

Cita: VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (2018): "Los estatutos de residencia familiar de los extranjeros y el impacto de la ruptura del vínculo sobre la residencia", en *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea* (M. GUZMÁN / M. HERRANZ, Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 317-357.

# LOS ESTATUTOS DE RESIDENCIA FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS Y EL IMPACTO DE LA RUPTURA DEL VÍNCULO SOBRE LA RESIDENCIA

Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA<sup>1\*</sup>  
Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.- 2. CONFIGURACIÓN DE LOS *ESTATUTOS DE RESIDENCIA FAMILIAR*.- 2.1. Ciudadanía europea y movilidad como desencadenantes del derecho de residencia de los familiares: lógica del *Mercado* vs lógica de *Seguridad*.- 2.2. Naturaleza y alcance del derecho a la residencia de los miembros de la familia.- 3. ACREDITACIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL Y EFECTOS DE LA RUPTURA EN EL ESTATUTO DE RESIDENCIA FAMILIAR.- 3.1. Control de la existencia del vínculo matrimonial para la obtención de la residencia familiar.- 3.2. Impacto de la ruptura del vínculo matrimonial en el estatuto de cónyuge reagrupado.- 4. CONCLUSIÓN.

## 1. INTRODUCCIÓN

1. El estudio de las crisis familiares en la armonización europea del Derecho internacional privado de la familia quedaría incompleto si no se diera cuenta de algunos problemas transversales que estas crisis familiares pueden trasladar al ámbito estricto del Derecho de extranjería. En este capítulo interesa poner de relieve el modo en que el derecho de residencia de los nacionales de terceros países familiares de un ciudadano europeo o de un residente nacional de un tercer país queda protegido ante eventuales modificaciones del estado civil, en particular en supuestos de crisis matrimoniales. De igual modo, analizar la reacción de la Ley de extranjería frente a simulaciones del estado civil de los extranjeros, su control y su sanción administrativa en los procedimientos de reagrupación familiar.

---

<sup>1\*</sup> Este trabajo se adscribe al Proyecto de investigación *La regulación de las crisis matrimoniales internacionales en el derecho interno y de la Unión Europea*. Referencia: DER2014-54470-P (2015/2017). Investigadoras Principales - Mónica Guzmán Zapater y Mónica Herranz Ballesteros (UNED).

2. Para la comprensión de estos modos de protección de la vida en familia y la reacción del ordenamiento jurídico ante posibles abusos, partimos de la configuración de los diferentes *estatutos familiares de extranjería* donde el derecho a la vida en familia es el anclaje fundamental para la delimitación del derecho de entrada en el territorio y del acceso a la residencia “por vida familiar” (apartado 2). Corolario natural de esta afirmación es, por una parte, el control en sede administrativa (y registral, cuando se trate de matrimonios inscribibles) del vínculo familiar que sustenta el acceso a la residencia del cónyuge así como su sanción en evitación de abusos a las normas sobre libre circulación de personas y sobre reagrupación familiar (simulación del estado civil); y, de otro lado, el impacto de la ruptura del vínculo matrimonial en el derecho de residencia del cónyuge no comunitario (apartado 3).

## **2. CONFIGURACIÓN DE LOS *ESTATUTOS DE RESIDENCIA FAMILIAR***

3. Hablamos de *estatutos de residencia familiar* para referirnos a dos situaciones administrativas *de extranjería familiar* que se materializan, respectivamente, en sendas *autorizaciones de residencia* para determinados familiares y con regímenes jurídicos diferenciados. La primera es aquella que contempla la situación administrativa del nacional de un tercer país familiar de un ciudadano europeo que ejerce su derecho de libre circulación dentro de la Unión Europea. La segunda, por contraposición, es la que establece la situación administrativa *de extranjería* del nacional de un tercer país familiar de un ciudadano no europeo que reside legalmente en un Estado miembro. La configuración legal de estos *estatutos de residencia familiar* está condicionada, en el primer supuesto, a la vinculación familiar con el ciudadano europeo y a la movilidad intraeuropea de este (*libertad de circulación*); y, en el segundo, a la vinculación familiar de los residentes en los diferentes Estados nacionales de terceros países no comunitario (*reagrupación familiar*).

2. Contextualizado de este modo el concepto *estatuto de residencia familiar*, las normas reguladoras tienen por finalidad garantizar el respeto a la vida en familia (preexistente, efectiva y real) y facilitar la integración de sus miembros en el territorio de acogida mediante las preceptivas autorizaciones de residencia<sup>2</sup>. Si bien en la

---

<sup>2</sup> M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de Derecho aplicable*, Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 37 ss. *IDEM*, “La reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho comunitario de la Inmigración”, en *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales* (A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2004, pp. 819-843.

configuración de estos estatutos familiares las normas siguen los parámetros internacionales de protección de la familia (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), el ámbito de aplicación personal y las condiciones materiales exigidas en uno y otro régimen varían, no solo respecto de quiénes son considerados miembros de la familia sino también en relación a los controles (documentales o personales) exigidos para la comprobación de la existencia y legalidad del vínculo familiar<sup>3</sup>.

3. Esta diversificación de normas y de regímenes obedece a la intervención normativa europea (medidas de la Directiva 2004/38/CE<sup>4</sup>) que interpretada por el Tribunal de Justicia ha dado lugar a una rica jurisprudencia sobre la delimitación del estatuto de la ciudadanía de la Unión, sus condiciones de ejercicio y los derechos del ciudadano UE que se desplaza, con su familia, a otro Estado miembro en ejercicio de su libertad de circulación. Paralelamente, en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia la normativa europea también interviene en el establecimiento de “otras” medidas para facilitar la reagrupación familiar de nacionales de terceros países y sus familias en los Estados miembros (Directiva 2003/86/CE<sup>5</sup>). Aunque unas y otras medidas provean mecanismos de protección de la vida en familia, las normas responden, sin embargo, a lógicas distintas, lo que explica la diferencia de regímenes anteriormente apuntada.

### **2.1. Ciudadanía europea y movilidad como desencadenantes de un derecho de residencia de los familiares: lógica del *Mercado* vs lógica de *Seguridad***

4. Como es sabido, la libre circulación de personas nace como principio indisoluble del proyecto europeo original de creación de un *Mercado interior único*. Sus efectos se han materializado en los artículos 3.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y 67 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) que garantizan la libre circulación

---

<sup>3</sup> M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “La reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho comunitario de la Inmigración”, en *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales* (A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2004, pp. 819-843.

<sup>4</sup> Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DO L 158, de 30.04.2004). Transposición al ordenamiento jurídico español mediante RD 240/2007, de 16 de febrero sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE 51, de 28.02.2007).

<sup>5</sup> Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar DO L 251, de 03.10.2003). Transposición al ordenamiento jurídico español en los artículos 16 a 19 de la LO 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social (redacción dada por LO 2/2009), desarrollados en los artículos 52 a 61 del RD 577/2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

de personas y establecen una serie de medidas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Estas medidas se activan cuando se produce un movimiento transfronterizo en el estricto ámbito de aplicación del Tratado. Esta limitación reviste particular interés en el derecho privado de la familia donde las disparidades de las legislaciones de los Estados miembros excluidas del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión quedan, sin embargo, afectadas por los artículos 20 y 21 del TFUE tal y como ha hecho notar el Tribunal de Justicia<sup>6</sup>.

5. La libre circulación de personas como derecho se proyecta tanto en el Mercado interior como en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Cuando la libre circulación de personas actúa en el marco de la construcción y profundización del *Mercado interior* responde a una lógica común-comunitaria que tiende a favorecer la movilidad intraeuropea eliminando los obstáculos a la libre circulación de mercancías, servicios y capitales así como de las personas en sus actividades de contenido económico. En cambio, cuando la libre circulación de personas actúa en el marco del control y regulación de los flujos migratorios su lógica contrapone dos variables: de una parte, la seguridad interior y el control de la inmigración irregular<sup>7</sup>; y de otra parte, el respeto al derecho a la vida familiar y la protección del derecho de relación entre hijos y padres. Estos derechos están reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 7 y 24.3) que reproduce la misma protección que para la vida privada y familiar reconoce y protege el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (art. 8)<sup>8</sup>.

6. Como hemos anticipado, esta distinción es relevante en la medida que explica los parámetros de valoración de construcción normativa de los estatutos de residencia familiar y proporciona la definición de las personas incluidas en su ámbito de aplicación (es decir, quién es cónyuge, hijo, etc.). Mientras que para los ciudadanos europeos en movimiento y sus familias es la *lógica del Mercado* el parámetro de valoración, para los nacionales de terceros países y sus familias es la seguridad migratoria y el control fronterizo la lógica que inspira la normativa. Ahora bien, conviene recordar, también, que

---

<sup>6</sup> Así, en los asuntos *García-Avelló* C-148/02 (EU:C:2003:539) y *Grunkin-Paul* C-353/06 (EU:C:2008:559) donde se justifica la intervención del Derecho comunitario para impedir tratamientos discriminatorios y que estas disparidades supongan un obstáculo a la libre circulación.

