

LA UNIÓN EUROPEA Y EL MEDITERRÁNEO: ¿HACIA UN MARCO JURÍDICO TRANSNACIONAL PARA LAS RELACIONES FAMILIARES?

Andrés Rodríguez Benot*

Con frecuencia se alude al Mediterráneo como un espacio geográfico, jurídico y político ajeno a la Unión Europea cuando una de las principales proyecciones de ésta lo es, precisamente, hacia los países ribereños del mar con dicho nombre. Así quedó establecido, a raíz del Proceso de Barcelona de 1995, mediante la Estrategia común 2000/458/PESC del Consejo, de 19 de junio de 2000, para la región mediterránea, que tuvo por objeto la cooperación entre la Unión Europea y el resto de países de esta zona en un amplio abanico de sectores como la seguridad, la democracia, la justicia y la economía, todo ello con el ánimo final de fomentar la paz, la estabilidad y la prosperidad en la zona. El compromiso de los países comunitarios con la Unión para el Mediterráneo, relanzada a raíz de la cumbre celebrada en París el 13 de julio de 2008, pone de relieve la reafirmación de estos Estados en el interés por la construcción de un nuevo orden en este espacio geopolítico (pese a algunas diferencias de concepción del mismo).

Desde la perspectiva de un iusprivatista, la aproximación a una estrategia mediterránea que pudiera dar lugar a la creación de un marco jurídico transnacional para las relaciones familiares resulta ciertamente atractiva por una serie de consideraciones.

1ª En primer término, la realidad migratoria pone de relieve que en el entorno geográfico del Mediterráneo se aprecian algunos de los flujos migratorios más significativos del planeta. Ello obedece a diversas razones: el dispar desarrollo socioeconómico de los países de la ribera norte respecto de los de la orilla sur, la escasa distancia física en algunos supuestos (siendo paradigmático de ello la vecindad entre Marruecos y España), las facilidades para el establecimiento derivadas de los vínculos surgidos por la otrora presencia de las metrópolis europeas en algunos de estos países, etc. Flujos que se configuran no sólo por la emigración a Europa de nacionales de países del Magreb sino también por la utilización de tales países como lugares de paso hacia aquélla por personas procedentes del África subsahariana.

2ª En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, se han consolidado en las últimas décadas importantes poblaciones de ciudadanos de origen africano o asiático en Europa (piénsese en los turcos en Alemania, los argelinos en Francia o los marroquíes en España) que se han debatido entre la asimilación, la integración o el aislamiento. Lo

* Profesor Titular de Derecho internacional privado y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D del Ministerio de Educación y Ciencia del Gobierno de España DER2008-05299/JURI.

cierto es que, en mayor o menor medida, se ha dado pie a la creación en los Estados de la vieja Europa de una sociedad multicultural (entendiendo por tal, con el Diccionario de la lengua de la Real Academia Española, aquella *caracterizada por la convivencia de diversas culturas*) que no puede escapar a la reglamentación de aquel sector del Derecho que tiene por finalidad procurar la continuidad transfronteriza de las situaciones jurídicas, esto es, el Derecho internacional privado.

3ª En un tercer escalón no cabe tampoco ignorar que las soluciones consagradas en los sistemas de Derecho internacional privado europeos se sintetizan con la palabra heterogeneidad por la atribución de un diferente ámbito de aplicación sustantivo al concepto de estatuto personal y por la consagración de dispares criterios para determinar el ordenamiento aplicable al mismo, que oscilan en esencia entre la nacionalidad y la residencia habitual. En tanto que la utilización del primero implicaría una aplicación multicultural del Derecho (por cuanto permitiría que el estado, la capacidad, las relaciones de familia, etc. de un extranjero se regulase en Europa por el ordenamiento de su país de origen), el recurso a la residencia habitual tendría el beneficio de un trato igualitario entre todos los ciudadanos que habitasen en el territorio de un país europeo con independencia de su nacionalidad o cultura (si bien no atendería a la reclamada aplicación multicultural del Derecho).

4ª En cuarto término la situación recién expuesta se complica dado que las diferencias *culturales* son, sobre todo, *religiosas*. Dicho en otros términos, se aprecia con frecuencia un desajuste entre la visión globalizadora que de las relaciones sociales tiene el Islam y la aconfesionalidad o la laicidad de los Estados europeos. Lo cual se proyecta en diversos planos del estatuto personal y de las relaciones familiares: celebración del matrimonio, efectos personales y patrimoniales del mismo, separación y divorcio, sucesión por causa de muerte, etc. De lo anterior a la afirmación de la igualmente frecuente actuación de la excepción de orden público internacional hay sólo un paso: en efecto, las autoridades de los países europeos que, en virtud de la solución consagrada en sus sistemas de Derecho internacional privado, han de aplicar un ordenamiento de inspiración religiosa musulmana deben tener como parámetro de actuación la igualdad de todos ante la Ley sin que quepan discriminaciones por razón de etnia, religión, sexo o creencias.

