

Colección: «ESTUDIOS FAMILIARES»

13

INSTITUTO SUPERIOR DE CIENCIAS DE LA FAMILIA.  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE SALAMANCA

# FAMILIA E INTERCULTURALIDAD

DIONISIO BOROBIO  
(Coordinador)



UNIVERSIDAD PONTIFICIA  
SALAMANCA  
2003

## OTROS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN:

1. Ch. G. Vella, *Los Centros de orientación familiar*
2. AA. VV., *La familia: Una visión plural*
3. AA. VV., *Conflicividad infantil y sistema familiar*
4. F. R. Aznar Gil, *La preparación para el matrimonio: principios y normas canónicas.*
5. AA. VV., *Las rupturas matrimoniales*
6. Asociación Española de Canonistas, *El matrimonio. Cuestiones de Derecho administrativo*
7. Dionisio Borobio, *Nacimiento de los hijos y familia*
8. H. de Paz - M. Garrido (Eds.), *Formación de la pareja, ritos de casamiento y familia hoy*
9. Dionisio Borobio, *Familia en un mundo cambiante*
10. Federico R. Aznar Gil - M.ª Elena Olmos Ortega, *La preparación, celebración e inscripción del matrimonio en España*
11. Santiago Panizo Orallo, *La inmadurez de la persona y el matrimonio*
12. Dionisio Borobio, *Familia y cultura. La familia en el umbral del año 2000*

## ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN .....	15
INTRODUCCIÓN .....	17
FAMILIA E INTERCULTURALIDAD. IMPORTANCIA CULTURAL DE LA FAMILIA EN LA SOCIEDAD ACTUAL, DIONISIO BOROBIO .....	23
1. INTRODUCCIÓN .....	24
2. RELACIÓN CULTURA-FAMILIA .....	26
3. FENÓMENOS DE UNA NUEVA CULTURA FAMILIAR .....	27
4. FENÓMENOS DE EVOLUCIÓN INTERNA .....	30
5. FENÓMENOS DESDE EL ENCUENTRO INTERCULTURAL .....	32
6. DE LA MULTICULTURALIDAD A LA INTERCULTURALIDAD .....	33
a) <i>Clarificación de conceptos</i> .....	35
b) <i>Declaración de principios</i> .....	38
c) <i>Dificultades de realización de una verdadera "pedagogía intercultural"</i> .....	40
7. LAS INSTITUCIONES ANTE LA INTERCULTURALIDAD .....	41
8. INSTITUCIONES CIVILES .....	46
9. INSTITUCIONES RELIGIOSAS .....	46

© Servicio de Publicaciones  
Universidad Pontificia de Salamanca  
Compañía, 5 • Teléf. 923 27 71 28 - Fax 923 27 71 29

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de esta publicación pueden reproducirse, registrarse o transmitirse, por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea electrónico, mecánico, fotográfico, magnético o electroóptico, por fotocopia, grabación o cualquier otro, sin permiso previo por escrito de los titulares del Copyright.

I.S.B.N.: 84-7299-546-1  
Depósito Legal: S. 15-2003

Imprenta KADMOS  
SALAMANCA 2003

## ÍNDICE GENERAL

12

b) Colonización .....	244
c) La "exotización" .....	245
d) La mitificación .....	246
e) La convivencia .....	247
f) El encuentro y la mezcla .....	248
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	253
MEDIO SIGLO DE MIGRACIÓN EN ALEMANIA (1955-2002), MAURICIO LÓPEZ ALZATE .....	253
1. CÁRITAS Y EL SERVICIO SOCIAL PARA MIGRANTES .....	257
2. EL SERVICIO SOCIAL DE CÁRITAS PARA MIGRANTES .....	259
3. COMPETENCIAS DEL ASISTENTE SOCIAL O MEDIADOR PARA MIGRANTES .....	263
4. EVOLUCIÓN DE LA POBLACIÓN EXTRANJERA EN ALEMANIA 1951-2000 .....	265
DECLARACIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS Y LA FAMILIA EN LA CULTURA ACTUAL, ANGEL GALINDO GARCÍA .....	268
1. FACTORES SOCIOCULTURALES INFLUYENTES EN LA FAMILIA ACTUAL .....	272
a) Factores sociales .....	281
b) Panorama familiar en la sociedad europea .....	284
c) La familia en una sociedad pluricultural .....	285
2. LA FAMILIA EN LA DECLARACIÓN EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES .....	291
a) La familia ¿considerada como fundamento de la sociedad en los derechos humanos europeos? .....	294
b) Derechos propios de la familia según la normativa europea .....	299
c) La normativa europea ¿reconoce la dimensión comunitaria de la familia y al matrimonio como su centro? .....	302
MINORÍAS ÉTNICAS EN CASTILLA Y LEÓN, JESÚS FUERTES ZURITA .....	303
1. LA INMIGRACIÓN EN CASTILLA Y LEÓN .....	
2. EL PERFIL DE LA POBLACIÓN INMIGRANTE .....	
3. PROBLEMAS Y NECESIDADES DETECTADAS .....	

4. PROGRAMAS PARA LAS PERSONAS INMIGRANTES .....	305
DESAFÍOS DEL DERECHO DE FAMILIA EN UNA SOCIEDAD INTERCULTURAL, SALOMÉ ADROHER .....	315
1. INTRODUCCIÓN .....	315
2. FAMILIA Y CAMBIO SOCIAL .....	317
3. DERECHO DE FAMILIA E INMIGRACIÓN .....	324
a) Introducción .....	324
b) Derecho internacional privado de la familia e inmigración .....	327
4. DERECHO DE FAMILIA: PROBLEMAS CONFLICTUALES DERIVADOS DE ALGUNAS INSTITUCIONES FAMILIARES DE LOS PAÍSES OCCIDENTALES .....	345
a) Uniones homosexuales .....	346
b) Adopción neoliberal .....	350
5. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA: SU ENMARQUE EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESAFÍO DE SU INTERNACIONALIZACIÓN .....	353
a) Derecho internacional de los Derechos humanos y Derecho de familia .....	353
b) La internacionalización y comunitarización del Derecho internacional privado de la familia .....	357
6. CONSIDERACIONES FINALES .....	362
MESA REDONDA .....	365
LA FAMILIA FANG EN AFRICA, BERNARDINO AVA NGUERE .....	365
FAMILIA Y CULTURA AFRICANA, DOMINIQUE HABİYAKARE .....	371
LA FAMILIA VISTA DESDE SURAMÉRICA, NELSON POLANCO .....	381
SOBRE LA FAMILIA EN CHINA, JIAN AN GUO .....	387
LA FAMILIA EN LA CULTURA MUSULMANA, EFREM YILDIZ .....	391

### Cuadro 16. Programas específicos para inmigrantes.

- RED DE ATENCIÓN PRIMARIA {
  - Información y asesoramiento general
  - Atención a sus necesidades básicas
  - Derivación a otros recursos
  
- PROGRAMAS DE INTEGRACIÓN {
  - Información, orientación y asesoramiento jurídico
  - Servicio de acogida temporal como apoyo a la integración
  - Itinerarios individualizados de inserción socio-laboral
  - Formación básica ocupacional
  - Asesoramiento y apoyo para la inserción laboral
  
- PROGRAMAS DE PARTICIPACIÓN {
  - Detectar las necesidades de atención
  - Sensibilización social frente a la interculturalidad

## DESAFÍOS DEL DERECHO DE FAMILIA EN UNA SOCIEDAD INTERCULTURAL

Prof. SALOMÉ ADROHER BIOSCA

### 1. INTRODUCCIÓN

El paradigma del postmodernismo que caracteriza actualmente el pensamiento y la cultura, es el punto de partida imprescindible para situar la encrucijada en la que se encuentra el Derecho de familia en este comienzo de milenio<sup>1</sup>. Frente a un sistema normativo que respon-

1 S. Sánchez Lorenzo en su ya clásico e imprescindible estudio sobre el postmodernismo (*Postmodernismo y Derecho internacional privado*: REDI 46 (1994) pp. 557 y ss) a pesar de que reconoce que "se sabe más de la postmodernidad por lo que impugna que por lo que propugna" resume esta corriente de pensamiento en algunas ideas que nos van a servir de base en nuestro estudio: "la negación de la posibilidad de un pensamiento o método de valor universal y espíritu totalizador basado en la Razón, la afirmación de una teoría del caos o de la complejidad asentada en un principio de relatividad del conocimiento y de los valores; una actitud beligerante frente al Estado como expresión política opresiva de la razón totalizadora, una defensa de la identidad cultural de los grupos de individuos y de la comunicación intercultural, un talante filosófico deconstructivo, que busca destruir las estructuras de pensamiento y poder no para construir otras, sino para edificar la posibilidad".

día a una determinada concepción de la familia y que en ciertos países ha permanecido inmutable durante cientos de años, asistimos hoy a profundas reformas basadas en la afirmación de principios tales como la libertad y la igualdad en el seno familiar y, en ocasiones, a una concepción del relativismo, y en su caso del relativismo cultural, que implica una modificación de la práctica familiar cultural, que implica una modificación de relaciones familiares internacionales, con la multiplicación de prácticas familiares internacionales, y con el consiguiente contraste entre culturas muy diversas, ha incidido decisivamente en esta situación.

El cambio ha sido en países como España demasiado rápido para una sociedad que, aunque, acelerada necesita también sus tiempos. Hace 25 años el Derecho de familia español se caracterizaba por un sistema matrimonial en el que la forma principal de contraer matrimonio era la canónica, el divorcio era una institución contraria a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, la mujer necesitaba autorización marital para casi todo, y los hijos podían clasificarse en categorías tales como adulterinos, sacrilegos o nefandos, por poner algunos ejemplos. De esta situación se ha pasado, a partir de la profunda revolución normativa propiciada por la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y del nuevo régimen democrático consiguiente, a la supresión de toda discriminación entre varón y mujer y entre las diversas categorías de hijos, a la consideración de que el *favor divortii* es un principio fundamental de nuestro sistema jurídico y más recientemente a la regulación de las parejas de hecho.

Justamente coincidiendo con esta evolución, y también en los años 80, nuestro país se convierte en país de inmigración y la aplicación de la ley de su nacionalidad a todos los extranjeros que se encuentran entre nosotros en materias tales como familia, persona o sucesiones, nos enfrenta súbitamente a un Derecho internacional privado de la familia cada día más preñado de interculturalidad; instituciones tales como la poligamia, el repudio, o prácticas culturales como el velo son desafíos para nuestro sistema.

Paralelamente, España se abre al mundo, ingresa en la Unión Europea, y quizás algunas de las claves de la rápida evolución sufrida por nuestro sistema puedan explicarse no solo por imperativos constitucionales sino también, y sobre todo, por el contraste con algunos ordenamientos de nuestro entorno europeo y occidental con los que estamos estrechamente relacionados: instituciones jurídicas tales como el matrimonio homosexual, adopción abierta o nuevas cuestiones de bioética generan asimismo muy profundos interrogantes en el contacto con los Derechos, en este caso "occidentales", de los que provienen también muchas de las claves de la citada interculturalidad.

Esta doble diversidad, la que brota de nuestro propio sistema jurídico junto a la que nos viene dada desde los otros, se ve finalmente anticipada por una progresiva "internacionalización" del Derecho de familia.

Por una parte, por la formulación de un Derecho internacional de los derechos humanos fundamentales que actúa como el más importante límite al relativismo reinante: quizás el ejemplo más claro sea la prelación del principio del superior interés del menor consagrado en los instrumentos internacionales.

Por otra, por los intentos y los logros más localizados (especialmente en ámbitos de integración como el comunitario) de un Derecho uniforme en sectores, como es el Derecho de familia, tradicionalmente rebeldes a toda homogeneización precisamente por representar las diferencias culturales de cada sistema jurídico concreto.

## 2. FAMILIA Y CAMBIO SOCIAL

Toda la reflexión sobre el Derecho de familia en el contexto de la globalización y la interculturalidad, debe necesariamente tomar como punto de partida la situación sociológica de la institución familiar en

Europa y en España, situación que se caracteriza, muy resumidamente, por las siguientes coordenadas<sup>2</sup>:

En primer lugar se aprecia una creciente *desinstitucionalización* de la familia. El número absoluto de matrimonios está disminuyendo. Paralelamente las uniones de hecho como modo de constitución familiar están creciendo progresivamente; en algunos países como Alemania, en otros como convivencias que preceden al matrimonio, en otros como España, como fenómeno todavía poco significativo.

En segundo lugar se aprecia una *reducción* del núcleo familiar que responde a diversos factores. Por una parte, la edad a la que se celebra el primer matrimonio, o se forma la primera pareja, y a la que tiene el primer hijo está aumentando y ello, junto con otras causas, incide en el descenso brusco del número de nacimientos<sup>4</sup>. Por otra parte, familia extensa de otras épocas va dejando paso a una familia cada vez más nuclear, lo cual si se tiene en cuenta el aumento de mayores autónomos y dependientes por la mayor esperanza de vida, genera profundas

transformaciones en la unidad familiar<sup>5</sup>. En este aspecto nuestro país ha sufrido un cambio vertiginoso. España tiene el índice de natalidad más bajo de Europa y prácticamente del mundo, y el descenso ha sido muy acusado y poco equilibrado. Paralelamente, en 10 años ha pasado de ser un país que la adopción internacional era escasísima a ser uno de los tres primeros del mundo. No obstante, en nuestro país los jóvenes permanecen en el hogar paterno mucho más tiempo que en otros países. Estos cambios tan rápidos tienen sus costes y pasan factura (así la inexperience de las entidades colaboradoras de adopción internacional española y las que les falta historia son un claro ejemplo) y requieren del legislador un esfuerzo importante por adaptarse a los nuevos tiempos, abriendo una auténtica política de apoyo a la conciliación familiar y laboral).

En tercer lugar, se aprecia una *fragilización* de la familia. El divorcio y la ruptura de las uniones de hecho aumentan, haciendo a la familia familiar más inestable que en el pasado. Ello ha originado un aumento de tipologías familiares tales como las familias monoparentales y las familias reconstituidas, no tan frecuentes en el pasado más inmediato. A pesar de lo anterior, los hogares en los que sus miembros son una pareja casada con hijos son la mayoría en todos los países de la Unión Europea, salvo en Dinamarca, siendo España con un 47,7% el país en el que este porcentaje es más alto.

