

# EL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA INMIGRACIÓN

*Universitas rerum, aggregatio corporum*

Gloria ESTEBAN DE LA ROSA  
P.T.U. de Derecho internacional privado  
Universidad de Jaén

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS SITUACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES VINCULADAS CON LA INMIGRACIÓN.—3. DERECHO DE LA INMIGRACIÓN Y SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 3.1 *Pilares del Derecho de la inmigración: control, cooperación e integración*. 3.2 *El Derecho de la inmigración como rama del Derecho social*.—4. LA INTEGRACIÓN COMO FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA INMIGRACIÓN Y TÉCNICAS DE REGLAMENTACIÓN. 4.1 *El Derecho internacional privado clásico ante la inmigración*. 4.2 *La integración en el país de origen y en el país de acogida*. 4.3 *El «método del reconocimiento»*.—5. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los desplazamientos de personas hacia otros países y/o continentes en busca de mejores condiciones de vida no constituyen un fenómeno nuevo, sino que han estado presentes en la historia de la humanidad<sup>1</sup>. Sin embargo, suele establecerse una diferencia entre dichos movimientos migratorios y los que tienen lugar en la actualidad, pues en el primer caso se produce una cuasi-extinción de las comunidades aborígenes (colonización), dado que la población que llega tiende a formar un grupo originario (*core group*) al que, constituido en centro, intentan adherirse las sucesivas oleadas de inmigración. En cambio, en el segundo, la población a la que llega el emigrante es claramente la dominante<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> El presente estudio se enmarca dentro del Proyecto de Investigación de Excelencia «*Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza*» (SEJ 820), concedido por la Consejería de innovación, ciencia y empresa de la Junta de Andalucía (2005-2008), cuyo investigador principal es S. Sánchez Lorenzo, CU de Derecho internacional privado (Universidad de Granada).

<sup>2</sup> Esta distinción es relevante cuando se trata de analizar las relaciones interétnicas que tienen lugar en ambos casos entre los grupos culturalmente distintos, así como cuando se trata de poner en práctica

Este estudio se centra en los desplazamientos más actuales de personas procedentes de países de América Latina, África y Europa del Este, señaladamente a occidente y, en particular, a la Europa comunitaria desde la segunda mitad del siglo pasado (s. xx) hasta el momento presente<sup>3</sup>. Más concretamente, en las situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración y en las cuestiones que plantean en la actualidad al sistema español de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr), que ha de adaptar sus soluciones a las especialidades de estas nuevas relaciones de tráfico externo, en las que, al característico elemento extranjero se suma el factor socio-económico presente en la inmigración<sup>4</sup>.

La presencia estable de la población extranjera emigrante y emigrada en Europa y, en particular, en España exige a las autoridades otorgar respuestas acordes con sus necesidades. Exige, particularmente, el reconocimiento de sus derechos, no sólo civiles y políticos, sino sociales, así como el establecimiento de las garantías necesarias para conseguir su efectividad, en particular de estos últimos<sup>5</sup>. Se trata del nuevo Derecho social de la inmigración, que requiere una interpretación del entero ordenamiento para permitir la integración negociada y comunicativa de los/las inmigrantes, entendida en sentido sustancial y no meramente formal (vide *infra*). Los derechos fundamentales también pueden interpretarse en clave social<sup>6</sup>.

Sin embargo, el reconocimiento de derechos no basta para conseguir la integración<sup>7</sup>. Junto a ello, las personas inmigrantes/inmigradas demandan que se respete su

---

medidas de integración o inclusión social. Vide PÉREZ-AGOTE, A., «Reflexiones sobre el multiculturalismo que nos viene», en LAMO ESPINOSA, E. (ed.), *Culturas, Estados, Ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Alianza Edit., Madrid, 1995, p. 96.

<sup>3</sup> La mano de obra emigrante se utilizó en Europa para su reconstrucción tras la II Guerra Mundial. Sin embargo, la crisis del petróleo de 1973 provocó el aumento del paro (señaladamente, Alemania y Francia) produciéndose la primera expulsión de nacionales de terceros Estados (entonces, no comunitarios), bien hacia sus lugares de origen, bien hacia otros países vecinos, entre ellos, España. Tuvo lugar un endurecimiento de la política de acogida de trabajadores emigrantes y, consecuentemente, el asentamiento de la población extranjera. En España, este establecimiento ha llegado un poco más tarde (década de los noventa del siglo pasado), a medida que el país ha experimentado una progresiva y constante mejora económica. Vide MARTÍNEZ VEIGA, U., *La integración social de los inmigrantes extranjeros en España*, Trotta, Madrid, 1997, pássim.

<sup>4</sup> En este sentido también, MAESTRE CASAS, P., «Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de Derecho internacional privado», en CALVO CARAVACA, A., e IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Mundialización y familia*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 199.

<sup>5</sup> Vide DE LUCAS, J., «Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes», en AÑÓN M.<sup>a</sup> J. (ed.): *La universalidad de los derechos: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 27 y ss. Sin embargo, no basta con el reconocimiento de los derechos sociales, sino que es preciso también dotarlos de efectividad, a través de las correspondientes garantías. Vide FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

<sup>6</sup> El voto particular del magistrado J. D. GONZÁLEZ CAMPOS en la STC 13/2001, de 29 de enero, es expresivo de la posibilidad de actualizar la interpretación de los derechos fundamentales a la presencia de inmigrantes en territorio español. Dicho magistrado entendió, a diferencia del sentido mayoritario de los miembros del Alto Tribunal, que tuvo lugar una discriminación por razón de raza, pues la única persona a la que se pidió la documentación en la estación fue a la recurrente en amparo, por el sólo hecho de tratarse de una persona de color (de nacionalidad española). Vide comentario de GONZALO QUIROGA, M., «Discriminación racial y control de identificación policial: valoración de la raza como indicio de extranjería y de nacionalidad», *La Ley*, núm. 5291, de 19 de abril de 2001, pp. 1 y ss.

<sup>7</sup> Los atentados terroristas que han tenido lugar en los países occidentales (EEUU y Europa) en los últimos años son una muestra de las lamentables e imprevisibles consecuencias que tiene una inadecuada integración de la población inmigrada en el territorio de estos países. Dichas políticas han sido distintas,

identidad, su cultura y su sistema jurídico, que rige su estatuto personal y familiar con independencia del lugar en el que residan<sup>8</sup>. Esta situación requiere la intervención del sistema de DIPr, único capaz de dar respuesta a las particularidades de sus vidas que transcurren «a caballo» entre dos sistemas jurídicos por motivos socio-económicos (vide *infra*). Estas nuevas situaciones privadas internacionales plantean las relaciones entre las sociedades occidentales y las no occidentales, con frecuencia en vías de desarrollo o subdesarrolladas (Tercer Mundo)<sup>9</sup>.

Ameritan la atención del sistema de DIPr, afectando al método (o técnica) de reglamentación. Esto es, hay que reflexionar acerca de si es preciso –y posible– adaptar las respuestas del actual sistema de DIPr a las especialidades del hecho migratorio<sup>10</sup>.

## 2. LAS SITUACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES VINCULADAS CON LA INMIGRACIÓN

Uno de los rasgos que identifican a las sociedades occidentales actuales, en particular del continente europeo y, más concretamente, de la Europa comunitaria, es la creciente presencia de personas con distinta pertenencia cultural que conviven en su seno (sociedad de referencia)<sup>11</sup>. La expresión multiculturalidad o multiculturalismo empezó a utilizarse en Europa en los años noventa, coincidiendo con el momento en que tiene lugar esta llegada de personas de procedencia de países del Magreb o de antiguas colonias hacia la Unión Europea<sup>12</sup>. Por tanto, la multiculturalidad predispone la formación de sociedades multiculturales<sup>13</sup>.

Dicho concepto sitúa el énfasis en la noción de cultura, de un lado y, de otro, en el hecho de que existe una pluralidad de culturas en la actual sociedad (europea y espa-

---

dando lugar también a resultados divergentes. Vide ENTZINGER, H., y BIEZEVELD, R., *Benchmarking in Immigrant Integration*, Erasmus University Róterdam, Róterdam, 2003.

<sup>8</sup> M. PAJARES alude también a esta doble vertiente de la integración de los inmigrantes: una «aspiración de igualdad» (en derechos), de un lado y, de otro, una «situación de diferencia cultural» (vide, *La inmigración en España. Retos y propuestas*, Icaria, Barcelona, 1998, p. 17).

<sup>9</sup> Algunos autores están convencidos de la existencia de un «choque» de civilizaciones. Vide *inter al.* HUNTINGTON, S. P., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 1997.

<sup>10</sup> Vide las propuestas de QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Inmigrantes de países islámicos: ¿qué Derecho de familia?» en GARCÍA CASTAÑO, F. J., y MURIEL LÓPEZ, C. (edit.), *La inmigración en España. Contextos y alternativas*, vol. II, Laboratorio de Estudios Interculturales, Univ. de Granada, Granada, 2002, pp. 313 y ss.

<sup>11</sup> Como señala la doctrina, «se espera de la variedad de ciudadanos que conserven sus adhesiones e identidades culturales y no tanto que las sustituyan por las del contexto social de recepción» [vide «Fronteras culturales», en LAMO ESPINOSA, E. (ed.), *Culturas, Estados, Ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Alianza Edit., Madrid, 1995, p. 14].

<sup>12</sup> Se ha señalado que el multiculturalismo aparece en los años ochenta del pasado siglo (vide PAJARES M., *La inmigración...*, *op. cit.*, 1998, p. 80) y al comienzo del s. XXI la inmigración se convierte en una «cuestión de Estado» [vide ZAPATA-BARRERO, R., «La gestión política de la inmigración: indicadores y derechos», en AÑÓN, M.<sup>a</sup> J. (ed.): *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blach, Valencia, 2004, p. 200]. No obstante, esta expresión ya ha sido utilizada, tanto en Canadá como en Australia desde los años setenta, momento en que se pusieron en prácticas las políticas multiculturales.

<sup>13</sup> Vide ZAPATA-BARRERO, R., *Multiculturalidad e inmigración*, Ed. Síntesis, Madrid, 2004, p. 62.

ñola)<sup>14</sup>. Sin embargo, la primera es una noción polisémica, cuyo sentido, además, ha experimentado una transición histórica en la que ha pasado de expresar una acción transitiva (cultivo de la tierra, del alma, etc.), a ser el resultado o producto material o espiritual del hombre, por obra de la filosofía de la historia. De otro lado, cuando se ha asociado a la semántica nacional, la cultura ha encontrado un caldo de cultivo apropiado, pues le ha proporcionado la posibilidad de encontrar un espacio territorial en el que expandirse<sup>15</sup>.

En segundo lugar, la sociedad es un ser vivo y cambiante<sup>16</sup>. Precisamente, tales cambios han propiciado la evolución anteriormente descrita de la noción de cultura, pues dicha concepción objetiva es el resultado de la división de la sociedad en «sistemas funcionales» y de la imposibilidad de que el hombre pueda observar el mundo a partir de dicho momento de una forma unitaria (universo)<sup>17</sup>.

Con independencia de la bondad de esta expresión para poner de relieve «*la defensa de cierto desacoplamiento entre la nación étnica y la nación política*»<sup>18</sup>, a los efectos de este estudio se parte de una noción de multiculturalidad en sentido descriptivo<sup>19</sup>. Esto es, se despoja de otras consideraciones relacionadas con una concreta opción de teoría política que explique o justifique la puesta en práctica de medidas o de políticas destinadas a favorecer la creación de sociedades multiculturales<sup>20</sup>. Ello no empece reconocer que la cultura puede ser entendida (desde una perspectiva sociológica y antropológica) como el conjunto de maneras de obrar, pensar o sentir específicas a un grupo humano<sup>21</sup>. Sin embargo, dicha noción no debe llevar a contraponer

<sup>14</sup> Desde el campo de la sociología se sostiene que la construcción identitaria en el seno del colectivo de inmigrantes encuentra su razón en la búsqueda de reconocimiento dentro de la sociedad de acogida, que permita la participación del colectivo de inmigrantes en dicho sistema social. Es decir, la demanda de respeto de la diferencia cultural no se centra tanto en la ansiada preservación y conservación de sus costumbres y valores cuanto en la finalidad de conseguir una identidad de grupo, que les permita canalizar socialmente sus reivindicaciones (aumentar la capacidad de negociación, el poder político, el reconocimiento social, etc.). Vide DEL OLMO VICÉN, N., «Construcción de identidades colectivas entre inmigrantes: ¿interés, reconocimiento y/o refugio?», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2003, vol. 104, pp. 29 y ss.