<sup>7</sup> Sobre la política de admisión de extranjeros inmigrantes y el control de la frontera exterior, véase, M. MOYA ESCUDERO, “Libre circulación en Europa: los nuevos estatutos personales, en *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues* (C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno, Eds.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 661-675, esp. pp. 669-672.

<sup>8</sup> M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “De Estrasburgo a Luxemburgo: encuentros y desencuentros en el derecho a la reagrupación familiar”, *Migraciones y Desarrollo*. II Jornadas Iberoamericanas de estudios internacionales (Montevideo, octubre 2016), Marcial Pons, Madrid, pp. 581-599.

cuando la libre circulación de personas se reafirma como un derecho derivado de la ciudadanía europea (arts. 20 y 21 TFUE) su “lógica” puede también verse como una *lógica de identidad europea*. Es aquí donde la ciudadanía UE revela su potencial protector del estatuto de ciudadano de la Unión que ejerce su libre circulación y permite confrontar la adecuación de las legislaciones nacionales de extranjería y el derecho a la vida en familia con el Derecho de la Unión Europea<sup>9</sup>.

## **2.2. Naturaleza y alcance del derecho a la residencia de los miembros de la familia.**

7. Contextualizadas de este modo la lógica de orientación normativa en cada régimen, procede definir el alcance del *derecho de acceso a la residencia* de los miembros de la familia. Con apoyo en la jurisprudencia del TJUE se examinarán los presupuestos y requisitos de ejercicio de este derecho.

8. En el régimen de la Directiva 2004/38/CE el derecho de acceso a la residencia de los miembros de la familia es un *derecho derivado*. Como ha indicado el TJUE, *la Directiva no otorga ningún derecho autónomo a los miembros de la familia* de un ciudadano de la Unión que sean nacionales de un tercer Estado. Por lo tanto, los eventuales derechos que confiere a esos nacionales *son derechos derivados de aquellos de los que disfruta el ciudadano de la Unión de que se trate por el hecho de ejercer su libertad de circulación*<sup>10</sup>. Ahora bien, la Directiva únicamente regula los requisitos de entrada y residencia de un ciudadano de la Unión en Estados miembros distintos del de

<sup>9</sup> A partir de la sentencia en el asunto *Rudy Grzelezyk* C-184/99 (EU:C:2001:458) quedó asentado que “la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”. La jurisprudencia del TJUE está delimitando los perfiles de este estatuto fundamental cuando se derive una privación de los derechos de la ciudadanía de menores ciudadanos europeos dependientes de progenitores nacionales de terceros países en situación irregular. Véanse las sentencias TJUE en los asuntos *Ruiz Zambrano* C-34/09 (EU:C:2011:124), *Rendón Marín* C-165/14 (EU:C:2016:675) y *Chávez Vilchez* C-133/15 (EU:C:2017:354).

<sup>10</sup> A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que existen situaciones muy específicas en las que, pese a no ser aplicable el Derecho derivado en materia de derecho de residencia de los nacionales de terceros países y pese a que el ciudadano de la Unión de que se trate no haya ejercido su libertad de circulación, debe reconocerse sin embargo un derecho de residencia a un nacional de un tercer país, miembro de la familia de dicho ciudadano, pues de lo contrario se vulneraría el efecto útil de la ciudadanía de la Unión, si, a consecuencia de la denegación de ese derecho, dicho ciudadano se viera obligado de hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, lo que le privaría del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, apartados 43 y 44; de 15 de noviembre de 2011, *Dereci* y otros, C-256/11, EU:C:2011:734, apartados 66 y 67; de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, apartado 74, y de 13 de septiembre de 2016, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, apartado 29) y *Toufik Lounes* C-165/16, apartado 48 (EU:C:2017:862). En el marco del derecho a la vida familiar, véase, I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “Libre circulación de personas y Derecho internacional privado: un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Nº 2, Octubre, 2017, pp. 106-126, esp. pp. 116-118.

su nacionalidad (art. 3.1) y no puede dar soporte a un derecho de residencia derivado en favor de los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro del que éste es nacional<sup>11</sup>. Es decir, no incluye a los ciudadanos sedentarios. En cuanto al resto de las disposiciones de la Directiva (en particular, arts. 6 y 7 apartados 1 y 2 y 16 apartados 1 y 2), se refieren a las condiciones de ejercicio del derecho de residencia del ciudadano de la Unión y “al derecho de residencia derivado de los miembros de su familia, ya sea en “otro Estado miembro” o en el “Estado miembro de acogida”<sup>12</sup>. En suma, la mencionada Directiva pretende facilitar y reforzar el ejercicio del derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, pero su objeto se refiere *a las condiciones de ejercicio de ese derecho*.

9. De cuanto antecede cabe deducir que: (1) el derecho de residencia derivado en favor de un nacional de un tercer Estado, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, sólo existe cuando sea necesario para garantizar el ejercicio efectivo por parte de ese ciudadano de su libertad de circulación<sup>13</sup>; y (2) que los derechos conferidos a un ciudadano de la Unión por el artículo 21 TFUE, apartado 1, incluidos los derechos derivados de que gozan los miembros de su familia, tienen la finalidad principal de favorecer la progresiva integración del ciudadano de la Unión de que se trate en la sociedad del Estado miembro de acogida<sup>14</sup>.

10. En el régimen de la Directiva 2003/86/CE, el derecho de acceso a la residencia de los miembros de la familia se configura en torno a la reagrupación familiar<sup>15</sup>. La Directiva, establece que las medidas sobre reagrupación familiar deben

<sup>11</sup> Así, en las los asuntos *O. y B.*, C 456/12 (EU:C:2014:135), apartado 37 y *Chávez-Vílchez*, C 133/15, (EU:C:2017:354), apartado 53.

<sup>12</sup> En el asunto *O. y B.*, *cit.*, apartados 37 y 40.

<sup>13</sup> “La finalidad y la justificación de tal derecho derivado se basan por tanto en la consideración de que no reconocerlo puede suponer un menoscabo, en particular, de esa libertad y del ejercicio y efecto útil de los derechos que el ciudadano de la Unión de que se trate tiene en virtud del artículo 21 TFUE, apartado 1. En particular, los asuntos *Iida*, C-40/11 (EU:C:2012:691), apartado 68; *O. y B.*, *cit.* apartado 45; *Rendón Marín*, *cit.*, apartados 36 y 73; y *Toufik Lounes*, *cit.*, apartado 48. Sobre esta sentencia, véanse los comentarios de P.R. POLAK, “A commentary on the Lounes case and the protection of EU citizens’ rights post-Brexit”, *Revista General de Derecho Europeo*, Núm. 44, 2018; y, JIMÉNEZ BLANCO, P., “Doble nacionalidad y derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión (1)”, *Diario La Ley-Unión Europea*, Núm. 56, 28 de Febrero de 2018.

<sup>14</sup> Asunto *Toufik Lounes*, *cit.*, apartado 56.

<sup>15</sup> Con el fin de garantizar la protección de la familia, la Directiva recuerda tanto a las instituciones comunitarias como a los Estados miembros el respeto de los derechos fundamentales y menciona en especial el artículo 8 del CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000. Sobre algunas contradicciones en el tratamiento de la reagrupación familiar en el Derecho comunitario, véase M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “La reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho comunitario de la inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la

adoptarse con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar, entiende que la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia pues contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural lo que facilita la integración de los nacionales de terceros países en un Estado miembro y permite promover la cohesión económica y social. La Directiva fija las condiciones materiales para el ejercicio del derecho a la *reagrupación familiar* (art. 1) que define como “la entrada y residencia en un Estado miembro de los miembros de la familia de un nacional de un tercer país que resida legalmente en dicho Estado miembro con el fin de mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante” [art. 2, letra d)]<sup>16</sup>.

11. La Directiva establece como presupuesto de aplicación la titularidad de un permiso de residencia del reagrupante expedido por un Estado miembro por un período de validez superior o igual a un año con la perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente (art. 3.1). Se trata de una norma de mínimos que deja a los Estados miembros un amplio margen de discrecionalidad en la transposición de las medidas de control, tanto por lo que hace a las de índole material como respecto de los miembros de la familia y siempre que no vulnere la efectividad del Derecho europeo<sup>17</sup>. Así, por lo que hace a las primeras, permite a los Estados miembros requerir que en la solicitud el reagrupante demuestre que dispone de una vivienda (considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región y que cumpla las normas generales

---

libre circulación de personas en el Derecho comunitario”, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI* (A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS), Colex, 2004, pp. 819-843.