Finalmente y en cuarto lugar se aprecia una creciente *internacionalización de la familia* por la incidencia de la globalización en las relaciones familiares en este comienzo de milenio. Fenómenos tales como el turismo, la inmigración, la globalización económica y tecnológica

5 Según las estimaciones de la ONU, en el año 2050 habrá 2.000 millones de personas mayores de 65 años frente a los actuales 600 millones. Foro Mundial del Invejecimiento. Madrid abril 2002: El País, 6 de abril (2002). La falta de apoyo de la red familiar en estos casos hace que hayan aumentado en estos años los hogares unipersonales sobre todo de mayores de 65 años. Esta problemática fue abordada en las Jornadas del REDIF celebradas en Madrid en 1998 (S. Adroher Biosca, (Coord.) *Mayores y familia*, Madrid 1999).

2 Diversos estudios pueden ser consultados: J. Ditch, J. Bradshaw, H. Williams (Ed), *Observatoire européen des politiques familiales. Evolution des politiques familiales en 1995*, York 1996; Eurostat, *Living conditions in Europe 1999*; J. Elizo, J. A. Orizo, J. González-Anleo, P. González Blasco, M.T. Laespada, *Jóvenes españoles en Madrid 1999*; M. Juárez (Dir), *Informe sociológico sobre la situación social en España. Sociedad para todos en el año 2000*, Madrid 1994.

3 El aumento de la cohabitación ha originado también un aumento del número de hijos extramatrimoniales: la mitad de los nacidos en Suecia y Dinamarca en 1995, y un tercio de los nacidos ese mismo año en Francia. En nuestro país las familias se forman mayoritariamente a través del matrimonio, y de manera especial del matrimonio canónico, y las uniones de hecho son un fenómeno poco relevante en comparación con otros países europeos. A pesar de ello, los legisladores de algunas Comunidades autónomas han aprobado leyes sobre parejas de hecho atribuyendo unos efectos a las mismas que no solo desbordan en ciertos aspectos el marco constitucional sino que no responden en muchas de sus premisas a la realidad social española.

4 Todos los países de la UE tienen hoy un nivel de fertilidad por debajo del nivel de reemplazo generacional. Paralelamente están aumentando otras formas de constitución de la filiación tales como la adopción (con un espectacular aumento de la internacional en países como España) y el recurso a técnicas de reproducción asistida.

gica (empresas multinacionales, INTERNET...) y los ámbitos de integración regional (tales como la Unión Europea) están incidiendo de manera significativa en la constitución de los vínculos familiares cada vez más internacionalizados. La adopción internacional a la que aludíamos en casi todos los países supera con creces la adopción nacional, matrimonios mixtos de nacionalidad, parejas que se conocen a través de INTERNET muchas veces de países diversos<sup>6</sup>, divorcios obtenidos en el extranjero, ejercicio conjunto de la patria potestad por padres divorciados que viven en países e incluso en continentes diferentes son supuestos cada día más frecuentes. En el Acta final de la Conferencia de Helsinki de 1975 se propuso favorecer la conclusión de matrimonios entre personas de nacionalidades diferentes al considerar que la existencia de familias multiculturales es una de las garantías de la paz mundial<sup>8</sup>. Ciertamente el contacto con "el otro" es enriquecedor y abre la mente y los estrechos horizontes en los que solemos movernos pero como veremos, la diversidad puede ser también fuente de conflictos.

Las características apuntadas pueden llevarnos al pesimismo, e incluso a posiciones excesivamente nostálgicas para las cuales la familia actual no es una verdadera familia y "cualquier tiempo pasado fue mejor". No es ahora la primera vez que se hace un juicio de este tipo. La familia es quizá la institución más sensible a los cambios sociales, y como afirma Iglesias de Ussel "son tantas las voces que han vislum-

6 Llevadas ya al cine en películas como *¿Tienes un e-mail?*

7 En una interesante y sugerente nota jurisprudencial nuestra colega J. Sossoli analiza diversos pronunciamientos judiciales belgas en los que se suscita lo que ella denomina relaciones parentales "ciber-personales". ¿Cabe autorizar el ejercicio del derecho de visita de un progenitor que vive en EEUU o en China con su hijo que vive con el otro progenitor en Bélgica a través del correo electrónico? La profesora Sossoli considera que "le courrier électronique nous paraît avoir ses avantages en la matière. Il permet de concilier la confidentialité du message destiné à l'enfant et la nécessaire gestion de l'accès à l'ordinateur en temps opportun-voire limité-para le parent qui héberge l'enfant". (RBDF 1998, pp. 86-88).

8 Citado por E. Jayme, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé*: RCadi 251 (1995) p. 58.

brado la última crisis de la familia que de entrada hay que destacar su ambigua capacidad de supervivencia y adaptación"<sup>9</sup>. Esta capacidad ha manifestado en todos los tiempos y la institución familiar, en general, ha salido mejorada y reforzada con esta evolución.

Actualmente la familia también está sometida a cambios profundos por los nuevos escenarios en los que tiene que vivir y a los que tiene que adaptarse. Según el Observatorio europeo de políticas familiares los elementos que más han condicionado estos cambios son, por una parte, la transición demográfica y el nuevo papel social de la mujer; por otra, la crisis económica con sus efectos consiguientes en la familia. Ciertamente la reciente incorporación de la mujer al trabajo ha alterado por completo las bases-seculares- de las relaciones matrimoniales y familiares y el reparto tradicional del trabajo dentro de la familia, el reproductivo para el varón y el reproductivo para la mujer. Iglesias llega a afirmar que ninguna otra institución social ha hecho frente a un cambio de tan profunda magnitud y con tanto éxito como el cambio de la mujer que ha debido encarar la familia<sup>10</sup>.

Sin embargo, a estos factores sociales, debe añadirse el de la incidencia del cambio de valores, en gran parte característicos de este nuevo tiempo postmoderno, en esta nueva cultura familiar. Los ideales revolucionarios de igualdad, libertad y solidaridad han resonado en este comienzo de siglo en la familia<sup>11</sup>.

Así, la igualdad en nuestras sociedades ha nivelado afortunadamente las relaciones entre esposos, acabando con el patrón patriarcal, y ha hecho desaparecer la discriminación entre los hijos según su ori-

9 J. Iglesias de Ussel, *Crisis y vitalidad de la familia*: Revista de occidente 199 (1997) pp. 25.

10 Ibid. pp. 28.

11 I. Alberdi, *La nueva familia española*, Madrid 1999. Estos ideales, para esta autora, han incidido muy positivamente en ella pero en cierta manera la hacen más vulnerable, convirtiéndola en ocasiones en indecisa, narcisista, precaria o democrática.



gen<sup>12</sup>. La *libertad* también ha marcado un importantísimo cambio en el modo de constitución familiar ya a finales del XVIII en nuestros países occidentales: la elección de pareja por los propios conyugales, el hecho de que la elección se funde en el amor y la competencia personal y el que el matrimonio haya pasado a ser una opción vital y una necesidad de supervivencia personal, es una característica de la familia occidental actual. La libertad afecta también a la disolución del matrimonio con la generalización de la libre elección del divorcio en nuestras sociedades. Por otra parte, hoy los hijos son en general fruto de una decisión libre de los padres<sup>13</sup>. La libertad, por último, está reduciendo en nuestras sociedades a la aceptación, en su nombre, de diversas formas de constitución familiar. Finalmente, la *solidaridad* intergeneracional, es un principio tradicional de constitución familiar que persiste en nuestros días. El apoyo y la defensa de sus miembros, especialmente los más débiles, hace que la familia haya sido y esté siendo el elemento básico de integración social<sup>14</sup>. Ciertamente esta

12 Sin embargo obliga a los miembros de la pareja a una constante renuncia a sus derechos y deberes, y en ocasiones conduce a los padres en la educación de sus hijos a una errónea comprensión de la igualdad y a unas pautas educativas en las que el argumento de autoridad y la imposición de límites se consideran no demeritosos perjudicándoles de manera importante en su maduración y en su seguridad. Maslow, *Motivación y personalidad*, Madrid 1991.

13 "Tanto para aquellos que deciden tenerlos o no tenerlos como para los que los tienen espontáneamente se someten a tratamientos para llegar a engendrarlos, los hijos son cada vez más una elección". I. Alberdi, *o. c.* p. 33. La libertad puede hacer un embargo, más inestable a la familia: la legitimación del derecho individual a la felicidad puede fortalecer los lazos internos de la pareja ya que les obliga a una permanente negociación que asegure la reciprocidad de ambos, pero también la puede hacer más frágil y vulnerable si es una búsqueda de la felicidad egoísta y desvinculada del otro. La percepción del hijo como una elección y la búsqueda de la felicidad personal en la paternidad, puede desplazar a los padres inconscientemente hacia la idea del "derecho al hijo" y legitimar actuaciones en las que el superior interés del niño queda en un segundo plano.

14 Sin embargo, la generalización del Estado del bienestar en nuestros países occidentales, hace que buena parte de las funciones que cumplía la familia en este terreno sean hoy responsabilidades públicas; ello es positivo si revierte en una mayor dedicación a la atención humana y a una mayor calidad de las relaciones interpersonales.

familia nueva, a pesar de sus posibles sombras, ha salido reforzada por la incorporación de estos valores "revolucionarios" de igualdad, libertad y solidaridad, tal y como demuestran estudios en los que la familia sigue siendo el valor en alza más importante para los jóvenes españoles<sup>15</sup>.

Estos valores progresivamente asumidos por la sociedad, han sido incorporados también en la legislación<sup>16</sup>. Ciertamente el Derecho de familia español ha sido y está siendo en los últimos veinticinco años profundamente reformado en lo que habían sido sus bases seculares<sup>17</sup>, pero revoluciones normativas muy similares están sufriendo diversos países de nuestro entorno a pesar de que muchos de ellos no han sido escenarios de transformaciones sociales tan importantes y en un espacio de tiempo tan corto<sup>18</sup>. Naturalmente, el marco constitucional de cada sistema y la referencia a derechos humanos universales están marcando de manera importantísima esta evolución.

pero cabe el peligro de que en nombre del individualismo y de la búsqueda personal de la felicidad a la que aludíamos dichos lazos de solidaridad tan importantes vayan quebrándose.

15 En el último Informe de la Fundación Santa María se afirma que los jóvenes españoles otorgan a la familia la máxima importancia en su vida y en la sociedad por encima de cualquier otra posibilidad. El 70,2% de los jóvenes declaran que la familia tiene "mucha importancia" en su vida por encima de los amigos y el trabajo. Los jóvenes creen que la familia es la institución o relación social que más estabilidad y felicidad les aporta y que por ella merece la pena cualquier sacrificio (ganar menos dinero, por ejemplo).

16 A. Buscher, *La famille en Droit international privé*: RCadi 283 (2000), pp.13 y ss, describe los principales cambios producidos en el Derecho de familia y afirma que los que se avecinan son imprevisibles.

17 Pueden verse al respecto diversos estudios de civilistas. Entre ellos, J.M. Casión Tobeñas, *Derecho civil español común y foral*. Tomo 5, vol. 1, Madrid 1994, pp. 101-116; D. Espin Cánovas, *Familia y cambio social*: Arajl. 29 (1999) pp. 217-260.

18 Así es sumamente interesante el estudio R. Frank, *Le contenu du BGB: le droit de la famille face aux exigences du raisonnement politique, de la constitution et de la coherence du système juridique*: Rids 4 (2000) pp. 819-842. En él se expone la evolución del Derecho de familia alemán desde luego más acompañada que la española.



### 3. DERECHO DE FAMILIA E INMIGRACIÓN

#### a. Introducción

Estos nuevos valores familiares que poco a poco se han ido consolidando como fundamentales en los diversos países europeos se han encontrado en su camino de afirmación contrastados con la llegada de nuestras sociedades de inmigrantes procedentes de entornos culturales diversos. "El punto de partida ya no es la unidad de valores en Europa sino la pluralidad de sistemas de valores que coexisten en un territorio que, antaño, fue considerado como la base de los valores tradicionales y de la cultura occidental"<sup>19</sup>.

Al comienzo del tercer milenio, nuestro país que había sido tradicionalmente tierra de emigrantes se ha consolidado definitivamente como país de inmigración<sup>20</sup>. El importante aumento de extranjeros en España, que por cierto ha tenido efectos beneficiosos en nuestra plusvalía poblacional<sup>21</sup>, supone una presencia nueva de familias extranjeras entre nosotros. Los procesos de reagrupación familiar a los que estamos asistiendo en nuestro país actualmente, caracterizaron la inmigración hacia otros países europeos ya desde la década de los 80<sup>22</sup>, y

19 A. Borrás, "La sociedad europea multicultural. La integración del mundo árabe" en A. Borrás y S. Mernissi, *El islam jurídico en Europa*, Barcelona 1997 p. 164.

20 En 2001 los extranjeros con permiso de residencia en vigor en España ascendían ya a 1.109.060. Seis años antes, en 1995, la cifra era de 499.773. Sin embargo, no toda esta población es "inmigrante" en el sentido coloquial del término: un 40% de los residentes en nuestro país provienen de países comunitarios, y un 60% del resto de países del mundo.

21 Nuestro país en el año 2000 ha registrado el mayor aumento de población en 30 años: de 39.8 millones en enero de 1998 hemos pasado a ser 41.1 en diciembre de 2000.

22 Desde estos años, los principales movimientos hacia Europa tuvieron como motivo bien el asilo político o bien la reagrupación familiar que supuso un elevado porcentaje de llegadas. "Hoy en día, desde hace ya algunos años, el principal canal de inmigración legal de nacionales de países terceros lo constituyen la entrada y la residencia por razones de reagrupación familiar. La inmigración familiar es predominante

paralelamente en muchos casos el inmigrante no reagrupa a su familia originaria sino que crea una nueva familia en el país de destino, caracterizándose estos últimos años también por un considerable aumento de matrimonios mixtos<sup>23</sup>. Este panorama se completa con el nacimiento o llegada de menores hijos de inmigrantes en España, presencia que está suscitando diversos desafíos particularmente en el ámbito educativo.

