

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CUESTIÓN DE SI PUEDE O DEBE INFLUIR EL FENÓMENO GLOBALIZADOR EN EL DEBATE SOBRE LA REFORMA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*.

M^a Jesús Elvira Benayas**

La globalización supone un reto para la resolución de nuevos problemas que se plantean como consecuencia de la existencia de un mercado global: Nuevos contratos, nuevas fórmulas de financiación, nuevas maneras de relación entre las empresas, los consumidores, los accionistas, los trabajadores.

La consecuencia de este nuevo escenario es la necesidad de que existan soluciones para los nuevos problemas, bien por la vía interpretativa de normas ya existentes, bien por la elaboración de nuevas normas. En el marco económico, se ha sugerido la posibilidad de que los ordenamientos nacionales se reformen tomando en consideración las técnicas utilizadas por instituciones supranacionales (P. de Miguel. “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2001, p. 47). No es, sin embargo, el marco de las relaciones económicas donde queremos fijar nuestra atención sino en un fenómeno unido, vinculado con éstas. En efecto, el fenómeno de la globalización también lleva aparejado un incremento de los movimientos migratorios y una mayor variedad en las situaciones que de ello se derivan.

El incremento de los movimientos migratorios no sólo tiene efectos de orden económico sino que “El desarrollo del mercado mundial (...) tiene consecuencias importantísimas para las culturas, identidades y modos de vida. La globalización del quehacer económico está acompañada de olas de transformación cultural, en el seno de un proceso que se llama “globalización cultural” (U. Beck, , *¿Qué es la globalización?*, ed. Paidós, 2000, p. 71). En este mismo sentido, Antonio Elorza (El País: 27 junio 2001 “Multiculturalidad y democracia”) hace referencia al problema cultural y jurídico que supone la recepción de inmigrantes procedentes de países con una distinta concepción cultural, en todos los sentidos. La realidad se impone y “lo que corresponde es preparar el terreno para asumir la pluriculturalidad, conjugando la integración de los inmigrantes en nuestra cultura y en nuestra democracia con el respeto a su identidad...”

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “La incidencia del Derecho internacional privado en el proceso de integración europea” (SEC 2003-01077/JUR).

** Profesora Contratada Doctora. Área de Derecho internacional privado (UAM).

La consecuencia de todo ello no es sólo la creación de sociedades multiculturales sino también la convivencia de personas que se rigen por concepciones diversas, incluidas las jurídicas. Esta diversidad también se proyecta en el marco de sus relaciones personales, en sus relaciones de familia, en los problemas jurídicos que de todo ello se desprende. En este sentido podemos hablar de “familias transculturales” (Beck, p. 78). Este nuevo contexto significa un “tour de force” para los ordenamientos ya que debe ponerse de manifiesto los límites para la interacción de los ordenamientos nacionales con las nuevas realidades familiares. En este sentido, hay quien afirma que la globalización se ha convertido en el nuevo paradigma para el Derecho internacional privado (H. Muir Watt “Les modèles familiaux à l’épreuve de la Mondialisation (Aspects de Droit international privé”, Mundialización y familia, A.L. Calvo Caravaca (dir.), ed. Colex, Madrid, 2001, pp.11-13).

Que duda cabe que, como demuestran los recientes datos del Instituto Nacional de Estadística, nuestro país se ha convertido en una sociedad multicultural. Esta circunstancia plantea dos cuestiones generales: el modelo de integración de las distintas concepciones culturales coexistentes (en un momento en el que los tradicionales modelos de integración multicultural –Reino Unido, Canadá y Francia- se están cuestionando)y, en segundo lugar, la forma de solventar los problemas derivados de la tensión existente entre la integración y la diversidad cultural.

En lo relativo a cuestiones estrictamente jurídicas, hasta fechas recientes eran casi anecdóticas las situaciones en las que nuestro ordenamiento debía dar respuesta a cuestiones que planteasen un “conflicto de civilizaciones” (en el sentido utilizado en el marco del derecho internacional privado, entre otros por P. Mercier, Conflit de civilisations et Droit international privé. Polygamie et répudiation, ed. Droz, Ginebra, 1972 y no en su uso más reciente por S. Huntington The clash of civilizations and the remarking of world order, Simon & Schuster, 1996). Es, sin embargo, cada vez más frecuente encontrar que tribunales o registradores han de responder a cuestiones relacionadas con la “kafala”, la poligamia, el repudio (téngase en cuenta que un problema similar se plantea en relación con la disolución hebraica. En este sentido, véase el ejemplo clásico citado en P. Mercier, p. 41, npp4) o las sucesiones que afectan a extranjeros. No en vano, según muestran los datos estadísticos (INE, 2004), el grupo más numeroso de extranjeros lo integran los marroquíes (389.847: grupo por edad más numeroso el de 26 a 45 años) seguidos de los ecuatorianos (221.606) y de los colombianos (137.442). De entre los europeos resulta destacable que el grupo más numeroso lo componen los británicos, en el que el segmento más numeroso es el de mayores de 65 años (51.522).

