



ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ\*

### LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO MIGRATORIO. APROXIMACIÓN DESDE LA PRÁCTICA ESPAÑOLA

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Retos principales resultantes de la interacción entre el Derecho internacional privado y el Derecho migratorio. – 3. Reconocimiento del estatuto personal. – 3.1. Documentos. – 3.1.1. Mecanismos alternativos para la determinación de la edad. – 3.1.2. Prueba de existencia de parentesco. – 3.1.3. Existencia de vínculo matrimonial. – 3.2. Orden público. – 3.2.1. Matrimonios poligámicos. – 3.2.2. Matrimonios infantiles. – 3.3. Instituciones desconocidas en el país de destino. – 4. Aplicación del Derecho extranjero. – 5. Estatuto de refugiado bajo el Artículo 12 del Convenio de Ginebra de 1951. – 6. Conclusiones.

#### 1. *Introducción*

El Derecho internacional privado es la rama del ordenamiento jurídico de cada Estado que se encarga de normar las situaciones privadas internacionales<sup>1</sup>, mientras que el Derecho migratorio regula el flujo de personas a través de las fronteras internacionales<sup>2</sup>. La división entre estas dos ramas jurídicas parece clara, pero en la práctica no lo es tanto, puesto que la obtención de derechos migratorios (derechos de residencia, prestaciones familiares) depende frecuentemente de situaciones jurídico-privadas como puede ser el matrimonio, la filiación o el estado civil. Por ejemplo, la protección de menores no acompañados depende de la prueba de la edad y requiere la identificación y seguimiento de posibles miembros de la familia; el derecho a la reunificación familiar supone la prueba del matrimonio o la paternidad; la existencia de lazos familiares determina qué Estado es responsable de las solicitudes de asilo, etc. Es por tanto innegable que en la medida en que la validez de los matrimonios internacionales, relaciones de filiación, edad dependen de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado, la interacción con esta disciplina es un factor decisivo para el Derecho migratorio. En este sentido, se habla del

\* Ph.D, (University of Aarhus). Profesora titular de Derecho internacional privado. Directora del Departamento de Derecho. Universidad Loyola Andalucía.

<sup>1</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Granada, 2014, p. 2; J. LAW, *Oxford Dictionary of Law*, Oxford, 2015.

<sup>2</sup> INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration*, Geneva, 2011, p. 53.

«Derecho internacional privado como el eje principal sobre el que se cimienta la situación legal de los ciudadanos extranjeros»<sup>3</sup>.

En el contexto migratorio actual las autoridades administrativas de los países de recepción se enfrentan a importantes desafíos cuando se les solicita que apliquen las normas de Derecho internacional privado, problemas que están relacionados con la falta de documentos, presencia de documentos fraudulentos, la aplicación del Derecho extranjero o el reconocimiento de matrimonios infantiles, poligamia o instituciones desconocidas en Occidente, como la *kefala* islámica<sup>4</sup>. Al mismo tiempo, la estrecha relación entre el Derecho internacional privado y el Derecho migratorio tiene también un efecto adverso: en la medida en que el legislador y las autoridades son conscientes de la interacción entre estas dos ramas jurídicas, estos pueden sentirse tentados a orientar la adopción y aplicación de las normas de Derecho internacional privado hacia un determinado resultado preestablecido por la agenda política. De esta forma, el Derecho internacional privado es utilizado como instrumento para impedir que migrantes no europeos reclamen la residencia, seguridad social o la nacionalidad en los países de recepción<sup>5</sup>.

Dado que la mayoría de las normas de Derecho internacional privado aplicables al estatuto personal y relaciones familiares son de origen nacional, la obtención de derechos migratorios basados en una misma situación jurídico-privada puede variar de un país a otro. En la Unión Europea, por ejemplo, a pesar de existir un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, que abarca tanto las políticas de control fronterizo, asilo e inmigración, como la cooperación judicial en materia civil, las normas de Derecho internacional privado aplicables al estatuto personal no se han armonizado, circunstancia que ha dado pie a que varias organizaciones haya pedido la promoción de instrumentos internacionales de Derecho internacional privado sobre estatuto personal y una mayor coordinación con las normas del Derecho internacional sobre migración<sup>6</sup>.

Partiendo de las premisas anteriores, esto es, la falta de coordinación e instrumentalización del Derecho internacional privado, este trabajo analiza la doctrina y la práctica administrativa y judicial existente al objeto de identificar posibles puntos de fricción con el Derecho migratorio y evaluar posibles soluciones. Algún estudio ya se ha aproximado a la interacción entre Derecho migratorio y Derecho internacional privado<sup>7</sup>, aunque este es un campo en continuo cambio y más aún, por los recientes giros legislativos y administrativos ciertamente bruscos que están experimentando algunos estados, fruto del

<sup>3</sup> V. VAN DEN EECKHOUT, *The Ill-Fitting Hinge. PIL as Turning Wheel of the Legal Position of Foreign Nationals (Het schurend scharnietje. Internationaal privaatrecht als draaischijf voor de rechtspositie van vreemdelingen)*, en *Rechtskundig Weekblad*, 1995-96, pp. 33-40.

<sup>4</sup> S. CORNELOUP ET AL., *Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential*, PE 583.157, Parlamento Europeo, Dirección de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, Unión Europea, 2017.

<sup>5</sup> V. VAN DEN EECKHOUT, *Private International Law Questions that Arise in the Relation between Migration Law (in the Broad Sense of the Word) and Family Law: Subjection of PIL to Policies of Migration Law?* available at: <http://ssrn.com/abstract=2203729>.

<sup>6</sup> *Ibidem*. En el mismo sentido, *Declaration of the European Group on Private International Law on the Legal Status of Applicants for International Protection from Third Countries to the European Union*, 2015, <https://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-25bis.htm>.

<sup>7</sup> Estudios relativamente recientes han analizado la interacción entre el Derecho internacional privado y el Derecho migratorio en un número limitado de países. Por ejemplo, el Informe del Parlamento Europeo «*Private International Law in a Context of Increasing International Mobility*», cit., que cubre Italia, Alemania, Bélgica y Francia. También vid. K. DECLERCK ET AL., *How Other Countries Do It: Belgium, North Africa, South Africa and Sweden*, in G. CARE (ed.), *Migrants and the Courts, A Century of Trial and Error*, London, 2013.

cambio político. Con el propósito de añadir otra pieza en el rompecabezas del estado de la cuestión en la Unión Europea, la presente contribución se centra en España, un país con una afluencia considerable de migrantes. En aras a la claridad, el término “migrante” va referido en este trabajo tanto a las personas que buscan refugio contra la persecución y el conflicto en sus países de origen (asilo y protección subsidiaria), como a los migrantes *stricto sensu*, es decir, personas que buscan una reunificación familiar o que se desplazan por razones económicas o medioambientales.

## 2. Retos principales resultantes de la interacción entre el Derecho internacional privado y el Derecho migratorio

Como ya se ha apuntado, la migración internacional interactúa con varias cuestiones de Derecho internacional privado, como pueden ser la protección de la infancia (en particular, de menores no acompañados), la determinación de la edad, el matrimonio o las relaciones parentales. A este respecto las autoridades judiciales y administrativas se enfrentan continuamente en su práctica diaria a varios desafíos cuando se les solicita que se reconozcan documentos extranjeros (como certificados de nacimiento o de matrimonio) y apliquen leyes extranjeras en un contexto migratorio<sup>8</sup>. Estos desafíos pueden ser clasificados de forma general en tres categorías de problemas: a) Problemas relacionados con el reconocimiento del estatuto personal obtenido en el extranjero; b) Aplicación del Derecho extranjero y c) Estatuto legal del refugiado<sup>9</sup>.

Una primera categoría de problemas tiene su origen en la dificultad que experimentan los migrantes para probar su estatuto personal y los lazos familiares<sup>10</sup>. A veces estas personas han tenido que huir rápidamente dejando documentos relevantes en su país o tal vez las autoridades no emiten certificados de nacimiento o de matrimonio en sus países de origen o la autenticidad de estos se pone en tela de juicio. En este sentido, una organización registral poco fiable da generalmente pie a que la producción de documentos falsificados sea rentable y se multiplique y que los migrantes tengan dificultades para utilizar documentos emitidos por las autoridades de estos países por las sospechas sistemáticas de falta de autenticidad<sup>11</sup>. En otras ocasiones, sin embargo, los migrantes están en posesión de documentos auténticos pero se enfrentan al no reconocimiento del contenido de los mismos por razones de orden público o debido a la inexistencia de la institución en cuestión en el país de reconocimiento. Los matrimonios polígamos o la *kafala* islámica son ejemplos bien conocidos de esta situación<sup>12</sup>.

Una segunda categoría de problemas se deriva de la aplicación del Derecho extranjero. A menudo las autoridades competentes en materia de inmigración se ven obligadas a aplicar una normativa extranjera para evaluar la validez y el contenido del

<sup>8</sup> S. CORNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 8.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> En general, vid. R. CAFARI PANICO, *Lo straniero e l'ordinamento dello stato civile*, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 921.

<sup>11</sup> D. MACNIVEN, *Fraud with Respect to Civil Status*, PE 462.499, Parlamento Europeo, Dirección de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, Unión Europea, 2012.