Como señalaba el Consejo de las Comunidades Europeas recientemente "la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia; contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración... lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social"<sup>24</sup>. Sin embargo, el espacio familiar será el primer laboratorio de interculturalidad, el lugar de síntesis entre las pautas culturales de país de origen y las del país de acogida, que serán y se vivirán en casi todos los países de la OCDE, en particular Canadá y Estados Unidos, lo está siendo también en los Estados miembros de la Unión Europea". (Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar. COM (1999) 638 final, p. 3). Recientemente hay una propuesta modificada de dicha Directiva de 2-5-02 (COM-2002-225 final).

Es interesante en este punto constatar cuales son las nacionalidades que emparentan más con españoles, lo cual desde un punto de vista sociológico o antropológico puede tener una lectura clara en clave de integración. Este dato se obtiene comprobando el número de extranjeros nacionales de un determinado país que son residentes en España en régimen de comunitarios, lo cual indica que o bien son cónyuges de español o extranjero comunitario o bien son ascendientes o descendientes de dicho extranjero (RD 766/1992 de 28 de junio, BOE de 30 de junio de 1992). Pues bien según los datos del Observatorio permanente de la inmigración (OPI 5 (abril 1999)) en diciembre de 1998 los nacionales iberoamericanos eran los más "emparentados" con españoles; de 130.203 residentes en España, 48.079 tenían permiso de residencia comunitario; los tres países porcentualmente más representados eran Argentina, Brasil y Cuba. De un total de 61.021 asiáticos residentes, 8.130 lo eran en régimen comunitario siendo la India y Filipinas los países más representados. África es el continente cuyos residentes son en menor proporción residentes comunitarios. De entre las colonias asentadas, llama la atención la escasa "mezcla" de los chinos (de 20.690 residentes solo 657 fueron comunitarios) y de los marroquíes (de 140.896 residentes solo 11.672 fueron comunitarios).

24 Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre el Derecho a la reagrupación familiar. COM (2002) 225 final.

rán como pautas dominantes. Esta elaboración personal que el hijo debe realizar puede ser en ocasiones problemática particularmente para los hijos o segunda generación, especialmente cuando entorpece o no tolera algunas de las expresiones culturales de origen. El conflicto del pañuelo de las niñas marroquíes en la escuela al que hemos asistido en los últimos tiempos<sup>25</sup>.

La presencia en España de familias inmigrantes está sufriendo nuevos desafíos a nuestro Derecho internacional privado de la familia. Estos desafíos se plantean toda vez que la ley que se va a aplicar a los extranjeros en cuestiones tan "teñidas" culturalmente como el matrimonio, la filiación, o la sucesión son, en muchos casos, sus leyes nacionales, y por tanto, nuestros Jueces, Cónsules o Encargados del Registro Civil se enfrentan cada día con mayor frecuencia con la necesidad de juzgar, autorizar o inscribir conforme a leyes extranjeras, a veces muy distintas a las nuestras. Por otra parte, cada día son más habituales las solicitudes de reconocimiento de decisiones dictadas en países extranjeros o de documentos otorgados en el extranjero (divorcio

de matrimonio, adopciones...). Cuando la aplicación o ese reconocimiento se produce en relación con sistemas jurídicos de nuestros parámetros culturales, es cuando hablamos de multiculturalidad y Derecho internacional privado<sup>26</sup>.

#### b. *Derecho internacional privado de la familia e inmigración*

A) Normas del Derecho internacional privado: integración y valores materiales.

Las normas de Derecho internacional privado están sufriendo una evolución al compás de la evolución social analizada y de creciente presencia de inmigrantes entre nosotros. Este sector del Derecho encarna de manera importante las políticas de integración de la inmigración de cada sistema jurídico.

La legislación aplicable a las cuestiones de Derecho de persona, familia y sucesiones ha sido, como acabo de señalar, en sistemas personalistas como el español, la ley nacional del individuo<sup>27</sup>. Esta elección de la nacionalidad que también ha caracterizado a otros sistemas de Derecho internacional privado europeos, comienza a verse cuestionada cuando estos países se convierten en receptores de inmigración. La aplicación por los jueces franceses o alemanes a inmigrantes procedentes de países culturalmente alejados de sus propias leyes, parece apos-

26 Ha habido muchos estudios que abordan esta problemática; destaco entre ellos los de I.E. Lázaro, "Inmigración y Derecho internacional privado: apuntes para un estudio" en M. E. Rodríguez, A. Tornos (eds.), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid 2000 y de la misma autora "Musulmanes en Europa: estatuto personal, orden público y libertad religiosa", en V.V.A.A. *Libro homenaje a José G. M. de Carvajal*, (en prensa).

27 La opción por el criterio de la nacionalidad se justificaba no solo en nuestra descripción ideológica al personalismo de Mancini sino además en el hecho de que España, tradicionalmente país de emigración aspiraba a que las leyes españolas en materias tan sensibles como las mencionadas se aplicaran a todos nuestros emigrantes en el extranjero.

25 Esta falta de tolerancia puede estar enmascarando una comprensión de la integración como asimilación, una confusión entre multiculturalidad e interculturalidad. Este segundo concepto, interculturalidad, fue acuñado y propuesto como modelo por el Consejo de Europa ya en los 80 como una alternativa a políticas que, como la asimilacionista o la multiculturalista radical, impedian la convivencia y el reconocimiento mutuo de las diversas culturas. La interculturalidad como principio expresa el valor, el respeto y la posibilidad de convivencia entre culturas diferentes. Como objetivo orienta las acciones y los procesos de comunicación e interacción indispensables para que ese respeto y convivencia sean posibles. El respeto y la convivencia tienen límites, como son de manera singular los derechos humanos fundamentales que pueden verse profundamente vulnerados por prácticas culturales tales como la ablación o el matrimonio pactado. Naturalmente la interculturalidad no es sinónimo de relativismo cultural, del "todo vale". Dos interesantes artículos sobre el velo islámico son los siguientes: U. Häubler, *Muslim dress-codes in german state schools* (en el que analiza la reacción alemana a la demanda de profesoras islámicas de escuelas públicas de ejercer su profesión portando el velo); C. Saas, *Muslim headscarf and secularism in France* (que analiza la posición del Consejo de estado francés en relación al velo que alumnas islámicas deseaban llevar a la escuela pública francesa). Ambos en *EJML*, (2001) pp. 453-474.

tar por un modelo de integración basado en la idea de la multiculturalidad<sup>28</sup>. Por ello, y respondiendo a modelos de integración basados en la asimilación, surge la solución alternativa de conectar todas estas cuestiones a la ley del domicilio o la de la residencia habitual y por tanto aplicar consecuentemente el Derecho de familia del país de acogida de los inmigrantes: "el cambio de conexión encuentra su razón de ser en una sedentarización de la inmigración extranjera y a su necesaria adaptación, consciente o no, al medio social en que vive"<sup>29</sup>. Esta adaptación es, además, preferible, en la medida en que ciertos sectores del Derecho de familia encarnan sistemas de protección que deben generalizarse para toda la población<sup>30</sup>. La propuesta postmoderna en este terreno, es que sean los interesados los que elijan cómo quieren regularse, siendo fieles a sus leyes originarias (y por tanto eligiendo la conexión de la nacionalidad) o bien asimilándose a los valores del país al que han emigrado (y por tanto, eligiendo la conexión del domicilio)<sup>31</sup>. A medida que avanza la contractualización del matrimonio y de

estas instituciones familiares y muy en línea con el individualismo reimpulso, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad como principios que caracterizan el nuevo escenario ideológico en el que vivimos, parece avanzar una propuesta sugerente. Ciertamente la autonomía de la voluntad avanza significativamente en el ámbito de las relaciones profesionales entre cónyuges o, indirectamente, en el empleo de conexiones alternativas en temas como la forma del matrimonio. Sin embargo, otros sectores son resistentes a su penetración. No obstante, presenta inconvenientes derivados precisamente de los diversos sistemas de valores presentes<sup>32</sup> y de la incidencia innegable en el ámbito del Derecho de familia de normas materiales imperativas que encarnan principios y derechos fundamentales que no pueden ser derecho dispositivo<sup>33</sup>. Será particularmente, el interés superior del menor el principio de *ius cogens* que orientará muchas de las soluciones del Derecho internacional privado actual.

En relación con esta última afirmación, las normas de Derecho internacional privado lejos ya de pretensiones de neutralidad en su for-

28 Si bien como señala A. Quiñones "afirmar que la identidad cultural de un individuo se corresponde con su ley nacional puede resultar un mito" (*Derecho e Identidad. El repudio islámico en Europa*, Barcelona 2000 p. 25). Efectivamente no puede considerarse que la aplicación de la legislación familiar a los marroquíes en el extranjero preserve su identidad cultural, ya no todos se identifican con estas previsiones basadas en el Islam.

29 *Ibid.* pp. 30

30 "Toute politique sociale appelle nécessairement des solutions uniformes pour la population concernée, ne serait-ce que pour respecter une certaine égalité de traitement. Le statut personnel se révèle particulièrement vulnérable lorsqu'il s'agit de déterminer le domaine d'application des régimes de protection en matière familiale". A. Buscher, o. c. pp. 28.

31 Son muchos los estudios que analizan desde la óptica del Derecho internacional privado la bondad de estas diversas conexiones y su correlato con la integración. Diversos Cursos dictados en la Academia de La Haya de Derecho internacional privado lo abordan: E. Jayme, *Identité...* o. c.; A. Buscher, o. c. pp. 13-186; J. Y. Lequette *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*: RCADI 246 (1994) pp. 13-233; J. Déprez, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre les systèmes d'Europe occidentale et les systèmes islamiques en matière de statut personnel*: RCADI 217 (1988) pp. 200-217. También otros estudios: P. Gannagé, *La pénétration de l'autonomie de la*

*volonté dans le Droit international privé de la famille*: RCDIPr (1992) pp. 42 ss. En España cabe citar alguna monografía como la de J. Carrascosa, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Granada 2000.

Estos planteamientos pueden tener su lectura desde la psicología social que plantea el dilema de que en los casos en los que la sociedad dominante exige la asimilación, las minorías reaccionan con una clausura nostálgica a sus orígenes; si la sociedad dominante reivindica el derecho de las minorías a la diferencia, estas suelen reaccionar con un esfuerzo de superintegración imposible. L. V. Abad, "La educación intercultural como propuesta de integración", en L. V. Abad, A. Cucó y A. Izquierdo *Inmigración, pluralismo y tolerancia*, Madrid 1993.

32 A. Quiñones señala que dicha propuesta se aviene los aires filosóficos del relativismo, postmodernismo y neoliberalismo del nuevo Derecho de familia occidental (o. c., pp. 34). Sin embargo es relativa cuando la relación familiar pone en contacto con los Derechos europeos los de países culturalmente alejados en los que la igualdad de las partes que presupone el principio de autonomía de la voluntad no se da. Así una encuesta realizada en Bélgica entre las mujeres marroquíes mostraba que la mayoría preferían la aplicación del Derecho belga de familia (M.C. Foblets, *Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration: quelles solutions juridiques appropriées?*, Anvers 1998, citado por A. Buscher o. c., p. 93).

33 A. Buscher, o. c., p. 91.

mulación, encarnan y hacen suyos los valores materiales constitucionales (especialmente los ya citados de libertad, igualdad y solidaridad) y los derechos humanos fundamentales. Así la aplicación al régimen económico del matrimonio de la ley nacional del marido es una aplicación contraria al principio de igualdad por más que dicha ley (alemana sueca) no sea discriminadora, y así lo ha recogido la jurisprudencia de diversos países europeos<sup>34</sup>, si bien gran parte de la jurisprudencia de países fuertemente patriarcales, siguen manteniendo la primacía de la ley del marido frente a la de la mujer<sup>35</sup>. Estos mismos principios son la clave fundamental en la aplicación de la excepción de orden público como veremos<sup>36</sup>.

Por otra parte, el respeto a la identidad cultural del individuo es otro de los pilares que inspiran este Derecho internacional privado postmoderno<sup>37</sup>, identidad cultural que en ocasiones entra en conflicto con los valores de igualdad, libertad y solidaridad mencionados. En esta situación incierta y en tensión constante, las técnicas que suponen una flexibilización, especialización y materialización van a tener

34 Dicha norma así formulada por el artículo 9.2 del CC fue modificada por Ley 11/1990 de 15 de octubre, BOE de 18 de octubre) y recientemente ha sido declarada inconstitucional por Sentencia del TC de 14 de febrero de 2002 (BOE de 14 de marzo). Similares pronunciamientos habían tenido lugar previamente en la jurisprudencia alemana (Sentencias del Tribunal Constitucional de 22-2-1983 y de 8 de enero de 1985 (IPRax 1983 p. 223 y 1985 p. 290) e italiana (Sentencias del Tribunal de Casación de 5 de marzo y 10 de diciembre de 1987 (RDIPP 1987 p. 297 y 1998 p. 67).

35 Diversas normas de DIPr citadas por A. Buscher o. c., pp. 44-45.

36 En contraste, las normas de DIPr. de los países islámicos responden a sus valores familiares materiales tales como la protección del matrimonio y de la familia legítima, la primacía del varón sobre la mujer y la pretensión de que dichos valores se apliquen a todas las familias islámicas aún en el extranjero. Ello conducirá a una frecuente utilización del método unilateralista o a la conexión a la ley nacional del marido a gran parte de las cuestiones del Derecho de familia (Vid. P. Gannagé, *Regards sur le droit international privé des états du proche-orient*: RIDC 2 (2000), pp. 418 ss). En cierto sentido, en estas culturas todavía no han calado la filosofía postmoderna e individualista según la cual el Derecho de familia está basado en los principios de libertad e igualdad.

37 E. Jayme o. c.

el papel fundamental en la construcción de este nuevo Derecho internacional privado intercultural<sup>38</sup>.

1) Derecho internacional privado de la familia: funcionalidad e interculturalidad.

La práctica española y europea en los últimos años revela cómo el Derecho internacional privado se está convirtiendo en un termómetro de interculturalidad y cuáles son los métodos empleados para conciliar los valores presentes en nuestras sociedades con el debido respeto a la identidad cultural de los extranjeros que se encuentran entre nosotros. No propongo reflexionar sobre alguna de sus claves fijándome en la evolución que están sufriendo dos de los problemas clásicos de la teoría general del Derecho internacional privado: la calificación y el orden público.