<sup>16</sup> En el asunto *Chakroun*, C-578/08 (EU:C:2010:117) se discutió el concepto de reagrupación familiar de la Directiva y su relación con los requisitos del art. 7.1 c) (medios económicos exigidos al reagrupante). En la especie, el reagrupante, de nacionalidad marroquí, llevaba viviendo en los Países Bajos desde 1970 habiendo contraído matrimonio en 1972. En 2006, ya jubilado en Holanda, solicita la reagrupación de su cónyuge que le es denegada por las autoridades administrativas sobre la base de insuficiencia de recursos económicos y la duda de interpretación del artículo 2 apartado d). El Tribunal entendió que es contrario a la Directiva una normativa nacional que al aplicar el artículo 7.1 c) de la Directiva establezca una distinción en función de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante en el territorio del Estado miembro de acogida. Sobre el caso *Chakroun* véase J. HARDY, “The Objective of Directive 2003/86 Is to Promote the Family Reunification of Third Country Nationals”, *European Journal of Migration and Law*, N° 14, 2012, pp. 439-452, esp. pp. 446-448.

<sup>17</sup> En el asunto *Marjan Noorzia* C-338/13 (EU:C:2014:2092) el Tribunal afirma que el artículo 4.5 de la Directiva 2003/86/CE, (...) debe interpretarse en el sentido de que dicha disposición *no se opone a una normativa nacional que establece que los cónyuges y las parejas registradas ya deben haber cumplido la edad de 21 años en el momento de la presentación de la solicitud para poder ser considerados miembros de la familia con derecho a la reagrupación*. Cabe señalar que para garantizar una mejor integración y evitar los matrimonios forzados, el artículo 4, apartado 5, de la Directiva 2003/86 permite a los Estados miembros fijar una edad mínima, no superior a los 21 años, que debe ser alcanzada por el reagrupante y su cónyuge antes de que éste pueda reunirse con el reagrupante.

de seguridad y salubridad); de un seguro de enfermedad para toda la familia; y, de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate (art. 7.1)<sup>18</sup>. También permite a los Estados miembros exigir el cumplimiento de determinadas medidas de integración (7.2) y les faculta a imponer al reagrupante un periodo mínimo de residencia previa en el territorio (art. 8). En relación a los vínculos familiares, incluso si el reagrupante cumple con los requisitos de ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, los Estados miembros pueden denegar o retirar y también negarse a renovar un permiso de residencia de un miembro de la familia por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública, siempre que se tomen en cuenta los factores del artículo 17 y la gravedad o tipo de infracción cometido (art. 6 a 8).

### 3. ACREDITACIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL Y EFECTOS DE LA RUPTURA EN EL ESTATUTO DE RESIDENCIA FAMILIAR.

12. Como hemos tenido ocasión de plantear en otro estudio<sup>19</sup>, cuando las normas de extranjería utilizan conceptos como *cónyuge*, *cónyuge separado o divorciado*, *menores de edad*, *adopción*, *incapacitados*, etc., para determinar *la cualidad* de las personas que pueden acceder a la residencia en el Estado miembro de destino, ¿se presume que existe un matrimonio previo, válido y vigente o que la adopción, el divorcio o la incapacitación son eficaces en España o que el hijo ha alcanzado o no a la mayoría de edad? Planteado de este modo, el matrimonio, la separación, el divorcio, la filiación, la adopción, la mayoría de edad o la incapacitación podrían ser considerados como *cuestiones preliminares* a la adquisición, conservación y pérdida del estatuto de residente familiar. En otros términos, la norma, al definir a los miembros de la familia mediante elementos normativos (cónyuge, cónyuge separado, hijos menores, adoptivos o incapacitados), exigirá la interpretación de estos para saber si se activa o no la norma habilitante del

---

<sup>18</sup> En el asunto *Khachab*, C-558/14 (EU:C:2016:285) se discutió la compatibilidad de una legislación nacional (la española-art. 54.2 pfo. 1 del RD 557/2011) con el apartado c) art. 7.1 de la Directiva. El precepto establece que las autorizaciones de reagrupación familiar no serán concedidas si se determina indubitadamente que no existe una perspectiva de mantenimiento de los medios económicos durante el año posterior a la fecha de presentación de la solicitud. El TJUE determinó la compatibilidad de la normativa española en el sentido de que *se permite a las autoridades competentes de un Estado miembro fundamentar la denegación de una solicitud de reagrupación familiar en una valoración prospectiva de la probabilidad de mantenimiento o no de los recursos fijos y regulares suficientes de los que debe disponer el reagrupante para su propia manutención y la de los miembros de su familia*, sin recurrir al sistema de asistencia social de ese Estado miembro, durante el año siguiente a la fecha de presentación de la solicitud, valoración que se basa en la evolución de los ingresos obtenidos por el reagrupante durante los seis meses anteriores a dicha fecha”.

<sup>19</sup> M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar de los extranjeros en España...*, op.cit, pp. 200 ss.



acceso a la residencia o, en su caso, la pérdida de ésta. Sin embargo, las soluciones de la doctrina al problema de la cuestión previa en el Derecho internacional privado exigen tres requisitos que no se cumplen en esta materia de extranjería. Desde esta perspectiva, la preocupación de la determinación de la norma de conflicto aplicable a la cuestión previa carece de toda relevancia práctica.

13. Lo que interesa, sin embargo, es el modo en que habrán de acreditarse los vínculos familiares subyacentes en cada una de las relaciones jurídicas familiares (cónyuge, cónyuge divorciado, cónyuge separado, hijos menores de edad, etc.) habilitantes para el acceso a la residencia por reagrupación. Estas nociones deberán solventarse en la propia norma material y, en su defecto, deberá aplicarse el derecho reclamado por la norma de conflicto del ordenamiento del foro que normalmente remitirá al derecho material extranjero<sup>20</sup>. En este trabajo únicamente nos vamos a referir al control y acreditación del vínculo matrimonial por ser el supuesto más frecuente en la práctica, unido a la disolución del vínculo por sentencia de divorcio extranjera.

### **3.1. Control de la existencia del vínculo matrimonial para la obtención de la residencia familiar**

13. Los miembros de la familia incluidos en el ámbito de aplicación del régimen de los ciudadanos europeos (Directiva 2004/38/CE) son el cónyuge, la pareja registrada si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la relación de pareja registrada a un trato equivalente a los matrimonios, los descendientes directos menores de 21 años o a cargo, incluidos los del cónyuge o de la pareja registrada y los ascendientes directos a cargo, incluidos los del cónyuge o la pareja registrada. La Directiva aporta las definiciones de lo que debe entenderse como miembro de la familia (art. 2), que deben completarse con lo dispuesto en la normativa interna de transposición (RD 240/2007). El art. 9 del RD 240/2007 precisa, respecto del cónyuge, que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal. En cuanto a los hijos (menores de 21 años) y a los ascendientes debe probarse que están a cargo y si se tratase de los descendientes o de los ascendientes del cónyuge o de la pareja registrada que no haya recaído acuerdo o declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio

---

<sup>20</sup> En opinión de J.M. ESPINAR VICENTE, toda cuestión previa supone un problema de identificación de los elementos normativos reclamados por la norma de conflicto en su vertiente de cuestiones jurídicas complejas, sin que quepa negar autonomía a la cuestión preliminar aunque la cuestión principal se regule por normas materiales de la ley española; véase su *Curso de Derecho internacional privado español*, vol. I: *Introducción a la teoría general del Derecho internacional privado*, Universidad de Alcalá (Servicio de Publicaciones), Alcalá de Henares, 2000, pp. 128-129.

o separación legal ni se haya cancelado la inscripción registral de pareja. Cabe señalar que la Directiva no impide que las legislaciones nacionales favorezcan la entrada y residencia de otros familiares distintos de los anteriores. El RD 240/2007 en su Disposición Final 3ª prevé -con carácter excepcional- la expedición de un visado de residencia o de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a otro familiar con parentesco hasta segundo grado que esté a cargo en el país de procedencia o cuando por motivos graves de salud o discapacidad sea estrictamente necesario que dicho ciudadano se haga cargo de su cuidado personal.

14. La ampliación del ámbito de aplicación personal de la Directiva a situaciones que no impliquen una circulación intraeuropea propiamente dicha no está prohibida al legislador interno, sin que ello signifique una ampliación del ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión<sup>21</sup>. Es el caso de los nacionales de terceros países familiares de españoles sedentarios (es decir, que siempre han residido en España<sup>22</sup>) pues, en efecto, como ya se puso de relieve en el asunto *Dereci*, tales situaciones se consideran internas desde la perspectiva del Derecho europeo<sup>23</sup>.

15. En relación al control de la existencia del vínculo matrimonial, la Directiva 2004/38/CE parte del principio de ausencia de control migratorio: al cónyuge no se le puede exigir visado de reagrupación familiar ni para la entrada ni para la autorización de

---

<sup>21</sup> La inaplicación del Derecho de la UE a situaciones puramente internas es una limitación que el propio Derecho de la Unión introduce en materia de extensión de las libertades de circulación y residencia a familiares de ciudadanos UE. En consecuencia, si el ciudadano de la UE “no ha traspasado las fronteras” de su Estado, queda sometido única y exclusivamente al Derecho interno de su Estado como ya se señaló en el asunto *Volker Steen*, C-332 (EU:C:1992:40).