<sup>12</sup> En este sentido, vid. C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, en *Riv. dir. int.*, 2011, p. 1029 s.; A. BORRÁS, *The Protection of the Rights of Children and the Recognition of Kafala*, en *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Antwerp, 2013, p. 77 s.

estatuto personal de la persona solicitante de derechos migratorios. Esto implica el acceso, el conocimiento y el tratamiento del Derecho extranjero. Sin embargo, hay veces en que no existe información precisa y fiable sobre el contenido y la validez del Derecho extranjero o esta no es comprensible, lo que constituye un problema particularmente significativo para las autoridades competentes que no forman parte del poder judicial<sup>13</sup>.

Por último, una tercera categoría de problemas concierne a la interacción entre el Convenio de Ginebra de 1951 sobre los Refugiados y el DIPr. debido a algunas ambigüedades respecto a la interpretación del concepto de estatuto personal, su definición y alcance bajo el artículo 12 del Convenio<sup>14</sup>.

### 3. Reconocimiento del estatuto personal

Con frecuencia el reconocimiento del estatuto personal, articulado a través de las normas de Derecho internacional privado, es una condición previa a la adquisición de un estatuto migratorio determinado, por ejemplo, la obtención del estatuto de refugiado u otro estatuto de residencia. De igual forma, el reconocimiento de un matrimonio celebrado en el extranjero puede ser un requisito indispensable para a la obtención de un visado o de una reunificación familiar. Es por ello que la inexistencia de documentos o documentos auténticos se convierte un problema para los migrantes, quienes asumen la carga de aportar pruebas de las circunstancias personales que conducen a la obtención de derechos migratorios. Otras veces, sin embargo, aun estando en posesión de documentos auténticos, los solicitantes ven cómo la validez sustantiva de éstos es rechazada debido a razones de orden público o por ir su contenido referido a una institución que no existe en el país de reconocimiento.

#### 3.1 Documentos

Algunas veces los encargados del Registro Civil y jueces han de afrontar situaciones en las que hay migrantes que no pueden presentar un certificado de matrimonio o de nacimiento. Las razones pueden ser varias. Por ejemplo, hay personas que tienen que salir corriendo de su país con el temor de ser perseguidos y sin tener apenas tiempo de llevarse documentos importantes con ellos. En otros supuestos, se trata de migrantes de países que no emiten certificados de matrimonio ni de nacimiento, o donde los particulares no pueden acceder a las autoridades oficiales en el momento del matrimonio o del nacimiento. Este es el caso de algunos países en los que para obtener un certificado hay que esperar hasta que las autoridades competentes vayan a cada aldea, lo que ocurre, en el mejor de los casos, dos veces al año y como resultado, los certificados de nacimiento de esos países sólo tienen enero o junio como los meses de nacimiento, lo que puede conducir a la sospecha de fraude, con la consiguiente polémica de si una persona es todavía menor de edad o no y por lo tanto, tiene derecho o no a un tutor, *etc.* Problemas similares pueden ocurrir cuando los solicitantes de derechos migratorios provienen de países que usan otra era (por ejemplo,

<sup>13</sup> S. CORNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 29.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

el calendario persa)<sup>15</sup>. Un caso significativo ha tenido lugar en España con las certificaciones emitidas por las autoridades de la República Árabe Saharaui Democrática, cuya autenticidad ha sido rechazada en numerosas ocasiones por la Dirección General de los Registros y el Notariado<sup>16</sup>.

Al ser la documentación un elemento clave en el reconocimiento de la condición jurídica del extranjero, las falsificaciones de documentos probatorios del estatuto personal constituyen un problema creciente para los estados receptores de migrantes. Estos, en consecuencia, están adoptando una legislación cada vez más restrictiva<sup>17</sup> que afecta principalmente a las personas provenientes de países cuyos certificados sufren sistemáticamente sospechas de fraude. En efecto, estos migrantes se encuentran con la imposibilidad de demostrar la exactitud su estatuto personal, circunstancia que puede bloquear el expediente de estancia, estudios, residencia, reagrupación familiar, residencia o trabajo y en último término conducir a la destrucción de la unidad familiar y constituir una violación del derecho al respeto de la vida familiar, garantizado por el Artículo 8 CEDH y el Artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>18</sup>. Por ello, los estados suelen articular mecanismos alternativos sustitutivos de los documentos acreditativos del estatuto personal, aunque con distinto contenido y garantías procesales. Estos procedimientos alternativos son especialmente relevantes en relación con la determinación de la edad, la paternidad y la veracidad del matrimonio.

### 3.1.1 Mecanismos alternativos para la determinación de la edad

La evaluación de la edad correcta del solicitante de derechos migratorios es importante en dos aspectos: por un lado, para dar al menor la necesaria protección y, por otro lado, para evitar que adultos que se hacen pasar por menores de edad sean admitidos en centros de protección de menores, ya que esto, además de no adecuarse a las necesidades del solicitante, puede también poner en peligro el bienestar de los menores allí residentes. Además, la determinación de la edad es crucial para que, en el caso de que se trate de un menor, se le asigne un tutor puesto que sin la debida representación no puede actuar legalmente, y en particular, no se le permite solicitar asilo o participar en procedimientos de asilo<sup>19</sup>. Por lo tanto, la tutela debe nombrarse lo más rápidamente posible aunque si no existe un certificado de nacimiento o si la partida de nacimiento

---

<sup>15</sup> D. MACNIVEN, *Fraud with Respect to Civil Status*, cit.

<sup>16</sup> A modo de ejemplo, en la Resolución de la DGRN de 10 de junio de 2014, se denegaba la nacionalidad española en base a que «El interesado aporta al expediente certificaciones de antecedentes penales y nacimiento expedidas por la República Árabe Saharaui Democrática carentes de validez en España por no proceder de un estado reconocido por nuestro país, por lo que no se puede considerar que haya acreditado su identidad ni la buena conducta cívica, requisito que establece el artículo 22.4 del Código Civil». Sin embargo, desde el 2016 se ha vuelto a admitir la documentación de la República Saharaui en los procedimientos de adquisición de nacionalidad española por residencia, como en la Resolución de la DGRN de 12 de febrero de 2016. Boletín del Ministerio de Justicia, marzo 2017.

<sup>17</sup> D. MACNIVEN, *Fraud with Respect to Civil Status*, cit.

<sup>18</sup> S. CORNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 13.

<sup>19</sup> A. FONSECA ET AL., *Unaccompanied Migrant Children and Legal Guardianship in the Context of Returns: The Missing Links between Host Countries and Countries of Origin*, en *Children on the Move*, Geneva, 2013.

extranjera no está legalizada o no se considera no fiable, es necesario considerar otros procedimientos de evaluación de la edad<sup>20</sup>.

En España, el artículo 35 (3) de la Ley de Extranjería establece que cuando los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado localicen a un extranjero indocumentado cuya edad no pueda ser establecida con seguridad, además de darle atención inmediata por los servicios competentes de protección de menores, se ha de poner el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, en colaboración con las instituciones sanitarias oportunas, quienes realizarán las pruebas necesarias<sup>21</sup>. La disposición mencionada se refiere así a la intervención de cuatro instituciones diferentes: las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, los servicios de protección de menores, el Ministerio Público y las instituciones sanitarias, aunque en la práctica esta atribución de competencias ha dado lugar a numerosos problemas debido a la ausencia de una prelación jerárquica y de un procedimiento claro<sup>22</sup>. Por su parte, el Reglamento que desarrolla la Ley de Extranjería, el Real Decreto 557/2011<sup>23</sup> ha tratado de abordar esta cuestión en su artículo 190(2), impulsando la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados, destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas<sup>24</sup>. Sin embargo, a pesar de contar con dicho Protocolo desde el 2014, la descoordinación entre autoridades y la utilización de métodos intrusivos en la determinación de la edad persisten, incluso en casos en que los documentos de identificación parezcan ser auténticos<sup>25</sup>. En efecto, siguen existiendo diferentes patrones de actuación en función del lugar del territorio nacional donde sea localizado el presunto menor. Por ejemplo, aunque el Artículo 35 (3) de la Ley de Extranjería parece estar restringido a los extranjeros indocumentados, se está aplicando particularmente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla a aquellos que están en posesión de documentación, a pesar de varias decisiones del Tribunal Supremo sobre esta práctica<sup>26</sup>. También hay

<sup>20</sup> F. TASSINARI, *La identificación de los MENAS y el tutor voluntario en Italia: ¿Un modelo a asumir por la UE?*, en *Cuad. der. trans.*, 2019, p. 545 s.

<sup>21</sup> Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. El Art. 35 (3) dispone que «*En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias*».

<sup>22</sup> *¿Menores o Adultos?*, Informe de la Defensoría del Pueblo, Madrid, 2012.

<sup>23</sup> Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

<sup>24</sup> Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014.

<sup>25</sup> Nota interna de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado número 2/2018 sobre seguimiento de los expedientes de revisión de los decretos de determinación de la edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad, <https://blogextranjeriaprogestion.org/wp-content/uploads/2018/05/NOTA-INTERNA-NUM-2-SEGUIMIENTO-MENAS.pdf>.