#### a) Flexibilidad y funcionalidad en la calificación

La calificación que se plantea en todos los sectores del Derecho internacional privado sitúa al aplicador del derecho ante la compleja tarea de definir jurídicamente los hechos, los documentos o las instituciones extranjeras que se le presentan, bien desde sus propias categorías, requisitos y valores jurídicos (calificación *lege fori*), bien desde los del Derecho extranjero del que dichas situaciones traen causa (calificación *lege causae*). La tarea presenta una especial complejidad dado que se trata de una operación en virtud de la cual se busca la subsunción de una institución (documento, resolución...) extranjera en el supuesto de hecho de una norma propia. La solución que aportó el positivismo a este problema fue la calificación *lege fori*, solución dogmática, que fue contestada por la alternativa y relativista de la calificación *lege causae*. Hoy asistimos a una evolución del legeforismo, teniendo en cuenta las categorías jurídicas y culturales extranjeras en ese proceso, para garantizar la solución global de los supuestos a través de un análisis funcional (y no tan nominalista) de las instituciones jurí-

dicas. Se trata de una propuesta realista, y en cierta medida "positivista", de una calificación funcional, única posible en un mundo cada vez más globalizado. Esta orientación se percibe claramente en la práctica española más reciente que demuestra una progresiva flexibilidad de nuestras autoridades en la calificación de instituciones, documentos o resoluciones extranjeras en materia familiar en el proceso de reconocimiento, inscripción o aplicación de las mismas en España.<sup>39</sup> Proporciono algunos ejemplos que ilustren estas afirmaciones.

A partir de los años 90 se han suscitado ante la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) numerosos casos en los que se analizaba el acceso al Registro civil (RC) español de matrimonios coránicos celebrados en forma islámica en Marruecos válidos en España a tenor de los artículos 9.1 y 49-50 del CC. Uno de los comitantes había adquirido ya la nacionalidad española, y pretendían ser reconocidos como marido y mujer en España y como tales, figurar en el RC español por diversas razones. Cuando solicitaban la inscripción el encargado del RC consular se la denegaba porque el acta matrimonial marroquí no contenía exactamente los mismos datos que un acta matrimonial española. La DGRN ha reprochado este proceder considerando que ha de hacerse una interpretación flexible y generosa siempre que quede clara la realidad del hecho y la identidad de los esposos.<sup>40</sup>

Esta misma flexibilidad se ha comenzado a apreciar en el reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero. Dicho reconocimiento está condicionado, entre otras cosas, a que "los efectos de la adopción extranjera correspondan a los previstos por la legislación española" (art. 9.5 CC). En virtud de esta exigencia introducida por la LOPJM, el encargado del registro deberá "calificar" la adopción

39 Como señala A. Buscher (o.c., p. 115) «la transposition du statut familial originnaire dans un autre droit, applicable à ses effets, serait paralysée si de tels effets ne pouvaient être attribués qu'aux rapports de droit rigoureusement conformes à ceux connus de l'ordre juridique d'accueil. Le critère déterminant est celui de l'équivalence».

40 He tratado ampliamente estos casos en mi artículo *El Derecho a contraer matrimonio en la emigración*: Migraciones 0 (1997) pp. 107 ss.

extranjera para comprobar que reúne los requisitos mínimos reconocidos por la legislación española para que pueda constar en el RC español como adopción. Dichos requisitos son los siguientes: ruptura de vínculos con la familia de origen, equiparación en los efectos a una filiación natural e irrevocabilidad de la adopción<sup>41</sup>. Una interpretación estricta de estos mínimos llevó hasta 1997 a la negación del reconocimiento de adopciones constituidas en países cuya cultura familiar puede explicar la no correspondencia exacta de su adopción con la española, y fue en ese año, con el comienzo del reconocimiento de las adopciones chinas, y posteriormente las nepalíes y vietnamitas cuando la calificación comienza a ser mas intercultural<sup>42</sup>.

El tercer ejemplo que manifiesta esta flexibilización en la calificación hacia lo culturalmente diverso lo encontramos en el ámbito del exequátur o reconocimiento de sentencias extranjeras. Una de las condiciones exigidas para dicho reconocimiento en el régimen autónomo español es que la resolución que se presenta sea una sentencia, entendida como resolución que pone fin a un proceso judicial y que resuelve

41 "En esta delicada labor de comparación entre una adopción extranjera y la adopción regulada por el CC hay que partir de la base de que los efectos de una y otra han de "corresponderse" para que la primera sea reconocida en España como tal adopción y esa expresión, puesto que es casi impensable que exista absoluta identidad en los efectos de una y otra, ha de interpretarse en el sentido fundamental de que la adopción suponga, durante la menor edad del adoptado, la integración plena de éste en la familia adoptiva, sin injerencias de la familia de origen y considerando al adoptado a todos los efectos como un hijo por naturaleza del adoptante o adoptantes" (Resolución (1ª) DGRN, 9 de junio (1997) (Anuario DGRN, pp. 1817 ss.).

42 Concretamente, y en relación con los países asiáticos las diferencias pueden cifrarse en algunas características determinadas; así, por ejemplo, la ley china permite revocar la adopción por mutuo acuerdo en el caso de que el adoptado sea mayor de edad y las relaciones entre padres e hijos estén deterioradas, supuesto basado en la obligación jurídica de convivencia inexistente en España entre padres e hijos mayores de edad; la ley nepalí, por su parte, basándose en el derecho exclusivo que tienen los hijos varones de heredar a sus padres y la correlativa obligación que tienen de prestarles alimentos, establece la posibilidad de revocación unilateral de los padres frente a sus hijos varones adoptivos ingratos. Trato este tema más ampliamente en I.E. Lázaro González (coord), *Los menores en el Derecho español*, Madrid 2002 (en prensa).



sobre las pretensiones de las partes. Como es de sobra conocida, la progresiva y saludable desjudicialización de la vida familiar y el progreso de la mediación familiar como fórmula de resolución de los conflictos en el seno de la familia, ha llevado a algunos ordenamientos jurídicos a atribuir competencias a autoridades no judiciales para pronunciarse el divorcio, sobre todo en los casos de divorcios por mutuo acuerdo<sup>43</sup>. Pues bien, ya han llegado al Tribunal Supremo demandas de exequátur de divorcios notariales y administrativos dictados en el extranjero y nuestro más alto tribunal se ha decantado por una postura favorable a su reconocimiento a pesar de que en nuestro país el divorcio es competencia exclusiva de los órganos judiciales. Las condiciones que el TS impone a dicho reconocimiento son tres: que se trate de decisiones que en España corresponde dictar a los tribunales de Justicia; que la intervención de la autoridad extranjera presente una naturaleza similar a la que en España tiene la intervención de los órganos jurisdiccionales; y que la autoridad extranjera sea pública o estatal no una autoridad privada<sup>44</sup>. El segundo de los requisitos ha planteado no obstante dificultades de reconocimiento en casos en los que la autoridad pública extranjera que interviene lo hace como mero fedatario de un acuerdo adoptado previamente por las partes. Sin embargo, creo que la intervención constitutiva de la autoridad no puede considerarse hoy

43 En esta misma línea el Reglamento comunitario 1347/2000 conocido como Bruselas II(DOCE nº L 160, de 30-6-2000) incluye en su artículo 13.3 los documentos auténticos y transacciones realizadas ante un juez, como decisiones susceptibles de reconocimiento. Como señala A. Buscher (o. c., pp. 113-114) « C'est la manifestation d'une certaine privatisation des relations de famille que se répand dans de nombreux pays et qui libéralise l'attitude à l'égard des décisions étrangères de divorce ».

44 Así por ejemplo ATS de 17-9-96, 1-10-96, 19-11-96, 4-2-97, 20-1-98, 12-5-98, 9-2-99, 23-2-99, 4-5-99, 18-5-99, 8-6-99, 7-9-99, 5-10-99 y 15-2-2000 entre otros. Puede verse un comentario a los algunos de ellos en A.L. Calvo Caravaca y J. Carras-cosa González, "Crisis matrimoniales", en VVAA., *Derecho internacional privado*, Vol. II. Madrid 2000 pp. 119-120; también se comentan alguno de estos autos por P. González Poveda, "La jurisprudencia en materia de exequátur de sentencias matrimoniales extranjeras", en VVAA., *Puntos capitales del Derecho de familia en su dimensión internacional*, Madrid 1999 pp. 213 ss.

un principio fundamental de nuestro Derecho matrimonial, que el positivo avance de estrategias de solución de los conflictos como es particularmente la mediación deben encontrar en nuestros tribunales y autoridades acogida flexible con independencia de que se busquen fórmulas jurídicas idóneas para el reconocimiento de este tipo de divorcios extranjeros<sup>45</sup>.

#### b) Aplicación "intercultural" y funcional de la excepción de orden público

En segundo lugar, debe ser también bienvenida la utilización que se está realizando de la cláusula de orden público como excepción a la aplicación de la ley extranjera cuando es manifiestamente contraria a principios que para el ordenamiento jurídico del foro son esenciales (ex art. 12.3 del CC). En la jurisprudencia y en la doctrina de los países de nuestro entorno, la inmigración, particularmente la islámica, ha provocado la aparición de dicha cláusula en relación básicamente con tres instituciones: la poligamia, el repudio unilateral, y la celebración del matrimonio por wali<sup>46</sup>. La poligamia, como contraria a la unidad y la

45 Son varios los casos en los que el TS ha considerado esta circunstancia vulnerable del orden público matrimonial español, no otorgando reconocimiento consistentemente a dicho divorcio. Hay sin embargo una excepción en un auto de 18 de septiembre de 1986 en el que señala que el reconocimiento deberá articularse por la vía del acceso al RC de documentos públicos extranjeros en lugar de la vía del exequátur. Todos ellos citados por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrasosa, id. Como señala A. Buscher (o. c., p. 114) "la production d'un acte dressé par une autorité publique ne doit alors pas être exigée en fonction de la reconnaissance, alors que cet acte n'a, dans l'Etat d'origine qu'une fonction déclarative ou probatoire. Il est certes vrai que l'autorité de l'Etat requis attachera en règle générale de l'importance à la présentation d'un tel document officiel mais cela concerne la preuve et non la définition des actes susceptibles d'être reconnus".

46 Otras cuestiones del Derecho de familia islámico que pueden vulnerar el orden público de los países occidentales son las relativas a la determinación de la filiación por la sanción social y jurídica que en estos países tiene la filiación extramatrimonial. Algunas decisiones jurisprudenciales sobre el particular son las del Tribunal de casación italiano de 8 de marzo de 1999 (RDIPP 36-2000, pp. 130 y ss); Tribunal de casación francés de 24 de octubre de 2000: RCDIPr 90 (2000) pp. 332 ss; Tribunal de Bruselas, 23 de abril de 1998: RTDF 3 (1999) pp. 539 ss.

igualdad de sexos características esenciales del matrimonio en los países europeos. El repudio, sobre todo el tipo talak, como procedimiento de la participación de la mujer en muchos casos y sin intervención judicial decisiva, procedimiento en definitiva "unilateral, discrecional, voluntario y extrajudicial"<sup>47</sup>. Finalmente, la celebración del matrimonio por el walf, representante legal de la mujer, cuyo protagonismo en dicho matrimonio hace dudar en algunos casos de que la mujer haya prestado verdaderamente su consentimiento y no nos encontremos ante un enlace forzado<sup>48</sup>.

Como he señalado más ampliamente en otro trabajo anterior<sup>49</sup>, la jurisprudencia de los países europeos, y también en la española, aprecia en esta materia una clara evolución: en un primer momento estas instituciones jurídicas islámicas fueron consideradas abiertamente contrarias a principios esenciales de la cultura familiar occidental negándoseles todo tipo de efectos. A partir de los años 70, se comienzan a reconocer determinados derechos legítimamente adquiridos atenuando las exigencias de orden público<sup>50</sup>. En los 80 vuelve

47 I. Fadlallah, *Vers la reconnaissance de la répudiation par le juge français* (RCDIPr (1981) pp. 17 ss.

48 Las características del matrimonio islámico relativas a su celebración han sido extensamente tratadas en la obra de I. García Rodríguez, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid 1999. Por otra parte, el repudio ha sido objeto de un interesantísima monografía de A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona 2000. En relación con la oposición de las mismas al orden público de los países receptores de inmigración puede verse entre otros P. Hammjé, *Droits fondamentaux et ordre public*: RCDIPr 86 (1) (1997) pp. 188. También P. La Garde, "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation", en *Nouveaux itinéraires en Droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles 1993, particularmente las pp. 279 ss.; C. Campiglio, *La familia islámica del Diritto internazionale privato italiano*: RDIPP 35 (1999) pp. 21 y ss.

49 S. Adroher Biosca, "Matrimonio islámico y Derecho internacional privado español", en VVAA., *Hominum causa omne ius constitutum est. Escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. José María Díaz Moreno*, Madrid 2000.

50 "Il faut dire que le grand vent de libéralisme et même de laxisme des années soixante et soixante-dix, combiné avec les élans tiers-mondistes de l'époque, allait

perse la jurisprudencia sobre todo para perseguir actitudes claramente fraudulentas y también, en el fondo, porque la presencia de una aplicación musulmana cada vez más numerosa planteaba dudas sobre mecanismos de asimilación de extranjeros que se habían implantado<sup>51</sup>. Pues bien, en la actualidad, quizás en sintonía con el relativismo cultural que caracteriza este tiempo postmoderno, pero quizás sobre todo por razones puramente pragmáticas y de una comprensión global y funcional del respeto a los derechos humanos fundamentales, se condiciona en diversos estudios, y en algunas resoluciones judiciales, la aplicación de los principios de orden público de instituciones islámicas que tiempo atrás habrían suscitado una reacción contundente<sup>52</sup>.

Ha sido muy estudiada la construcción jurisprudencial francesa del "orden público atenuado" en relación con la poligamia en virtud del cual "el orden público internacional francés no se opone al reconocimiento de ciertos efectos, principalmente de orden pecuniario de una unión bigámica contraída sin fraude en el extranjero y de conformidad con la ley competente según las reglas francesas de conflicto de leyes"<sup>53</sup>. La multiculturalidad, incluso en estos casos, se tolera jurídicamente para reconocer derechos adquiridos sobre todo de los más débiles<sup>54</sup>, como ha señalado Cohen<sup>55</sup>, pero también en la medida en que dicha familia extranjera tenga escasa vinculación con Francia de

dans le sens d'une atténuation toujours plus grande des exigences de l'ordre public en matière familiale et d'une tolérance accrue vis-à-vis des institutions du droit musulman". P. La Garde, o. c., p. 265.