<sup>15</sup> Vide extensamente GARCÍA BLANCO, J. M.<sup>a</sup>, «Nación y cultura en la sociedad mundial», en ARIÑO VILLARROYA, A. (ed.), *Las encrucijadas de la diversidad cultural*, CIS, Madrid, 2005, pp. 355-357.

<sup>16</sup> Vide SPENCER, H., «¿Qué es una sociedad? Una sociedad es un organismo», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 107, 2004, pp. 232-233.

<sup>17</sup> Vide extensamente GARCÍA BLANCO, J. M.<sup>a</sup>, «Nación y cultura...», *loc. cit.*, pp. 355-357.

<sup>18</sup> Vide LAMO ESPINOSA, E., «Fronteras...», *loc. cit.*, p. 20. En este mismo sentido, el multiculturalismo y multiculturalidad son entendidas como todo aquello que pone en duda el vínculo sagrado entre Estado-Nación-ciudadanía. Vide ZAPATA-BARRERO, R., *Multiculturalidad...*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>19</sup> Para E. LAMO ESPINOSA, la multiculturalidad ha de ser entendida en sentido normativo, esto es, como una aspiración, un ideal, de convivencia pacífica entre culturas en una sociedad compuesta por personas que no ostentan la nacionalidad del Estado de acogida y portan sus propios «referentes culturales», a pesar de que proceden, en la mayor parte de las ocasiones, de territorios que han sido antiguas colonias de las potencias europeas (ibídem).

<sup>20</sup> Un sector de la doctrina considera que el multiculturalismo, tal y como se está construyendo en su sentido negativo en la actualidad, es la lectura local de una construcción política global: el «conflicto entre civilizaciones». Vide TAYLOR, CH., *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 74.

<sup>21</sup> Además, se trata de prácticas legitimadas o institucionalizadas. De otro lado, el núcleo de la cultura lo constituye, casi siempre, una religión. Vide LAMO, E., «Fronteras...», *loc. cit.*, p. 15.

culturas entendidas como identidades constitutivas de grupos de personas contra o frente a otras, que son distintas, incompatibles y contradictorias<sup>22</sup>.

El Derecho (ni el DIPr) no ha de construir respuestas jurídicas para una sociedad multicultural sino –en todo caso– plural, en la que conviven personas que proceden de distintas partes del mundo<sup>23</sup>. No obstante, el ordenamiento español reconoce y protege la diversidad (cultural), como expresión del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 10, 1.º CE)<sup>24</sup>. En todo caso, la multiculturalidad pone de relieve la necesidad de integración entendida como proceso bidireccional (vide *infra*)<sup>25</sup>.

Por último, desde el ámbito de la sociología y de la historia se considera que en el mundo pueden distinguirse varias civilizaciones, pudiendo entenderse por tal varias culturas con tradiciones distintas y conformadas a lo largo de la historia<sup>26</sup>. Sin embargo, no puede establecerse un paralelismo entre cultura y civilización<sup>27</sup>. Sería deseable alcanzar un grado de civilización mínima en todas las zonas y regiones del mundo, que no conlleva la unificación ni uniformización de las culturas, que siguen siendo específicas o identificativas de un grupo o colectivo de personas de una concreta región, territorio, raza, etnia, etc.

En este nuevo contexto, cambia el elemento extranjero o internacional de las tradicionales situaciones de tráfico externo, dado que ya no es la mera puesta en contacto de una situación privada con una pluralidad de ordenamientos, sino que tales relaciones presentan también un factor socio-económico. Por tanto, el rasgo que caracteriza a las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración es la presencia de personas, de nacionalidad extranjera y de condición inmigrantes, que no pierden las relaciones con sus países de origen y, por tal motivo, sus vidas transcurren «a caballo» entre dos ordenamientos (el del país de acogida y de origen), lo que, en ocasiones, dificulta tales relaciones personales y familiares en ambos lugares<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> El déficit de comunicación en las sociedades actuales no está determinado por la convivencia de distintas culturas, sino por la falta de conocimiento y de entendimiento entre las personas que pertenecen o se identifican con ellas. Vide ABADÍA-PRETCEILLE, M., «La communication interculturelle, du cliché à l'énigme (Chap. 1)», en ABADÍA-PRETCEILLE, M. y PORCHER, L., *Diagonales de la communication interculturelle*, Antropos, París, 1999, p. 8.

<sup>23</sup> Se sigue en este sentido a SARTORI, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001, p. 61.

<sup>24</sup> Vide extensamente ESPINAR VICENTE, J. M.<sup>a</sup>, «Consideraciones en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social» y ROBLES MOCHÓN, G., «El libre desarrollo de la personalidad (art. 10, 1.º CE)», en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Serv. Publ. Univ. de Alcalá de Henares, 1995, pp. 63 y ss. y 45 y ss., respectivamente.

<sup>25</sup> Como señala W. KYMLICKA, el multiculturalismo es el reconocimiento del hecho de que la integración de nuevos ciudadanos es una vía de doble dirección (vide *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 210). En este mismo sentido véase SARTORI, G., *La sociedad...*, *op. cit.*, pp. 61 y ss.

<sup>26</sup> Una de ellas, la occidental, es característica de Europa, en la que se mezcla el germanismo y elementos romano-cristianos, que constituyen la esencia de la cultura europea. Vide KOSCHAKER, P., *Europa y el Derecho romano*, 2.ª ed., EDESA, Madrid, 1955, pp. 19-20.

<sup>27</sup> Vide GARCÍA-PICAZO, P., «Totalidad y fragmentación. El mundo de la cultura, el universo de la civilización», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 1993 (núm. 6), pp. 81-104.

<sup>28</sup> La delimitación de la noción de persona inmigrante o inmigrada, que imprime un estatuto socio-económico previo con respecto a otra que no tiene estas necesidades de integración socio-laboral, no es una tarea sencilla, en particular, a los efectos de decidir cuándo se está en presencia de una situación privada internacional o de una situación privada internacional vinculada con la inmigración (aunque no

Al sistema de DIPr se le plantean cuestiones nuevas, que obligan a repensar y reflexionar acerca del tradicional elemento de extranjería, dado que ya no es sólo la nacionalidad sino la condición socio-económica de la persona inmigrante o inmigrada (vide *infra*). Este sistema no ha de dar respuesta a las situaciones privadas internacionales caracterizadas por la pertenencia del sujeto a un grupo cultural determinado por razones de emigración (y su conservación en el Estado de acogida), sino a la circunstancia de que las personas emigrantes/emigradas tienen unas condiciones socio-económicas determinadas que requieren la atención del ordenamiento de cara a su integración e inserción socio-laboral. Para ello, es necesario interpretar sus reglas de conformidad con la función de este nuevo sistema en el contexto general de la regulación de la inmigración (vide *infra*)<sup>29</sup>.

### 3. DERECHO DE LA INMIGRACIÓN Y SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

#### 3.1 Pilares del Derecho de la inmigración: control, cooperación e integración

Las relaciones entre el sistema de DIPr y el ordenamiento de extranjería e inmigración han sido siempre estrechas. En un momento histórico determinado se consideraba que el Derecho de extranjería formaba parte del contenido del primero<sup>30</sup>. No obstante, en la actualidad puede hablarse de la interrelación entre ambos sistemas, pues la inmigración no agota sus perfiles en su dimensión jurídico-pública (en particular, administrativa, aunque no sólo), sino que las situaciones privadas (en particular, vinculadas con el ámbito personal y familiar) son cada día más relevantes.

Para delimitar tales relaciones conviene incidir, en primer lugar, en los principales ejes sobre los que hoy se construye el actual ordenamiento de extranjería e inmigración: el control, la cooperación y la integración de la persona inmigrante/inmigrada<sup>31</sup>. Si bien no cabe profundizar en esta sede en cada uno de ellos, dan cuenta de la evolución que ha experimentado el Derecho español desde la derogación de la LO 7/1985, de 1 de julio (LOEx)<sup>32</sup> por la LO 4/2000, de 11 de enero (LOExIS) así como en las distintas reformas que ha experimentado esta última<sup>33</sup>.

sólo). Hay que tomar en cuenta, en todo caso, que la integración social es un proceso largo que puede requerir no sólo varios años sino varias generaciones.

<sup>29</sup> El art. 9, 9.º, del CC ha de ser interpretado con la finalidad de dar respuesta a las cuestiones que suscita la inmigración, dado que cuando la persona emigrante/emigrada adquiere la nacionalidad del país de acogida, no sólo mantiene sus hábitos de vida, sino que conserva su nacionalidad de origen, de conformidad con el ordenamiento de este Estado (vide *infra*).

<sup>30</sup> Se trata de la concepción amplia del contenido del DIPr heredada de la tradición francesa. Vide, *inter alia*, MIAJA DE LA MUELA, A., *Derecho internacional privado, vol. I. Introducción y Parte general*, 9.ª ed. revisada, Atlas, Madrid, 1985, esp. pp. 11-12.

<sup>31</sup> Vide extensamente, *inter alter*, ORTEGA PÉREZ, N., «Andalucía (in)migrante. Flujos migratorios y política a través del tiempo», en AAVV, *Estructura y procesos sociales. Homenaje a J. Cazoria*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2005, pp. 593 y ss., y la bibliografía citada.

<sup>32</sup> BOE de 3 de julio.

<sup>33</sup> BOE de 12 de enero y corr. de err. BOE de 24 de enero. Como se sabe, esta ha sido modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre (BOE de 23 de diciembre y corr. de err. BOE de 23 de febrero

En cuanto al control, la normativa de extranjería e inmigración tiene la finalidad principal de verificar la regularidad de la presencia de personas de nacionalidad extranjera en el territorio español, utilizando para ello principalmente la técnica de la autorización administrativa para conocer y ordenar, en particular, la fuerza de trabajo que conforma el mercado español (autorización de trabajo) y también el visado. No obstante, una de las novedades más significativas la de la actual LOExIS con respecto a la regulación anterior ha sido el reconocimiento al extranjero/a del derecho subjetivo a residir en territorio español en los casos previstos en el art. 31, 2.º, y 32 de la LOExIS, de conformidad con la Disposición final primera de la LO 8/2000<sup>34</sup>.

Sin embargo, las respuestas basadas exclusivamente en el control y la represión (en ocasiones) no son suficientes ni adecuadas para dar respuesta al hecho de la inmigración<sup>35</sup>. Junto al control, el ordenamiento español de extranjería e inmigración incorpora el objetivo de la cooperación con los países de origen de los que proceden las personas emigrantes/emigradas<sup>36</sup>. Para ello, tanto el Gobierno español, como el de otros Estados de la Unión Europea, están llevando a cabo acuerdos en estos últimos tiempos con la finalidad de establecer redes de cooperación para ordenar los flujos migratorios, para que accedan a sus territorios las personas que cuentan con un contrato de trabajo en origen<sup>37</sup>.

En todo caso, la llegada de personas de nacionalidad extranjera y condición inmigrante requiere medidas que favorezcan su inserción socio-laboral en el país de acogida y plantea su necesaria integración como vía para conseguir la paz social y la prevención de las situaciones de marginalidad, al tratarse de colectivos especialmente sensibles o vulnerables<sup>38</sup>. Una de las modificaciones más relevantes que ha tenido

---

de 2001), por la LO 11/2003, de 29 de septiembre (BOE de 30 de septiembre) y por la LO 14/2003, de 20 de noviembre (BOE de 21 de noviembre). Dan cuenta de esta evolución de forma amplia y exhaustiva TRINIDAD GARCÍA, M.ª L./MARTÍN MARTÍN, J., *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

<sup>34</sup> Vide extensamente ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Comentario al art. 31», en MONEREO PÉREZ, J. L./MOLINA NAVARRETE, C., *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración social*, Comares, Granada, 2001, pp. 487 y ss.

<sup>35</sup> Vide, *inter aliter*, IZQUIERDO, A., «Cap. 4. La situación de los inmigrantes y la política de extranjería», en ídem., *La inmigración inesperada. La población extranjera en España (1991-1995)*, Trotta, Madrid, 1994, pp. 127 y ss.

<sup>36</sup> Se trata ésta de una de las acciones (ordenación de la llegada de inmigrantes desde los países de origen, mediante la firma de convenios que contemplen todos los aspectos del fenómeno migratorio) previstas por el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración (Plan GRECO) aprobado por Resolución de 17 de abril de 2001, de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros del día 30 de marzo de 2001 (BOE de 27 de abril).