<sup>26</sup> STS de 23 de septiembre 2014 (n.º 453/2014, recurso n.º 1382/2013), STS de 24 de septiembre de 2014 (452/2014, recurso n.º 280/2013) y SSTs de 16 de enero 2015 (11/2015, recurso 1406/2013, y 13/2015, recurso 241/2014), entre otras. A. DE PALMA DEL TESO Y A. GONZÁLEZ GARCÍA, *La determinación de la edad de los Menores Extranjeros No Acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2015, p. 39 s.

actuaciones contradictorias en cuanto a la autoridad competente para determinar, en caso de duda, la edad de los menores extranjeros no acompañados, a pesar de que la redacción del artículo 35 (3) de la Ley de Extranjería atribuye su determinación al Ministerio Fiscal. A este respecto, cada vez son más los casos en los que los servicios de protección del menor en algunas Comunidades Autónomas realizan pruebas radiológicas a menores, asumiendo o cesando la tutela de los individuos examinados, con base en el resultado de dichas pruebas, sin que se produzca la intervención del Ministerio Fiscal, que solo toma conocimiento del hecho, una vez que la entidad de protección le da traslado de la resolución de cese de tutela<sup>27</sup>. Además, tampoco hay consistencia en el procedimiento seguido para informar sobre el alcance y consecuencias del examen médico, el consentimiento y el derecho a la asistencia jurídica<sup>28</sup>. Así, existe una importante diversidad de prácticas respecto al tipo de prueba médica para determinar la edad del supuesto menor, lo que a tenor del informe de 2018 del Defensor del Pueblo Andaluz, continúa generando quejas de diferentes sectores<sup>29</sup>.

Lo anteriormente expuesto nos lleva a preguntarnos sobre la oportunidad de adoptar protocolos a nivel local. La existencia de protocolos de actuación es necesaria, pero estos deberían redactarse en coordinación con otras autoridades regionales, estatales y de la UE para lograr una cierta uniformidad. De lo contrario, estos menores se encontrarán con unas prácticas más o menos restrictivas en función del lugar en el que sean localizados dentro de la UE. Esto es, por supuesto, intolerable y parece contradecir el tenor del Artículo 25 (5) de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, que establece que la minoría de edad del menor no acompañado se presume cuando después de utilizar todos los mecanismos de evaluación pertinentes, los Estados Miembros tengan todavía dudas acerca de su edad.

### 3.1.2 Prueba de existencia de parentesco

Las inconsistencias descritas en el apartado anterior también se aprecian respecto a la prueba de parentesco. Si no se pueden obtener documentos (legalizados) de las autoridades del país de origen, la única opción que queda para establecer los lazos es recurrir al método de prueba fáctica mediante una prueba genético de paternidad/maternidad. Según el Artículo 5 (2) de la Directiva sobre reagrupación familiar<sup>30</sup>, «[...] Si fuera conveniente, a fin de obtener la prueba de la existencia de vínculos familiares, los Estados miembros podrán realizar entrevistas con el reagrupante y los miembros de su familia y efectuar cualquier otra investigación que estimen

---

<sup>27</sup> En Madrid, por ejemplo, uno de los tres Juzgados en funciones de Control de Estancia ha acordado reiteradamente la práctica de pruebas de determinación de edad sin efectuar consulta alguna al Registro del Menores No Acompañados (MENA). Memoria de la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado durante el año 2016, [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA\\_SITE/recursos/pdf/capitulo\\_III/cap\\_III\\_4.pdf](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/capitulo_III/cap_III_4.pdf).

<sup>28</sup> Nota interna de la Unidad de Extranjería, cit.

<sup>29</sup> Quejas al Defensor del Pueblo Andaluz 18/0035, 18/1107, 18/1254, 18/1310, 18/3134 y 18/3971. Informe Anual del Defensor del Pueblo Andaluz 2018, <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/iac-dpa-2018-digital.b.pdf>.

<sup>30</sup> Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

*necesaria*». Esta discrecionalidad con respecto a la admisión de otros medios de investigación considerados apropiados (también incluidos en el Art. 16 (4) de la Directiva) permite la existencia de varias variables de verificación, aunque la preferencia se da implícitamente a las pruebas de ADN. Sin embargo, esta discreción anticipa graves riesgos y posibles abusos en el uso de pruebas genéticas. Básicamente, puede conducir a una violación significativa de la dignidad e intimidad del migrante, ya que afecta al derecho fundamental al respeto de la vida privada y familiar estipulado en el artículo 8 del CEDH<sup>31</sup>.

En España, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 292/2000, de 30 de noviembre<sup>32</sup> ha afirmado que «*un sistema normativo que autoriza la recogida de datos con fines legítimos, pero sin incluir garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, vulnera el derecho a la intimidad de la misma manera que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta*». España no contempla de forma expresa la posibilidad de realizar pruebas biológicas para establecer la existencia de parentesco, aunque requiere una entrevista personal, según lo estipulado en el Artículo 57 del Reglamento que desarrolla la Ley de Extranjería<sup>33</sup>. Sin embargo, ello no ha impedido que los test de ADN sean una práctica común entre las autoridades consulares, práctica que además es selectiva ya que, en particular, el parentesco se verifica a través de este método en los consulados de China y Nigeria, así como en el Consulado de Dakar, que tiene la circunscripción consular de seis países: Senegal, Gambia, Guinea Conakry, Guinea Bissau, Sierra Leona y Cabo Verde<sup>34</sup>. Según el Instituto Nacional de Toxicología, órgano encargado de los análisis, la extracción de las muestras en dependencias consulares cumple formalmente el requisito básico del consentimiento informado de la persona que dona su muestra biológica para proceder al estudio del ADN<sup>35</sup>. Sin embargo, el Defensor del Pueblo ha reiterado que el mantenimiento de esta prueba y la posible extensión de su práctica a nuevos consulados y oficinas consulares debe ser precedida por una mayor reflexión acerca del marco jurídico en el que puede desarrollarse dado su incidencia en el derecho a la intimidad y a la vida en familia<sup>36</sup>. Dada su importancia en la esfera personal y de la privacidad, los datos genéticos pueden ser considerados como información extremadamente personal que proporciona información extraordinariamente delicada, íntimamente ligada al núcleo de la personalidad y a la dignidad humana y es por ello que existe la prohibición general de tratar este tipo de datos<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> I. HELÉN, *Biological Citizenship across the Borders: Politics of DNA Profiling for Family Reunification*, en *Scandinavian Journal of Social Theory*, 2014, p. 343 s.

<sup>32</sup> STC 292/2000, de 30 de noviembre, BOE núm. 4, de 4 de enero de 2001.

<sup>33</sup> Real Decreto 557/2011 cit.

<sup>34</sup> E. LA SPINA, *Las pruebas de ADN como factor de vulnerabilidad de las familias migrantes en la normativa de extranjería española*, en F. J. GARCÍA CASTAÑO Y N. KRESSOVA (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Granada, 2011, p. 873 s.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> Por ejemplo, en su Informe de 2017, [http://www.congreso.es/112p/e8/e\\_0080347\\_n\\_000\\_m.pdf](http://www.congreso.es/112p/e8/e_0080347_n_000_m.pdf).

<sup>37</sup> El artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, regula el tratamiento de categorías especiales de datos personales, estableciendo la prohibición general de tratar los datos genéticos. Por lo que respecta a la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, se mantiene la prohibición de consentir tratamientos con la finalidad principal de almacenar información identificativa de determinadas categorías de datos especialmente protegidos, entre ellos los datos genéticos.

### 3.1.3 Existencia de vínculo matrimonial

A diferencia de lo que ocurre con el parentesco, la ausencia de documentos (auténticos) probatorios de la existencia de vínculo matrimonial no puede sustituirse por pruebas médicas y lógicamente, dicha circunstancia suele plantear problemas en los expedientes de reagrupación familiar. En España, se realizan entrevistas a los cónyuges por separado para comprobar si el matrimonio es real o de conveniencia, de conformidad con la décima disposición adicional del Real Decreto 557/2011<sup>38</sup>. En relación con los matrimonios de conveniencia, además de las consecuencias civiles (nulidad del matrimonio) y penales (delito de favorecimiento a la inmigración ilegal bajo el Artículo 318 bis del Código Penal y delito de falsedad), en el ámbito administrativo, el matrimonio de convivencia constituye una causa de denegación de la solicitud de residencia o del visado por reagrupación familiar a tenor del art. 53.2 b) de la Ley Orgánica de Extranjería.

Si se solicita la reagrupación familiar en alguna Oficina Consular de España en el extranjero, que otorga visados por reagrupación familiar, se puede verificar la documentación emitida en origen e incluso realizar entrevistas personales. Si la evaluación no es satisfactoria, puede denegarse la reunificación familiar por el Consulado o la Embajada pertinente, incluso si previamente se obtuvo la autorización de las autoridades de inmigración en España<sup>39</sup>. Este procedimiento cuenta con el respaldo confirmatorio del Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de abril de 2014<sup>40</sup>.

### 3.2 Orden público

La legalización o Apostilla de los documentos probatorios del estatuto personal del migrante no certifica el contenido subyacente al documento en sí, sino que este ha de ser reconocido en el estado de destino quien decidirá, en su caso, si da continuidad o no a las relaciones jurídicas originadas en el extranjero. A este respecto, el DIPr. prevé una serie de excepciones al reconocimiento transfronterizo de situaciones jurídicas, entre los que se encuentra el orden público. El orden público constituye pues una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente, a causa de su incompatibilidad manifiesta con aquellos principios y valores que se consideran fundamentales en el ordenamiento jurídico del foro<sup>41</sup>. Una pareja migrante, por ejemplo, podría enfrentarse al no reconocimiento del vínculo matrimonial y por tanto, a serles rechazado el derecho a la reagrupación familiar por el hecho de que uno de los cónyuges sea menor de edad, puesto que el matrimonio infantil se considera contrario al orden público en la mayoría de Estados Miembros de la

<sup>38</sup> Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Extranjería, cit.