51 Id.

52 Estos diversos "tempos" y vaivenes han sido estudiados por L. Gannagé, *Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes s.* ("L'exemple de droit de la famille"): RCDIPr. 90 (2001) pp. 1 ss.

53 Caso reciente es el de la Cour d'Appel de París de 14 de junio de 1995: RCDIPr (1997) pp. 41 ss.

54 Estos efectos reconocidos han sido básicamente los siguientes: liquidación del régimen económico matrimonial, indemnización por viudedad, derecho de alimentos, filiación, o derechos sucesorios.

55 *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français*: RCDIPr (1980) pp. 480.



manera que una institución extranjera "aborrecida", como es la patria, no ha "contaminado" a una familia francesa<sup>56</sup>. Esta doctrina también recogida en la legislación y práctica española, no solo en el ámbito civil<sup>57</sup> sino también en el de Seguridad Social<sup>58</sup>.

Una evolución semejante ha sufrido la consideración de los efectos del repudio islámico en la jurisprudencia europea. Si bien en un primer momento, dicha institución se consideraba opuesta al orden público, y por tanto se le negaban todo tipo de efectos, a partir de los años 80 comienza a abrirse paso una línea jurisprudencial muy importante, cuyo símbolo más claro es el caso RHOB<sup>59</sup> en el que se reconocen efectos atenuados en Francia a un repudio marroquí. Esta jurisprudencia pragmática, realista y liberal pretendía evitar relaciones claudicantes y garantizar al menos la libertad matrimonial de la mujer.

56 Caso Baaziz. El Tribunal de Casación señaló que si la primera mujer ostentaba la nacionalidad francesa, el segundo matrimonio de su marido no puede desvirtuarse en Francia. Sentencias de 17 de febrero de 1982 (RCDIPr 1983, pp. 275) y de julio de 1988 (RCDIPr 1989, pp. 71).

57 Así en una Resolución de la DGRN de 1994 y ante la solicitud de inscripción de un matrimonio contraído en rito coránico en Marruecos existiendo sospecha de poligamia y siendo uno de los contrayentes español se deniega la inscripción apuntándose, sin embargo y veladamente, posibles efectos atenuados del enlace: "No es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que ese hecho pueda producir para el ordenamiento español...". Resolución de 14 de septiembre de 1994 (BIMJ nº 1726 pp. 109).

58 El Convenio Hispano-marroquí de 8 de noviembre de 1979 de Seguridad Social (BOE de 13 de octubre de 1982) se define como familiar a "las personas de familias como tales y equiparadas a ellas por la legislación aplicable", y, a efectos de pensión de viudedad se señala: "La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación. Este efecto atenuado del orden público se está aceptando ya respecto de nacionales de otros países. Es el caso de la reciente sentencia de un juzgado de Barcelona que ha confirmado la decisión del Instituto Nacional de la Seguridad Social de dividir en partes iguales la pensión de viudedad entre las dos esposas de un gambiano residente en Mataró. La sentencia señala que el hombre contrajo sus matrimonios de acuerdo con la ley personal que es la aplicable (El País 20 de abril de 2002, pp. 25).

59 Sentencia de 3 de noviembre de 1983, Cour de cassation, RCDIPr. 1984, pp. 325.

protección económica<sup>60</sup>, pero fue duramente criticada por los fraudes que comenzaron a producirse<sup>61</sup>. Por ello, en los años 90, vuelven a darse efectos a muchas sentencias de repudio<sup>62</sup>, negación reforzada en casos en los que la mujer había obtenido ya la nacionalidad francesa por el matrimonio que el matrimonio residía en Europa a pesar de no haber obtenido la nacionalidad del país respectivo<sup>63</sup>; el vicio congénito del carácter discriminatorio del repudio, contrario al principio de igualdad contenido en el art. 5 del protocolo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos conduce a su no reconocimiento salvo que la mujer consintiera al mismo<sup>64</sup>. Diversos autores en esta década han obtenido condiciones para el reconocimiento de los repudios extranjeros<sup>65</sup>, que en todo caso apuntan a una valoración funcional del orden público en la que se combinen la defensa de derechos fundamentales con la conveniencia de no perjudicar al final a la parte que se pretendía defender. Pues bien; al hilo de estos planteamientos la jurisprudencia

60 El denominado orden público social, económico o presupuestario. A. Quiñones o. c., p. 141.

61 Sobre todo por la existencia de casos en los que mujeres musulmanas marroquíes o argelinas residentes en Francia, habían sido repudiadas en su país después de haber planteado en este país una demanda de contribución a las cargas del matrimonio o un divorcio, la sospecha de fraude que se cernía en estos casos aconsejaba su no reconocimiento (repudio denominado estival o migratorio).

62 Es el caso de dos sentencias del Tribunal de casación francés de 13 de diciembre de 1994 y de 13 de enero de 1995 (JDI 1995, pp. 344 y ss), y de una del helga de 11 de diciembre de 1995 (RDE 88- 1996, pp.185).

63 Precisamente para evitar la discriminación hacia mujeres magrebíes pero residentes e "integradas" en las sociedades occidentales.

64 F. Moneger, *Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français?*, JDI, (2) (1992) p. 347.

65 A. Manaf, *Problèmes du couple mixte face au Droit et à la société*, Casa-blanca 1990, pp. 54-55, concluyó que las condiciones para que el repudio pudiera ser reconocido eran las siguientes: que sea irrevocable, que la mujer haya sido oída por el juez para hacer valer sus derechos y pretensiones y que haya sido obtenido sin fraude. Por su parte J. Yves Carlier propone también diversos medios para modular o en su caso reconocer incluso parcialmente decisiones extranjeras de repudio que tienen en cuenta, sobre todo, la conformidad de la mujer y la intención fraudulenta del marido. (Citado por A. Quiñones o. c., p. 150).

reciente de países europeos ha vuelto hacia posiciones favorables al reconocimiento, incluso en supuestos en los que la mujer era nacional del país europeo (siempre que se tenga la certeza de que la persona de la persona presuntamente lesionada ha sido asegurada<sup>66</sup>), y en otros supuestos ha llevado a cabo a un reconocimiento parcial de la residencia extranjera (particularmente en lo relativo a la disolución del vínculo matrimonial) si bien otros efectos (guarda y tutela de los hijos, efectos económicos) pueden no recibir dicho reconocimiento<sup>67</sup>. Como positiva esta posición. De un dogmatismo inicial en virtud del cual el repudio no se reconocía en ningún caso a una jurisprudencia que atiende a la justicia del caso concreto, la evolución es importante. Sin embargo, el excesivo relativismo y pragmatismo que caracteriza a este principio de milenio, ha llevado al Tribunal de Casación francés a reconocer en este país, un repudio obtenido en Marruecos por un marido magrebí residente en Francia en el que ella no ha tenido ocasión de intervenir y al que se opondrá, dado que el "orden público alimentario" (la existencia de una pensión suficiente) ha sido garantizada (de manera que dicha esposa no será una "carga" para los servicios sociales franceses); la conexión suficiente con Marruecos por la nacionalidad marroquí del marido impide la consideración de la existencia de un *forum shopping*<sup>68</sup>.

66 Este es el tenor de dos sentencias belgas, la del tribunal civil de Bruselas de 11 de septiembre de 1999 (RTDF 1999, pp. 675 y ss.) y la del mismo tribunal de 18 de marzo de 1998 (RTDF 1999, pp. 120 y ss). Destaco particularmente un párrafo de la misma enormemente significativo: "Qu'il y a lieu seulement de rappeler ici le caractère fonctionnel que doit avoir l'exception d'ordre public en droit international privé justifié que soit analysée in concreto l'espèce litigieuse aux fins de rechercher notamment si la protection de la personne présumée lésée a été assurée".

67 Diversas sentencias de países europeos son citadas por A. Quiñones, o. c. pp. 704 ss. A favor de un reconocimiento más amplio de los repudios Roula El-Husseini, *Le droit international privé français et la repudiation islamique*: RCDIPr 88 (1999) pp.428 ss. Uno de los argumentos esgrimidos a favor del reconocimiento es que la disolución unilateral del vínculo está también prevista en los casos de "pactos civiles de solidaridad" (pacs), lo que serían nuestros contratos de unión civil; sin embargo, en estos supuestos, ambos convivientes pueden disolverla y no solo el varón como en el

Una línea con esta corriente europea en la que una valoración fundamental del orden público exige la verificación en concreto de si la aplicación de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del país puede finalmente volverse en contra de los derechos fundamentales en concreto de la persona a la que pretendemos proteger, un ejemplo reciente es el Auto del Tribunal Supremo de 21 de Abril de 1998 representativo de esta orientación, a pesar de no tratarse, al menos en apariencia, de un repudio. Un matrimonio celebrado en El Cairo entre una española y egipcio es disuelto por acta de divorcio revocable. Dicha revocación es una prerrogativa del marido. La mujer española, residente ahora en España solicita en España el exequátur o reconocimiento de esta resolución judicial. Si bien el carácter revocable del divorcio y sobre todo el hecho de que dicha revocación sea una facultad del marido repugna los principios fundamentales del Derecho español, el TS reconoce el repudio alegando entre otras, razones de protección de la mujer española<sup>69</sup>. La doctrina de la *Inlandsbeziehung*

del repudio. Muy crítica con esta decisión de la Cour de cassation, Lenna Gagné recuerda que esta jurisprudencia europea tolerante con instituciones islámicas contrarias a los derechos humanos ha recibido más críticas en los propios países islámicos en los que la lucha por una "democratización" de su Derecho de persona y familia contempla con perplejidad esta actitud "postmoderna" europea (Nota a la sentencia en RCDIPr 90 (2001) pp. 705 ss.

69 "No puede desconocer esta Sala las particulares circunstancias que concurren en el presente supuesto y que aconsejan resolver sobre la homologación que se demanda con la mira puesta tanto en la observancia de los principios que presiden el reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras cuanto en un elemental principio de justicia material; y así, ha de tomarse en consideración el hecho de que es la esposa quien solicita ahora el exequátur, unido al dato de que ha transcurrido con creces el período de tiempo al que la legislación de origen sujeta el ejercicio de la facultad de revocación por el marido, quien, como consta acreditado en autos, ha contraído, por ende, nuevas nupcias. A la vista de semejantes circunstancias, no es posible elevar la barrera del orden público en sentido internacional -de interpretación restrictiva, por demás- de forma que se convierta en infranqueable, pues debe vencer cuando quien sufre el perjuicio del desigual trato en la ley prescinde de la tutela de la que es mercedora para impedir su consolidación en nuestro orden interno y prefiere no hacer valer en el foro tal protección, sin olvidarse del transcendental dato de que la situación de desequilibrio ha desaparecido en el momento en que se solicita el exequátur de la resolución extranjera, en cuyo concreto contenido no se encuentra ya la facultad del esposo

alemana en virtud de la cual se atenúa el orden público en función de los vínculos espaciales del caso con España (el caso estaba muy relacionado con nuestro país al afectar a una española), se modula en virtud de la vinculación temporal: si la esposa está interesada hoy en el reconocimiento, la valoración del orden público debe flexibilizarse salvo en los casos en que la contrariedad con los principios del foro sea particularmente grave<sup>70</sup>.

Finalmente, una breve referencia a los efectos en Europa de los matrimonios en los que la mujer no ha prestado su consentimiento o es dudoso que así sea) o incluso en los casos de matrimonios de niñas (especialmente de niñas). Estos matrimonios son hoy numéricamente muy importantes en muchos países africanos, asiáticos e incluso iberoamericanos, en los cuales se consideran perfectamente aceptables siendo parte de sus tradiciones y culturas en las que el honor familiar y de la mujer, depende de estos arreglos entre familias<sup>71</sup>. Así en el Derecho islámico, el matrimonio se considera un contrato asimilado al de compraventa, en el que la dote es el precio y la mujer el objeto<sup>72</sup>. Su celebración (en la que un wali, o tutor matrimonial representa a la

de retomar el estado marital, y no cabe olvidar que es ese contenido actual el que introduce en el orden interno con la declaración de exequátur; de donde se sigue, una parte, que ha desaparecido la nota de inestabilidad e incertidumbre en el estado civil) que repugna a los principios básicos inspiradores de nuestro ordenamiento y, de otro, que ya no se recibe una resolución que materialmente 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. Mantener lo contrario significaría elevar el formalismo del principio igualatorio por encima del resultado material que se produce en el caso concreto, convirtiendo en perjuicio lo que debiera actuar en protección de la mujer discriminada, al obligarla a acudir a un juicio de divorcio en España para obtener una definitiva disolución del vínculo matrimonial ya producida en el Estado de origen, cuando a través del exequátur se recibiría la sentencia con ese mismo contenido". RJ 1998\3563.

70 A. Quiñones, o. c., pp.151-59.

71 J. Murphy, *Rationality and cultural pluralism in non-recognition of foreign marriages*: ICLQ 49 (2000) pp. 643 ss.

72 I. García Rodríguez, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid 1999 p. 61.

es precedida de un acuerdo matrimonial entre el futuro esposo y padre u otro pariente varón de la novia. Así, por ejemplo, en Marruecos se ha seguido a la escuela maliki para la cual el individuo menor de edad para el matrimonio puede ser casado por su padre sin tener opción a manifestar su voluntad (situación que para las mujeres cesaba hasta que no se habían casado)<sup>73</sup>. A pesar de las sucesivas reformas producidas en el Derecho marroquí que apuntan hacia un progresivo reforzamiento del valor de la libertad en la conclusión del matrimonio<sup>74</sup>, en el Marruecos rural siguen ancladas las costumbres tradicionales<sup>75</sup>. Pues bien, es evidente que este matrimonio sin consentimiento repugna el orden público en países como el nuestro<sup>76</sup>, pero de nuevo su intervención será distinta en los casos en los que se pretenda contraer un matrimonio de este tipo con una vinculación significativa con el foro, que en aquellos en los que se solicite un reconocimiento, e incluso en este momento, deberán ponderarse las circunstancias del caso<sup>77</sup>.