<sup>37</sup> De otro lado, la citada cooperación también tiene lugar por la vía de la ayuda al desarrollo, que ha demostrado ser insuficiente en el momento actual para conseguir el objetivo pretendido, habiéndose formulado otras propuestas de acción como el codesarrollo. Se trata de otra de las líneas de actuación previstas en el Plan GRECO, que se concretaba, entre otras, en las siguientes medidas: formación de inmigrantes que puedan ser agentes de desarrollo en sus países de origen, ayuda a la reinserción en los países de origen, etc.

<sup>38</sup> Un sector de la doctrina considera que el actual ordenamiento de extranjería e inmigración también reconoce el derecho a la inserción del extranjero por lo económico (art. 14, 3.º, de la LOExIS), de conformidad con el principio de cohesión social, lo que se traduce en la necesidad de diseñar un «cupos de solidaridad» junto al «cupos de mercado». Vide extensamente MOLINA NAVARRETE, C., «Capítulo 4. Un nuevo derecho social fundamental de la persona inmigrada: la renta mínima de inserción», en VILLAR

lugar tras la derogación de la LOEx de 1985 por la LOExIS se centra en que, por vez primera, la normativa de extranjería se ocupa –al menos, por el título de la ley– de la integración de las personas inmigradas e inmigrantes en la sociedad española<sup>39</sup>.

La noción de integración se sitúa en el ámbito de la sociología y también de la psicología, dado que puede considerarse que una persona se encuentra integrada, pero ella misma puede pensar o sentir lo contrario. Desde un punto de vista sociológico, la integración se entiende como un proceso a través del cual tiene lugar una interacción o interdependencia entre dos formas de vida o dos culturas distintas. Más concretamente, se alude a la interpenetración de los individuos (el emigrante con la sociedad de acogida y a la inversa)<sup>40</sup>. No obstante, la integración puede tener una pluralidad de significados, no sólo en el ámbito de las ciencias sociales, sino, más particularmente, en el contexto jurídico.

Se trata de un concepto funcional, que puede ser entendido de manera distinta en atención al ámbito material en que es empleado por el legislador, incluso cuando se trata de sectores que están muy próximos entre sí, como sucede en el caso del Derecho español de la nacionalidad y del ordenamiento de extranjería e inmigración<sup>41</sup>. Cuando se alude a la integración desde un punto de vista jurídico y, más concretamente desde la perspectiva del ordenamiento de extranjería e inmigración, se hace a su dimensión social. Tal integración es entendida habitualmente como inclusión social, que conlleva el reconocimiento de derechos, en especial sociales, pero también de la diversidad cultural<sup>42</sup>.

La integración tiene carácter bidireccional. No se trata de la adaptación de la población emigrante o emigrada a la sociedad autóctona, sino también de la segunda a la primera, en una relación mutua de intercambio y de comunicación. Por tanto, la integración a la que se alude cuando se hace referencia a las personas que proceden de otros países y que tienen o conocen otras formas de vida, se refiere a la que parte del conocimiento mutuo y del diálogo y que tiende –a través del intercambio– a generar o realizar sujetos-valor, que puedan contribuir al desarrollo y progreso de las regiones, comunidades o zonas de las que proceden los/las inmigrantes<sup>43</sup>.

La clave para la interpretación de la noción de integración se encuentra en que la persona es miembro de la sociedad. Sin embargo, la pertenencia a la sociedad no significa a una concreta comunidad política, cuyo elemento de conexión es la nacionali-

---

BORDA, L./ROSALES, J. M.<sup>a</sup>, *La inmigración y las oportunidades de la ciudadanía*, Univ. Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 35, 2005, pp. 103 y ss.

<sup>39</sup> Vide también en sentido crítico con respecto a la reforma operada por la LO 8/2000 ASENSI SABATER, J., «Migración y Derecho: Los dilemas del discurso cosmopolita. A propósito de la LO 8/2000», en AAVV, *Derecho de la inmigración y derecho de la integración. Una visión múltiple: Unión Europea, Canadá, España, Québec y Cataluña*, Universidad de Girona, Girona, 2002, pp. 28 y ss.

<sup>40</sup> Vide AAVV, «El concepto de integración desde la sociología de las migraciones», *Revista Migraciones*, vol. 12, dic. de 2002, pp. 1 y ss. (nota 12).

<sup>41</sup> En todo caso, se diferencia de la asimilación, que supone la total asunción por el extranjero de la forma de vida de la sociedad de acogida.

<sup>42</sup> La inclusión social ha de ser entendida como el proceso de progresiva incorporación a la sociedad final de un grupo no nuclear. Vide PÉREZ-AGOTE, A., «Reflexiones...», *loc. cit.*, p. 94.

<sup>43</sup> Esta noción de integración expresa una idea distinta de la que indican las nociones de inserción socio-laboral o de acomodamiento, ambas utilizadas en ámbitos no estrictamente jurídicos, sino de las ciencias sociales o de la política (en particular, con respecto a la última de las nociones).

dad, ni tan siquiera el idioma, la raza o las creencias religiosas<sup>44</sup>. Ser miembro de la sociedad significa ser considerado integrante de la misma en igualdad de condiciones materiales que el resto de sus miembros. Por este motivo, la mera posesión de la nacionalidad del Estado de acogida no es un factor para la integración social de la persona emigrante/emigrada (al ser tributaria esta institución de las concepciones vigentes en el momento de su génesis histórica), si no existen medidas específicamente destinadas a tal fin.

No obstante, la integración social no sólo está relacionada con las personas extranjeras inmigrantes o inmigradas, sino que se trata de un principio rector de nuestro ordenamiento (art. 9, 2.º CE)<sup>45</sup>. Por tanto, no se trata sólo de una noción que puede ser utilizada por el legislador en concretos contextos normativos, sino que trasciende su carácter funcional para convertirse en un auténtico valor de toda sociedad que asuma como principios de funcionamiento el hecho de ser democrática y de Derecho, como es el caso de la sociedad española (vide *infra*).

La estabilización de la población emigrada en el territorio del Estado de acogida saca a la luz las cuestiones que plantean al DIPr las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración. El nuevo DIPr de la inmigración comparte con el Derecho de la inmigración alguno de sus rasgos. Las tres bases o pilares del actual ordenamiento de extranjería e inmigración pueden también apreciarse en las actuales respuestas que da el sistema español de DIPr a las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración. Sin embargo, la función de control no es específica del DIPr, salvo cuando se trata de permitir que desplieguen efectos en el foro las decisiones extranjeras constituidas al amparo de un Derecho extranjero, pues tal homologación se supedita a un conjunto de condiciones.

Sin embargo, el sistema de DIPr no puede ser utilizado con una finalidad distinta a la que le es propia (dotar de continuidad espacial a las decisiones), para convertirse en un instrumento para impedir que las personas extranjeras accedan o permanezcan en el territorio español, como sucede en la actualidad. Si bien se trata de una función indiscutible de todo ordenamiento de extranjería e inmigración, pierde su justificación cuando se proyecta sobre las situaciones privadas internacionales, en la medida en que determinadas relaciones de Derecho privado permiten a una persona de nacionalidad extranjera legalizar su situación en España<sup>46</sup>.

El citado control, que se traduce en la denegación del reconocimiento de las relaciones constituidas al amparo de Derechos extranjeros, no sólo está teniendo

---

<sup>44</sup> Vide, en este sentido, MARSHALL, T. M., y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, Alianza Ed., Madrid, 1992, p. 52.

<sup>45</sup> Si bien esta disposición no alude a los extranjeros, se refiere a la integración de determinadas personas en la sociedad española, de tal modo que gocen de los mismos derechos que este Título otorga a los ciudadanos.

<sup>46</sup> Estos controles se han articulado, en particular en el caso del matrimonio, a través de la realización de una entrevista por separado, bien a los contrayentes, bien a los cónyuges, cuando uno de ellos ostenta la nacionalidad española. La DGRN aprobó una Instrucción en este sentido, de fecha 9 de enero de 1995, para tal fin (*BOE* de 25 de enero). La reciente Instrucción del citado órgano directivo, de 31 de enero de 2006 (*BOE* de 17 de febrero), vuelve a suscitar las críticas y dudas que había planteado la anterior, al incidir directamente en el derecho fundamental a contraer matrimonio (art. 32 CE). Vide sobre esta última el reciente estudio realizado por OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006», *La Ley*, núm. 6542, de 5 de septiembre de 2006, pp. 1 y ss.

lugar en el caso del matrimonio, sino también cuando se solicita el reconocimiento de las adopciones simples constituidas, en particular, en los países de América Latina<sup>47</sup>.

En cuanto a la segunda de las funciones del ordenamiento de extranjería e inmigración, se manifiesta en el nuevo DIPr de la inmigración en la necesidad de cooperación con los sistemas jurídicos de origen de las personas inmigrantes/inmigradas. Tal cooperación ha de tener lugar entre los ordenamientos, en particular, de origen y de residencia (o acogida), lo que requiere el conocimiento de su contenido para que puedan ser aplicados por las autoridades españolas. Ya no se justifica la inaplicación del Derecho extranjero por la falta de información, ni tampoco por el hecho de que sea incompatible con el orden público del foro en todo caso, como se verá *infra*<sup>48</sup>.

En tercer extremo, el sistema de DIPr comparte con el ordenamiento de extranjería e inmigración la finalidad de la integración social de la persona inmigrante/inmigrada, pero este específico sistema de reglas define de forma propia esta noción. Si se tiene en cuenta que el rasgo que caracteriza a esta población es su vinculación con su país de origen, el sistema de DIPr ha de dar respuesta a las situaciones privadas internacionales que tienen lugar en tales casos, en las que están implicados dos ordenamientos principales. La citada integración consiste también en la aplicación del ordenamiento con el que la persona inmigrante/inmigrada se siente vinculada, en primer lugar y, en segundo extremo, en el reconocimiento de sus situaciones y relaciones de vida, tanto en el país de origen como en el país de acogida.

Sólo el sistema de DIPr puede dar respuesta a esta exigencia de integración en el lugar de origen y de acogida de la persona emigrante/emigrada, favoreciendo el reconocimiento de sus situaciones personales y familiares (vide *infra*). Por ello, es criticable el nuevo art. 107 del CC, tras la reforma operada por LO 11/2003, de 29 de septiembre, pues se refiere sólo a la integración en la sociedad de acogida, pero se despreocupa de que la decisión judicial española de extinción del matrimonio sea reconocida en origen<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> En este último caso, la DGRN está realizando una interpretación *contra legem* del art. 9, 5, 4.º, inciso segundo, del CC, impidiendo la utilización de la vía de la conversión para homologar los efectos de las citadas adopciones en nuestro país. Vide extensamente ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Conversión en España de las adopciones formalizadas en América Latina (función del art. 9, 5, 4.º, del CC en el nuevo sistema de la adopción internacional)». Comunicación presentada en las *II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales: «Migraciones y Desarrollo»*, celebradas en Montevideo, los días 25-27 de octubre de 2006, en prensa.

<sup>48</sup> Por este motivo es criticable anticipar la acción del orden público para dejar de aplicar el contenido de un Derecho extranjero. Vide la Sentencia de la AP de Murcia núm. 166/2003 (secc. 1.ª), de 12 de mayo (Rec. de Apelación núm. 66/2003), publicada en *Westlaw Aranzadi*, AC 2003/1676 y el comentario favorable de CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Crisis matrimoniales internacionales: foro de necesidad y Derecho extranjero», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2004-1, esp. pp. 243 y ss.

<sup>49</sup> Vide LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (*BOE* núm. 234, de 30 de septiembre). Vide también en sentido crítico, *inter aliter*, DIAGO DIAGO, M.ª P., «La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad», en CALVO CARAVACA, A. L./CASTELLANOS RUIZ, E., *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 271 y ss.; y más recientemente, ABARCA JUNCO, P., «Un ejemplo de materialización en el Derecho internacional privado español. La reforma del art. 107 del Código civil», en *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor J. D. González Campos*, Tomo II, EUROLEX, Madrid, 2005, p. 1114.

### 3.2 El Derecho de la inmigración como rama del Derecho social

El ordenamiento de extranjería e inmigración ha experimentado una evolución reciente que ha supuesto un tránsito desde un Derecho excepcional hacia un ordenamiento especial, que está relacionada –sin duda– con las diferencias entre las nociones de extranjero/a y de inmigrante. La primera se centra en la falta de posesión de una persona de la nacionalidad de un concreto Estado (habitualmente de residencia), situando el énfasis en las medidas de control y en la técnica de la autorización. Es una noción excluyente, pues alude al estatuto limitado de derechos de una persona, justificada por el hecho de no ostentar la nacionalidad de un concreto Estado.