<sup>39</sup> *Reagrupación familiar de nacionales de terceros países en España*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016, <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/redeuropeamigracion>.

<sup>40</sup> STS de fecha 25 de abril de 2014, R<sup>o</sup> 10/2013.

<sup>41</sup> M. AGUILAR NAVARRO, *El orden público en el Derecho internacional privado*, en *Rev. esp. der. int.*, 1953, p. 33 s.; J. D. GÓNZALEZ CAMPOS Y J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Orden público como correctivo funcional: Artículo 12, apartado 3 del Código Civil*, en M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART (eds.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Jaén, 1995, p. 894 s.

UE. De manera similar, los matrimonios poligámicos son sometidos al escrutinio de la excepción de orden público en un número considerable de Estados<sup>42</sup>.

A pesar de su relevancia en la adquisición de derechos migratorios, dentro de la Unión Europea no existe uniformidad normativa respecto al reconocimiento de los matrimonios celebrados en otros estados, ya se trate de Estados Miembros o de terceros estados. En el caso de España, esta cuestión debe ser tratada por las autoridades del Registro Civil quienes, por ejemplo, suelen rechazar instituciones matrimoniales que permiten la poligamia, los matrimonios de niños menores de doce años e incluso la entrega de una dote para la mujer, por ser contrarios a los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico español<sup>43</sup>.

### 3.2.1 Matrimonios poligámicos

Debido a las muy variadas concepciones de matrimonio existentes en los distintos ordenamientos jurídicos estatales, el orden público presenta una incidencia muy fuerte en relación con la aplicación de Leyes extranjeras que regulan la capacidad matrimonial. Este es el caso del matrimonio poligámico en el que un varón está casado simultáneamente con varias mujeres, introducido por la emigración hacia Europa de personas y familias procedentes de países islámicos, en cuyo contexto este tipo de matrimonio es legal y produce plenos efectos jurídicos.

La doctrina lleva algunos años analizando el impacto de este tipo de matrimonio en Europa<sup>44</sup>, aunque sus tribunales y legisladores han recorrido sucesivas etapas, partiendo del rechazo inicial a la poligamia y a cualquier reconocimiento de efectos jurídicos para llegar a admitir ciertas consecuencias de orden legal<sup>45</sup>. En algunos países europeos (Bélgica, Francia, Alemania, Italia), la legislación nacional de cada cónyuge es decisiva para determinar si un matrimonio poligámico ha sido celebrado válidamente dentro de la denominada doctrina del “orden público de proximidad”<sup>46</sup>. es decir, que el orden público tiene más posibilidades de incidir sobre un matrimonio poligámico cuanto mayor es su vinculación de la relación jurídica con el foro (*Inlandsbeziehung*). Como resultado, un matrimonio poligámico no será reconocido si uno de los cónyuges tiene la nacionalidad del foro o en el ámbito europeo, de un Estado Miembro de la UE y sólo es posible si la Ley de ambos cónyuges permite el matrimonio poligámico<sup>47</sup>. En el mismo sentido ha actuado la

<sup>42</sup> S. CORNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 20 s.

<sup>43</sup> M. GUZMÁN ZAPATER, *Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, en *Rev. esp. der. int.*, 2017, p. 93 s.

<sup>44</sup> B. BOURDELOIS, *Marriage polygamique et droit positif français*, París, 1993; A. J. E. JAFFEY, *The Essential Validity of Marriages in the English Conflict of Laws*, en *Mod. Law Rev.*, 1978, p. 3 s.;

<sup>45</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Nuevos modelos de familia y Derecho internacional privado en el Siglo XXI*, en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, 2003, p. 109 s.; P. JUÁREZ PÉREZ, *Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿Un matrimonio forzoso?*, en *Rev. elec. est. int.*, 2012, p. 21 s.

<sup>46</sup> Esta teoría fue expuesta en el siglo XX por F. KAHN, *Abhandlugen zum internationalen Privatrecht*, Munich, 1928. Según esta teoría, el orden público internacional sólo opera contra la aplicación de la ley extranjera si existe un vínculo con el foro. En el mismo sentido ha actuado la jurisprudencia inglesa, que ha reconocido ciertos efectos a los matrimonios poligámicos celebrados válidamente en el extranjero de acuerdo con la ley personal y la del lugar de celebración. C. CAMPIGLIO, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, p. 853 s.

<sup>47</sup> S. CORNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 20 s.

jurisprudencia inglesa, que ha reconocido ciertos efectos a los matrimonios poligámicos celebrados válidamente en el extranjero de acuerdo con la ley personal y la del lugar de celebración<sup>48</sup>. A este respecto es necesario mencionar la Resolución del Parlamento Europeo sobre la inmigración femenina: papel y situación de las mujeres inmigrantes en la Unión Europea (2006/2010(INI)) donde se observa con preocupación que el reconocimiento legal de matrimonios poligámicos en algunos Estados miembros, pese a la prohibición de la poligamia y se pide a los Estados miembros que se aseguren de que se mantenga esta prohibición.

En España, la excepción de orden público recogida en el Artículo 12 (3) del Código Civil impide el acceso al Registro Civil de los matrimonios poligámicos extranjeros válidamente celebrados<sup>49</sup>. Además, el extranjero residente en España podrá reagrupar a un solo cónyuge o pareja de hecho, tal como establecen expresamente los Artículos 17.1.a) y 17.4 de la Ley Orgánica 2/2009 y el Artículo 53 a) de su Reglamento<sup>50</sup>. A este respecto, el Artículo 65 (4) del Reglamento de extranjería exige que se haga una declaración jurada en el expediente de reagrupación, por parte del reagrupante, en el sentido de que no reside con él en España ningún otro cónyuge o pareja de hecho. Incluso existe además un sistema de alertas en el Registro Central de Extranjeros que permite descubrir la presentación de más de una solicitud de residencia sobre la identidad de una misma persona por lo que ello constituye un medio para detectar y evitar la reagrupación de varios cónyuges. Todo esto es consecuencia de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reunificación familiar, la cual establece en el Artículo 4 (4) que «*En caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge*». Es evidente, por tanto, que la poligamia es rechazada de pleno por las Instituciones Europeas, tal como refleja esta norma ciertamente polémica. En efecto, bajo la justificación de que se trata de un requisito de integración necesario para que la familia migrante pueda estar mejor preparada para ajustarse a los estándares cívicos del Estado de acogida y “no vivir aislado”, la solución recogida en la Directiva puede poner en peligro la vida en familia y acaba castigando al sujeto que intenta proteger, esto es, a las mujeres migrantes<sup>51</sup>.

En cualquier caso, los tribunales españoles no niegan todo tipo de efecto jurídico a estos matrimonios, en aplicación de lo que se ha denominado distinción entre «*efectos jurídicos nucleares y efectos jurídicos periféricos*»<sup>52</sup>. Los primeros se refieren a los efectos constitutivos del matrimonio y son los que el sistema español rechaza de forma rotunda en el caso de los matrimonios poligámicos. Los efectos jurídicos periféricos son, por el contrario, las consecuencias jurídicas que, derivándose del matrimonio, no afectan a su

<sup>48</sup> D. PEARLY W. MENSKI, *Muslim Family Law*, London, 1998, p. 273 s.

<sup>49</sup> Decisiones de la Dirección General de los Registros y del Notariado RRDGRN núm. 202/2015, de 28 agosto (JUR 2016 43483); núm. 34 /2014, de 24 abril (JUR 2015 81863); Núm. 2/2001, de 14 mayo (RJ 1728).

<sup>50</sup> Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

<sup>51</sup> E. MORRIS, *Family Reunification and Integration Policy in the EU: Where Are the Women?*, en *Journal of International Migration and Integration*, 2015, p. 639 s.; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Una lectura crítica de los vínculos familiares a la luz de la Directiva 2003/86/CE y de las normas españolas de extranjería*, en *Cuad. der. trans.*, 2018, p. 732 s.

<sup>52</sup> M. J. VALVERDE MARTÍNEZ Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público atenuado*, en *Cuad. der. trans.*, 2018, p. 718 s.

propia esencia o existencia: derecho de alimentos, pensión de viudedad, régimen económico matrimonial, filiación, derechos sucesorios, etc. Así pues, aunque no se reconozcan los efectos nucleares del matrimonio poligámico, la doctrina del orden público atenuado permite concederle ciertos efectos al objeto de proteger a las partes más débiles de este vínculo matrimonial: la esposa y los hijos. Y en este sentido la jurisprudencia más reciente ha reconocido importantes efectos a estos matrimonios en el orden social, como puede ser la pensión de viudedad<sup>53</sup>. En líneas generales, el razonamiento de los tribunales es que la excepción de orden público no debe aplicarse con rigor y sin matices contra los matrimonios poligámicos ya que el ordenamiento jurídico español tiene un amplio margen para preservar sus principios básicos al tiempo que adopta decisiones protectoras y justas para aquellos que son consideradas las “víctimas” de la poligamia: las mujeres<sup>54</sup>. Si bien es verdad que el tratamiento tan dispar que se da a la poligamia en el ordenamiento jurídico español, desde la tipificación como delito hasta este reconocimiento de importantes efectos legales en el orden social, genera una cierta inseguridad jurídica<sup>55</sup>.