73 S. Mernissi, "El estatuto de la mujer en Marruecos", en A. Borrás y S. Merriès, o. c. pp.103 ss.

74 En la reforma de la ley marroquí de 1993 se insistió en el carácter del wali de representante de la mujer y por tanto en que el consentimiento lo presta esta última: Art. 12 del Code du statut personnel et des successions (Ed. Casablanca. Sin fecha): « la tutelle matrimoniale est un droit de la femme; le tuteur matrimonial ne peut conclure le mariage sans avoir reçu mandat de la femme à cette fin. La femme mandate a son wali pour la conclusion de l'acte de mariage».

75 Costumbres seguidas por inmigrantes residentes en Europa. Así se dan supuestos de padres que hacen firmar a sus hijas en el consulado de su país, un poder a favor del wali escrito en árabe, lengua que las menores no conocen, certificado que firman por obediencia a sus progenitores y que tiene como consecuencia final un matrimonio no consentido (así se puso de manifiesto en la sentencia del tribunal de Bruselas de 16 de marzo de 2000 (RDT 2001, pp. 281 y ss)).

76 Principio consagrado además en la Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1962 (BOE nº 128, de 29 de mayo de 1969).

77 "Le principe fondamentale de la liberté matrimoniale détermine para ailleurs la sensibilité de l'ordre public du lieu de célébration du mariage à l'égard de lois étrangères plus sévères", A. Buscher, o. c. pp. 63.

Evidentemente la mujer, y particularmente a la niña residente en España o en otro país que se ve abocada a un matrimonio forzado que le quieren someter sus padres, debe recibir toda la protección e intervención de los servicios sociales y de la fiscalía ante denuncias presentadas ya se está produciendo en España sobre todo en los casos en los que además hay malos tratos e incluso se está recurriendo a la mediación como medida menos agresiva y que pretende mantener el menor en el medio familiar buscando la tolerancia de sus padres hasta valores de la sociedad española asumidos por sus hijas para las que el matrimonio forzado es una condena<sup>78</sup>. Incluso en casos extremos, estos supuestos pueden dar lugar a una solicitud de asilo<sup>79</sup>. Esta situación tiene, no obstante, un tratamiento diverso en los supuestos en los que se pretende un reconocimiento una vez celebrado el enlace. Quizás éste era el problema de fondo que existía en un caso resuelto por la DGRN en el que se solicitaba la inscripción en el RC español de un enlace matrimonial contratado en Marruecos entre un marroquí mayor (nacido en España) y una mujer marroquí de 15 años con el consentimiento paterno<sup>80</sup>. Pues bien; incluso en estos casos, MURPHY sugiere un análisis funcional y *ad hoc* para no caer en los peligros de imperialismo cultural y de no ponderación adecuada de los valores y principios más dignos de protección en el caso concreto. La jurisprudencia

78 El País, 17 de marzo (2002) pp. 23-24.

79 La pertenencia a determinado grupo social, como una de las causas previstas para la solicitud de asilo en la Convención de Ginebra sobre estatuto de los refugiados de 1951, incluye ya en la jurisprudencia y doctrina europea los casos de persecución por género o por la orientación sexual. C. Gortazar Rotaache, *Derecho de asilo y no rechazo del refugiado*, Madrid 1997 pp.123-124.

80 El Juez Encargado denegó la inscripción alegando contrariedad de la disposición marroquí que capacitaba a la mujer a contraer matrimonio siendo menor de edad y con dispensa paterna pero no judicial. La DGRN consideró que la diversa regulación del impedimento de edad en Derecho español y marroquí no podía considerarse atenuación con el orden público español; quizá si la sospecha en este caso era de una ausencia del consentimiento matrimonial de la mujer, este argumento sí hubiera sido definitivo en el no reconocimiento. Resolución de la DGRN de 27 de mayo de 1994 (BIMJ nº 1715 pp. 85 ss).

81 Op. cit.

denuncia se ha ocupado de precisar, en estos supuestos que el matrimonio forzado goza de una presunción de validez y que la prueba de su nulidad debe ser clara y concreta no pudiéndose admitir como tal la afirmación genérica de que en la tradición musulmana la niña está sujeta en obediencia a sus padres<sup>82</sup>.

#### 4. DERECHO DE FAMILIA: PROBLEMAS CONFLICTUALES DERIVADOS DE ALGUNAS INSTITUCIONES FAMILIARES DE LOS PAÍSES OCCIDENTALES

Horatia Muir Vatt señalaba en un interesante artículo que « les partenariats organissés semblent avoir remplacer la polygamie et la médiation comme un nouveau hard case du droit interantional privé contemporain »<sup>83</sup>. Ciertamente a medida que la tolerancia hacia instituciones como las que hemos analizado en el epígrafe anterior se va modulando, aparece en primera línea del escenario del derecho internacional privado la admisibilidad de nuevas instituciones familiares reguladas en diversos países occidentales. Este desafío se acentúa, como señala la mencionada profesora, por la multiplicación de relaciones privadas internacionales que la globalización trae a nuestras puertas, en ocasiones impulsada por los procesos de integración regional como es singularmente el caso de la Unión Europea<sup>84</sup>, en otras por las nuevas tecnologías, o en otras por el neoliberalismo reinante que conduce a los

82 Sentencia del Tribunal de Bruselas de 16 de marzo de 2000 (RDT (2000) pp.2821 ss).

83 "Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de Droit international privé)", en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Angel, *Mundialización y familia*, Madrid 2001 pp. 11 ss.

84 Es paradigmático el caso Blood (1996) en el que una inseminación postmortem con un gameto depositado en otro país sitúa la discusión en el ámbito del derecho a la libre prestación de servicios que justifica la libre circulación de gametos. Citado por Muir Vatt, id.

particulares a un "shopping des règles juridiques comme à celui des marchandises" (como es el caso del turismo procreativo<sup>85</sup>). Ciertamente habría muchas instituciones que podríamos analizar, pero voy a centrarme en dos: las uniones homosexuales y la adopción neoliberal.

#### a) Uniones homosexuales

La progresiva "desinstitucionalización" de la institución familiar y la consideración de la libertad como uno de los valores primordiales de este tiempo, ha llevado a una disminución numérica de familias basadas en el matrimonio y a una multiplicación de las uniones de hecho en todos los países occidentales, como ya recordábamos al comienzo de este trabajo. El Derecho ha reaccionado a este desafío sociológico de manera diversa según los países, pero en nuestro entorno cultural claramente evoluciona hacia un progresivo reconocimiento de efectos a estas uniones. El legislador se debate en esta materia entre la necesidad de tener en cuenta y dotar de eficacia jurídica al menos parcial a realidades que no pueden negarse<sup>86</sup>, vulnerar el principio de la libertad, atribuyendo efectos "cuasimatrimoniales" a quienes justamente no se han casado para excluir los derechos y obligaciones derivados del matrimonio, y finalmente renunciando o reivindicando (según la posición adoptada) una función del Derecho como es la de

85 España es uno de los destinos de este turismo debido a que la ley española de reproducción asistida de 1988 es más permisiva que otras normas europeas: permite la donación de óvulos y de embriones o la fecundación de mujeres solteras, entre otras cosas. Esta diferencia entre las legislaciones propicia estos peculiares movimientos migratorios de personas que buscan un tratamiento que la legislación de su país le impide. Así, en 2001, el Instituto valenciano de fertilidad trató a 400 mujeres extranjeras, la mitad alemanas. Estos tratamientos representaron un 20% del total y su creciente volumen ha llevado a los responsables del Instituto a crear un servicio de intérpretes (El País, 15 de mayo (2002) p. 25).

86 Así, que el artículo 101 del Código civil español considere que "el derecho a la pensión se extingue ...por vivir maritalmente con otra persona" supone una atribución de efectos a la unión de hecho.

favorecer determinados modelos familiares considerados más convenientes para la estabilidad social. La ponderación de estos y otros intereses ha llevado a los legisladores de diversos países a regular de manera más o menos amplia en sus requisitos y efectos las uniones de hecho<sup>87</sup> u otro tipo de uniones diversas<sup>88</sup>. En España, aparte de normas estatales aisladas que confieren determinados efectos en materias tan diversas como arrendamientos urbanos, seguridad social, derecho de voto, u otras, han sido recientemente diversas comunidades autónomas las que en el marco de sus competencias, o excediéndolas, han regulado este fenómeno, creando desde el punto de vista del Derecho internacional privado interregional situaciones de muy difícil solución<sup>89</sup>.

Pues bien, la doctrina más general tanto en nuestro país, como también en otros, ha considerado como requisito esencial de dichas uniones, la heterosexualidad de sus miembros, característica que también se considera esencial en el matrimonio<sup>90</sup>. El propio Tribunal de Luxemburgo ha señalado que las relaciones estables entre personas del mismo sexo no pueden asimilarse a las relaciones matrimoniales ni a las relaciones estables extramatrimoniales heterosexuales<sup>91</sup>. Sin embargo, recientemente, normativa y jurisprudencia de diversos países en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, han

87 Para una completísima panorámica de Derecho comparado puede consultarse I. Lázaro González, *Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado español*, Madrid 1999.

88 Véase especialmente el caso de los pacs franceses. Al respecto: G. Khairallah, *Les partenariats organiques en droit international privé*. (Propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité) : RCDIPr 89 (2000) pp. 317 ss. En relación con efectos de Derecho internacional privado de estos pactos se han dirigido diversas preguntas en el Parlamento francés (RCDIPr 89-2000, pp. 294 ss., y 90-2001 pp. 771 ss.)

89 A.L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*. Vol. I. Granada 2000, p. 33.

90 I. Lázaro González, *Las uniones de hecho...o. c.*, pp. 110-113. E. Pérez Vera, "Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho internacional privado" en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Angel *Estatuto personal, multiculturalidad y familia*, Madrid 2000 pp. 131 ss., entre otros.

91 Caso Grant. TJCE de 17 de febrero (1998)



atribuido efectos tanto a la unión de hecho homosexual como al matrimonio homosexual<sup>92</sup>.

Al margen del debate que se está produciendo en el seno de este sistema, esta diversidad puede ser fuente de conflictos en Derecho internacional privado en la medida en que puedan constituirse para los matrimonios homosexuales con elementos de extranjería y se cuestiona su eficacia en países en los que la heterosexualidad es un requisito esencial. Creo que, al igual que veíamos en el epígrafe anterior, el orden público del foro en países como España impediría la aplicación en nuestro país de leyes extranjeras o el reconocimiento de relaciones constituidas en el extranjero que vulneran dicho requisito esencial equiparando este tipo de uniones a los matrimonios heterosexuales. Sin embargo, también en este tema, el orden público podría tener efectos atenuados reconociendo determinados efectos pero negando otros.

Así en 1999 se dictan cuatro importantes decisiones judiciales en países diversos: el Tribunal Constitucional de Sudáfrica interpreta el término "esposo/a" de su normativa de inmigración extendiéndolo a las parejas homosexuales<sup>93</sup>, el Tribunal Supremo canadiense extiende el derecho a una pensión compensatoria en el caso de ruptura de pareja homosexual, si se dan las circunstancias de desequilibrio económico previstas legalmente<sup>94</sup>, el Tribunal Supremo de Vermont

92 En Suecia la Ley 1.117 de 23 de junio de 1994 permite a los compañeros homosexuales someterse a todas las disposiciones de las parejas casadas con excepciones singulares en lo que a menores afecta (adopción, tutela, fecundación in vitro...). Citado por I. Lázaro González, *Las uniones de hecho...* o. c., p. 111. Recientemente Holanda ha regulado por Ley de 1 de abril de 2001 el matrimonio homosexual (M. Requejo, "De la familia y libre circulación de trabajadores: reflexiones suscitadas por el matrimonio homosexual". *XIX jornadas de la asociación española de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales: la unión europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*. Documento en la página WEB de la asociación: <http://www.aepdri.es>).

93 U. Haubler, *Constitutional court of Sudáfrica Judgment of 2 december 1999, case CCT 10/99: EJMIL 2 (2000)* pp. 223-235.

94 K. Mck Norrie, *Constitutional challenges to sexual orientation discrimination: ICLQ 49 (2000)* pp. 755 ss.

algunos a la legislación de este Estado a reconocer idénticos *statutory benefits and liabilities* al matrimonio y a las parejas homosexuales<sup>95</sup> y la House of Lords reconoce derechos hereditarios a la pareja homosexual del fallecido, si bien como familiar del mismo pero no como "esposo" (evitando de esta manera la calificación matrimonial de una unión homosexual). En todos estos casos los jueces se declaran defensores de la familia pero consideran injustificada la discriminación por orientación sexual a los efectos, diversos por otra parte, que se solían aplicar.

Estos derechos reconocidos por algunas legislaciones y por los jueces, tienen sin embargo sus límites cuando otros derechos pueden entrar en conflicto, particularmente los derechos de los menores. Así el Tribunal de Derechos humanos de Estrasburgo no considera que negar la idoneidad para adoptar a un homosexual por su condición, vulnera la Convención Europea de Derechos humanos<sup>97</sup>. Sin embargo, esta misma consideración del interés superior del niño llevó a un tribunal belga a reconocer el derecho de mantener relaciones personales (¿derecho de visita?) de la mujer que había convivido con su madre, y de la

95 Id.

96 El tribunal sudafricano afirmaba. "it is true that the protection of the family and family life in conventional spousal relationships is an important governmental objective...but...". El tribunal canadiense señalaba: "it is possible to be pro-family without rejecting less traditional family forms. The traditional family is not the only family form, and non-traditional family forms may equally advance true family values". La House of Lords considera al causante miembro de la familia del de una vida familiar; "mutual degree of interdependence, sharing of lives, caring and love, commitment and support...". Ibid. pp. 763. solicitante ya que se daban su relación las características.

97 Dos recientes casos en los que así se pronuncia son el de 12 de junio de 2001 (RTDF 2001, pp. 711) y el de 26 de febrero de 2002 (BDF 12-2002-pp.1). Sin embargo en este último caso 3 de los 7 jueces han considerado que el demandante ha sido víctima de discriminación por su orientación sexual. En esta misma línea, la mencionada ley holandesa que regula el matrimonio entre homosexuales excluye la posibilidad de que dichas uniones adopten internacionalmente para evitar adopciones claudicantes.

que estaba separada<sup>98</sup>. Dicha mujer cuidó al niño desde que éste nació hasta que tuvo un año y medio. La separación de la pareja homosexual no le daba derecho a relacionarse con el niño, sin embargo, el juez se le reconoce y asimismo le acepta su contribución económica similar a una pensión alimenticia.