La segunda, en cambio, sitúa el centro de atención en una situación o condición socio-económica, que requiere medidas especiales para su inserción socio-laboral. La noción de inmigrante hace referencia a las circunstancias sociales de una persona, relacionadas con la búsqueda de condiciones de vida más favorables en un lugar distinto al de nacimiento, esto es, en un país del que no es nacional (o en un territorio distinto del propio Estado nacional). No está relacionada con los parámetros políticos que sirven de base a las de nacional y extranjero. Por ello, frente al tradicional ordenamiento de extranjería, el Derecho de la inmigración no es excepcional ni excluyente, sino que pretende dar respuesta a la creciente presencia de personas, que acuden al territorio de los países europeos por motivos principalmente socio-económicos. El Derecho de la inmigración se centra en la plena equiparación en derechos entre los individuos, con independencia del *status* de ciudadano que les otorgue un concreto ordenamiento nacional o supranacional.

A su vez, el ordenamiento de extranjería e inmigración es una rama del Derecho social<sup>50</sup>. El Derecho social se encuentra a caballo entre el Derecho público y el Derecho privado como técnicas de intervención en el caso de la población inmigrante, en la medida en que las tradicionales medidas de Derecho público no pueden lograr la integración social de los inmigrantes, ni tampoco las tradicionales técnicas del Derecho privado. Por tanto, se abre una vía intermedia entre uno y otro, en virtud de la cual los agentes sociales, la propia sociedad civil se organiza con la finalidad de dar respuesta a sus propias necesidades (pero no interviene el propio Estado ni ninguno de sus órganos)<sup>51</sup>.

El nuevo Derecho social de la inmigración utiliza técnicas de reglamentación distintas de las empleadas por otras disciplinas, en las que la ley constituye la única fuente para la regulación de las relaciones sociales. En cambio, el pacto y la negociación son estrategias de regulación, que se imponen frente al estricto cumplimiento de la ley (individual). Se trata de la dicotomía entre legalidad y gobernabilidad (de la ciudad). El Derecho social (frente al Derecho individual) se caracteriza por su pluralismo de fuentes, dado que la sociedad plural se organiza a sí misma desde sus distin-

<sup>50</sup> Vide extensamente MONEREO PÉREZ, J. L./MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración social* (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001), Comares, Granada, 2001, pp. 1 y ss. (esp. pp. 9 y ss.).

<sup>51</sup> Supone, en definitiva, el reconocimiento de que el Derecho público (y sus tradicionales métodos de tutela de los intereses públicos) no puede dar respuesta en el momento actual a estas nuevas necesidades que plantea la población inmigrante o emigrada.

tos colectivos o grupos, como estructura dinámica<sup>52</sup>. Una expresión de estas técnicas transaccionales o pactadas se pone de relieve en la necesidad de negociar la integración del inmigrante, a través de la asunción por parte de este último de determinados compromisos.

El Derecho social de la inmigración ubica el centro de interés en la persona del inmigrante (de nacionalidad extranjera) y, por tanto, en sus necesidades que trascienden la esfera individual (asistencia sanitaria, servicios sociales, orientación profesional, etc.). Como macro-ordenamiento que se perfila en la actualidad, tiene una dimensión transversal y se vertebra en torno al principio de la integración social. Como se ha señalado *supra*, la integración es un principio rector de nuestro ordenamiento, tal y como indica el Título Preliminar de la Carta Magna en el art. 9, 2.º Cuando esta disposición alude a integración se refiere a una persona que, quizás, por sus circunstancias personales, sociales, económicas, personales, no está integrada, esto es, no es uno más de esa comunidad. Esta integración, en estos casos, pasaría por favorecer o compensar los elementos que faltan para ello<sup>53</sup>.

La noción de integración se ha utilizado con respecto a personas que, al menos inicialmente, presentan rasgos de exclusión con respecto a determinada sociedad. Esta circunstancia está presente en el caso de los/as extranjeros/as, cuyo elemento diferencial se encuentra en la posesión de una nacionalidad que no es la española y en las dificultades adicionales, si cabe, de vida en nuestro país que se añaden a las comunes por este hecho (necesidad de determinados permisos para permanecer de forma legal en España, p.ej.). Sin embargo, la noción de integración que se emplea cuando se alude a la población inmigrante que reside de forma habitual en el Estado de acogida difiere de la idea de integración que hace referencia a las personas que no tienen las condiciones físicas o psíquicas para desempeñar determinadas actividades sociales (normales), como se ha señalado *supra*. En todo caso, dos elementos que caracterizan en el momento actual la noción jurídica de integración son su carácter social y su carácter pactado o negociado<sup>54</sup>.

Por último, la integración es una norma de estructura compleja que requiere la utilización de técnicas distintas (reconocimiento de derechos, medidas políticas, planes de inserción socio-laboral, etc.) para su realización. Entre ellas se encuentran también las específicas del sistema de DIPr, que son funcionales para este nuevo Derecho social. El DIPr comparte con Derecho social de la inmigración la finalidad

<sup>52</sup> G. GURVITCH constituye, sin duda, el principal exponente de esta concepción del Derecho social frente al Derecho individual. Su obra es comentada por J. L. MONEREO y A. MÁRQUEZ en el Estudio preliminar que realizan en *La idea del Derecho social. Noción y sistema del Derecho social. Historia doctrinal desde el s. XVII hasta el s. XIX*, 1930, Comares, Granada, 2005, pp. VII y ss.

<sup>53</sup> De otro lado, el art. 40 de la C.E. recoge entre los principios de la política social y económica «la integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que (los poderes públicos) prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

<sup>54</sup> El art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, proclama que «toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a...». Esto es, está indicando que toda persona es miembro de una sociedad, lo que significa aceptar que no se trata de una noción de integración meramente formal, sino sustancial. De otro lado, el art. 30 de la Declaración indica también que: «nada en la presente Convención podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración».

de integración social del inmigrante, pero matiza esta finalidad, introduciendo un aspecto que es peculiar y específico de este sistema normativo.

Dicha integración ha de buscarse también en la posibilidad de que estas personas mantengan los «lazos» con sus ciudades y países de origen, al mismo tiempo que crean nuevos en el Estado de acogida, principalmente, por motivos socio-económicos. Esto es, ha de tratarse de una integración, tanto en el país de acogida como en el país de origen, siendo esta última de trascendental importancia para evitar el desarraigo de una población que se resiste a «ser asimilada» a unas pautas o hábitos, en particular del ámbito familiar, que no son los propios, los que responden a su cultura<sup>55</sup>. La citada integración consiste en la *posibilidad de que el/la inmigrante mantenga sus relaciones personales y familiares, tanto en el país de acogida como en el de origen, con independencia de que regrese (o no) a este último en determinado momento*.

Por tanto, con la expresión DIPr de la inmigración se hace referencia al conjunto de especialidades que experimenta este sistema de reglas como consecuencia de la necesidad de dar respuesta (justa) a las situaciones privadas vinculadas con la inmigración, de conformidad con el principio de la integración social. En este sentido, también podría ser calificado el nuevo «DIPr social de la inmigración». La especialización del sistema de DIPr tiene lugar por la vía de la interpretación, a través de la negociación, valoración y ponderación de la situación privada internacional vinculada con la inmigración, con la finalidad de que la autoridad judicial española pronuncie la decisión tomando en consideración su reconocimiento en el país de origen de la persona inmigrante/inmigrada (vide más detenidamente *infra*).

#### 4. LA INTEGRACIÓN COMO FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA INMIGRACIÓN Y TÉCNICAS DE REGLAMENTACIÓN

##### 4.1 El Derecho internacional privado clásico ante la inmigración

Como se sabe, el objeto del DIPr es toda relación de Derecho privado en la que esté presente un elemento que la conecte con una pluralidad de sistemas jurídicos. Si dicho elemento es subjetivo, la situación es internacional porque la persona ostenta una nacionalidad distinta de la española (del foro). Sin embargo, esta noción de internacionalidad no toma en cuenta *a priori* el acusado matiz socio-económico que trae consigo el elemento extranjero cuando hace referencia a la inmigración. En este caso, las circunstancias socio-económicas se superponen a la extranjería, determinando la especificidad de las necesidades de esta población, que exigen poner en marcha medidas específicas para su integración e inserción socio-laboral.

---

<sup>55</sup> Esta afirmación no impide expresar la repulsa a la discriminación que sufre la mujer en determinados países islámicos, incluyendo la desigualdad de trato que aún está en la base de las actitudes de los hombres y de las leyes promulgadas en muchos de estos países. Por este motivo, la mujer experimenta un sentimiento opuesto, de conservación, de un lado, pero también de rechazo, de otro, de su cultura de origen. Vide FOLETS, M. C., «Migrant Women Caught Between Islamic Family Law and Women's Rights», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2000, vol. 7, pp. 30 y ss.

En el momento actual, la creciente emigración de personas de procedencia —en particular— de antiguas colonias hace que en la sociedad de acogida convivan diversidad de culturas<sup>56</sup>. Se trata de situaciones privadas internacionales teñidas de connotaciones económicas, sociales y culturales distintas de las que ha utilizado hasta el momento el sistema de DIPr para construir y aplicar sus respuestas jurídicas. Los sistemas de DIPr, al igual que otras ramas del ordenamiento, se enfrentan a la dicotomía extranjería-inmigración, pues esta última también hace que una situación interna se transforme en una relación privada internacional, en la que la persona (por su nacionalidad) constituye el elemento extranjero.

El DIPr se ha construido sobre la base de determinado tipo de situaciones privadas internacionales, caracterizadas por el movimiento de personas entre distintos países y por el hecho de que los citados desplazamientos ponen en relación una pluralidad de ordenamientos. El objeto de este sistema de normas han sido las situaciones privadas internacionales homogéneas<sup>57</sup>. La existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos en los que se divide el mundo es un presupuesto del DIPr, así como del paradigma de la norma de conflicto ideada por F. C. de Savigny, pero tales situaciones privadas internacionales parten de unos presupuestos determinados (sociedades liberales).

El sistema de DIPr no ha tomado en cuenta especialmente los movimientos migratorios por motivos económicos para identificar la internacionalidad de la situación<sup>58</sup>. Esto es, la emigración/inmigración de personas en busca de mejores condiciones de vida y socio-laborales no ha sido tomada en consideración por el sistema de DIPr para construir una específica solución normativa<sup>59</sup>. Sin embargo, estas nuevas relaciones en las que se presenta el factor socio-económico de la inmigración obligan al científico y al operador a realizar una reflexión acerca del modo en que este elemento tiñe el tradicional objeto del DIPr y, por tanto, también las respuestas jurídicas que han de proponerse para darles adecuada solución<sup>60</sup>.

Se plantea, nuevamente, la cuestión del objeto y, más concretamente, el grado de heterogeneidad que ha de tener una situación privada para que sea regulada por el

<sup>56</sup> La doctrina ha señalado que «lo que caracteriza verdaderamente al DIPr actual son los conflictos de culturas». Vide JAYME, E., «Identité culturelle et intégration: le Droit international privé postmoderne», *Recueil des Cours*, 1995, vol. 251, p. 52. Por este motivo, se propone revisar el sistema de DIPr, que tiene su génesis en las postrimerías del s. XIX. Vide esta apreciación en la Nota a la Sentencia de la AP de Barcelona (sección 18.ª), de 13 de noviembre de 2003 de FONT I SEGURA, A., en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2004-1, p. 379.

<sup>57</sup> Vide GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. en, «Prólogo» a F. J. ZAMORA CABOT, *Las vías de solución de los conflictos de extraterritorialidad. Un estudio a partir del Derecho antitrust de los Estados Unidos*, EUROLEX, Madrid, 2001, pp. 15 y ss. Vide también ZAMORA CABOT, F. J., «Hitos del sustrato social y económico del Derecho internacional privado», *Revista General de Derecho*, abril de 2000, pp. 4449 y ss.

<sup>58</sup> Vide AUDIT, B., «Le Droit international privé en quête d'universalité», *Recueil des Cours*, 2003, vol. 305, p. 110.