<sup>22</sup> Hay que admitir que la extensión del régimen descrito a los familiares de españoles resulta lógica si se quiere evitar su discriminación en España, respecto de los familiares de las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del RD240/2007. Ahora bien, este reconocimiento no significa un supuesto de aplicación del Derecho de la Unión ya que es la sola voluntad del legislador español la que los equipara, con alguna diferencia, al régimen aplicable a los familiares de ciudadanos de la Unión que ejercen la libertad de circulación (ex D.F. 3ª del RD 240/2007) Véase, M. VARGAS, “Tema X. Derecho de Extranjería”, *Derecho internacional privado*, UNED, Madrid, 2016, pp. 291-322, esp. p. 318. La STS de 1 de junio de 2010 -por la que se anulan varias expresiones de los artículos 2, 3, 4, 9 y 18 del RD 270/2007- suprimió del art. 2 (ámbito de aplicación) la expresión “otro Estado miembro”. Como resultado, el Derecho español no exige la movilidad de los ciudadanos españoles para la aplicación a sus familiares no comunitarios del régimen europeo. Sobre este particular, N. ARRESE, *La ciudadanía de la Unión Europea y la libertad de circulación de los familiares extranjeros*, Ed. Lete-UPV, Bilbao, 2012, esp. pp. 190 ss.; D. MARÍN CONSARNAU, *La reagrupación familiar en el régimen comunitario. Problemas de discriminación inversa*, Bosch Ed, Barcelona, 2010, pp. 129 ss.

<sup>23</sup> Asunto *Murat Dereci*, cit., (...) el Derecho de la Unión, y en particular sus disposiciones sobre la ciudadanía debe interpretarse en el sentido de que “no se opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer Estado la residencia en su territorio, cuando ese nacional pretende residir con un miembro de su familia, el cual es ciudadano de la Unión, reside en el referido Estado miembro –cuya nacionalidad posee– y no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación, siempre que tal denegación no implique privar al mencionado ciudadano de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión, extremo éste que corresponde comprobar al tribunal remitente”.

residencia como familiar (cónyuge) de ciudadano de la Unión<sup>24</sup>. Es decir, no existe un control de la existencia del matrimonio para la expedición de las autorizaciones que dan acceso al territorio (visados) y a la residencia. Tampoco es relevante para la aplicación del régimen de los ciudadanos europeos ni el motivo del viaje ni si su familiar extranjero está en posesión de un visado propio y reside en el Estado miembro concernido ni el momento de traslado de la familia que puede hacerse de modo simultáneo con el ciudadano UE que se desplaza o en un momento posterior. Estos elementos distinguen el régimen de los ciudadanos europeos del régimen de la reagrupación familiar donde sí se controla la situación regular de la residencia del reagrupante, se examina minuciosamente la existencia del vínculo familiar y no se permite la reagrupación in situ.

16. Ahora bien, esta ausencia de control de los vínculos familiares, en particular del matrimonio, en el régimen de entrada comunitario no significa ausencia de medidas que pueden adoptar las autoridades nacionales para investigar presuntos casos de matrimonios de conveniencia y reunir pruebas en los procedimientos de renovación de las autorizaciones de residencia pues habrá casos en que las personas intentarán hacer un uso abusivo de la libertad de circulación procurando eludir las normas de inmigración nacionales. En tal sentido, como ha señalado la Comisión<sup>25</sup>, el abuso del derecho de libre circulación menoscaba este derecho fundamental de los ciudadanos de la UE. Las investigaciones sobre los matrimonios solo pueden darse cuando existan dudas fundadas sobre su autenticidad. Una vez se ha llevado a cabo la investigación y se haya llegado a la conclusión de que el matrimonio es de conveniencia, las autoridades solo podrán denegar los derechos derivados de la libre circulación (en este caso, la residencia del cónyuge) si prueban –de acuerdo con la norma correspondiente en materia de pruebas- el abuso<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> En el asunto *Comisión contra España*, C-157/03 (EU:C:2005:225) se declaró que la normativa española vigente (art.10, apartado 3, del Real Decreto 766/1992) y la práctica administrativa española eran contrarios al Derecho comunitario porque exigía que los nacionales de terceros países cónyuges de ciudadanos europeos obtuvieran un visado de residencia para entrar en España.

<sup>25</sup> Véase, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Ayudar a las autoridades nacionales a combatir los abusos del derecho a la libre circulación: Manual para la detección de posibles matrimonios de conveniencia entre ciudadanos de la UE y nacionales de terceros países en el contexto de la legislación de la UE en materia de libre circulación*, COM/2014/0604 final.

<sup>26</sup> STSJ Madrid de 31 de mayo de 2017. En recurso de apelación contra sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo que había confirmado la resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid de un solicitud de tarjeta de residencia temporal de ciudadano de la UE por entender de Administración la existencia de un fraude de ley en relación con el vínculo matrimonial con ciudadano español. El TSJ admite el recurso y, en cuanto a la validez del vínculo matrimonial, se apoya en el criterio sostenido por la misma Sala en sentencias de 30 de diciembre de 2015 y de 10 de junio de 2015 (...) el Consulado (en el expediente de expedición de visado, cuando se requiera) “no puede dejar sin validez el matrimonio inscrito en el Registro civil español”. A lo que agrega que este criterio resulta

17. En el régimen de reagrupación familiar la Directiva 2003/86/CE considera como miembros de la familia al cónyuge y a los hijos menores de edad. Cualquier ampliación de este núcleo es facultativa para los Estados miembros, aunque ello no vincule al resto de los Estados que podrán no reconocer la existencia de vínculos familiares por lo que respecta al derecho a residir en ese otro Estado miembro, siempre con arreglo a la legislación comunitaria pertinente<sup>27</sup>. La Directiva opta por una calificación autónoma de la “pareja no casada” que define no por la distinción de sexo sino sobre la base de su estatuto registral, separándolas al efecto en dos categorías: de un lado, el conviviente, que es aquel nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada; y, de otro lado, la pareja inscrita, que es el nacional de un tercer país para quien tal requisito no se exige precisamente debido a la existencia de un registro de la pareja. Para esta última categoría, la Directiva permite que los Estados miembros apliquen el principio de igualdad de trato (con los cónyuges) respecto de la reagrupación familiar<sup>28</sup>.

18. La transposición de esta Directiva al ordenamiento jurídico español limita el beneficio de la reagrupación familiar a tres grupos de personas: el cónyuge y la persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal (no se exige que se trate de pareja registrada, de modo que cabe pensar en la reagrupación familiar de una pareja de hecho cuya convivencia esté debidamente acreditada), los hijos del residente y del cónyuge o de la pareja, incluidos los hijos adoptados, menores de 18 años o que no sean objetivamente capaces de proveer sus propias necesidades y los ascendientes mayores de 65 años<sup>29</sup>. La validez del matrimonio

---

avalado por la Ley 20/2011 del Registro Civil, cuyo art. 16 establece que “1. Los Encargados del Registro Civil están obligados a velar por la concordancia entre los datos inscritos y la realidad extra registral. 2. Se presume que los hechos inscritos existen y los actos son válidos y exactos mientras el asiento correspondiente no sea rectificado o cancelado en la forma prevista por la ley. Y el art. 17 que “1. La inscripción en el Registro Civil constituye prueba plena de los hechos inscritos”. Merece señalar aplicación anticipada de los artículos 16 y 17 de la Ley 20/2011 (entrada en vigor: 30/06/2018), bien es cierto que mantienen idéntico tenor que los de la LCR de 1957.

<sup>27</sup> Sobre el alcance y límites de normas armonizadas en relación a la familia objeto de reagrupación, véase: A.P. ABARCA JUNCO / M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Artículo 17. Familiares reagrupables”, en *Comentarios a la ley de Extranjería* (C. ESPLUGUES MOTA, Dir.), Tirant lo Blanch, 2006, pp. 417-522; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Capítulo III.- La familia objeto de reagrupación” en *La reagrupación familiar de los extranjeros en España.*, op. cit. pp. 183-265, esp. pp. 211-246 (cónyuge), pp. 246-261 (hijos) y pp. 262-265 (ascendientes); P. JIMÉNEZ BLANCO, “Capítulo VI. Entrada y residencia por vida familiar”, en *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE* (P. Rodríguez Mateos/ P. Jiménez Blanco/ A. Espiniella Menéndez), Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 289 ss.

<sup>28</sup> Véase D. MARÍN CONSARNAU, *La reagrupación familiar en el régimen comunitario (...)*, op. cit., pp. 146 ss.

<sup>29</sup> LO 4/2000 (arts. 16-19) y RD 557/2011 (arts. 52-61). Además, deben tenerse en cuenta las normas de la Dirección General de Inmigración que afectan a la reagrupación familiar en materia de acreditación

a los únicos efectos de la reagrupación se verifica en dos momentos: en una primera fase, meramente documental, ante la autoridad gubernativa que debe autorizar la reagrupación; y ante el Cónsul del país de residencia que debe expedir los visados, en una segunda fase, donde nuevamente se aportan los documentos acreditativos del vínculo familiar (certificados matrimoniales, sentencias de divorcio, actas de nacimiento, etc.) y, a criterio de la autoridad consular, se puede llevar a cabo una entrevista privada con el cónyuge.