En cualquier caso, la diversidad que existe ya en la atribución de efectos jurídicos a estas uniones y en la determinación de sus requisitos esenciales son un caldo de cultivo importante para la aparición de problemas de Derecho internacional privado tal y como atestiguan recientes trabajos sobre el particular<sup>99</sup>. Así por ejemplo, en el ámbito comunitario, es importante definir el concepto de "cónyuge" a los efectos de la aplicación del propio tratado CE o de normas de Derecho derivado. En este sentido, la jurisprudencia del TJCE y del de Primera Instancia han negado la extensión de determinados beneficios previstos en la normativa comunitaria al compañero, entendiéndose que solo posee la cualidad de cónyuge la persona unida por un matrimonio válido y actualmente existente<sup>100</sup>.

#### b) Adopción neoliberal

El Derecho de adopción, y particularmente la regulación de la adopción internacional es diversa en los países europeos y en EEUU.

98 Sentencia del tribunal Jeu. Courtrai de 18 de mayo de 1997 (RDF 1998, pp. 687). Se daba la circunstancia de que la madre había sido inseminada con esperma procedente del hermano de su compañera, que por tanto era biológicamente la tía del niño.

99 El estudio más completo es el de I. Lázaro González, *Las uniones de hecho...* En el libro ya citado coordinado por Calvo Caravaca e Iriarte Angel (*Mundialización y familia*) aparecen varios estudios sobre el particular de los profesores C. E. de Abreu, N. Compte, N. Gofii y B.L. Carrillo.

100 Es por ejemplo el caso REED de 17 de abril de 1986 en el que se interpreta el término "cónyuge" empleado en el Reglamento 1612/68 que define las condiciones para la reagrupación familiar, de manera estricta negando dicha cualidad a la pareja de hecho de un británico que trabajaba en Holanda.

En Europa, la progresiva publicación de las normas sobre protección de menores en general y sobre adopción en particular, hacen esencial la intervención de las Entidades públicas en los procesos de constitución de una relación adoptiva. Así, en Derecho español los adoptantes en cualquier caso deben haber sido declarados idóneos como padres adoptivos por la Entidad pública de protección, y en los casos de adopciones internacionales la idoneidad es un requisito imprescindible para el reconocimiento en España de las mismas. Por otra parte, la asignación de un niño a unos padres es un proceso en el que tiene también un protagonismo esencial la Entidad pública de protección de menores. De esta manera se evita que los padres, o sus representantes elijan al niño concibiéndose esta medida de protección justamente en sentido inverso a como se debe: la búsqueda de una familia para un menor que carece de ella<sup>101</sup>. Este protagonismo de las Entidades públicas está consagrado además en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional como garantía de que el interés superior del niño es el principio motor en la adopción.

Pues bien, como recuerda la profesora Hernández<sup>102</sup> hace un año una noticia estremecedora saltaba a la prensa: un matrimonio de norteamericanos, los Allen, adoptaron en California a dos gemelas hijas de madre norteamericana. La madre biológica las reclamó unos días para despedirse de ellas, periodo de tiempo durante el cual se trasladó a Arkansas y tramitó una nueva adopción con los Kilshaw, un matrimonio galés, que se las llevaron al Reino Unido. Los Allen reclamaron ante los tribunales galeses y las niñas fueron entregadas a una familia acogedora mientras se resolvía la titularidad de la patria potestad.

101 Puede verse en relación con la asignación S. Adroher Biosca y V. Assiego Cruz, "La adopción internacional", en I. Lázaro González (Dir), *Los menores en el Derecho español*, Madrid 2000, en prensa.

102 A. Hernández Rodríguez, "Algunas reflexiones sobre la adopción internacional en la sociedad de la información", en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Angel, *Mundialización y familia*. o. c., pp. 313 ss.



Todos los contactos entre la madre biológica y los padres adoptivos se habían realizado por INTERNET y naturalmente las adopciones hubieron tenido un precio.

Esta situación se produjo debido a que la normativa sobre adopción en todos los Estados de EEUU permite, junto a la adopción regulada mediante la intervención de la entidad pública o entidad privada autorizada, la denominada adopción privada o independiente en la que la asignación del menor se realiza directamente entre la madre biológica y los padres adoptivos y en estos casos no se requiere la determinación pública de la idoneidad. El contacto entre ambas partes es en ocasiones realizado a través de intermediarios que se han llamado "baby brokers". Naturalmente, aunque se prohíbe que se acepte dinero en la asignación, esta regulación legal unida a la permisividad de algunos Estados de colgar en la Red anuncios con fotografías de menores con sus características y su precio, hacen particularmente fácil el tráfico de menores en este país. Estas adopciones presentan además riesgos, tanto por una revocación del consentimiento de la madre (o padre) biológico, como por las incertidumbres que pueden sobrevenir en la fase postadoptiva<sup>103</sup>.

Naturalmente esta adopción "liberal" vulnera profundamente el orden público de países que, como el nuestro, consideran que el intervencionismo estatal en esta materia, es la mayor garantía de que se respetan los derechos del niño<sup>104</sup>. Si bien en las legislaciones europeas cabía a principios del siglo XX la "adopción contractual", en los años 70 y 80 se generalizó una regulación de la adopción con ruptura de vínculo.

103 Id. y F. Laroche-Gisserot, *L'adoption ouverte (open-adoption) aux États Unis. Règles, pratiques et avenir en Europe* : RDJIC 1998, pp. 1096 ss.

104 Id. A. Hernández, explica que la reciente Intercountry Adoption Act de 2000 de EEUU puede ser un importante instrumento legal federal que obligue a los Estados a modificar su legislación en coherencia con el Convenio de La Haya ya firmado por EEUU.

ellos con la familia de origen (suprimiéndose las adopciones simples) y prohibiéndose las asignaciones privadas<sup>105</sup>.

Lamentablemente, la aplicación de la cláusula de orden público en el reconocimiento de adopciones extranjeras en España ha sido muy escasa y la lucha contra el tráfico de menores debería ser el ámbito en el que esta excepción fuera utilizada con mayor extensión. Por otra parte, si bien el Convenio de La Haya es "inter partes" y por tanto el procedimiento en él establecido solo se aplica entre países que lo hayan ratificado, sus principios han inspirado la propia legislación interna española, por lo que los autores han hablado de un efecto de "contaminación de la regulación estatal" o de incorporación por referencia, y en algunos casos también material de las disposiciones convencionales, particularmente en la LOPJM<sup>106</sup>, lo cual podría suponer otra vía de no reconocimiento en España de adopciones independientes<sup>105</sup>.

## 5. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA FAMILIA: SU ENMARQUE EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESAFÍO DE SU INTERNACIONALIZACIÓN

### a) *Derecho internacional de los Derechos humanos y Derecho de familia*

La doctrina del Derecho internacional público afirma la universalidad como elemento constitutivo y definitorio de los derechos humanos, si bien reconoce que factores ideológicos, culturales, sociales y

105 Sin embargo, existen aspectos contractuales analizados por A. Moreno, *Aspects contractuels de l'adoption internationale* : RCDIP-90 (2001), pp. 301 ss. y (60) ss.

106 Ver en este sentido el magnífico estudio de M. Guzmán Zapater, "Adopción internacional: ¿Cuánto queda del Derecho internacional privado clásico?", en A.L. Caravaca y J.L. Iriarte Angel, *Mundialización y familia*, o. c., pp. 83 ss.

económicos pueden condicionarla<sup>107</sup>. Para el postmodernismo, en contraste, los derechos humanos universales son en realidad una proyección del mundo occidental de imponer a las demás culturas sus propios valores y concepciones<sup>108</sup>. Sin embargo, esta relativización de los derechos humanos es peligrosa, sobre todo si se generaliza y automatiza<sup>109</sup> y así los internacionalistas afirman que los derechos que derivan de la dignidad humana, que serían el núcleo duro de los derechos fundamentales, son universales, indivisibles e interdependientes. Carrillo Salcedo justifica esta afirmación en el carácter de *ius cogens* de dichas reglas, Derecho imperativo y vinculante para todos los Estados independientemente de su aceptación expresa, Derecho que además es acumulativo en su configuración. Carrillo Salcedo, citando a Koh, afirma que "genocidio, la tortura, la esclavitud y la discriminación racial, la discriminación contra la mujer y el abuso de la infancia deben ser universalmente condenados". Pues bien; esta incidencia del Derecho internacional de los Derechos humanos es particularmente importante en Europa tanto la del Consejo de Europa como la de la Unión Europea<sup>110</sup>.

El Derecho internacional privado de la familia está cada vez más condicionado en sus soluciones por derechos y principios considerados

107 J.A. Carrillo Salcedo, "El problema de la universalidad de los derechos humanos en un mundo único y diverso" y C. Gortázar Roaache "Los derechos humanos de ámbito universal y el multiculturalismo", en M.E. Rodríguez Palop y A. Torralba (Eds), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid 2000 pp. 39ss. y 83ss., C. Villán Durán, *Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la declaración de Viena*: REDI 46 (1994) pp. 505 ss.

108 Como sabemos, esta corriente filosófica subraya la pluralidad, el derecho a la diferencia y a la espontaneidad frente a la racionalidad, la igualdad y la universalidad.

109 Carrillo Salcedo recuerda que precisamente las ONGs asiáticas aprobaron en Bangkok en 1993 una declaración en la que se afirmaba la universalidad de los derechos humanos y que "al tiempo que se promueve el pluralismo cultural, no pueden tolerarse las prácticas contrarias a los derechos universalmente aceptados entre ellos los derechos de la mujer".

110 Entre otros estudios que abordan esta cuestión, cito particularmente el de la Maestre Casas, "Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de Derecho internacional privado", en *Mundialización y familia* o. c., pp. 195 ss.

fundamentales por la comunidad internacional<sup>111</sup>, principios que permiten poner en cuestión los grandes ideales de los universalistas en Derecho internacional privado, tales como la armonía de soluciones y la supresión de las relaciones claudicantes.

Pues bien, uno de los principios generales del Derecho internacional que más claramente están condicionando el Derecho internacional privado de la familia es el principio del interés superior del menor<sup>112</sup>. Alejoría Borrás lo considera un factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado<sup>113</sup>. Ya en 1965 se recoge en la Convención de La Haya sobre adopción, y a partir de entonces en los sucesivos instrumentos internacionales que regulan materias que afectan a los menores aparece como principio de Derecho material imperativo, hasta el punto de que el orden público ya no va a ser genérico sino encarnado y concretado en dicho principio<sup>114</sup>.

111 "Le droit de la famille ne peut être coupé de ses racines dans le système de valeurs propre à chaque Etat. En revanche, il peut subir l'influence de quelques principes de base ou standards minimums qui tendent à assurer certaines valeurs considérées comme fondamentales par la communauté internationale", A. Buscher, o. c., p. 78.

112 El mismo autor señala mas adelante la existencia de "une tendance favorable à l'intention de quelques principes de base de droit material dans la réglementation des relations familiares internationales. A ce développement vient s'ajouter l'influence croissante des droits de l'homme qui pénètrent avec force dans les droits nationaux au point de modifier sensiblement l'enjeu des conflits de lois". (p. 82).

113 Principio que condiciona los desarrollos del Derecho material pero también y de manera muy especial las normas de Derecho internacional privado dado que el fundamento de la movilidad espacial produce "a growing vulnerability of children as well as a greater need for protection". M. Galesloot, *Introduction*, en S. Detrick y P. Vlaardingerbroek, *Globalization of child law. The role of the Hague Conventions*, La Haya 1999 p. 1. En este mismo sentido puede verse J. Doek, H.V. Loon, P. Vlaardingerbroek, *Children on the move. How to implement their right to family life*, La Haya 1996.

114 A. Borrás González, *El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado*: RJC (1994) pp. 47 ss.

115 Así el único límite que la Convención de La Haya de 1993 sobre adopción internacional impone a los Estados parte en el reconocimiento de las adopciones realizadas en el marco del Convenio es si son manifiestamente contrarias al orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño" (art. 24).

Podríamos analizar diversos supuestos en los que se pone en manifiesto esta primacía del principio frente a otros posibles valores de presencia, hasta el punto de que actúa de límite autoimpuesto por la comunidad internacional a la progresión del relativismo relativo que venimos analizando. Así, en la jurisprudencia sobre reconocimiento de los repudios como hemos visto, cabe la atenuación del orden público incluso asumiendo la discriminación de la mujer en estos procesos pero cuando está en juego el interés superior del menor, los tribunales unánimemente niegan de manera tajante todo efecto a leyes o sentencias extranjeras que puedan vulnerarlo<sup>115</sup>. De la misma forma hemos analizado la jurisprudencia cada vez más tolerante frente a los efectos pretendidos de uniones homosexuales, si bien el interés superior del menor aparece de nuevo como límite y en ocasiones como principio de valor superior al del libre desarrollo de la personalidad, no discriminación por razón de la orientación sexual o incluso el derecho a la vida familiar.

En otro trabajo he analizado cómo la preservación de la armonía de soluciones en la adopción internacional ha cedido frente al interés superior del menor en una interesante y rica jurisprudencia francesa que inicialmente negaba la posibilidad de una adopción de menores marroquíes en suelo francés, justamente porque dicha adopción nunca sería válida en Marruecos, y posteriormente ha preferido aceptar una adopción claudicante en lugar de convertir a todos los menores magrebíes abandonados en Francia en menores inadoptables y a los que se negaba el derecho a una familia en nombre de la seguridad jurídica y la armonía internacional de soluciones<sup>116</sup>.

115 A. Quiñones, o. c., pp. 145-146, narra algunos casos en los que la atribución de la hadana (guarda) de forma automática sin verificar el interés concreto del niño ha dado lugar a la intervención del orden público.