<sup>59</sup> Si se observa la base de la creación de estas relaciones privadas internacionales a partir de la idea de Estado-nación en el s. XVIII, se aprecia que los citados Estados nacionales partieron de la identificación de un conjunto de personas con determinados parámetros sociales, culturales, etc. Como ha señalado R. ZAPATA-BARRERO, «la noción de Estado se asienta sobre la base de un grupo homogéneo de personas, en unas premisas monoculturales, esto es, en el siguiente sistema cerrado de igualdad: demos = etnos = nación = ciudadanía» (vide *Multiculturalidad...*, *op. cit.*, p. 75).

<sup>60</sup> Como ha señalado W. KYMLICKA, el meollo del multiculturalismo en occidente estriba en cómo interpretar los principios liberaldemocráticos, no en decidir si esos principios son legítimos (vide *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós, Barcelona, 2003, pp. 89-90).

sistema de DIPr. Puede resultar difícil, en ocasiones, identificar la extranjería de la relación, que constituye uno de los presupuestos del DIPr, como sucede cuando las personas inmigrantes/inmigradas adquieren la nacionalidad del país de acogida (sin perder la propia) con la finalidad de eludir las normas imperativas de control y estancia de extranjeros. Desde la perspectiva del sistema español de DIPr ésta habría dejado de ser una situación privada internacional, al haber desaparecido el elemento extranjero (con independencia de que la persona conserve la nacionalidad de origen de conformidad con el ordenamiento del citado país). Por último, esta persona puede sentirse vinculada por las disposiciones del Derecho islámico, derivadas del Corán, como consecuencia de que practica la religión musulmana<sup>61</sup>. Estas situaciones exigen una nueva interpretación de una de las normas de funcionamiento del sistema de DIPr, más concretamente del art. 9, 9.º, del CC (vide *infra*)<sup>62</sup>.

En cuanto a la función, tres hitos marcan la evolución del sistema de DIPr: en un primer momento, coincidente con la exaltación de la soberanía del Estado, se desarrolla la idea de conflicto entre sistemas y, por tanto, de confrontación<sup>63</sup>. La ciencia del DIPr es denominada conflicto de leyes, pues su finalidad es superar esta contradicción entre los sistemas jurídicos que están presentes siempre que se plantea una situación privada internacional. Este sistema de DIPr se construye sobre la diferencia entre nacional y extranjero, cuya ley personal se respeta y, en ocasiones, se aplica en el foro (esto es, por las autoridades del lugar de estancia o de acogida de éste), pero (en todo caso) como tal, esto es, como extranjero, sin que deban matizarse estas respuestas en atención a unas condiciones socio-económicas determinadas<sup>64</sup>.

En un segundo momento, que puede situarse en el período histórico de la Guerra fría, tiene lugar un cambio en las relaciones entre los Estados, que exige la convivencia entre las naciones, entre las potencias, entre países pertenecientes a distintos bloques. La función del DIPr es la coordinación de sistemas jurídicos y la búsqueda de soluciones uniformes, esto es, evitar que la vida de las personas se vea truncada por el sólo hecho de que transcurra en relación con una pluralidad de ordenamientos.

Tras el final de la Guerra fría, la interdependencia económica y la globalización presiden un cambio social y jurídico que también muta la razón de ser del sistema español de DIPr. Puede decirse que se trata de la tercera fase en la evolución que experimenta la ciencia del DIPr, al igual que lo hacen las demás ramas del ordenamiento, determinada, en parte, por la interdependencia económica (globalización) que lleva consigo el desplazamiento de personas hacia lugares, en los que las condiciones de vida son más

<sup>61</sup> Se ha señalado que la idea de identidad obliga a repensar las nociones de conflictos de leyes interlocales, interregionales e interpersonales (vide JAYME, E., «Identité culturelle...», *loc. cit.*, p. 172).

<sup>62</sup> La doctrina ha señalado que «la nacionalidad adquirida por motivos laborales no significa nada en relación a las costumbres de una comunidad. Hay que ser conscientes de que, o se defiende una conexión étnica o religiosa o estaremos ante una patente desigualdad de los inmigrantes». Vide ABARCA JUNCO, P., «La regulación de la sociedad multicultural», en CALVO CARAVACA, A., e IRIARTE ÁNGEL, J. L. (edit.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, p. 167.

<sup>63</sup> Vide esta explicación en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Prólogo» a ZAMORA CABOT, F. J., *Las vías de solución...*, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

<sup>64</sup> Como señaló M. AGUILAR NAVARRO, esta noción de «internacionalidad» es, tan sólo, la expresión de unos hechos tangibles: la existencia de un tráfico extranjero nacido de la comunidad de intereses entre los humanos y en proceso de intensidad creciente como consecuencia de nuevas técnicas en los transportes y de variaciones en el cuadro económico del mundo (vide «El Derecho internacional privado y su amplitud problemática», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1948, p.8).

ventajosas<sup>65</sup>. Esta nueva realidad social, determinada por la presencia de personas de nacionalidad extranjera en los Estados de acogida, evidencia nuevas necesidades de cooperación en el orden internacional, que hacen necesarias soluciones para las situaciones privadas internacionales a través de la aceptación en el foro de los sistemas jurídicos extranjeros como regla de base, debiendo justificarse las excepciones<sup>66</sup>.

La función del DIPr consiste en este nuevo marco en promover el reconocimiento extraterritorial de decisiones en el país de origen de la persona inmigrante/inmigrada. Esto es, no se trata ya sólo de conseguir el objetivo de la continuidad espacial sino de promover que la decisión será reconocida en el lugar de origen de la persona, de un lado, y, de otro, permitir que desplieguen efectos en el foro las decisiones constituidas por tales autoridades extranjeras. Puede decirse que se trata de una función específica del nuevo DIPr de la inmigración, que consiste en la integración de la persona tanto en el país de origen como en el país de acogida<sup>67</sup>.

El reconocimiento no es ya sólo un sector del DIPr (esto es, parte de su contenido) sino, propiamente, una técnica o método de reglamentación para dar respuesta a las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración. Esto es, el sistema de DIPr se especializa para dar respuesta a estas nuevas relaciones de tráfico externo<sup>68</sup>. La citada especialización está teniendo lugar a través de modificaciones legislativas puntuales que tienen la finalidad de adaptar los sistemas de DIPr de los países occidentales (principalmente, aunque no sólo) a estas nuevas situaciones. No obstante, el sistema de DIPr convenientemente interpretado podría permitir a la jurisprudencia otorgar soluciones satisfactorias para que las personas inmigrantes/inmigradas puedan convivir en sociedades cada vez más complejas y, al mismo tiempo, mantener sus vínculos con sus lugares de origen, cuya referencia no pierden a lo largo de sus vidas. Esto es, dicha especialización puede tener lugar por la vía de la interpretación del sistema de DIPr como se verá *infra*.

## 4.2 La integración en el país de origen y en el país de acogida

El sistema de DIPr ha de dar respuesta a las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración, que se caracterizan por el hecho de que la vida de las personas transcurre entre dos ordenamientos, no sólo en el momento en que emigran

<sup>65</sup> Vide AGUIRRE, M., *Los días del futuro. La sociedad internacional en la era de la globalización*, Icaria, Barcelona, 1995, p. 10.

<sup>66</sup> La idea de aceptación es diferente de la mera tolerancia, pues persigue el conocimiento de lo que se acepta y el establecimiento de una relación de igualdad. Vide en este sentido, DÉPREZ, J., «Droit international privé et conflits des civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel», *Recueil des Cours*, vol. 211, 1988, p. 365.

<sup>67</sup> Se parte de cierto relativismo en la noción de «función» del DIPr en la medida en que todas las ramas del ordenamiento jurídico tienen la finalidad de dar respuesta a las necesidades sociales del momento. Las especialidades que puede revestir el DIPr están relacionadas, más bien, con los medios o técnicas de reglamentación (esto es, con su dimensión técnico-jurídica). Vide, en este sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., «Objeto del Derecho internacional privado y Especialización normativa», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, p. 1124, nota 45.

<sup>68</sup> Para el proceso de especialización de las técnicas de reglamentación del sistema de DIPr vide, *inter al.*, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé», *Recueil des Cours*, 2000, vol. 287, pp. 9 y ss.

sino –puede que– a lo largo de sus vidas. En comparación con cualquier otra modalidad de desplazamiento de personas, se trata de una población que difícilmente pierde sus lazos con el Estado de origen<sup>69</sup>. La integración social significa para el sistema de DIPr que la persona inmigrante/inmigrada pueda vivir sus relaciones personales y familiares en coherencia, tanto en el país de acogida como en el país de origen, y ello, con independencia de que regrese (o no) a este último en determinado momento.

Para cumplir su finalidad, este sistema normativo no tiene que dar respuesta a la presencia, existencia o convivencia de personas con distintas culturas en el mismo espacio geográfico, sino que ha de contribuir a su integración social, que tiene lugar si las relaciones personales y de vida son reconocidas en los dos ordenamientos con los que está en relación la persona emigrante o emigrada<sup>70</sup>. El carácter funcional de la noción de integración (social) permite pensar en la posibilidad de que el sistema español de DIPr tenga su propia definición<sup>71</sup>. Sin embargo, no se trata sólo de que la noción de integración cuente en el sistema de DIPr con una definición específica, sino que se trata de una de sus funciones ante la necesidad de *mantener la armonía en la vida de las personas que, por motivos económicos, se desplazan desde un país a otro para desarrollar su vida profesional y personal*.

La función del nuevo DIPr de la inmigración no es sólo la cooperación entre sistemas jurídicos, sino –de forma más específica– la integración de la población de procedencia extranjera y condición inmigrante tanto en la sociedad de acogida como de origen. Este sistema es el único capaz de conseguir este objetivo, pues es la única rama del ordenamiento que se ocupa del reconocimiento de las situaciones de las personas que se encuentran vinculadas con una pluralidad de ordenamientos. Esto es, el DIPr es el único capaz de «limar» las rupturas que tienen lugar en la vida de las personas cuando transcurren entre una pluralidad de sistemas jurídicos.

En este contexto, el sector del contenido del DIPr más concernido es el reconocimiento de decisiones cuando se hace referencia a la integración en España de personas de nacionalidad extranjera, dado que se trata de garantizar la continuidad espacial de sus relaciones personales y de familia. Para conseguir dicha función es preciso que se constituyan en el foro las relaciones jurídicas que puedan ser reconocidas en sus países de procedencia u origen, así como la homologación en el foro de los efectos de las relaciones formalizadas en dichos Estados.

Desde el primer plano apuntado, es criticable la decisión alcanzada por la AP de Granada (secc. 3.ª) en sentencia de 15 de diciembre de 2003, que constituye el aco-

<sup>69</sup> El análisis de la jurisprudencia española revela que el/la extranjero/a inmigrante no pierde de forma definitiva los lazos con su (lugar y) ordenamiento de procedencia, al que se siente vinculado/a probablemente durante largo tiempo de su vida. Esta persona alega su «código cultural» cuando acude a las autoridades españolas. Vide la Sentencia número 5/2004 de la AP de Castellón (sec. 3.ª), de 21 de enero, que resuelve la demanda que presenta una mujer, de nacionalidad iraní, relativa al divorcio y reclamación de la dote (véase texto en *Aranzadi Westlaw*, AC 2004/452).

<sup>70</sup> En todo caso, el sistema de DIPr puede contribuir a la formación de sociedades multiculturales (en sentido descriptivo o normativo) en la medida en que la aplicación de ordenamientos jurídicos de procedencia de las personas que son extranjeras e inmigrantes/inmigradas sea efectiva.

<sup>71</sup> Se trata del perspectivismo de los conceptos, al que hace referencia J. L. VILLAR PALASÍ. Esto es, cada grupo normativo contiene una visión singular del supuesto abstracto de hecho que regula y, en función de tal singularidad, utiliza los conceptos jurídicos en un sentido propio y peculiar del grupo (vide *Derecho administrativo, Tomo I. Introducción y teoría de las normas*, Univ. de Madrid, Madrid, 1968, pp. 35-36).

gimiento preadoptivo de una menor, considerada apátrida por el hecho de que la madre es marroquí y el supuesto padre ostenta la nacionalidad española. Esta decisión no será reconocida en Marruecos, dado que en este ordenamiento la menor es hija legítima de su padre, de nacionalidad marroquí, con el que estaba casada la madre de la niña en el momento de su nacimiento<sup>72</sup>.

En el plano del reconocimiento de los efectos de las decisiones constituidas en un ordenamiento extranjero también persisten las limitaciones. No se reconocen en el foro los divorcios revocables, al considerar que es incompatible con el orden público (principio de inmutabilidad y certeza del estado civil) una decisión que no permite conocer cuál es el estado civil de la persona<sup>73</sup>. Sin embargo, la homologación en nuestro país de esta decisión no supone reconocer la posibilidad de revocación del divorcio, del mismo modo que tampoco se homologa la facultad de revocar una adopción que tiene este efecto de conformidad con el ordenamiento de su constitución<sup>74</sup>.