19. En realidad se trata de investigar que no existe fraude documental<sup>30</sup> y por consiguiente que no se trata de un matrimonio de conveniencia ni de un matrimonio concertado o, tratándose de personas de estatuto poligámico, que no se haya reagrupado anteriormente a otra esposa o, si se tratase de un cónyuge en segundas nupcias, que la disolución del vínculo por divorcio o la anulación lo haya sido mediante un procedimiento jurídico donde quede reflejado, en su caso, la situación económica respecto de los menores. Respecto del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero no hay problemas añadidos dada su admisión en nuestro ordenamiento jurídico y, naturalmente, siempre que sea válidamente celebrado en el otro Estado. Como queda dicho, la práctica administrativa y judicial española enfoca estas cuestiones desde la perspectiva del fraude documental y la búsqueda de los elementos que pueden configurar un matrimonio de complacencia y un matrimonio concertado<sup>31</sup>. Cabe advertir que los tribunales toman en cuenta el derecho a vida en familia como principio fundamental que justifica la reagrupación familiar y que sólo puede desconocerse sobre la base de sólidas razones.

La doctrina española ha estudiado con detenimiento los mecanismos preventivos (control del fraude) y de rechazo (sanción del fraude) cuando se trata de matrimonios celebrados en el

---

de la disposición de vivienda adecuada (IDGI/SGRJ/4/2011) y respecto de la reagrupación de menores e incapaces por quien ostenta su representación legal (DGI/SGRJ/01/2008). Igualmente, la normativa autonómica de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de integración social de extranjeros (en particular para la expedición de los informes relativos a las condiciones de la vivienda).

<sup>30</sup> D. MARIN CONSARNAU, “El documento público extranjero en el procedimiento de extranjería y la “exigencia de inscripción del matrimonio mixto celebrado ante la autoridad extranjera”, en *Estudios sobre las características y efectos del documento público* (Maria Font i Mas, Dir.), Bosch 2014, págs. 333-357, esp. p. 346.

<sup>31</sup> Un exhaustivo estudio de la Red Europea de Migración identifica la magnitud y alcance de los dos casos más frecuentes de usos indebidos del derecho de reagrupación familiar: los matrimonios de conveniencia y los falsos reconocimientos de paternidad. El estudio resume las prácticas actuales de los Estados miembros para detectar y evitar este tipo de casos y se centra en las definiciones de las Directivas 2003/86/CE y 2004/38/CE. Véase, EMN (*European Migration Network*), “Usos indebidos del derecho de reagrupación familiar”, Comisión Europea, 2012. Disponible en <http://www.emn.europa.eu>.

extranjero que deben inscribirse en el Registro Civil español<sup>32</sup>. Y es que, con frecuencia dichos matrimonios pueden ser nulos por simulación del consentimiento matrimonial. A tal fin, la DGRN acomete la lucha contra estos enlaces impidiendo bien su celebración en España (control registral previo al matrimonio) o negando el acceso al Registro Civil español del ya celebrado (control registral posterior a la celebración del matrimonio). Un segmento de control posterior es el realizado en sede judicial mediante una acción tendente a declarar el cumplimiento de los requisitos para contraer matrimonio o a declarar la validez y legalidad del matrimonio ya celebrado. En ambos supuestos, evidentemente, habrá habido una decisión previa de la DGRN denegando la autorización para celebrar o rechazando la inscripción de un matrimonio ya celebrado, en virtud de los controles registrales legalmente establecidos.

20. Sin perder de vista esta referencia conviene reparar en que los matrimonios “celebrados en fraude” a los que parece referirse el artículo 17.1 a) de la Ley de extranjería serán ajenos al tráfico registral español, por no afectar a españoles ni haberse constituido en España. En principio puede afirmarse que el matrimonio como tal matrimonio carece de interés y, en este sentido, la doctrina los califica como matrimonios que en sí mismos no son objeto de preocupación, aunque puedan cobrar relevancia como cuestión conexas a otro negocio jurídico (v. gr. contratos, filiación, sucesiones). Cuestión distinta es aquella que se plantearía en un momento posterior si se solicita la inscripción en nuestros registros (p. ej., cuando uno o ambos cónyuges adquieren la nacionalidad española). Este trámite requerirá la calificación registral que habrá de precisar, en su caso, la falta de consentimiento a través de declaraciones complementarias (art. 256 RRC). Un ejemplo ayudará a clarificar los dos supuestos en relación con nuestro tema de estudio.

Imaginemos que un extranjero residente en España y futuro reagrupante quisiera contraer matrimonio para, posteriormente, reagrupar a su cónyuge. Podrá celebrar el enlace en España aun cuando su futuro cónyuge no resida legalmente en nuestro país. En tal supuesto, la inscripción registral se impone y el matrimonio deberá ser objeto de control. Nada impide, por otro lado, que se inicien los trámites de la reagrupación familiar aun cuando el cónyuge esté en España (incluso si su estancia no es regular). Pero, este cónyuge (beneficiario de la reagrupación) tendrá que regresar al país de origen para solicitar personalmente el visado por reagrupación familiar ya que el matrimonio no se configura como un supuesto de exención de visado (hasta 2005 sí era un supuesto que excepcionaba del visado). También podrá celebrarse el matrimonio en el extranjero. En tal situación, para apreciar su validez, habrá que estar a las normas del sistema español de

---

<sup>32</sup> Véase, M. GUZMÁN ZAPATER, “Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, en *Revista Española de Derecho internacional*, Vol. 69/2, julio-diciembre 2017, pp. 93-118.

Derecho internacional privado que, como sabido es, carece de una norma de conflicto que señale la ley aplicable a la forma de celebración de estos matrimonios<sup>33</sup>.

21. En la práctica administrativa la investigación de los matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero que sirven de base para otorgar un visado por reagrupación familiar viene determinada por la conjunción de dos elementos: de un lado, la definición comunitaria de matrimonio de conveniencia contenida en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que habrán de adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos; y, de otro lado, la jurisprudencia que toma en consideración “el hecho cultural diferencial” y las costumbres del país de origen en torno a la concertación de los compromisos matrimoniales. En relación con la definición de matrimonio de conveniencia, el artículo 1º de la citada Resolución establece que (...) *se entenderá por matrimonio fraudulento, el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia un Estado miembro*. Este concepto abarca el supuesto que interesa en este momento: necesariamente habrá de intervenir un nacional de un tercer país (no miembro de la UE) que celebre matrimonio con un nacional de un tercer país en situación regular, con el objetivo exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia y de obtener para el nacional de un tercer país una autorización de residencia en un Estado miembro. La simulación en el consentimiento matrimonial sólo actúa con dicho alcance y agota sus efectos en el ámbito concreto del Derecho de extranjería<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Véase Instrucciones de la DGRN de 31 de enero de 2006. La polémica sobre el modo de integrar esta laguna parece cerrarse a favor del sector doctrinal mayoritario que, tomando en consideración el principio *in favor matrimonii*, postula la aplicación analógica del artículo 50 C.c., que lleva a considerar válido el matrimonio celebrado en una forma legalmente prevista bien en la ley del país de celebración (*lex loci celebrationis*) bien en la ley personal de cualquiera de los contrayentes. Una perspectiva diferente (que en principio conduce al mismo resultado) es la sostenida por el profesor Espinar Vicente. Para este autor, las cuestiones planteables en el supuesto de que se suscitara la validez de estos matrimonios ante los tribunales españoles deberán hacer referencia exclusivamente a la forma, y su regulación “quedará confiada a lo previsto en el artículo 11 del Código civil en su segunda dimensión funcional: reconocimiento de la validez formal de los actos constituidos en el extranjero, donde el principio del *favor negotii* caracteriza su ordenación” citado por M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar de los extranjeros en España.*, *op. cit.* p. 216. Un estudio sobre las tendencias actuales en los Estados miembros la realiza M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Ley aplicable a la celebración del matrimonio en la Unión Europea”, *Revista para el análisis del Derecho-Indret*, Barcelona, octubre 2017. Disponible en: [www.indret.com](http://www.indret.com).

<sup>34</sup> La forma de acreditar el matrimonio no prejuzga su validez a otros efectos sino, únicamente, que ese matrimonio existe a los efectos de la reagrupación familiar. Es decir, no se dirige a producir un efecto formal del que se deriva una presunción *iuris tantum* de su existencia y validez, sino de que la autoridad

22. Llegados a este punto, la cuestión queda centrada en la prueba documental (en sede administrativa y consular) y en la entrevista privada o reservada al cónyuge (en sede consular). Pues bien, la jurisprudencia española en los recursos contra denegación de los visados ha hecho una interpretación de los elementos del fraude tomando en consideración el marco en el que opera la reagrupación familiar. Ante todo, se pondera el peso del derecho a la vida en familia frente los indicios de simulación que llevaron a la autoridad consular a denegar el visado. Por una parte, para la acreditación del fraude matrimonial no basta una simple apreciación del Cónsul<sup>35</sup>, pues, “no se escapa a nadie que es de casi imposible prueba la calificación como fraudulento de un matrimonio y a esa consideración sólo cabe llegar por la vía de los indicios serios”<sup>36</sup>, siendo preciso que “los interesados conozcan los fundamentos de la decisión adoptada por la Administración so pena de causarles indefensión”<sup>37</sup>. Y, por otra parte, son elementos que pueden permitir la presunción de que un matrimonio es fraudulento que no haya constancia de vida en común o la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio o el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio o que los cónyuges se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo) o sobre las circunstancias en que se conocieron o que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos o que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio (a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote); o que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia<sup>38</sup>.