Por tanto, la situación en la que el análisis se realizaba desde la comparación a supuestos planteados en otros Estados ha llegado a su fin (véase, por ejemplo, A. Quiñones, Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa, Fundación La Caixa, Barcelona, 2000). Ahora los operadores y la doctrina se enfrentan a los problemas reales que derivan de la convivencia pluricultural. Como ya apuntara el Profesor González Campos en la Conclusiones de las “Respuestas ala Cuestionario sobre la Reforma del sistema español de

derecho internacional privado (REEI, núm. 9, 2005), los problemas se agravarán “máxime si, como se señala () cada vez es más frecuente la presencia de extranjeros en España”.

El nuevo escenario descrito nos sitúa, en este momento de reflexión sobre la reforma ante la pregunta de si son suficientes los mecanismos tradicionalmente previstos en nuestro ordenamiento (por ejemplo, la cláusula de orden público) para dar respuesta a las nuevas situaciones o si debe preverse la posibilidad de crear respuestas específicas para problemas específicos (tal es el caso del art. 57 de la ley belga relativo al repudio o, en este mismo sentido, las reformas anunciadas en los medios de comunicación por las autoridades francesas que afectan, entre otras, a las cuestiones relativas a la poligamia). Entre estas dos opciones también cabe incluir una solución “corregida”: el uso de los mecanismos tradicionales pero sustituyendo la conexión nacionalidad por la de residencia habitual como fórmula correctora de los problemas que puedan originarse en el Derecho de familia.

Respecto a la posibilidad de crear reglas específicas, debemos recordar que esta ha sido un cauce recientemente utilizado por el legislador español al abordar la reforma del art. 107 del Código civil. Y esta respuesta específica a un problema específico sirve para entender por qué el marco elegido para dicha reforma haya sido la LO 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE, 30 septiembre) y no otro más ortodoxo. Y esta especificidad también explicaría, a mi juicio, la reiteración de la cláusula de orden público, en lugar de la remisión general al art. 12.3 Cc, tal vez con una clara voluntad recordatoria dirigida al aplicador.

No obstante, esta fórmula debe usarse con cautela para evitar una especialización sectorial abusiva que conduzca en un sentido opuesto al deseado: elaborar, en la medida de lo posible soluciones tan justas como previsibles (H. Gaudemet-Tallon, “Quelques souhaits pour une meilleure coherence des règles de conflits de lois”, en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, vol. II, ed. UAM/Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1608 y 1618).

Por lo que se refiere a la propuesta de sustituir la conexión nacionalidad por la residencia habitual (propuesta que ya hiciera el Profesor Amores Conradi en la 1ª Jornada sobre la reforma del sistema español de derecho internacional privado, 7 junio 2002) pone sobre la mesa, de nuevo, la disyuntiva de si debe primarse el criterio de la integración de los inmigrantes (conexión residencia habitual) o la protección de la diversidad cultural (conexión nacionalidad). (Afirma P. Abarca Junco que el Derecho internacional privado se decanta por la integración frente a la identidad cultural. En “La regulación de la sociedad multicultural”, en AA. VV, *Mundialización y Familia*, A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (eds), ed. Colex, 2001, p. 177).

Tenemos indicadores para afirmar que en nuestro modelo se prima la primera sobre la segunda. Tomemos como ejemplo la Resolución del la DGRN de 29 de julio de 2005 sobre la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo a un extranjero cuyo derecho nacional no le reconoce tal posibilidad. En ella, claramente, se opta por la protección del *ius nubendi*, pese a que ello cree una situación claudicante respecto de su ley

nacional. No obstante, la cuestión queda abierta y, sin duda, personas más cualificadas nos aportarán datos sobre las bondades de utilizar una u otra conexión y sobre la conveniencia o no de su modificación.

Por último, también cabe mantener los mecanismos tradicionales de nuestro ordenamiento que ofrecen “herramientas suficientes para aunar el doble objetivo de tutela de ciertos derechos fundamentales y el derecho a preservar la identidad cultural (M. Guzmán Zapater, “Divorcio sin intervención judicial y repudio. Exequatur: los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y Méjico”, versión Westlaw, núm. 1999/1378, p. 14, pfo. 32). Destacando entre otras la cláusula de orden público, modulada conforme ciertos parámetros. Esta última opción, ofrece como ventajas que no se modifica sustancialmente las reglas (lo que ofrece ventajas para los aplicadores) y evitar una excesiva especialización de reglas para dar cabida a las nuevas realidades (baste destacar, por ejemplo, que recientemente algunos ordenamientos (francés e inglés, entre otros) se han tenido que enfrentar a un nuevo problema: el de los matrimonios forzosos. Esto ha provocado que deban darse soluciones jurídicas para una cuestión no prevista en las soluciones “multiculturales” existentes).

Sirvan estas reflexiones para recordar la nueva realidad que se impone, la de la multiculturalidad, con el fin de que, en la medida de lo posible, se busquen soluciones que compaginen los derechos en tensión.