### 3.2.2 Matrimonios infantiles

La excepción de orden público puede también incidir sobre los denominados matrimonios infantiles. En muchos ordenamientos jurídicos se distingue entre requisitos formales y sustanciales para determinar la validez del matrimonio celebrado en el extranjero. Como regla general, la Ley del estado donde se celebró el matrimonio regula los requisitos formales y la legislación nacional (en algunos estados, la ley del domicilio) de cada cónyuge determina los requisitos sustantivos. No obstante, la excepción de orden público permite rechazar el reconocimiento de un matrimonio válido bajo la ley aplicable, si con ello se produce una violación de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico del estado donde se solicita el reconocimiento. En algunos estados el matrimonio con menores de edad se suele considerar como matrimonio forzado y, por tanto, contrario al orden público, puesto que los niños carecen de capacidad suficiente para tomar decisiones plenamente informadas y consentidas sobre actos que puedan tener importantes consecuencias sobre su situación jurídica<sup>56</sup>. Pero ello no significa que se rechace el reconocimiento de todos los matrimonios celebrados con menores.

España ha ratificado el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra la mujer y violencia doméstica, también conocido como Convenio de Estambul<sup>57</sup>, que exhorta en su Artículo 32 a los Estados Parte a tomar las medidas legislativas u otras necesarias para que los matrimonios contraídos recurriendo a la fuerza puedan ser anulables, anulados o disueltos sin que esto suponga para la víctima cargas económicas o administrativas excesivas. Además, a tenor del Artículo 37 del Convenio, los Estados Parte tomarán las medidas legislativas u otras medidas necesarias

---

<sup>53</sup> P. JUÁREZ PÉREZ, *La consolidación de una lúcida doctrina judicial sobre poligamia y pensión de viudedad: la STSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2018*, en *Cuad. der. trans.*, 2019, p. 801 s.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> P. JUÁREZ PÉREZ, *Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿Un matrimonio forzado?*, en *Rev. elec. est. int.*, 2012, p. 1 ss.

<sup>56</sup> S. CORNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 21 s.

<sup>57</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de obligar a un adulto o un menor a contraer matrimonio. Como consecuencia de la ratificación de este Convenio, la edad mínima para contraer matrimonio ha sido elevada en España de 14 años a 18 (o 16 en el caso de un niño emancipado) por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria y, de igual forma, los matrimonios forzados han sido criminalizados bajo el Artículo 172 bis del Código Penal<sup>58</sup>. La reforma, se afirma, ha de servir para combatir los matrimonios forzosos, puesto que la mayoría son contraídos por niñas, y permitir a la mujer decidir sobre su propia vida<sup>59</sup>.

El problema aparece cuando se insta la inscripción de un matrimonio con menores celebrado en el extranjero, porque aunque el Encargado del Registro Civil no puede obviar la ausencia total de consentimiento, es cuestionable que este deba realizar una ponderación del grado de intimidación de la menor, puesto de esta forma se podría estar conculcando el *ius connubii* de la mujer<sup>60</sup>. Así, la inscripción de este tipo de matrimonios viene siendo generalmente denegada por la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN), práctica que ha sido criticada desde sectores doctrinales por seguir una línea de actuación claramente condicionada por la política de extranjería<sup>61</sup>.

Esto tiene por supuesto un impacto en el derecho a la reagrupación familiar de estos menores, que habrán de litigar ante los tribunales antes de poder iniciar el expediente de solicitud, aunque al menos España no ha establecido un requisito mínimo de edad para el cónyuge reagrupado, tal como prevé el Artículo 4 (5) de la Directiva 2003/86/CE<sup>62</sup>, como sí lo ha hecho, por ejemplo, el Reino Unido<sup>63</sup>.

Ciertamente, los matrimonios infantiles pueden suponer un atentado contra la igualdad, libertad e incluso la salud de las niñas y todas las trabas establecidas por los países de recepción, sobre todo administrativas, van encaminadas a prevenir este tipo de prácticas<sup>64</sup>. Pero el rechazo al reconocimiento a los matrimonios infantiles, además de hacerse en sede judicial, debería realizarse analizando los intereses en liza caso por caso<sup>65</sup>. A veces estos matrimonios se celebran en circunstancias extremas para proteger a las niñas contra la violencia sexual en los campamentos de refugiados o durante su viaje migratorio hacia Europa y el hecho de que un matrimonio extranjero no sea aceptado o reconocido lo priva de sus consecuencias jurídicas. Ello tiene, por supuesto, un impacto enorme en los derechos migratorios del menor, puesto que no se le otorgará un visado por reagrupación familiar o permiso de residencia, no se llevarán a cabo las transferencias para estudiar la

---

<sup>58</sup> F. CISNEROS ÁVILA, *Reflexiones sobre el delito de matrimonio forzado del artículo 172 bis del Código Penal*, en *La Ley*, 2017, p. 1 s.

<sup>59</sup> C. VAQUERO LÓPEZ, *Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género*, en *Cuad. der. trans.*, 2018, p. 439 s., p. 447.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> M. GUZMÁN ZAPATER, *Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, en *Rev. esp. der. int.*, 2017, p. 95. En el mismo sentido, vid. I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La calificación jurídica del "matrimonio de conveniencia": del fraude al uso indebido de la institución matrimonial*, en *Rev. esp. der. int.*, 2007, p. 628.

<sup>62</sup> Según el Artículo 4 (5) de la Directiva, «Con objeto de garantizar un mayor grado de integración y de evitar los matrimonios forzados, los Estados miembros podrán exigir que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, sin que ésta exceda los 21 años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante».

<sup>63</sup> <https://fra.europa.eu/en/publication/2017/mapping-minimum-age-requirements/family-reunification>.

<sup>64</sup> [https://www.unicef.org/spanish/protection/files/FactSheet\\_childmarriage\\_sp.pdf](https://www.unicef.org/spanish/protection/files/FactSheet_childmarriage_sp.pdf).

<sup>65</sup> C. VAQUERO LÓPEZ, *Mujer, matrimonio y maternidad*, cit., p. 448.

solicitud de asilo previstas en el Reglamento de Dublín<sup>66</sup> *etc.* Se da, además, la paradoja de que varios Estados Miembros de la Unión Europea, como el caso de España, tienen legislaciones que permiten a sus ciudadanos menores de edad contraer matrimonio (a partir de cierta edad, o con determinados tipos de autorización, o ambos)<sup>67</sup>. Por ello, los estados receptores deberían tener en cuenta la Resolución 1468 del Consejo de Europa (2005) sobre matrimonios forzados y matrimonios infantiles, que insta a que no se reconozcan los matrimonios forzados ni los matrimonios celebrados con menores en el extranjero, excepto cuando el reconocimiento fuera en el mejor interés de las víctimas respecto a los efectos del matrimonio y particularmente, para garantizar derechos no pueden ser tutelados de otra forma<sup>68</sup>. De lo contrario, un rechazo total y absoluto al reconocimiento de estos matrimonios, podría conculcar principios generales como son la protección de los derechos adquiridos y o el interés superior del menor. Es más apropiado que la decisión sobre el reconocimiento de matrimonios con menores celebrados legalmente en el extranjero se decida caso por caso, teniendo en cuenta el interés superior del niño y todas las circunstancias concurrentes<sup>69</sup>.

### 3.3 Instituciones desconocidas en el país de destino

Hay supuestos en los que el reconocimiento del estatuto personal del extranjero no es suficiente desde la perspectiva del Derecho migratorio, en el sentido de que el reconocimiento de estatuto personal en el Derecho civil (en aplicación de las normas de Derecho internacional privado) no va necesariamente seguido de la concesión de un estatuto migratorio adecuado. Esta situación se produce, por ejemplo, cuando el estatuto personal del extranjero no encaja en las categorías existentes en la Ley del estado de destino, como ilustra la institución islámica de la *kafala*.

En algunos países islámicos, el término *kafala* se utiliza para describir una situación similar a la adopción, pero que no implica necesariamente la ruptura de lazos familiares, la transferencia de derechos hereditarios o el cambio de nombre del menor. Esta institución puede definirse como el compromiso realizado por un varón adulto musulmán, el *kafil*, destinado al mantenimiento, educación y protección de un menor, el *makful*, hasta su mayoría de edad, de la misma manera que haría un padre hacia su hijo, pero sin crear ningún vínculo paternofilial. Por estas razones la *kafala* no puede ser comparada a una

<sup>66</sup> Reglamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, OJ L 180, 29.6.2013.

<sup>67</sup> S. CORNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 21 s.

<sup>68</sup> Debate de la Asamblea de 5 de octubre de 2005 (29) (vid. Doc. 10590, Informe del Comité de Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres. Rapporteur: Sra. Zapfl-Helbling and Doc. 10678, Dictamen del Comité de Asuntos Sociales, Sanitarios y de Familia. Rapporteur: Sra. Bargholtz). Texto adoptado por la Asamblea el 5 de octubre de 2005, <https://rm.coe.int/090000168079eff8>.

<sup>69</sup> M. N. SHÚILLEABHÁIN, *The right to marry, the right to respect for family life, the prohibition on discrimination and international marriage*, J. J. FAWCET, M. N. SHÚILLEABHÁIN Y S. SHAH, *Human Rights and Private International Law*, Oxford, 2016, p. 581 s.; F. ARLETTAZ Y J. GARCÍA, *Los matrimonios forzados como una manifestación de violencia de género, extranjería cultural, religión y derechos humanos*, en *Actas de las Segundas Jornadas sobre Violencia de Género*. Universidad de Zaragoza. Laboratorio de Sociología Jurídica, 2016, <http://sociologajuridica.unizar.es/sites/default/files/archivos/documenta/arlettazgracia.pdf>.

adopción internacional. No se trata de un concepto unívoco, existiendo diferentes modalidades según el ordenamiento islámico que se tome de referencia, siempre basándose en la *Sharía* y de ahí que el factor religioso sea extremadamente importante. Así, sólo podrán ser *kafil* los musulmanes, quienes asumen el deber sagrado de educar al niño en la verdad del Corán<sup>70</sup>.