---

consular española se pronuncie sobre dicha existencia y validez a los efectos de determinar el cumplimiento del presupuesto (cónyuge) de otra relación jurídica (existencia y validez del matrimonio celebrado con el reagrupante, según las normas de DIPr.). *Vid.*, J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema de Derecho internacional privado español*, Civitas, Madrid, 1996, p. 163.

<sup>35</sup> Entre otras, *cf.*, STSJ Madrid, de 1 julio 2004, FJ 3: “...no basta con constatar los hechos, debe determinar el proceso deductivo que le ha llevado a la conclusión indicada. Tal falta en la resolución no lleva a una traslación de la carga de la prueba a la recurrente...”

<sup>36</sup> STSJ Madrid, de 22 julio 2003, FJ. 3.

<sup>37</sup> STSJ Madrid, de 16 junio 2003, FJ. 2: “La exigencia de motivación impone a la Administración el deber de manifestar las razones que sirven de fundamento a su decisión, o, lo que es lo mismo, que se exprese suficientemente el proceso lógico y jurídico de la decisión administrativa, con el fin de que los destinatarios puedan conocer las razones en que la misma se ha apoyado [...] por lo que la motivación constituye un medio para conocer si la actuación merece calificarse de objetiva y ajustada a Derecho así como una garantía inherente al derecho de defensa, tanto en vía administrativa como en la jurisdiccional”. No obstante, debe repararse que puede no apreciarse falta de motivación si el Cónsul motivó la denegación del visado *in aliunde*; *vid.*, STSJ Madrid, de 22 julio 2004.

<sup>38</sup> Estudiando las Resoluciones de la DGRN existen coincidencias entre los elementos que los Encargados de los Registros civiles españoles toman en cuenta en el control del consentimiento para denegar la expedición del certificado de capacidad matrimonial o la inscripción registral de matrimonios consulares o de matrimonios celebrados según la *lex loci* y los que los Cónsules valoran en la expedición



23. En relación a la concertación de compromisos matrimoniales (matrimonios acordados, pactados o convenidos<sup>39</sup>), la apreciación de la existencia o inexistencia del consentimiento matrimonial por parte de los tribunales españoles difiere de la práctica registral referida. En efecto, la jurisprudencia toma en consideración las costumbres del país de origen (hecho cultural diferencial) y en tal sentido, constando el matrimonio, ha entendido que no hay fraude cuando “en la cultura del país de origen la mediación familiar o de amigos en la concertación del compromiso es habitual”<sup>40</sup>; ni el desconocimiento mutuo precisamente por tratarse de personas que viven en países distintos y que pueden haber contraído matrimonio recientemente ni la diferencia de edad<sup>41</sup> ni el hecho de que las segundas nupcias hubieran sido inmediatas al precedente divorcio<sup>42</sup>. En cambio, sí son relevantes a título de presunción para justificar la denegación del visado -y siempre que obren en autos- los elementos que pongan de relieve: contradicciones entre la prueba

---

de visados al cónyuge por reagrupación familiar. Ahora bien, se da una sustancial diferencia entre ambos expedientes. Mientras la normativa registral española exige un control de la ley aplicada al matrimonio celebrado en el extranjero en la forma permitida por la *lex loci* cuando se trate de matrimonio que accede al Registro este requisito está ausente en la valoración de la relación matrimonial que sirve de presupuesto a la reagrupación familiar. Un estudio comparativo de la doctrina de la DGRN lo realizó I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios”, *Actualidad Civil*, núm. 2, 1999, pp. 447-463.

<sup>39</sup> Sobre la tipología de la prestación del consentimiento en estos matrimonios de acuerdo con la doctrina de la DGRN, véase el citado trabajo de M. GUZMÁN ZAPATER, “Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro civil (...)”, *op.cit.*, p. 112. También, y por lo que hace a la reagrupación familiar, véase C. CHELIZ, “Los matrimonios forzados y el establecimiento de una edad mínima para la reagrupación familiar del cónyuge”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 40, 2015, pp. 15-32.

<sup>40</sup> STSJ Madrid, de 22 julio 2003, FJ 3. Procedente del Consulado de España en Casablanca: denegatoria del visado al considerar que se trataba de un matrimonio de conveniencia en cuanto los contrayentes no se conocieron hasta el día de la boda, según el Consulado. El tribunal desestimó el recurso con otros argumentos también de índole cultural pues “lo que no tiene justificación es que no conste la residencia habitual de la esposa, si es en casa de sus padres (no normal), o en casa independiente (tampoco), o con los padres del marido (lo bien visto); y de otro lado, que no haya la menor referencia a remesas dinerarias periódicas, cruce de cartas, etc., lo mínimo exigible en un matrimonio a distancia por muchas y profundas que san las diferencias culturales, y viendo que la unión ya duraba un año al menos”.

<sup>41</sup> STSJ Madrid, de 23 septiembre 2002, FJ 2. Procedente del Consulado español en Casablanca: el consulado denegó el visado pues constaba que el matrimonio se concertó por intermediario, que la esposa vio al marido por primera vez en el momento de la ceremonia y que el varón es 22 años mayor que la esposa. El tribunal estimó el recurso porque la mediación tuvo lugar por parte de la cuñada del reagrupante, quien remite periódicamente dinero a su esposa que además vive con los padres del marido.

<sup>42</sup> STSJ Madrid, de 21 octubre 2002, FFJJ 3 y 4. Procedente del Consulado de España en la República Popular de China: la esposa había estado casada con un ciudadano chino durante 17 años; la demanda de divorcio fue instada por el padre y al mes siguiente, la solicitante se casó con el reagrupante. La reagrupación familiar se solicitaba respecto de la esposa y de los dos hijos del primer matrimonio que, según la sentencia de divorcio, quedaron bajo la custodia de la madre. El Consulado puso en duda la seriedad del matrimonio y negó la reagrupación. El tribunal no consideró acreditado el fraude, ni apreció la llamada “trama a tres bandas” (que consiste en: disolver el primer matrimonio; celebrar un segundo con carácter inmediato —normalmente concertado según las costumbres locales—; y, previo envío de cantidades sustanciales de dinero —en el caso en cuestión más de 12.000 dólares en un año—, solicitar la reagrupación familiar). En el caso se daba la circunstancia de que a la fecha de la solicitud de la reagrupación el primer marido ya estaba residiendo legalmente en España.

documental aportada y las declaraciones de los interesados<sup>43</sup>; el desconocimiento de la fecha de la boda, el tiempo que llevan casados, el lugar de trabajo de la esposa o de sus hermanos<sup>44</sup>, o el casamiento concertado entre primos hermanos<sup>45</sup>; y, muy especialmente, la falta de cumplimiento de las responsabilidades derivadas del matrimonio, en concreto y dada la ausencia de convivencia, el envío de cantidades periódicas para levantar las cargas del matrimonio<sup>46</sup>, así como cuando el reagrupante tiene antecedentes de matrimonios celebrados con anterioridad.

24. Cabe señalar que tratándose de la reagrupación de un cónyuge en segundas nupcias, la disolución del vínculo por divorcio o anulación debe probarse. La norma exige un “procedimiento jurídico”, es decir con la intervención de una autoridad competente, lo que significa que un mero acuerdo de voluntad entre las partes no es suficiente para probar la separación o el divorcio. Ahora bien, lo que no se exige es el reconocimiento (exequátur) de la sentencia de divorcio. Y es que, en los procedimientos administrativos por reagrupación familiar “basta con la prueba documental de la sentencia o declaración del divorcio o de la nulidad”<sup>47</sup>.

25. La valoración de estas circunstancias ha suscitado el interrogante acerca de la posible discrepancia entre la valoración de la prueba documental realizada en la primera fase (es competente la Oficina de Extranjeros que por domicilio le corresponda al reagrupante) y la realizada posteriormente por el Cónsul en el procedimiento de expedición del visado. En concreto, merece atención la solución del Tribunal Supremo en sentencia de 20 de julio de 2016 donde analiza nuevamente la fuerza ejecutiva y validez probatoria de documentos públicos extranjeros en sede de reagrupación familiar. Tomando como base su doctrina recogida en sentencias anteriores recuerda que se admite en sede consular una valoración distinta si surgen o se aprecian datos o elementos de

---

<sup>43</sup> STSJ Madrid, de 31 marzo 2003, FJ 3. Procedente del Consulado de España en Accra (Ghana), en ausencia de certificado matrimonial se tomó declaración de la solicitante que afirmó haber estado casada pero que el matrimonio fue “cancelado de oficio” teniendo además tres hijos uno de los cuales no es hijo reagrupable “por no pertenecer al que se dice su esposo”.