También es el caso de las peticiones de reconocimiento de las decisiones de repudio pronunciadas en los países en los que existe esta forma de disolución del matrimonio, cuyos efectos no se homologan en el foro, al considerar que atentan contra el principio de no discriminación, pues en tales ordenamientos el repudio sólo puede ser declarado por el marido. No obstante, no tiene sentido dejar de homologar en el foro tales decisiones cuando es la propia mujer la que lo solicita, dado que ésta se vería doblemente perjudicada<sup>75</sup>.

### 4.3 El «método del reconocimiento»

Los sistemas de DIPr de los distintos países del contexto europeo están especializando sus soluciones a medida que la presencia de la población inmigrante e inmigrada ha ido creciendo en sus territorios. Como se sabe, en países tradicionalmente

<sup>72</sup> En este caso, al haber nacido la niña constante el matrimonio, el Derecho marroquí de la familia establece una presunción fuerte de filiación paterna (legítima), de conformidad tanto con el art. 83 del antiguo Código del Estatuto Personal y de las Sucesiones (vide BLANC, F. P./ZEIDGUY, R., *Moudawana. Code de Statut Personnel et des Successions*, Sochepress Université, 1996), como con los arts. 143 y ss. del actual Código Jurídico de la familia, publicado en la versión oficial en francés en *Bulletin Officiel* núm. 5358 de 2 Ramadam 1426 (6 de octubre de 2005), pp. 667 y ss. Vide también *Guide Pratique du Code de la famille*, Publication de l'Association de Diffusion de l'Information Juridique et Judiciaire, Rabat, 2005. Vide texto de la sentencia en *Aranzadi Westlaw*, AC/2005100.

<sup>73</sup> No obstante, el Auto del TS (Sala de lo civil), de 21 de abril de 1998 (número de recurso 737/1997) supone una quiebra de la jurisprudencia anterior, pues reconoce el acta de divorcio revocable otorgada ante notarios de la Oficina notarial de los Estatutos personales de El Cairo (Egipto), al considerar que la justicia material del caso ha de imponerse, en la medida en que «ya no se recibe una resolución que produzca una injustificada desigualdad entre los cónyuges, por más que esa desigualdad tenga su raíz en la propia norma extranjera aplicada, pues no se puede hacer valer al tiempo del reconocimiento». Vide texto en *Aranzadi Westlaw*, RJ 1998/3563.

<sup>74</sup> En la medida en que no cabe plantear en España la revocación del divorcio o de la adopción, al poder considerar que el orden público internacional no lo permitiría, no tiene sentido impedir que desplieguen efectos en España tales decisiones, porque a la autoridad española no le corresponde en ese momento aplicar una legislación extranjera, sino homologar una decisión pronunciada en el extranjero por una autoridad extranjera. El Auto del TS citado en la nota anterior expresa también esta idea.

<sup>75</sup> Para una reflexión en este sentido, vide CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Divorcios extranjeros sin intervención judicial. Práctica del Tribunal Supremo», en CALVO CARAVACA, A. L., e IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, pp. 39 y ss.

receptores de inmigrantes (p.ej., Suiza) ha jugado un papel relevante la residencia habitual o el domicilio del sujeto, frente a la nacionalidad como criterio de conexión que determina la ley rectora de las relaciones personales, familiares, etc., constituidas por las autoridades de dichos Estados<sup>76</sup>. Se trata de conseguir homogeneizar las relaciones en las que están implicadas las personas que residen en su territorio<sup>77</sup>. Sin embargo, esta forma de proceder parece insuficiente, no sólo en cuanto a los resultados, sino también desde la perspectiva del método de reglamentación (vide *infra*)<sup>78</sup>.

La doctrina plantea una variedad de posibilidades para dar respuesta a las situaciones privadas internacionales que tienen lugar en las actuales sociedades multiculturales<sup>79</sup>. En primer lugar, se suscita el retorno al unilateralismo, esto es, a la delimitación de la ley del foro en el espacio<sup>80</sup>. En segundo extremo, la utilización del método de reglamentación directo, esto es, las normas materiales especiales, constituiría una respuesta distinta a la que podría encontrarse al aplicar el ordenamiento jurídico interno. Esta propuesta se justifica, de un lado, para preservar la identidad cultural de tales personas, evitando que vivan en contradicción con la sociedad en la que han decidido integrarse y, de otro, para evitar la aplicación de ordenamientos musulmanes más estrictos que pudieran resultar incompatibles con el orden público de los Estados en los que residen los/as inmigrantes<sup>81</sup>. Sin embargo, no parece razonable aceptar la aplicación de un Código específico para la población de origen musulmán residente en los países occidentales inspirado en los preceptos más progresistas de la *Sharia*<sup>82</sup>.

<sup>76</sup> Puede verse la Ley Federal suiza de Derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987, en *Revue critique de Droit international privé*, 1988, vol.2, pp. 409 y ss.

<sup>77</sup> No obstante, la transición desde la ley nacional a la ley del domicilio (o de la residencia habitual) no es específica de los países receptores de inmigrantes, sino que se trata de una evolución más amplia, que ha experimentado el sistema de DIPr de muchos países europeos (entre ellos, España desde 1974), que también se ha sentido en el seno de La Conferencia de La Haya. Dicho cambio está determinado por la falta de vinculación de la persona con el ordenamiento de su Estado nacional. Los desplazamientos de la población, determinados por situaciones de guerra o de crisis política (refugiados, etc.), han propiciado esta evolución. Para el sentido de las reformas introducidas en el DIPr español en 1974 y tras la entrada en vigor de la CE de 1978, vide CARRILLO SALCEDO, J. A., «L'évolution du Droit international privé espagnol depuis la réforme de 1974», *Travaux du Comité français de Droit international privé*, 1991-1992 y 1992-1993, pp. 121 y ss.

<sup>78</sup> De otro lado, puede ponerse en duda la virtud integradora de las conexiones domicilio o residencia habitual, como lo demuestra el hecho de que las personas de nacionalidad marroquí que residen habitualmente en países europeos (Francia, Holanda, Bélgica) viajan a Marruecos a contraer matrimonio, para evitar que no se reconozcan en este país los celebrados en la forma local en el Estado de acogida.

<sup>79</sup> Exponen sucintamente esta diversidad de posturas, *inter aliter*, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2000, pp. 23 y ss.; BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., «Capítulo II. Sociedad multicultural y Derecho de familia», en BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I./ADAM MUÑOZ, M.ª D., *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, 2006, pp. 37 y ss.

<sup>80</sup> B. AUDIT hace referencia al «unilateralismo moderno» (vide «Le Droit international privé...», *loc. cit.*, pp. 231 y ss. Las normas imperativas responden a la necesidad de respeto por el/a inmigrante de las instituciones del país de acogida, su cultura y sus costumbres. Vide GIL-ROBLES Y GIL DELGADO, A., «Prólogo» a PAJARES, M., *La inmigración...*, *op. cit.*, p. 14. Entre ellas, se sitúan los derechos y libertades fundamentales, así como los principios y valores superiores del ordenamiento jurídico recogidos en la CE.

<sup>81</sup> Defiende esta posibilidad, RIAD, F., «Pour un Code européen de droit musulman», en BASTIER, H., *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 379-382

<sup>82</sup> La Charia o Sharia se define como la ley coránica del Islam. Fundamentada en la revelación contenida en el Corán, en la *Sunna* y en el *hadit* y completada con otras normas jurídicas establecidas por

En tercer extremo, se sugiere flexibilizar la solución localizadora a través de la teoría de los dos escalones<sup>83</sup>. También se considera la posibilidad de permitir que el/la inmigrante opte (*optio legis*) entre la aplicación del Derecho correspondiente a su nacionalidad o a su residencia habitual<sup>84</sup>. Sin embargo, resuelve sólo de forma parcial las cuestiones que suscitan las situaciones privadas vinculadas con la inmigración, pues la ley personal tendrá pocas posibilidades de ser realmente aplicada, como consecuencia de la actitud recelosa de las autoridades judiciales, en alerta constante por su posible incompatibilidad con los principios fundamentales del foro<sup>85</sup>. De otra parte, esta posibilidad –generalmente desconocida y poco utilizada– genera inseguridad jurídica<sup>86</sup>.

Sin embargo, la crítica que puede realizarse a estas propuestas se orienta en una doble dirección: en primer lugar, con respecto a su propio presupuesto, pues parten de la existencia de sociedades multiculturales, entendiendo por tales aquéllas en las que conviven una pluralidad de culturas en un plano de igualdad (esto es, de reconocimiento de la identidad de los grupos que representan). En segundo lugar, pese a las críticas, la norma de conflicto sigue siendo la principal forma de dar respuesta a las situaciones privadas internacionales, a pesar de que, preocupada por la búsqueda de la sede de la relación, no toma en cuenta el reconocimiento de la decisión, salvo cuando se utiliza con esta finalidad<sup>87</sup>. De otro lado, los ordenamientos jurídicos internos a los que remite no otorgan respuestas adecuadas a estas situaciones (laguna axiológica), que son internacionales (S. Sánchez Lorenzo).

Como se ha señalado *supra*, se parte de una noción de multiculturalidad en sentido descriptivo, de tal manera que el sistema de DIPr puede contribuir a la creación de este tipo de sociedades –multiculturales e interculturales– promoviendo el reconocimiento

---

analogía, regula el conjunto de actividades políticas y privadas de todo el mundo musulmán. Vide «Glosario», de ROQUE, M.<sup>a</sup> A. (ed.), *Las culturas del Magreb...*, *op. cit.*, p. 226.

<sup>83</sup> Vide JESSURUM D'OLIVEIRA, H., «Krypto-Internationales Privatrechts», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1986, pp. 258-259.

<sup>84</sup> Vide CARLIER, J. Y., «Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad», en CALVO CARAVACA, A. L., e IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, pp. 27-38. Se ha valorado de forma positiva la posibilidad que ofrece a las personas inmigrantes el actual sistema matrimonial español de contraer matrimonio en forma civil o en forma religiosa de conformidad con los arts. 49 y 50 del CC en relación con los distintos acuerdos que tiene suscritos el Gobierno español con algunas confesiones, entre ellas, la islámica. Vide OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «La adecuación del sistema matrimonial a las necesidades de la inmigración en el Estado español», en GARCÍA CASTAÑO, F. J., y MURIEL LÓPEZ, C. (ed.), *La inmigración en España. Contextos y alternativas*. Vol. II. Laboratorio de Estudios Interculturales, Universidad de Granada, Granada, 2002, p. 325.

<sup>85</sup> Vide QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Ressortissants des pays islamiques résidant en Europe: quel droit de la famille?», *Migration et citoyenneté, Actes du Colloque international organisé para la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales*, Rabat-Agdal, les 25-26 avril 2003, Publications de l'AMERM, 2004, pp. 158 y ss.

<sup>86</sup> Vide FOBLETS, M. C., «Migrant Women...», *loc. cit.*, p. 32.

<sup>87</sup> Como ha señalado E. JAYME, «la universalidad de los actos de Derecho privado es una justificación adicional a la armonía de decisiones en el momento actual» (vide «Identité culturelle...», *loc. cit.*, p. 89). Esto es, la citada armonía de decisiones, que supone que un mismo caso sea juzgado de la misma manera con independencia de la autoridad estatal ante la que se presente, no significa «promover» el reconocimiento extraterritorial. La doctrina ha señalado que la lógica del sistema bilateral conduce a asegurar que la decisión se ha dictado según la ley designada por la norma de conflicto del Estado requerido (para reconocer las decisiones extranjeras). Vide AUDIT, B., «Le Droit international privé...», *loc. cit.*, p. 225. Causa perplejidad la utilización de la norma de conflicto para dotar de validez a las decisiones extranjeras. Vide ANCEL, B., «Les règles de Droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1992, núm. 2, pp. 201 y ss.

de las circunstancias personales y familiares de los inmigrantes, tanto en la sociedad de origen como de acogida<sup>88</sup>. De otro lado, cuando se trata de dar respuesta a las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración la norma de conflicto debe ocupar un papel secundario, en la medida en que sólo se constituirán en el foro las relaciones jurídicas que sean reconocidas en el país de origen del sujeto.