La *kafala* es un concepto jurídico reconocido por el Derecho internacional, en particular, por la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño<sup>71</sup>, que reconoce en el artículo 20 a la *kafala* como un medio de protección de los niños, así como por el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños<sup>72</sup>, que se refiere específicamente a la *kafala* en el Artículo 3 e) asimilando la *kafala* a las medidas de protección del niño “occidentales”. Pero, aunque la existencia de responsabilidad parental sea indudable en la teoría, en la práctica los niños bajo *kafala* y sus *kafils* tienen que librar arduas batallas legales antes de poder obtener alguna forma de reconocimiento y el derecho a residir en el territorio de un Estado Miembro de la Unión Europea<sup>73</sup>.

La *kafala* es una institución desconocida para el Derecho español, aunque puede desplegar efectos mediante la técnica de Derecho internacional privado denominada calificación funcional<sup>74</sup>, que permite examinar a la *kafala* establecida al amparo del ordenamiento jurídico del país de origen para ser equiparada a alguna de las medidas de protección del menor existentes en la normativa española. En este sentido, hay que tener en cuenta que no el acogimiento ni la tutela ni la adopción reúnen la misma función que la *kafala* en el Derecho islámico.

La *kafala* puede ser equiparada en España a un acogimiento familiar, bien con carácter provisional (acogimiento familiar simple), bien con carácter permanente (acogimiento familiar permanente) a tenor del Artículo 173 bis del Código Civil, pues el menor participa en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral<sup>75</sup>. Asimismo, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, también reconoce en su artículo 34 que la *kafala* puede equipararse funcionalmente a la tutela. A este respecto la Dirección General de los Registros y del Notariado confirma lo dispuesto en el artículo 34 de esta Ley, al considerar al *kafil* como tutor dativo y otorgarle la representación legal del menor kafalado<sup>76</sup>. Pero en ningún caso se equiparará a una adopción; es más, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha supuesto una modificación en la Ley de Adopción Internacional y limita la práctica habitual de transformar la *kafala* en adopción en el Artículo 19 (4), ya que «en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en desamparo y tutelado por la

<sup>70</sup> P. DIAGO DIAGO, *La Kafala Islámica en España*, en *Cuad. der. trans.*, 2010, p. 140 s.

<sup>71</sup> BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

<sup>72</sup> BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

<sup>73</sup> L. PANELLA, *Il riconoscimento della Kafalah Islamica nella Giurisprudenza delle corti sovranazionali europee e nella giurisprudenza italiana*; A. PERA, *La kafala islamica e il ricongiungimento familiare*, en S. GRECO Y G. TUMMINELLI (eds.), *Migrazioni in Sicilia*, Milano, 2018, p. 277 s.; S. CORNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 11 s.

<sup>74</sup> Tal como expone, entre otros, la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 15 de junio de 2006, el Artículo 34 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional o el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de junio de 2011 (EDJ 2011/190071).

<sup>75</sup> Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de octubre de 1993, que califican la “kafala” como un mero acogimiento.

<sup>76</sup> Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

*Entidad Pública*». De esta forma, se impide que el menor kafalado termine siendo adoptado en España para eludir las obligaciones que la legislación del país de origen impone a los guardadores o *kafiles*<sup>77</sup>.

Desde el punto de vista del Derecho migratorio se deben distinguir entre situaciones donde la *kafala* se ha constituido privadamente, con la intervención los padres biológicos del niño, que puede oficializarse mediante acta notarial, y aquellas otras en las que la *kafala* se ha constituido sobre un menor que es declarado abandonado mediante un procedimiento administrativo o judicial una vez constatada la situación de desamparo del menor (si éste tiene padres o tutores), en cuyo caso el *kafil* es equiparado a un tutor dativo o representante legal del menor<sup>78</sup>. Así, según la Instrucción de la Dirección General de Inmigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 27 de septiembre de 2007<sup>79</sup>, en el caso de que la *kafala* se haya constituido privadamente se deniega la concesión de un visado para la reagrupación familiar del menor en aplicación del Artículo 187 del Real Decreto 557/2011 de extranjería, puesto que este tipo de *kafala* no es equivalente a la tutela y, en consecuencia, el *kafil* no es tutor legal de *makeful*. Cuando la *kafala*, sin embargo, haya sido constituida mediante un procedimiento judicial o administrativo, el visado para la reagrupación debe concederse en aplicación del Artículo 17 (1) (c) de la Ley Orgánica de Extranjería, el cual prescribe que un extranjero puede reunir a «*los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español*»<sup>80</sup>.

Finalmente, la *kafala* también puede plantear problemas en el ámbito de la protección social. En este sentido, a pesar de no ser equiparable a la filiación adoptiva, existen algunas resoluciones judiciales en España, como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 31 de enero de 2008<sup>81</sup> que reconocen el derecho del *makeful* a obtener la pensión de orfandad en el régimen de seguridad social<sup>82</sup>, aunque no se trata de una jurisprudencia pacífica<sup>83</sup>.

#### 4. Aplicación del Derecho extranjero

La aplicación del Derecho extranjero es una cuestión ampliamente tratada en el Derecho internacional privado<sup>84</sup>. En un contexto migratorio, sin embargo, esta cuestión

<sup>77</sup> E. RODRÍGUEZ PINEAU, *La protección en España de menores cuya ley nacional prohíbe la adopción tras la reforma de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional*, en *Derecho Privado y Constitución*, 2017, p. 387 s.; C. RUIZ SUTIL, *La mujer kafala y la recepción de la kafala marroquí en el ordenamiento jurídico español*, en *Revista Clepsydra*, 2017, p. 145 s.

<sup>78</sup> N. MARCHAL ESCALONA, *La Kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana*, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2013, <http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1782>.

<sup>79</sup> Instrucción DGI/SGRJ/06/2007.

<sup>80</sup> A. ORTEGA GIMÉNEZ, *La kafala de derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, p. 819 s.

<sup>81</sup> Sentencia del TSJ de la Comunidad de Madrid 58/2008, de 31 de enero de 2008.

<sup>82</sup> E. RODRÍGUEZ PINEAU, *La protección en España*, cit.

<sup>83</sup> En sentido favorable, los AAP Barcelona, Secc. 18ª, de 8 de julio de 2008 y de 30 de octubre de 2008, el AAP Guipúzcoa, Secc. 3ª, de 4 de junio de 2008, o el AAP Valladolid, Secc. 1ª, de 11 de diciembre de 2008. En sentido contrario, entre otras, el AAP Tarragona, Secc. 1ª, de 23 de junio de 2008 o el AAP Cádiz, Secc. 5ª, de 11 de diciembre de 2008.

<sup>84</sup> SCHWEIZER INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, 2011, JLS/2009/JCIV/PR/0005/E4,

presenta ciertas particularidades que requieren una aproximación distinta a la tradicional, principalmente centrada en la obligatoriedad de las normas de conflicto y el régimen procesal del Derecho extranjero. Así, hay que prestar especial a la aplicación del Derecho extranjero por autoridades no judiciales, quienes han de evaluar su contenido y vigencia antes de conceder derechos migratorios. Por ejemplo, los funcionarios de extranjería han de determinar la validez sustantiva de un matrimonio conforme a una Ley extranjera como requisito previo a la concesión de una reunificación familiar o decidir sobre el reconocimiento de una adopción extranjera, o de un acuerdo de cuidado de crianza temporal, incluida la *kafala*, antes de permitir al menor solicitar un visado en el país de origen de los padres adoptivos o de su *kafil*.

Un estudio reciente ha analizado el acceso a la Ley extranjera desde la perspectiva del Derecho migratorio en algunos estados<sup>85</sup>, si bien es verdad que no existe un estudio integral de esta cuestión que abarque todos los Estados Miembros de la UE. En España, por ejemplo, la carga de la prueba y acceso al Derecho extranjero, así como las consecuencias en caso de que no se pueda acreditar su contenido y vigencia, han sido recientemente aclaradas por la Ley 29/2015 de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil<sup>86</sup>. Esta Ley solo va referida a los supuestos en los que el Derecho extranjero es objeto de una remisión conflictual, dentro de un procedimiento judicial, pero no comprende aquellas situaciones en las que el contenido de una norma extranjera condicione una determinada consecuencia jurídica material prevista por una norma española, en este caso, las normas de extranjería.