<sup>44</sup> STSJ Madrid, de 25 noviembre 2002, FJ 5. Procedente del Consulado de España en Casablanca, la solicitante declaró que el matrimonio no había sido consumado, que nunca había vivido con el esposo y que el resto de la dote se recibiría “si se obtenía el visado”. Y en la STSJ Madrid, de 5 junio 2003, procedente del Consulado de España en Casablanca: la reagrupante era la esposa y el marido declaró ante el Cónsul espontáneamente que “sólo quería un visado para ir a visitar de vez en cuando a su esposa, por tener negocios propios en Marruecos”.

<sup>45</sup> STSJ Madrid, de 8 mayo 2004.

<sup>46</sup> Especialmente, STSJ Madrid, de 25 noviembre 2002 *cit*, FJ 5. Y STSJ Madrid, de 30 de mayo de 2006, respecto de la situación económica de los hijos menores de edad del reagrupante y de su ex cónyuge.

<sup>47</sup> Sentencias TS de 7 de abril de 2014 y 25 de enero de 2016.

juicio novedosos que no pudo tomar en cuenta la Administración en la primera fase<sup>48</sup>. La cuestión debatida en la STS de 20 de julio de 2016 aborda, una vez más, la fuerza ejecutiva y la validez probatoria de los documentos públicos extranjeros aportados en expedientes administrativos de reagrupación familiar.

26. Y es que, el Tribunal Supremo ya tiene declarado que el Consulado puede denegar el visado en el caso de que una vez aportados los documentos originales concernientes a los vínculos familiares (...) se compruebe -tras el correspondiente examen y cotejo- que los datos aportados (en copia en el primer expediente) “no son ciertos” y que los originales “no son suficientes” a los efectos pretendidos (STS 15/11/2011 y posteriores). Ahora bien, si la documentación original coincide con la aportada antes mediante copia y no se ponen de manifiesto datos novedosos con ocasión de la tramitación del visado “carece de justificación aprovechar el trámite de solicitud del visado para reexaminar y reconsiderar lo mismo que se ha examinado y acordado mediante resolución administrativa firme, y así cambiar el criterio sentado en la primera resolución.

27. Cuestión distinta es si el documento aportado no reúne los requisitos de legalización y traducción (arts. 323.2 y 144 LEC). Estos requisitos son exigibles para su eficacia en un proceso abierto en España (STS de 13 de junio de 2013) y siempre que no se trate de documentos respecto de los que se haya suprimido o dispensado estos requisitos<sup>49</sup>. Pues bien, en el caso sometido a enjuiciamiento el documento que probaba la existencia del matrimonio (una sentencia de un juez de Pakistán por la que se trata de acreditar la autenticidad del certificado de matrimonio “de cuya validez dudó la Embajada española como fundamento de su decisión de denegación del visado) no traía ni la apostilla ni la legalización. El Tribunal Supremo declara que en efecto “podría sostenerse que no cumple los requisitos para que tuviese fuerza probatoria propia de un documento público” (F.J. Cuarto). Sin embargo, salva la tacha de validez formal del documento (ex. art. 323.2 LEC), atribuyéndole la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 LEC, al no

---

<sup>48</sup> Sentencias TS de 25 de abril y 23 de julio de 2014: “el Consulado, a la vista de la documentación original, puede investigar si existen datos que permitan pensar que se trata de un matrimonio de complacencia”.

<sup>49</sup> Respecto de la legalización, queda sustituida por la Apostilla de La Haya para los países firmantes del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 (Convenio Apostilla de La Haya). Tampoco se exige para certificaciones europeas ni otros documentos públicos en el marco de algunos Reglamentos del sistema de Bruselas. De especial importancia, además de los casos en que exista convenio bilateral con España, es la dispensa de legalización de ciertos documentos entre los Estados parte del Convenio de la CIEC hecho en Atenas el 15 de septiembre de 1977 o entre los Estados parte del Convenio europeo de 7 de junio de 1968. La dispensa de legalización no presupone la legalidad del contenido del documento, cuestión que se resuelve de acuerdo con lo dispuesto en el art. 323.3 LEC. Véase, M. Guzmán Zapater,

haber sido impugnado ni en la vía administrativa ni en la instancia por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda. En tal sentido, señala el Tribunal Supremo, que “incluso los documentos privados cuya autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudique harán prueba plena en el proceso en los términos previstos en el art. 319 para los documentos públicos (art. 326 LEC)”.

28. En definitiva, la valoración y prueba del matrimonio en los expedientes de reagrupación familiar es principalmente de carácter documental, debiendo ser aceptados los documentos constituidos al amparo del ordenamiento extranjero del que sea nacional el solicitante o en su caso del país donde se hubiere celebrado el matrimonio. Mientras que la eficacia probatoria (extrínseca) de tales documentos (existencia y veracidad) está supeditada a su autenticidad (*regla locus*) e incorporación de la legalización o apostilla así como su traducción (art. 323.2 LEC), con el alcance que el Tribunal Supremo ha declarado si no se impugnan los documentos en el procedimiento administrativo, la fuerza probatoria intrínseca (validez del acto que incorpora) es a la que se refiere el artículo 323.3 LEC. Así, si lo que se pretendiera con el documento extranjero aportado en el expediente de reagrupación familiar fuera que las autoridades españolas reconozcan la eficacia del acto, por ejemplo, la capacidad de las partes o el consentimiento matrimonial, acudiríamos a la norma de conflicto del sistema español de Derecho internacional privado (art. 9.1 C. civil). Este control se daría por ejemplo en sede registral si ese matrimonio tuviera que inscribirse, mas no en el expediente administrativo de reagrupación familiar donde el control y prueba de validez del matrimonio se circunscribe a la validez extrínseca del documento y a la valoración del (posible) fraude documental.

### **3.2. Impacto de la ruptura del vínculo matrimonial en el estatuto de cónyuge reagrupado.**

29. Siguiendo la distinción trazada entre los estatutos de residencia familiar, las consecuencias del divorcio de un extranjero nacional de un tercer país respecto de su autorización de residencia puede realizarse en atención a si su tarjeta de residencia es como “familiar de ciudadano de la Unión” (cónyuge de comunitario) o si es titular de una autorización de residencia temporal por reagrupación familiar.

30. En el primer caso se encuentran todos los familiares, sean o no ciudadanos de la UE. Bien es cierto que para el cónyuge europeo la ruptura del vínculo matrimonial puede afectar a su tarjeta de residencia en el país concernido, pero no le impedirá ejercer por sí mismo los derechos de la libre circulación. En cuanto al cónyuge nacional de país

tercero comprendido en el ámbito de aplicación del RD 240/2007 la ruptura del vínculo familiar significa, en principio, pasar al régimen general de extranjería a no ser que se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 9 del citado Real Decreto que le va a permitir obtener un derecho de residencia independiente.

31. Estos supuestos se distingue según la ruptura sea por fallecimiento del cónyuge comunitario, por salida de hecho de España del cónyuge comunitario o por nulidad del vínculo, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada. En tal sentido, el cónyuge nacional de un tercer país y titular de una tarjeta de familiar comunitario puede mantener su derecho de residencia en ese régimen según sea el escenario. Así:

**A)** En caso de **fallecimiento** del ciudadano UE, (el cónyuge) *debe haber residido en España en calidad de miembro de la familia “antes del fallecimiento”*. Esta regla es general y por ende se aplica a todos los miembros de la familia amparados por el RD 240/2007.

**B)** En el caso de **salida (de España)** del ciudadano UE, *los miembros de la familia dejarían de ser titulares de una tarjeta de familiar comunitario y pasarían al régimen general*. Se entiende que al tratarse de una ruptura de hecho se pierde el estatuto comunitario; sin embargo, es posible el mantenimiento si el progenitor no comunitario tiene atribuida la custodia de los hijos y estos sigan residiendo en España y están escolarizados.

**C)** En el caso de **crisis familiar** (nulidad, divorcio o cancelación del registro como pareja de hecho), el mantenimiento de la tarjeta de familiar comunitario procede cuando: (a) el matrimonio o el registro de pareja haya tenido una duración de tres años previos a la interposición de la demanda, de los cuales, al menos un año haya sido de residencia en España; (b) el cónyuge no comunitario tenga atribuida la custodia de los hijos “que sean ciudadanos UE” bien por mutuo acuerdo o bien porque así se recoja en resolución judicial; (c) también cuando tenga un derecho de visita del hijo menor residente en España, bien por resolución judicial o bien de mutuo acuerdo; (d) cuando se acrediten determinadas circunstancias excepcionales (casos de violencia doméstica durante el

matrimonio<sup>50</sup> o haber sido víctima de trata de seres humanos por su ex cónyuge o ex pareja registrada<sup>51</sup>).