Para dar respuesta a las peculiaridades que presentan las situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración, el sistema de DIPr no ha de orientarse de forma específica hacia el respeto de la identidad cultural de la persona a través de la especialización del método localizador<sup>89</sup>. Esto es, no ha de garantizarse la aplicación de la ley personal del sujeto, porque se siente identificado culturalmente con el citado sistema jurídico<sup>90</sup>.

Tales nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración requieren la especialización de la técnica de reglamentación<sup>91</sup>. Si el DIPr trata de conseguir la integración comunicativa de los/las inmigrantes en la sociedad de origen y de acogida, debe promover el reconocimiento de decisiones en estos dos ordenamientos. Para ello, *deben constituirse en el foro las relaciones que se reconozcan en el país de origen*<sup>92</sup>. El reconocimiento no es sólo un sector del DIPr sino que podría constituir también una técnica de reglamentación, que, por tanto, realiza ampliamente la función propia de este sistema de reglas: dotar de continuidad en el espacio a las relaciones jurídicas, evitando las decisiones claudicantes. Para ello, puede acudirse a la cooperación entre autoridades como instrumento<sup>93</sup>. El art. 77 de la Ley suiza de DIPr, de 18 de diciembre de 1987, es un buen ejemplo<sup>94</sup>.

<sup>88</sup> Vide, en este mismo sentido, RODRÍGUEZ BENOT, A., «Adopción y *kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos islámicos y occidentales», en *XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho internacional*. «Derecho internacional y Relaciones internacionales en el mundo mediterráneo», Madrid, 1999, pp. 195 y ss.

<sup>89</sup> Vide, en este sentido, MANKOWSKI, P., «Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht», *IPRax*, 2004-4, pp. 282 y ss. En contra, JAYME, E., «Identité culturelle...», *loc. cit.*, pp. 262-264. No obstante, este autor se refiere a la identidad, no necesariamente nacional, sino étnica, que le permite aludir a la «ley de origen» y no sólo a la ley nacional del sujeto (pp. 34, 173 y 472).

<sup>90</sup> Vide, en este sentido, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Derecho e inmigración...*, *op. cit.*, p. 175; SÁNCHEZ LORENZO, S., «Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional privado», *Anuario hispano-luso-americano de Derecho internacional*, 2005 (vol. 17), pp. 102-103. Se ha señalado que cuando la diferencia da lugar a la acción identitaria, esto es, al reconocimiento de la «minoría étnica», se destapan las conexiones de esta concepción de la diferencia con el racismo diferencialista y con la segregación. Vide PAJARES, M., *La inmigración en España...*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>91</sup> Dicha especialización puede tener lugar mediante la intervención legislativa o por la vía de la interpretación, propuesta esta última que es postulada, en particular, por SÁNCHEZ LORENZO, S., «Post-modernismo y Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994-2, pp. 557 y ss. (esp. p. 582).

<sup>92</sup> Vide también esta reflexión en ECHEZARRETA FERRER, M., «Ley aplicable a la privación de la patria potestad en un procedimiento de adopción internacional», *Revista de Derecho de Familia*, 1999-5, pp. 247 y ss. (esp. pp. 269-270).

<sup>93</sup> Ésta ha sido la manera en que se ha dado respuesta por la Conferencia de La Haya a la adopción internacional (1993) y al secuestro internacional de menores (1980), ante la insuficiencia del método localizador. Se trata de respuestas pragmáticas. Vide, en este sentido, MUIR WATT, H., «La convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1993-1994 y 1994-1995, pp. 49 y ss.

<sup>94</sup> Esta disposición señala que, «1. Las condiciones de la adopción pronunciada en Suiza se rigen por el Derecho suizo. 2. Cuando parece que una adopción no será reconocida en el Estado del domicilio o en el Estado nacional del adoptante o de la pareja adoptantes y que, de tal situación se derivaría un grave

Esta técnica se diferencia del método propuesto por P. Picone, pues la norma de conflicto no tiene la función de remitir al ordenamiento (competente), que regula todos los aspectos de la institución, de tal forma que, remitiendo a dicho sistema en su integridad, esta relación será reconocida en el Estado requerido<sup>95</sup>. Por el contrario, en el «método del reconocimiento», la norma de conflicto ha de buscar el ordenamiento de origen del sujeto, con la finalidad de constituir en el foro la relación respetando al máximo el citado sistema de reglas para promover la validez extraterritorial de las decisiones en dicho país<sup>96</sup>. La norma de conflicto tiene la función de *hallar el ordenamiento de origen de la inmigrante*, que probablemente será de aplicación personal. Por tanto, dicho expediente normativo es funcional al nuevo método del reconocimiento<sup>97</sup>.

El paradigma de la norma de conflicto es funcional a este método de reglamentación, al reclamar la aplicación de la «ley de origen», que no es la ley nacional, sino el sistema jurídico con el que el sujeto se encuentra vinculado, en el que previsiblemente tendrá que desplegar efectos la decisión española, sin que la aplicación de este ordenamiento tenga una connotación específica relativa al respeto de la identidad cultural.

La cuestión se centrará en determinar dicha ley de origen cuando se trata de una persona que ha adquirido la nacionalidad española, pero mantiene la originaria y los vínculos con la familia de origen. Ostenta realmente dos nacionalidades, aunque el Derecho español de la nacionalidad no considera una de ellas, al no prever un supuesto específico de conservación. En tales casos, no debe realizarse una aplicación rígida del art. 9, 9.º, del CC<sup>98</sup>. Tal ley de origen podrá ser la de un ordenamiento extranjero, a pesar de que haya desaparecido la internacionalidad de la situación privada (desde la perspectiva del sistema español de DIPr), con la finalidad de evitar que las relaciones jurídicas que se constituyan en el foro por las autoridades españolas sean claudicantes, esto es, no se reconozcan en el Estado de origen de la persona inmigrante/inmigrada<sup>99</sup>.

---

perjuicio para el niño, la autoridad tomará en cuenta las condiciones previstas por el Derecho de dicho Estado. Si, a pesar de eso, el reconocimiento no parece asegurado, la adopción no debe ser constituida». Vide el texto de la Ley suiza de Derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987, en *Revue critique de Droit international privé*, 1988, pp. 409 y ss. (concr. pp. 422-423). Y, en la doctrina, BUCHER, A., *Droit international privé suisse. Tome II: personnes, famille, successions*, Helbing and Lichtenhahn, Bâle, 1992.

<sup>95</sup> Vide «Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit international privé. Cours général de Droit international privé», *Recueil des Cours*, vol. 276, 1999, pp. 25 y ss.

<sup>96</sup> En este sentido, se ha señalado que el sistema de DIPr experimenta una evolución en el momento actual en el intento de dotar a sus normas de una mayor capacidad para atender a las necesidades de la realidad social. Para ello, el paradigma localizador no ha de partir estrictamente de consideraciones dogmáticas para hallar la sede de la relación, sino que ha de tener en cuenta la vinculación más estrecha de los concretos hechos, relevantes en determinada materia, y el ordenamiento a aplicar. Vide ABARCA JUNCO, P., «Un ejemplo de materialización...», *loc. cit.*, p. 1096.

<sup>97</sup> Esta propuesta no es la acogida por el art. 65 de la Legge n. 218, 31 maggio 1995, de DIPr ubicada desde la óptica del reconocimiento en Italia de decisiones extranjeras. Vide texto y comentario de la norma en ANNIBALE, S., *Reforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 1997, pp. 321 y ss.

<sup>98</sup> Como ha señalado S. SÁNCHEZ LORENZO, se trata de situaciones supuestamente internas, que no deben descartar soluciones muy parecidas a las propias de las relaciones internacionales, en especial, recursos como el análisis en dos escalones (vide, «Globalización...», *loc. cit.*, pp. 102-103 y pp. 107-108).

<sup>99</sup> En la doctrina –con un sentido distinto–, E. JAYME propone resolver las cuestiones de doble nacionalidad a través de la toma en consideración de la identidad cultural de la persona (vide «Identité culturelle...», *loc. cit.*, p. 177).

Dicha ley de origen dejaría de aplicarse no por el solo hecho de que regule de forma distinta determinada institución, sino cuando realmente impida que una persona emigrante/emigrada pueda realizar su vida (sus relaciones personales y familiares) en el país de acogida, al imponer límites o dificultades que no son aceptables para la citada persona que reside en el territorio español<sup>100</sup>. Puede tratarse (p.ej.) de la aplicación de una legislación extranjera que regule la institución del divorcio con causa, habiendo cambiado –como se sabe– la legislación española tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el CC y la LEC en materia de separación y de divorcio<sup>101</sup>. En tales casos, la autoridad judicial debería contar, en primer lugar, con una adecuada información del Derecho extranjero para verificar si prevé la separación y el divorcio y si requiere la concurrencia de algún motivo, para valorar, en un segundo momento, si la justicia del caso hace aconsejable pronunciar una decisión que resulte claudicante de conformidad con el Derecho español o aplicar una legislación extranjera que –a la postre– conduce al mismo resultado (la extinción de la relación matrimonial)<sup>102</sup>.

Es criticable en este sentido la decisión del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Nules, de 30 de diciembre de 2005, que pronuncia el divorcio de dos personas de nacionalidad marroquí de conformidad con la ley española (Ley 15/2005), considerando que la reforma del art. 107 del CC tuvo la finalidad de permitir la extinción del matrimonio a las mujeres extranjeras, en particular, musulmanas, como expresión de su libertad personal<sup>103</sup>. Esta decisión no será reconocida en Marruecos, a pesar de que el actual art. 128 del nuevo Código Jurídico de la familia –en vigor desde febrero de 2004–, ha supuesto un cambio importante con respecto a la situación anterior, al permitir el reconocimiento de decisiones extranjeras relativas a la extinción del matrimonio «*siempre que se hayan sido pronunciadas por una autoridad competente y se hayan basado para la disolución de la vida conyugal en motivos que no sean incompatibles con los previstos en el Código*»<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> Las cuestiones que está suscitando en el momento actual la posibilidad de celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo cuando uno/a de los contrayentes no ostenta la nacionalidad española, una vez que ha entrado en vigor la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE de 2 de julio de 2005), no se centran propiamente en la interpretación del sistema de DIPr de conformidad con el principio de la integración social, sino, en primer lugar, en determinar el ámbito de aplicación de la nueva norma. En este sentido, la Resolución-Circular de la DGRN, de 29 de julio de 2005 (BOE de 8 de agosto) considera que es de aplicación la ley material española en tales casos, al tratarse una cuestión (el sexo) que caracteriza a la institución del matrimonio. El citado órgano directivo, en Resolución de 26 de octubre de 2005, estima el recurso presentado por los promotores –dos hombres de nacionalidad española e hindú– a quienes el Juez de Paz Encargado del Registro civil de Canet de Mar (Barcelona) había pedido que aportasen el contenido de la legislación de la India con la finalidad de acreditar si dicho ordenamiento prevé tal matrimonio (vide texto en *La Ley*, de 26 de enero de 2006).

<sup>101</sup> BOE de 9 de julio de 2005.

<sup>102</sup> Las autoridades alemanas han admitido declarar el repudio cuando se solicita de mutuo acuerdo y la causa es conocida por el Derecho alemán. Vide JAYME, E., «Talak nach iranischen Recht und deutscher ordre public», *IPRax*, 1989, pp. 223 y ss. Vide la reciente sentencia del Tribunal Supremo alemán, de 6 de octubre de 2004, que también admite la declaración del repudio por las autoridades alemanas. Texto y comentario en RAUSCHER, TH., «Iranischrechtliche Scheidung auf Antrag der Ehefrau vor deutschen Gerichten», *IPRax*, 2005-4, pp. 313 y ss..

<sup>103</sup> Vide el texto de la decisión en *Revista Jurídica La Ley*, número 6446, de 22 de marzo de 2006.

<sup>104</sup> Vide, *Boletín Oficial marroquí*, de 5 de febrero de 2004 (número 5184). Traducción propia del art. 128 del citado Código, de su versión francesa publicada en *Guide Pratique...*, *op. cit.*, pp. 85-86. Esta

La disolución del matrimonio podría haber tenido lugar de conformidad con el Derecho marroquí, más concretamente, según lo previsto por el art. 114 del Código de la familia, por mutuo acuerdo de los esposos, que –parece que– concurría en este caso<sup>105</sup>. El art. 107 del CC (tras su modificación por la LO 11/2003) tendría que haber permitido aplicar la legislación nacional común (marroquí) de los cónyuges al divorcio<sup>106</sup>. A pesar de que esta disposición prevé en su apartado 2.º que «*en todo caso se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España*» si se da alguno de los supuestos previstos en las letras a), b) y c), su interpretación en el nuevo DIPr de la inmigración ha de realizarse de tal forma que permita aplicar la legislación común de los cónyuges (también) cuando el divorcio se promueva de mutuo acuerdo, si se favorece de este modo la homologación de la decisión española en el país de origen de las personas inmigrantes/inmigradas<sup>107</sup>.