En un contexto conflictual, el Artículo 12 (6) del Código Civil establece que las normas de conflicto españolas han de ser aplicadas de oficio, por lo que en principio el juez ha de resolver el fondo del asunto conforme al Derecho español o extranjero al que remitan dichas normas. Si se trata de un Derecho extranjero, el juez no tiene que averiguar de oficio su contenido, por no ser de aplicación en este caso el principio *iura novit curia*. En este sentido y, de conformidad con el Artículo 281.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>87</sup>, el Derecho extranjero debe ser probado por la parte que lo alegue, sin perjuicio de que el juez pueda, además, completar o comprobar la pruebas que le han presentado las partes. A tenor del Artículo 33 de la Ley 29/2015, los medios de prueba de que disponen las partes son los generales previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo los más comunes los documentos públicos o intervenidos por fedatario público donde se hace constar el contenido y vigencia de las normas extranjeras invocadas y el dictamen de jurisprudencia de la nacionalidad del estado cuyo Derecho es objeto de prueba debidamente legalizado. Además, hay que tener en cuenta los convenios internacionales ratificados por España sobre información del Derecho extranjero, que permiten al juez completar o comprobar la información que le han facilitado las partes, como el Convenio de Londres de 1968 acerca de la información del Derecho extranjero<sup>88</sup> y la Convención interamericana de Montevideo de 1979 sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero<sup>89</sup>, además de varios convenios bilaterales sobre la materia y de la Red

---

([http://ec.europa.eu/justice/civil/files/foreign\\_law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/foreign_law_en.pdf)); S. LALANI, *Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study*, en *Maastricht. Jour. Eur. Comp. Law*, 2013, p. 75 s.; C. ESPLUGUES ET AL., *Application of Foreign Law*, Munich, 2011.

<sup>85</sup> S. CORNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 29 s.

<sup>86</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

<sup>87</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

<sup>88</sup> Convenio europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968, BOE núm. 240, de 7 de octubre de 1974.

<sup>89</sup> Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero. Montevideo, 8 de mayo de 1979. BOE núm. 11, de 13 de enero de 1988.

Judicial Europea<sup>90</sup>, que puede emplearse para tal fin. Cuando quien alega el Derecho extranjero no consigue probar satisfactoriamente su contenido y vigencia cabían tradicionalmente hasta tres posibles soluciones: resolver conforme al Derecho material español, desestimar la demanda o aplicar un punto de conexión subsidiario<sup>91</sup>. Con la entrada en vigor de la Ley 29/2015 las dudas se han despejado y cuando no se haya podido acreditar el Derecho extranjero, el juez habrá de resolver conforme al Derecho material español<sup>92</sup>.

Otra situación bien diferente es la aplicación del Derecho extranjero por autoridades de carácter no judicial, cuando se ha de tener en cuenta o toma en consideración el Derecho extranjero para condicionar una determinada consecuencia jurídica material prevista por la norma española, por ejemplo, normativa en materia de extranjería. En este tipo de casos, hay reglas especiales para determinados tipos de autoridades, como pueden ser notarios y registradores por remisión de los Artículos 100 de la Ley del Registro Civil<sup>93</sup>, Artículo 36 del Reglamento Hipotecario<sup>94</sup> o Artículo 168 (4) del Reglamento Notarial<sup>95</sup>. En estos supuestos la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>96</sup> ha establecido en distintas Resoluciones que la falta de acreditación del Derecho extranjero ante el registrador suspenderá la inscripción. No cabe, por tanto, la solución prevista para la aplicación judicial del Derecho extranjero, donde se aplica el Derecho material español con carácter subsidiario<sup>97</sup>. Esta aproximación afecta de lleno a los derechos migratorios de los extranjeros teniendo en cuenta que la gran mayoría de cuestiones relacionadas con el estatuto personal o los vínculos de parentesco están sometidas a la Ley nacional en virtud del Artículo 9 del Código Civil. Esta carga debe ser aún grande para las autoridades con competencia en temas de asilo e inmigración, pero no existen cifras sobre la aplicación del Derecho extranjero por parte de dichas autoridades administrativas<sup>98</sup>.

##### 5. Estatuto de refugiado bajo el Artículo 12 del Convenio de Ginebra de 1951

Finalmente, otro punto de interacción entre el Derecho internacional privado y el Derecho migratorio se manifiesta entorno al estatuto legal de refugiado. Según el Artículo 1

<sup>90</sup> Artículo 3 (2) (b) de la Decisión 2001/470/CE, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil.

<sup>91</sup> A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Granada, 2014.

<sup>92</sup> Apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 29/2015, que remite a la jurisprudencia constitucional, STC 10/2000.

<sup>93</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

<sup>94</sup> Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario, BOE núm. 106, de 16 de abril de 1947.

<sup>95</sup> Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, BOE núm. 189, de 7 de julio de 1944.

<sup>96</sup> RDGRN de 7 de julio de 2011, BOE núm. 192 de 11 de agosto de 2011 o RDGRN de 15 de julio de 2011, BOE núm. 229, de 23 de septiembre de 2011.

<sup>97</sup> J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Artículo 12, apartado 6 del Código civil: Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero*, en M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART (eds.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1995, p. 973 s.; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Pamplona, 2017, p. 238.

<sup>98</sup> Ni en España ni en otros Estados Miembros de la Unión Europea. S. CORNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 31.

de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados<sup>99</sup>, el término “refugiado” se aplicará a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. Una vez que el solicitante ha obtenido el reconocimiento de su condición de refugiado en un Estado conforme al Convenio de Ginebra de 1951, accede a lo que se conoce como estatuto de refugiado, lo que conlleva una serie de derechos y obligaciones. El estatuto personal del refugiado viene regulado en el Artículo 12 (1) del Convenio, en el que se establece que «El estatuto personal de cada refugiado se regirá por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio, por la ley del país de su residencia [...]. Es decir, que se asimilan a los nacionales del país de su residencia efectiva para las cuestiones que tienen que ver con su estatuto personal y sus derechos civiles»<sup>100</sup>. Asimismo, dicho artículo estipula en su segundo párrafo que «Los derechos anteriormente adquiridos por cada refugiado y dependientes del estatuto personal, especialmente los derechos inherentes al matrimonio, serán respetados por todo Estado Contratante, siempre que el derecho de que se trate sea de los que habrían sido reconocidos por la legislación del respectivo Estado, si el interesado no hubiera sido refugiado». Esto es, que los refugiados no perderán los derechos anteriormente adquiridos en su país de origen, aunque hayan roto cualquier tipo de nexo con dicho país (del que pueden seguir siendo nacionales o haber perdido dicha nacionalidad).

Esta norma, que hoy está en línea con las normas de conflicto referentes al estatuto personal en una mayoría de estados, sigue suponiendo una ruptura con la aproximación tradicional en algunos otros, como el ordenamiento jurídico español, que generalmente somete la cuestión del estatuto personal a la ley de la nacionalidad en el Artículo 9 (1) del Código Civil. Además, el Artículo 12 de la Convención de Ginebra de 1951 deja sin contestar una serie de cuestiones que tienen una relevancia fundamental para los derechos y obligaciones de los refugiados, como pueden ser la definición y ámbito del estatuto personal, el concepto de domicilio o residencia habitual, el carácter imperativo de este precepto o qué solución es aplicable en el supuesto de conflicto móvil, es decir, cuando el refugiado cambia su residencia.<sup>101</sup> A este respecto y a diferencia de otras cuestiones de Derecho internacional privado que han sido “europeizadas”, todo lo relativo al estatuto personal sigue siendo competencia del legislador nacional y existen soluciones divergentes. Y es que en el ámbito del Derecho internacional privado el legislador europeo ha dejado la determinación del estatuto personal fuera del ámbito material de la normativa potencialmente relevante, tal como disponen el artículo 1.2 a) del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis), el art. 1.3 a) del Reglamento (CE) n. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, o

---

<sup>99</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

<sup>100</sup> D. LÓPEZ GARRIDO, *El derecho de asilo*, Madrid, 1991, p. 107; S. PÉREZ BARAHONA, *El estatuto de refugiado en la Convención de Ginebra de 1951*, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 2003, p. 244 s.

<sup>101</sup> S. CORNELOUP ET AL., *Private International Law*, cit., p. 33 s.

el artículo 22 del Reglamento (CE) n. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, entre otros. La Unión Europea dispone de base jurídica para adoptar medidas legislativas en materia de asilo e inmigración y destinadas a garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados Miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción, así como el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales relativas al derecho de familia con repercusión transfronteriza, aunque se requiere la unanimidad de los Estados miembros, tal como prevé el artículo 81 (3) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Por ello, la ausencia de una normativa a nivel europeo relativa al estatuto personal es más bien consecuencia de que esta materia está estrechamente relacionada con las tradiciones y los valores sociales y es, por tanto, difícil alcanzar un consenso para armonizar los distintos criterios recogidos en los ordenamientos nacionales. Lo que no obsta para que varias organizaciones internacionales sigan insistiendo en la necesidad de una mayor armonización y coordinación entre las normas de Derecho internacional privado y el Derecho migratorio. Así lo ha puesto de manifiesto, por ejemplo, el *European Group on Private International Law*, quien en su Declaración sobre el estatuto jurídico de los solicitantes de protección internacional de terceros países a la Unión Europea<sup>102</sup>, ha instado a las Instituciones de la Unión Europea y a los Estados Miembros, a promover, entre otros, la ratificación universal de instrumentos de Derecho internacional privado, destinados a garantizar la seguridad jurídica y el reconocimiento mutuo del estatuto personal, incluido el Convenio de La Haya de 1996.

