunidad de Madrid. Dirección General de la Mujer; Instituto Complutense de Estudios Internacionales, 1999. 307 p. (Serie DGM; 9).

Es una recopilación de las catorce ponencias presentadas en los II Encuentros Euromediterráneos para el Desarrollo, celebrados en Rabat en 1998, en el marco de los acuerdos de colaboración entre la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad Mohammed V de Rabat. Bajo el lema "Mujeres y Desarrollo", expertas procedentes de diversos países y pertenecientes al ámbito político, económico, académico y cultural se dieron cita en Rabat para presentar sus ponencias en mesas redondas y talleres. Así las mesas redondas debatieron cuestiones como *Género y desa-*

*rollo. El rol de las mujeres en el desarrollo rural. Mujeres y democracia. Participación en los puestos de decisión política. Derecho y estatuto jurídico de las mujeres. Empleo y emigración. Mientras los talleres se centraron en Las mujeres dentro de la sociedad civil y La escolarización de la infancia en el ámbito rural.*



**DERECHOS HUMANOS DEL MIGRANTE, DE LA MUJER EN EL ISLAM, DE INJERENCIA INTERNACIONAL Y COMPLEJIDAD DEL SUJETO**

**Marzal, Antonio. (Ed.)** *Derechos humanos del migrante, de la mujer en el Islam, de injerencia internacional y complejidad del sujeto*. Barcelona, J.M. Bosch; 1999. 167 p.

Del Prólogo. Esta obra contiene las ponencias y contraponencias de la tercera sesión del Seminario Permanente de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho (ESADE) de la Universidad Ramón Llull en el curso académico 1996/ 1997. Los temas escogidos para el Seminario fueron: los derechos humanos del migrante, los derechos humanos de la mujer en la cultura jurídica islámica comparada con la cultura jurídica occidental, y los derechos humanos que se implican en el tema de la intervención humanitaria, de la asistencia e injerencia humanitarias, vistas desde la perspectiva del derecho internacional público contemporáneo, hoy decididamente tocado por los derechos humanos, si es que es verdad, como pretendemos, que éstos son derechos universales. Finalmente un cuarto tema dedicado al problema, no de la afirmación y reconocimiento teóricos, sino de la protección jurídica efectiva de los derechos humanos así afirmados, proclamados y reconocidos.

# C O N T E N I D O

Editorial.....	4
----------------	---

## DERECHO INTERNACIONAL

### Legislación

#### La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado Español.

Por María del Pilar Diago Diago.

Área de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza. ....	6
---	---

#### Estatuto de la mujer en el Derecho Matrimonial Islámico.

Por Zoila Combalá.

Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza. ....	14
---	----

## DERECHO ESPAÑOL

### Legislación

#### El contenido laboral de la Ley de Extranjería 8/2000. (Reducciones, cautelas y desconfianzas).

Por María Amparo Ballester Pastor.

Profesora Titular de Universidad.

Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia. ....	21
---	----

#### Derecho a la Reagrupación Familiar en la legislación española.

Por Luz I. Cuadra Fernández. Abogada.....	28
---	----

#### Mujer e inmigración.

Por Sofía Bernardo Ródenas.

Abogada y miembro de SOS Racismo Aragón. ....	34
---	----

#### Notas urgentes sobre Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros/as en España y su integración social, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre –Pautas de actuación que suscita la lectura del texto legal–.

Por Pascual Aguelo Navarro.

Abogado del Área de Extranjería del Colegio de Abogados de Zaragoza.....	37
--	----

## DERECHO AUTONOMÍAS

#### El Gobierno de Aragón interpone recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Extranjería.

El Consejo de Gobierno adopta el acuerdo

en reunión extraordinaria de 21 de marzo de 2001.....	47
---	----

## BREVES

#### Pensiones Matrimoniales Impagadas y Prestaciones Sociales Asistenciales.

Por José Fernando Lousada Arochena.

Juez del Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra.....	48
---	----

## LIBROS

Referencias bibliográficas comentadas.

Por IAM Documentación y Publicaciones.....	50
--	----