La falta en el sistema español de DIPr de una disposición como el art. 77 de la Ley suiza no impide la utilización del método de reconocimiento como técnica de interpretación del entero sistema de DIPr. La inexistencia de una cláusula formal sólo pone de relieve la menor sensibilidad del legislador español en el momento actual con respecto a la envergadura e importancia de las situaciones privadas internacionales vinculadas con el hecho inmigratorio. Sin embargo, el principio de la integración social de la persona emigrante/emigrada permite deducir la existencia de una cláusula material, que permite la interpretación del sistema de DIPr acorde con su nueva función para dar respuesta a estas nuevas relaciones de tráfico externo teñidas de un componente socio-económico<sup>108</sup>.

---

disposición recoge la jurisprudencia del TS marroquí, que casaba las decisiones pronunciadas por los Juzgados de Instancia que denegaban la homologación de efectos de las decisiones extranjeras de separación o de divorcio por el hecho de que no se había declarado la extinción del matrimonio por los mismos motivos previstos por la legislación marroquí. Sin embargo, la jurisprudencia del TS marroquí ha considerado que no procede la denegación del reconocimiento por esta sola circunstancia, porque las sentencias extranjeras no son contrarias al orden público marroquí. Véase, entre otras, la STS núm. 200/2003 (traducción de T. SAGHIR). En cuanto al procedimiento, ha de seguirse el previsto en los arts. 430 y 431 del Código de Procedimiento civil marroquí, aprobado por Dahir, de 28 de septiembre de 1974 (*Boletín Oficial marroquí* de 30 de septiembre).

<sup>105</sup> Traducción del texto original del Código por K. OUALD ALI. Para las principales modificaciones introducidas en el Derecho de familia por el citado Código vide de esta misma autora, «El estatuto jurídico de la mujer marroquí en la sociedad de origen», en *Revista Electrónica de Iniciación a la Investigación* (<http://virtual.ujen.es/ininv>), y ZEKRI, H., «El nuevo Código de la familia marroquí a la luz de las relaciones hispano-marroquíes», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2004-1, pp. 301 y ss.

<sup>106</sup> Vide también en sentido crítico ARENAS GARCÍA, R., «La nueva redacción del art. 107 del Código civil», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2004-1, p. 215.

<sup>107</sup> De otro lado, la recomendación realizada por el Defensor del Pueblo español al Ministerio de Justicia tenía un contenido y sentido distinto del que recoge el actual art. 107 del CC, dado que indicaba que: «(...) ese Ministerio de Justicia pueda promover las reformas legislativas necesarias tendentes a la modificación del art. 107 del CC, de tal manera que contemple la posibilidad de que, a elección de la parte demandante, la separación o el divorcio pueda regirse también por la ley española y no exclusivamente por la ley nacional común cuando ambos cónyuges residan habitualmente en España». Véase el texto y una valoración crítica de la citada reforma, que, de un lado, no recoge la elección de ley como criterio de regulación y, de otro, da lugar a decisiones claudicantes en ADAM MUÑOZ, M.ª D., «La modificación del art. 107 del CC y su incidencia en cuanto a la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo», *Ámbitos, Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades*, 2004, núm. 11, pp. 79 y ss.

<sup>108</sup> Se trata, concretamente, de una de las funciones de los principios jurídicos y de los principios generales en el ordenamiento: la función interpretativa. Vide BELADIEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 94 y ss.

El método del reconocimiento requiere la interpretación del sistema de DIPr en atención a la situación que se presente ante las autoridades españolas: la constitución en el foro de una relación o la homologación de la formalizada en el país de origen. En el primer caso debe actuar para permitir la creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas que puedan ser reconocidas en el país de origen de la persona inmigrante/inmigrada. En caso contrario, no debería pronunciarse la decisión, salvo que lo permita el ordenamiento (material) español reclamado por la norma de conflicto y resulte lesivo al interés del sujeto dejar de constituir, modificar o extinguir tal relación en el foro<sup>109</sup>.

En el segundo, debe permitir la interpretación del sistema de DIPr, de tal forma que no tenga lugar el control de la ley aplicada<sup>110</sup>. De conformidad con esta comprensión del ámbito del reconocimiento, los arts. 49 y 50 del CC (por ejemplo) no deben utilizarse para verificar la validez formal de los matrimonios celebrados en el extranjero. Por el contrario, pueden homologarse siempre que concurren las circunstancias que prevé el art. 323 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, esto es, que se demuestre su existencia de conformidad con la ley del lugar de celebración y no sean contrarios al orden público<sup>111</sup>.

Por tanto, el método del reconocimiento consiste en aceptar la existencia en el nuevo DIPr de la inmigración de un canon hermenéutico (cláusula general) que permite a las autoridades españolas (del orden judicial o de otros órdenes) introducir en la evaluación y decisión de la concreta situación privada internacional un juicio acerca del posterior reconocimiento en el país de origen de la persona emigrante/emigrada de la relación que se va a constituir, modificar o extinguir en el foro<sup>112</sup>. De otro lado,

<sup>109</sup> De este modo se evita, por ejemplo, que las mujeres se desplacen a su país de origen con la finalidad de contraer matrimonio, pues en dicho país no se reconoce el celebrado en el extranjero. No obstante, el art. 14 del Nuevo Código de la Familia de Marruecos reconoce la validez de los matrimonios celebrados de conformidad con la ley local siempre que reúnan determinadas condiciones. Vide, sobre este particular, DIAGO DIAGO, M.<sup>a</sup> P., «Repercusión de la nueva *Mudawana* en la inmigración marroquí», en VICENTE, A. (ed.), *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI, Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo*, Zaragoza, 2004, pp. 149 y ss.

<sup>110</sup> Ha de dejarse a salvo, no obstante, el control del orden público, que ha de actuar en todo caso de forma atenuada. Vide en este sentido, SÁNCHEZ LORENZO, S.: «Globalización...», *loc. cit.*, p. 108. Cabe citar como ejemplos de esta acción atenuada del orden público las decisiones pronunciadas por las autoridades españolas que conceden la pensión de viudedad en situaciones de poligamia, en atención al tiempo de convivencia de cada una de las esposas con el marido (Sent. del TSJ de Galicia –sala de lo social– de 2 de abril de 2002). Por el contrario, la Sent. del TSJ de Cataluña (Sala de lo social), de 30 de julio de 2003, deniega la citada pensión. Vide, un comentario crítico a esta última, en QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Revista Española de Derecho Internacional*, 2004-1, pp. 419 y ss.

<sup>111</sup> BOE de 8 de enero. La referencia a la ley local que prevé el art. 49, 1.º, del CC permite establecer una presunción fuerte acerca de la existencia del matrimonio. Vide ESTEBAN DE LA ROSA, G., «La forma del matrimonio como requisito integrativo de su válida celebración y sus consecuencias con respecto al reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero», en COLLANTES GONZÁLEZ, J. L. (coord.), *Temas actuales de Derecho civil*, Edit. Normas Legales SAC, Trujillo (Perú), 2005, en prensa.

<sup>112</sup> Las reglas del sistema español de competencia judicial internacional también pueden ser interpretadas de conformidad con el principio general de la integración de la persona emigrante/emigrada, tanto en la sociedad de acogida como en la sociedad de origen. El caso que se suscitó ante la AP de Barcelona (Secc. 18.<sup>a</sup>), resuelto a través de Sentencia de 1 de abril de 2003 (rec. de apelación núm. 579/2002), es ilustrativo de la necesidad de dar respuesta adecuada a las nuevas situaciones privadas internacionales que están teñidas por el componente o elemento socio-económico de la inmigración. Vide comentario crítico de la citada sentencia por ARENAS GARCÍA, R., *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, 2004, pp. 954 y ss.

dicho método ha de permitir interpretar el sector del reconocimiento de decisiones en el sentido más favorable para lograr la homologación en el foro de tales relaciones cuando han sido formalizadas en origen, sin que se subordine a un control de la ley. Por último, no se justifican las tradicionales trabas o límites que aún existen en orden a la aplicación judicial de ordenamientos extranjeros.

Todo ello con la finalidad de conseguir la integración de la persona inmigrada/inmigrante en la sociedad de acogida y de origen.

## 5. CONCLUSIONES

El sistema de DIPr experimenta un cambio con motivo de la creciente presencia de personas, de nacionalidad extranjera y condición inmigrantes, en territorio español, que afecta a su objeto, función y técnicas de reglamentación. Dicho objeto lo constituyen las situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración, siendo ahora la función de este sistema de reglas la integración comunicativa de las personas, tanto en su país de origen como en su lugar de residencia o país de acogida, para la que la cooperación internacional es un instrumento (p.ej., información del Derecho extranjero).

Dicha nueva función supone reconocer la existencia de una cláusula general que permite la interpretación del entero sistema en este sentido (método del reconocimiento), bien sea cuando se trata de constituir las relaciones en el foro, bien sea cuando se trata de reconocer los efectos de las formalizadas en el extranjero. De otro lado, es preciso partir de la toma en consideración de la nacionalidad o nacionalidades reales del sujeto (a pesar de que el Derecho español de la nacionalidad no indique un caso específico de conservación) para determinar el sistema jurídico aplicable.

Ello permitirá, en segundo extremo, la búsqueda del ordenamiento de origen para dar respuesta a la concreta situación privada internacional, pero matizada o funcional esta búsqueda al método del reconocimiento. Esto es, no se constituirán en el foro situaciones jurídicas claudicantes, que no van a ser reconocidas en el país de origen. La aplicación de la ley de origen no tiene la finalidad de salvaguardar la identidad cultural de la persona, sino de garantizar el reconocimiento de decisiones o, al menos, promover su homologación en un Estado (ordenamiento) con el que está (se siente) vinculada. No obstante, no se aplicará dicho sistema jurídico cuando sea contrario al orden público.

Es decir, ya no basta con que el DIPr promueva la continuidad espacial de las decisiones con carácter general, sino en el país de origen de la persona inmigrante/inmigrada. No obstante, la autoridad española deberá ponderar si la falta de constitución en el foro de la citada relación de conformidad con la ley española ocasiona al particular un perjuicio mayor que el que le supone la falta de reconocimiento de la decisión en su país de origen. Por último, en cuanto al sector del reconocimiento, la norma de conflicto no ha de desempeñar un papel relevante en este ámbito, porque se trata de conseguir la integración social de las personas inmigrantes/inmigradas en la sociedad de acogida y en la de origen.

### SUMMARY

Nowadays we can say that the Spanish conflict of law system is changing because of the new immigration movement of people. The new private international situations that are connected with the immigration have had also a influence into the function of Private International Law, that is now the integration of people in the State of residence and in the State of origin, because people don't lose the links with their State of origin during all the life. These new situations demands also new regulation methods for granting the enforcement of the relations creates in the State of residence in the origin State. For this reason the enforcement of decisions is not only part of the content of Private International Law, but also a new method for de regulation of the private international situations connected with the immigration. This new «enforcement method» permits to the authorities the constitution of legal situations that could be recognised in the State of origin and the enforcement in Spain of the relations creates in this last State without making a control of the law applied by the origin authorities.

### RESUMÉ

Dans le moment actuel, le Droit international privé doit donner des nouvelles réponses aux situations privées internationales dans lesquelles est présent l'élément socioéconomique de l'immigration. Ces nouvelles situations privées internationales posent la question de la fonction du Droit international privé. Les immigrants ne perdent pas (probablement, pendant toute sa vie) ses relations avec son pays ou État d'origine et, au même temps, ces personnes doivent s'intégrer dans la société d'accueil. Les nouvelles situations privés connectés avec l'immigration ont besoin des solutions propres, c'est-à-dire, il faut réfléchir sur la méthode de régulation, avec la finalité de garantir la reconnaissance dans l'État d'origine des décisions octroyés dans l'État de résidence de la personne immigré. La nouvelle «méthode de la reconnaissance» permet l'homologation dans l'État d'origine des situations juridiques créés dans le for et aussi la reconnaissance en Espagne des décisions prononcés dans le première pays sans qu'il faut faire un control de la loi appliqué par ses autorités.