## 6. Conclusiones

Las líneas precedentes han dado cuenta de la clara interacción entre el Derecho internacional privado y el Derecho migratorio ya que la obtención de derechos migratorios depende a menudo de las relaciones privadas (matrimonio, paternidad) o el estatuto personal (edad) del migrante. Considerando la importancia de esta interacción, tanto el legislador como las autoridades implicadas deberían coordinar sus esfuerzos al objeto de salvaguardar la vida privada y familiar de los refugiados y migrantes. En particular, la UE debería adoptar un enfoque coherente en estas áreas, tanto internamente como en las relaciones con terceros Estados, teniendo en cuenta que tiene competencias tanto en materia de asilo e inmigración como en cooperación judicial en materia civil. No es de recibo que los derechos de las personas migrantes dependan aleatoriamente del Estado Miembro de recepción. Pero es que ni siquiera existe coordinación a nivel estatal o regional, como demuestra el caso español. Actuaciones tan importantes como la prueba de edad evidencian situaciones disparatadas e injustas, como los casos en los que se establecen distintas edades para un mismo extranjero indocumentado localizado en varias Comunidades Autónomas en un corto espacio de tiempo, lo que determina su ingreso o no

---

<sup>102</sup> Declaration of the European Group on Private International Law on the Legal Status of Applicants for International Protection from Third Countries to the European Union, 2015, <https://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-25bis.htm>.

en un centro de protección de menores, asignación de un representante legal *etc.*<sup>103</sup>. Tampoco existe uniformidad en cuanto a la prueba de parentesco, como manifiestan las pruebas selectivas de ADN dependiendo del estado de origen de los migrantes o la inadmisión de determinados certificados de nacimiento o matrimonio según cuál sea su procedencia.

Muchas de estas situaciones responden ciertamente a la falta de coordinación por parte del legislador y autoridades con competencia en la materia, lo que debería llevar a la adopción de instrumentos uniformes, en especial, relativos al estatuto personal. Instituciones y principios tradicionales del Derecho internacional privado, como los puntos de conexión en materia de estatuto personal, el domicilio, la calificación o el orden público, deberían armonizarse y adaptarse en el contexto migratorio para que su aplicación no impida de forma injustificada el derecho de los migrantes al respeto a una vida privada y familiar tal consagrada en el Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH)<sup>104</sup>. Además, sería aconsejable que la excepción de orden público se aplique de forma atenuada, esto es, que si es necesario proteger al eslabón más débil, se respeten relaciones jurídicas creadas en el extranjero cuando el perjuicio que puede ocasionar la aplicación de la Ley extranjera sobre los principios básicos que inspiran el ordenamiento y la sociedad de los estados de acogida es muy débil. Este puede ser el caso del reconocimiento de efectos jurídicos periféricos en el orden social a los matrimonios poligámicos. De la misma manera, y siempre siguiendo objetivos de carácter tuitivo, habría que articular soluciones que permitan reconocer los efectos previstos por la Ley extranjera, examinando en cada caso concreto el contenido del acto constituido en el extranjero y buscando la equiparación funcional con una figura del Derecho del estado de acogida, que pueda dar la cobertura suficiente al efecto reclamado, como ocurre con la *kafula* islámica<sup>105</sup>.

Pero una cosa es que la falta de coordinación entre el Derecho migratorio y el Derecho internacional privado conduzca a resultados injustos y otra bien distinta que los resultados injustos sean consecuencia de una manipulación consciente de las normas de Derecho internacional privado por el legislador y las autoridades competentes para hacer política migratoria. En este sentido da la impresión de que, a veces, las normas de Derecho internacional privado se utilizan para asegurar la desestimación de ciertas solicitudes de derechos de residencia, seguridad social o de nacionalidad que están basados en los vínculos personales o familiares del migrante<sup>106</sup>. En España, como se ha visto, la práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado refleja que la activación de la excepción de orden público está condicionada por la política de extranjería de cada momento. Cuando esta es restrictiva, el orden público se activa casi mecánicamente por los Encargados del Registro en la fase de control de validez del matrimonio celebrado ante autoridad extranjera, lo que ha suscitado importantes críticas por dar más preferencias a la protección de fronteras que a la institución matrimonial<sup>107</sup>. Otro ejemplo ilustrativo concierne el derecho a la reagrupación familiar, donde el diseño de la familia “ideal” objeto

<sup>103</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO, *Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, Madrid, 2012, <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/menores-o-adultos-procedimientos-para-la-determinacion-de-la-edad-enero-2012/>.

<sup>104</sup> Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

<sup>105</sup> P. DIAGO DIAGO, *La Kafala Islámica en España*, cit., p. 160; L. PANELLA, *Il riconoscimento della Kafalah Islamica*, cit., p. 24.

<sup>106</sup> V. VAN DEN EECKHOUT, *The Ill-Fitting Hinge*, cit.

<sup>107</sup> M. GUZMÁN ZAPATER, *Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil*, cit., p. 94.

de reagrupación a la luz del Derecho de extranjería no siempre coincide con la relación y la validez de los vínculos familiares creados en el extranjero. En efecto, desde el Derecho migratorio se quiere un modelo tradicional y no ampliado de familia que coincide con la familia nuclear europeo-occidental (cónyuge o pareja registrada + hijos menores de edad) y que excepcionalmente permite la inclusión de ascendientes dependientes del reagrupante y no competitivos en el mercado laboral del país de acogida<sup>108</sup>. Pero como el paso previo es establecer la relación y validez de los vínculos familiares, las normas de extranjería acaban muchas veces condicionando la aplicación de conceptos y mecanismos típicos del Derecho internacional privado destinados a reconocer los perfiles de los miembros de la familia beneficiarios de la reagrupación (quién es cónyuge, quién es pareja, quién es hijo, quién es ascendiente). Lo que puede conducir a una dislocación de la familia extranjera en aras de la integración<sup>109</sup>.

De lo anterior se deduce que no solo hay una falta de coordinación entre ambas disciplinas sino también una contaminación lamentable del Derecho internacional privado por el Derecho migratorio<sup>110</sup>. Una contaminación que, con el fin de proteger las fronteras o poniendo el acento en la incorporación del extranjero al mercado de trabajo puede tener importantes implicaciones en el derecho a la vida familiar de los migrantes por medio de la imposición de un modelo donde no hay cabida para otras formas de familia<sup>111</sup>. Otras veces se trata simplemente de excluir vínculos familiares perfectamente legítimos de acuerdo con la ley aplicable al estatuto familiar con un afán protector como, por ejemplo, los matrimonios poligámicos. Así lo pone de manifiesto el Parlamento Europeo cuando insta a los Estados Miembros a que todos los actos violentos perpetrados contra mujeres y niños, en particular los matrimonios forzados, la poligamia, los delitos de honor y la mutilación genital femenina, sean objeto de sanciones eficaces y disuasorias<sup>112</sup>. Pero al hacerlo, se está equiparando la poligamia a delitos particularmente graves, lo que a la postre, en vez de proteger a la mujer acaba sancionándola, pues se le despoja de derechos y expectativas que creía tener como esposa en el momento de celebración del matrimonio<sup>113</sup>. La falta de comprensión hacia otras formas de vida familiar puede ser el resultado de la percepción de que el modelo occidental es la forma universal de organización familiar, pero no hay que olvidar que el modelo occidental dominante y otros modelos familiares son solo productos culturales y como tal deben ser considerados<sup>114</sup>.

Todo lo que es diferente no tiene por qué ser una amenaza para las sociedades occidentales de acogida, aún menos cuando se trata de instituciones extranjeras de protección inspiradas en principios generalmente reconocidos, como el interés superior del menor en el caso de la *kafala*. En consecuencia, los estados receptores de migrantes

<sup>108</sup> M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Una lectura crítica*, cit., p. 734.

<sup>109</sup> *Ibidem*.

<sup>110</sup> S. SÁNCHEZ LORENZO, *La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia*, en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, 2003, p. 247 ss; V. VAN DEN EECKHOUT, *The Ill-Fitting Hinge*, cit.

<sup>111</sup> N. FONER, *The Immigrant Family: Cultural Legacies and Cultural Changes*, en *International Migration Review*, 1997, pp. 961-974; E. KOFMAN, *Female 'Birds of Passage' a Decade Later: Gender and Immigration in the European Union*, en *International Migration Review*, 1999, pp. 269-299;

<sup>112</sup> Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la inmigración femenina, cit., párrafo 35.

<sup>113</sup> L. P. MOCH, *Gender and Migration Research*, en M. BOMMES Y E. MORAWSKA (eds.), *International Migration Research: Constructions, Omissions and the Promises of Interdisciplinarity*, London, 2005, pp. 95-108.

<sup>114</sup> B. NAUCK Y B. SETTLES, *Immigrant and Ethnic Minority Families: An Introduction*, en *Journal of Comparative Family Studies*, 2001, pp. 461-463.

deberían ser más cautelosos a la hora de impedir categóricamente que instituciones extranjeras desplieguen efectos propios según lo que determina la legislación del país de origen y prestar más atención al caso concreto. Esta aproximación desde el Derecho internacional privado al fenómeno migratorio no sólo es más respetuosa con la integridad de instituciones extranjeras, desconocidas, pero no necesariamente contrarias a nuestros ordenamientos jurídicos, sino que permite además restaurar la continuidad de las relaciones jurídicas transfronterizas. Y es que, como acertadamente han puesto de manifiesto algunos autores<sup>115</sup>, el Derecho internacional privado, por definición, no debe ser xenófobo o imperialista.

---

<sup>115</sup> P. DIAGO DIAGO, *La Kafala Islámica*, cit., p. 164, citando a S. VRELLIS, *Le droit International privé est par hypothèse ouvert au monde entier: il n'est pas xénophobe ni impérialiste*, en *Recueil des Cours. Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice*, La Haye, 2007, p. 229.