32. En relación al procedimiento (solicitud de mantenimiento de la tarjeta de residencia de familiar comunitario durante el resto de vigencia de la misma) es obligatoria la comunicación a la Oficina de Extranjería del cambio de situación. Para ello, se establece un plazo de tres meses desde que se produce la notificación de la resolución de divorcio, nulidad o cancelación del registro de parejas. Una vez llegado el momento de renovación y, evidentemente, siempre que se justifique el cumplimiento de los requisitos, la renovación de la tarjeta (en régimen comunitario) se autoriza sin que se haga constar ya la referencia a la dependencia del ciudadano europeo. En el supuesto de que el interesado fuera titular de una tarjeta o autorización de residencia permanente en régimen comunitario no será necesaria acreditar los requisitos puesto que esta autorización le autoriza a permanecer en España.

33. ¿Qué sucede si no se pueden acreditar los requisitos? El interesado habrá de solicitar la modificación al régimen general; es decir, quedaría excluido del régimen comunitario. En este caso, y cumplidos los requisitos del régimen general, a excepción del visado que no se exige, podrá obtener para el tiempo que reste una autorización de residencia no lucrativa o una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. Dispone para ello de un plazo de tres meses. Idéntica solución se prevé respecto de los ascendientes no comunitarios que estuvieran viviendo en España con su familiar no comunitario. Es decir, si un nacional de un tercer país ascendiente del cónyuge extranjero es titular de una tarjeta de residencia de familiar comunitario en el caso de que se produjera el divorcio, la nulidad o la cancelación del registro de pareja no podrá permanecer en el régimen comunitario. Pero sí podrá solicitar en el plazo de tres meses una autorización de residencia o una autorización de residencia y trabajo al amparo de lo dispuesto en la normativa del régimen general de extranjería.

34. En el segundo caso, es decir, cuando el cónyuge o pareja tuviera una autorización de residencia temporal por reagrupación familiar, la ruptura del vínculo por divorcio, cancelación del registro de pareja o “separación de derecho” no significa pérdida

---

<sup>50</sup> Acreditación: de manera provisional cuando exista una orden de protección a su favor o informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia doméstica. Con carácter definitivo, cuando haya recaído sentencia en la que se declare que se han producido las circunstancias alegadas.

<sup>51</sup> Acreditación: de modo provisional cuando exista un proceso judicial en el que el cónyuge o pareja tenga la condición de imputado y su familiar la de posible víctima. Con carácter definitivo cuando haya recaído resolución judicial de la que se deduzca que se han producido las circunstancias alegadas.

de su estatuto familiar en toda circunstancia. El cónyuge o pareja podrá obtener una autorización de residencia y trabajo independiente en los siguientes supuestos: (a) siempre que acredite una convivencia en España durante al menos dos años; o, (b) si hubiera sido víctima de violencia de género, una vez dictada a su favor una orden judicial de protección o, en su defecto, exista un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Este supuesto será igualmente de aplicación cuando fuera víctima de un delito por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, una vez que exista una orden judicial de protección a favor de la víctima o, en su defecto, un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de conducta violenta ejercida en el entorno familiar<sup>52</sup>; y (c) por muerte del reagrupante. En estos casos, si además del cónyuge o pareja registrada se hubiere reagrupado a otros familiares éstos conservarán la autorización de residencia concedida y dependerán, a efectos de la renovación de la autorización de residencia por reagrupación familiar, del miembro de la familia con el que convivan<sup>53</sup>. La autorización independiente tendrá la duración que corresponda en función del tiempo previo de vigencia de la situación de residencia por reagrupación familiar. En todo caso, la autorización independiente tendrá una vigencia mínima de un año.

#### 4. RELEXIONES CONCLUSIVAS

35. Desde la perspectiva de la movilidad intraeuropea, el derecho de residencia a favor de un nacional de un tercer Estado miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que se desplaza a otro Estado miembro existe en cuanto sea necesario para garantizar el ejercicio efectivo por parte de ese ciudadano de su derecho de libre circulación. Los derechos conferidos en virtud del artículo 21.1 TFUE, incluido los derechos derivados de que gozan los miembros de la familia, tienen como finalidad principal favorecer la progresiva integración del ciudadano en la sociedad del Estado miembro de acogida. De este modo se configura un estatuto de familiar de ciudadano

---

<sup>52</sup> La tramitación de las solicitudes presentadas al amparo de este apartado tendrá carácter preferente y la duración de la autorización de residencia y trabajo independiente será de cinco años.

<sup>53</sup> Los hijos y menores sobre los que el reagrupante ostente la representación legal obtendrán una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad y acrediten los requisitos para obtener o bien una autorización de residencia temporal no lucrativa, o bien una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena o bien los requisitos exigibles para la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia. Y, también, cuando hayan residido en España durante cinco años. Los ascendientes reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente del reagrupante cuando hayan obtenido una autorización para trabajar.

europeo amparado por la normativa de desarrollo del citado artículo 21.1 TFUE (Directiva 2004/8/CE).

36. Pero, también, la libre circulación de personas tiene incidencia en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia donde las normas regulatorias responden a una lógica de seguridad y control fronterizo. La reagrupación familiar de los extranjeros no comunitarios que sean titulares de un permiso de residencia queda sujeta a las medidas que la Unión Europea ha adoptado para que la protección de la familia sea efectiva y se favorezca la integración de los extranjeros (Directiva 2003/86).

37. Al igual que ocurre en cualquier ámbito del Derecho, habrá casos en los que las personas intentarán hacer un uso abusivo de la libertad de circulación procurando eludir las normas nacionales de inmigración y extranjería. El abuso del derecho a la libre circulación menoscaba el derecho fundamental de los ciudadanos de la UE a la libre circulación al igual que menoscaba el derecho a la reagrupación familiar. Por consiguiente, la lucha efectiva contra tal abuso resulta esencial para la defensa de ese derecho y tiene incidencia en las normas de extranjería que regulan el acceso al territorio y otorgan un estatuto familiar a estas familias. Los controles son diferentes en uno y otro régimen. Mientras que la prueba del matrimonio o el registro de pareja no se exige en el estatuto de familiar comunitario para la obtención de las autorizaciones de entrada al territorio (visado) y de residencia (tarjetas de residencia), en el estatuto de familiar por reagrupación estos controles se exigen tanto en el expediente gubernativo para autorizar la reagrupación como en el expediente consular para expedir el visado.

38. El modo en que se lleva a cabo el control de la existencia de la relación familiar matrimonial lo es a la luz de los documentos extranjeros aportados, lo que implica un análisis de la fuerza ejecutiva y validez probatoria de estos documentos en sede administrativa de extranjería. En cuanto a la valoración del consentimiento se lleva a cabo por el Cónsul en la entrevista personal previa a la expedición del visado tomando como referencia las presunciones o indicios de apreciación de la existencia o inexistencia del consentimiento matrimonial (matrimonios de complacencia).

39. Por último, mientras que en el régimen comunitario el impacto de la crisis matrimonial en el estatuto familiar se regula de manera tasada y exhaustiva, en el régimen de reagrupación familiar los Estados miembros conservan un amplio margen de maniobra para regular la conservación o modificación de las autorizaciones.

## RESUMEN



## LOS ESTATUTOS DE RESIDENCIA FAMILIAR DE LOS EXTRANJEROS Y EL IMPACTO DE LA RUPTURA DEL VÍNCULO SOBRE LA RESIDENCIA

Este capítulo analiza la configuración legal de los estatutos de residencia familiar y el impacto de las crisis familiares en la residencia de los nacionales de terceros países. Las normas de extranjería ofrecen una regulación diferente del derecho de acceso al territorio y del impacto de la ruptura del vínculo sobre el estatuto de familiar según se trate del familiar nacional de un tercer país cónyuge de un ciudadano europeo que se traslada a otro Estado miembro o del familiar nacional de un tercer país cónyuge de un extranjero titular de una autorización de residencia. El estudio se centra en las consecuencias del posible abuso del derecho de libre circulación y del derecho a la reagrupación familiar y en el examen de los controles para detectar el fraude documental tanto en el acceso al territorio como en la renovación o modificación de las autorizaciones de residencia familiar.

**Palabras clave:** libre circulación de personas, reagrupación familiar, ciudadanía de la Unión, matrimonio de conveniencia, fraude documental.

### ABSTRACT

#### FAMILY RESIDENCE STATUTES FOR ALIENS AND THE IMPACT OF MARITAL CRISIS UPON RESIDENCY

This chapter analyses the legal configuration of family residence permits (statutes) and the impact of family crises regarding the residence of third-country citizens. The Spanish immigration law offer a different regulation in regard to the right of access to the territory and the impact of the rupture of the link upon the status of the relative depending on if the relative is a citizen of a third-country and is the spouse of a European citizen who has moved to another member state or if the relative is a citizen of a third-country and is spouse of an alien holding an authorized residency permit. The study focuses on the consequences of the possible abuse regarding the right to freedom of movement and the right to family reunification and the examination of controls to detect documentary fraud both in access to the territory and in the renovation or modification of the family residency authorizations.

**Keywords:** Free movement of persons, Family reunion/reunification, European citizenship, Marriages of convenience, Documentary fraud.