116 S. Adroher Biosca, A. Berástegui Pedro-Viejo, *La adopción internacional. Una nueva migración: Migraciones 8* (2000) pp. 251 ss. A pesar de que en dicho artículo se analizaba la más reciente jurisprudencia del Tribunal de casación francés que manifestaba la posición arriba señalada, la situación ha cambiado. Una circular de 16 de febrero de 1999 insta a los tribunales franceses a no permitir la adopción de meno-

### b) *La internacionalización y comunitarización del Derecho internacional privado de la familia.*

El Derecho de familia, por ser uno de los sectores jurídicos que encarna más profundamente los valores, costumbres y convicciones de una sociedad concreta, ha sido "especialmente resistente a toda tentativa de unificación"<sup>117</sup>. Sin embargo, diversas organizaciones internacionales, ya desde comienzos del siglo XX, han trabajado en la elaboración de Convenios internacionales que unificarán el Derecho internacional privado de la familia<sup>118</sup>, objetivo que ha sido escasamente conseguido ya que también estas normas "cristalizan los particularismos nacionales"<sup>119</sup>. Sin embargo este diagnóstico, ya entrado el Siglo XXI podría quizás revisarse a la luz de algunos instrumentos que, guiados por el criterio del utilitarismo (¿propio de nuestro tiempo postmoderno?), nos permiten concluir de una manera más optimista<sup>120</sup>. Así, permitimos a una nueva forma de elaboración convencional en la que se brillan las opciones fundamentales de los sistemas en presencia buscando tanto el resultado material fundamental como en otros casos el

que cuya legislación nacional prohíba la adopción. Un comentario a la misma es el de H. Muir Watt, *Vers l'inadoptabilité de l'enfant de statut personnel prohibé? A propos de la circulaire de 16 février 1999 relative à l'adoption internationale*: RCDIP 88 (1999) p. 469. El texto de dicha circular se publica en la misma revista, pp. 586.

117 Y. Lequette. *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*: RCADI 246 (1994) pp. 11-233 (esp.228).

118 "Directement réfractaire à l'unification des droits substantiels en ce qu'il doit y être tenu compte plus qu'ailleurs des mentalités et des moeurs, le droit de la famille ne prête particulièrement au jeu des conflits de lois". Id. pp. 23. Es especialmente el caso de la Conferencia de La Haya: M. Agular Benitez De Lugo, *La familia en los convenios de la conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*: REDI 45 (1993) pp.7 ss.

119 Razón por la cual Y. Lequette llegaba a afirmar en 1994 que "l'unification conventionnelle du droit international privé de la famille est globalement négatif". Ciertamente, han sido diversos los Convenios que han entrado en vigor, pero con un número de ratificaciones poco numeroso o poco significativo (por no representar a países de ámbitos culturalmente diversos).

120 "Les grands principes de justice, de liberté, d'égalité se voient dénier toute valeur absolue pour être subsumés sous le principe d'utilité", Y. Lequette, o. c., pp. 35.

resultado práctico y concreto a que todos esos sistemas, de tal o cual forma, aspiran. Ello va a suponer una nueva forma de elaboración convencional, en la que nos encontramos con normas de "coloración" más técnicas convencionales nuevas y originales que fundamentalmente basadas en la cooperación de autoridades, consiguen, con un menor grado, el fin pretendido<sup>121</sup>. Lequette, crítico hacia esta filosofía utilitarista, afirma que ignorar los problemas no es la mejor manera de resolverlos, y que poner el acento en lo accesorio (en lo práctico) puede suplantar a lo principal. No comparte la consigna de "lograr un mal convenio que nada", que para él guía los trabajos de diversas organizaciones. Sin embargo, los logros prácticos obtenidos con alguno de los Convenios citados, pueden estar alumbrando una nueva manera de afrontar la cooperación internacional en la que se trate lo más genuino de las tradiciones jurídico-culturales propias, siempre que el marco de los derechos fundamentales prevenga cualquier hecho referencia que quede preservado<sup>122</sup>.

121 Creo que dos buenos ejemplos de esta afirmación son el Convenio de aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 y el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993. Son ejemplos muy claros por varias razones; en primer lugar porque con ambos instrumentos no se "fuerza" el derecho sustantivo, ni siquiera apenas el internacional privado de los Estados miembros; con la primera se pretende el retorno inmediato del menor del lugar desde el que fue ilegítimamente trasladado, con la segunda, que la adopción internacional se lleve a cabo respetando el interés superior del niño. No existen en ninguna de estas Convenciones normas de ley aplicable ni de competencia judicial internacional. Sin embargo, los trece años que las separan son también importantes en la consecución del objetivo convencional perseguido: la competencia atribuida a las autoridades centrales en el Convenio de adopción es mucho más importante y decisoria que la del Convenio de sustracción respecto del cual las autoridades judiciales de los países miembros tienen un papel relevante. Este dato hace mucho más efectivo al Convenio del 93. Véase un reciente estudio sobre estas Convenciones de G. Parra Aranguren, "The United Nations Convention on the Rights of the child and The Hague Conventions", *The Globalization of child law*...o. c.

122 Un reciente curso de La Haya en el que se analizan estos nuevos mecanismos convencionales es el de P. Schlosser, *Jurisdiction and international judicial and administrative cooperation*: RCADI 284 (2000) pp. 283-329.

Esta constatación de que "algo se está moviendo" hacia una progresiva internacionalización del Derecho de familia es especialmente significativa en el ámbito comunitario<sup>123</sup>. Como señalaba FALLON se está demostrando que el proceso de integración económica no puede darse reducido a la gestión de las riquezas sino que implica, como una necesidad, una extensión a los valores de la sociedad, valores que se manifiestan especialmente en el Derecho de persona y familia. Este proceso es lento pero se va consolidando progresivamente, de manera que el Derecho comunitario actual cada vez está más impregnado del Derecho de persona y familia por la necesidad de reconocer al trabajador migrante una serie de derechos desprovistos de connotaciones económicas pero que son imprescindibles como factores de integración en el nuevo medio: el derecho de libre circulación intracomunitaria arrastraría necesariamente otros derechos de contenido familiar.

Esta constatación, al margen de otras manifestaciones<sup>124</sup>, ha sido especialmente relevante con motivo de la entrada en vigor del Reglamento comunitario en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II), que además de establecer normas comunes de competencia, articula un sistema de reconocimiento automático en todo el espacio comunitario de las resoluciones dictadas en estas materias por los tribunales de uno de los Estados parte<sup>125</sup>. Como señala Alegría Horrás en su informe explicativo si bien la integración europea fue en

123 "Il est peu probable que l'interaction du droit familial et du droit communautaire aurait mérité une quelconque attention en 1978. En 1998, on peut émettre l'hypothèse que cette interaction est certaine et conduira probablement à une mutation du droit des personnes et de la famille en Europe à l'horizon 2018". M. Fallon, *Droit familial et droit de Communautés européennes*: RTDF (1998) pp. 361

124 Así, es conocido el caso Konstantinidis en el que un griego llamado así que ejercía su profesión de kinesioterapeuta en Alemania, recurre al Tribunal de Luxemburgo porque considera que la transcripción que se ha hecho en un registro alemán de su nombre cambiándole unas letras, vulnera su derecho a la libre circulación por los perjuicios profesionales que dicho cambio le ocasiona. Sentencia del TJCE de 2 de diciembre de 1997.

125 Reglamento nº 44/2001 DOCE L 12 de 16 de enero (2001).

principio esencialmente económica, va afectando cada vez más a la vida del ciudadano que "puede difícilmente comprender las diferencias que encuentra en el ámbito familiar cuando tanto se ha avanzado en el ámbito patrimonial"<sup>126</sup>. Pues bien, esta progresiva construcción de una Europa de los ciudadanos más allá de la Europa de los países, es lenta pero imparable. El Bruselas I<sup>127</sup> excluyó la materia de ámbito de aplicación por las dificultades de unificar las normas de competencia y reconocimiento en estas cuestiones sensibles; hoy ya en vigor un Bruselas II, que sin embargo tiene sus límites ya que entran dentro de su ámbito de aplicación los efectos patrimoniales de nulidad, separación y divorcio, y solo afecta a la responsabilidad parental de los hijos comunes, siendo así que la realidad social cada vez más frecuente de las familias recompuestas no se toma en cuenta<sup>128</sup>. Las limitaciones del texto han dado lugar ya nuevos proyectos de ampliación

126 Informe explicativo. DOCE 16-7-98. C.221/27. "La nécessité d'une convention en droit familial... a dès lors été ressentie de plus en plus fermement par les membres, attentifs aux besoins des citoyens européens d'un espace de liberté et de justice dans lequel les justiciables peuvent faire valoir leurs droits en bénéficiant de garanties égales à celles dont ils disposent devant les tribunaux de leur pays", N. Watté H. Bahl, *Le Règlement communautaire en matière matrimoniale et de responsabilité parentale (Règlement dit Bruxelles II)* : RTDF (2000) pp. 539 ss. "La mobilité internationale des personnes et le développement corrélatif de la mixité des relations familiales ont paru exiger l'accroissement des facilités d'accès au prétoire pour les époux démunis autant que la diminution des risques de discontinuité des status personnels judiciairement fixés", B. Ancel, H. Muir Watt, *La désunion européenne: le Règlement dit Bruxelles II* : RCDIPr-90 (2001) pp. 403 ss.

127 Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968. "Curieusement la recherche de la modernité des règles de compétence juridique s'accompagne d'une très insuffisante prise en considération du pluralisme contemporain des modèles familiaux, qui risque sinon de rendre le règlement désuet court terme, du moins d'en diminuer l'utilité. L'ambition étroite du règlement désuet sera donc pas les craintes suscitées par l'europanisation de notre discipline", ibid 408 Carrasco ("Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000", en *Mundialización y familia* o. c., pp. 213 ss) critica también estas ausencias.

del mismo<sup>129</sup> y el efecto del Bruselas II al igual que ocurrió con el Bruselas I, arrastrará probablemente hacia una unificación también de la ley aplicable a las materias familiares<sup>130</sup>. Esta evolución ¿conducirá a una unificación final del Derecho de familia europeo?<sup>131</sup>. En cualquier caso, en este proceso, el principio del respeto a la identidad cultural se está salvando, reconociendo, por ejemplo, las peculiaridades del Derecho de algunos Estados europeos como España, en la atribución de efectos civiles a las resoluciones canónicas, que con ciertos límites, han entrado en el ámbito de aplicación del Bruselas II beneficiando de la libre circulación de decisiones intracomunitarias<sup>132</sup>.

129 Desde julio de 2000 se está discutiendo en el marco del Consejo de la Unión Europea un proyecto de reglamento que permita la ejecución automática de los decretos de visita establecidos por las resoluciones judiciales que se dicten dentro del espacio judicial comunitario (Iniciativa de la República francesa con vistas a la adopción del Reglamento del Consejo relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita de los hijos -DOCE C 234 de 15-8-2000-. Junto con esta propuesta la Comisión en septiembre de 2001 presentó un proyecto de Reglamento que tiene como objetivo ampliar el campo de aplicación del Bruselas II a las resoluciones anteriores a la que determina la separación, divorcio o nulidad del matrimonio que modifican el régimen inicial y de las relativas a los hijos de parejas no casadas (DOCE C 932 de 27-11-2001).

130 El Plan de acción del Consejo y de la Comisión adoptado el 3 de diciembre de 1998 comprende la ley aplicable al divorcio así como el Derecho internacional privado de los regímenes matrimoniales y las sucesiones (DOCE 1999, C 19, p.1).

131 Esta posibilidad y sus dificultades, se plantea en diversas publicaciones entre las que destaco VVAA., *Towards a european civil code*, Londres 1998.

132 Esta posibilidad prevista, si bien criticada por algunos, supone una manifestación más del respeto a la identidad nacional propio de este momento postmoderno. Puede verse al respecto el excelente estudio de J.J. Ezquerro Ubero, "Las sentencias canónicas de nulidad matrimonial en el Reglamento de la Comunidad Europea de 29 de mayo de 2000", en VVAA., *Libro homenaje a J.G. M. De Carvajal*, (en prensa).



## 6. CONSIDERACIONES FINALES

Jayne en su bien conocido curso en la Academia de La Haye comenzaba constatando como una de las paradojas del postmodernismo la aparente contradicción entre dos movimientos simultáneos: uno centrífugo de progresiva aproximación e integración del Derecho de los Estados en el seno de mercados únicos que hacen posible el bienestar económico de las personas, y paralelamente, otro centrípeta que conduce a la fragmentación y particularismo de las soluciones que prevalecen en la identidad cultural de los individuos.

Unos años más tarde, podríamos matizar estas constataciones. Por una parte, y de forma sorpresiva, también al Derecho de familia le está alcanzando este movimiento centrífugo de progresiva aproximación e integración: el Derecho casi reservado al ámbito económico: la globalización y concretamente la comunitarización le está afectando de lleno. Por otra, la sacralización de la identidad cultural del individuo como valor supremo, está siendo matizada e incluso contestada por un *laissez-faire* de los derechos humanos fundamentales que limita y resitúa los derechos individuales en el marco de los colectivos<sup>134</sup>, si bien una interpretación funcional y flexible de las normas de Derecho internacional privado permite una mayor tolerancia hacia la diversidad cultural.

Ciertamente, el postmodernismo ha aportado a la disciplina una visión más rica y realista: la realidad es compleja y diversa. El Derecho internacional privado del universalismo de Savigny estaba basado y respondía a una comunidad jurídica subyacente de pueblos y sistemas basados en el cristianismo y en el Derecho romano: hoy, la globalización pone a nuestras puertas situaciones familiares de entornos culturales muy diferenciados al nuestro, y la comunidad jurídica occidental ya

133 Op.cit.

134 A. Buscher, "El orden público constituye hoy el "punto de penetración" de los derechos fundamentales en el Derecho internacional privado", o. c., pp. 62.

no está tan firmemente anclada en el cristianismo como sistema de valores. Por ello, esta aproximación ha sido superada<sup>135</sup>. Pero también lo ha sido el Derecho internacional privado de los positivistas para los cuales la proyección de los valores y categorías propios sobre los supuestos de tráfico jurídico externo era el paradigma. De nuevo es la pluralidad y diversidad existente la que pone en crisis planteamientos tan endogámicos. Asistimos, por tanto a un Derecho internacional privado más incierto, menos dogmático, en el que la ponderación de los intereses del caso concreto, la funcionalidad en la solución de los problemas clásicos no obsta, sin embargo, para que los derechos fundamentales sean el espacio común en el que se superen los excesos del relativismo y del dogmatismo.

135 S. Sánchez Lorenzo, o. c., pp. 559, afirma que el "postmodernismo reniega de las utopías de unidad, reconciliación y armonía universal. En este contexto, el paradigma savignyano de la armonía internacional de soluciones responde netamente a una escala de valores universalista, moderna, incompatible con los parámetros de la postmodernidad".