Ante la realidad expuesta, la evolución histórica reciente de la familia y de las normas que la regulan pone de relieve, en otro orden de consideraciones, cambios importantes en ambas orillas del Mediterráneo que en cierto modo acrecientan la distancia jurídica entre las soluciones aplicadas en el norte y en el sur de esta zona geográfica.

a) Por una parte son algunos los países magrebíes que han reformado su Derecho de familia tanto para actualizar sus soluciones materiales como para reconocer el hecho de la emigración de sus nacionales a países de la orilla norte del Mediterráneo; se trata, en definitiva, de un fenómeno que obedece a la ósmosis que en el plano del Derecho de familia produce la realidad migratoria a la que nos hemos referido anteriormente. De entre los Estados del Magreb acogidos a esta tendencia destaca sobremanera el caso de Marruecos, cuyo vigente Código de Familia (*Mudawana*), aprobado por el *Dahir* de 3

de febrero de 2004 que promulga la Ley número 70-03, ha devenido un texto jurídico de notable relieve en la regulación del régimen del estatuto personal de los marroquíes residentes en el extranjero en general y en España en particular; especialmente plausible resulta el hecho de que las claves internas y externas para la promulgación de un nuevo Código de Familia en el Reino vecino hayan tenido como denominador común la necesidad de adaptar la regulación marroquí al creciente papel de la mujer en dicha sociedad. Si bien la equiparación de sexos no ha resultado absoluta en dicho texto, la promulgación de la *Mudawana* de 2004 ha supuesto un hito en la reciente historia jurídica de Marruecos: por encima de cualquier otra consideración, aporta equilibrio a una compleja sociedad en las relaciones entre lo civil y lo religioso (cualidades que el propio Rey asume como Jefe del Estado y como Comendador de los Creyentes), entre el hombre y la mujer, o entre los hijos y los padres. De hecho, el nuevo cuerpo legal marroquí ha influido en cierto modo en la reforma de esta materia en otros países como es el caso de Argelia, cuyo Código de familia fue objeto de modificación mediante un Decreto de 27 de febrero de 2005.

b) Por otra parte, algunos países europeos han admitido en los últimos años la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, la constitución de adopciones de menores por tales matrimonios o la determinación de la filiación derivada de un vientre de alquiler por personas del mismo sexo (entre nosotros, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 [1ª]). Se trata de situaciones, como podrá imaginarse, que resultaría impensable que se constituyesen válidamente al amparo del ordenamiento de un país musulmán (*inter alia* por cuanto, salvo en el caso de Túnez, la adopción se halla proscrita).

Ahora bien, la situación ha devenido aún más compleja desde el momento en que podría admitirse la válida constitución de alguna o de algunas de las situaciones indicadas en el párrafo precedente, al amparo del ordenamiento de ciertos Estados europeos, para personas originarias de un país musulmán: tal es el caso señalado del ordenamiento español, en el que la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 del citado órgano directivo, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, elude el mecanismo conflictual de la regla del apartado 1º del artículo 9 del Código Civil (que prescribe la aplicación del ordenamiento de la nacionalidad de los contrayentes a la determinación de su capacidad nupcial) realizando en su lugar una interpretación amplia de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la cual se aplicaría unilateralmente el ordenamiento español en tanto que *lex fori* a la determinación de la capacidad de los contrayentes, aun extranjeros, si al menos uno estuviera domiciliado en España (expresamente se ha previsto esta misma solución en la Ley sobre matrimonios entre personas del mismo sexo aprobada por el Parlamento islandés el 12 de junio de 2010). A modo de ejemplo, se constituiría válidamente al amparo del ordenamiento español, y accedería a nuestro Registro civil, el matrimonio celebrado ante autoridad civil española en territorio español entre dos varones marroquíes, entre dos mujeres marroquíes, entre un varón marroquí y un varón español, entre una mujer marroquí y una mujer española, entre un varón marroquí y un varón nacional de un tercer Estado y, finalmente, entre una mujer marroquí y una mujer nacional de un tercer Estado (siempre que al menos uno de ellos, insistimos, estuviera domiciliado en territorio español).

El resultado final de este proceso es el de la creación de una situación *claudicante*, esto es, válida para uno de los ordenamientos en presencia (aquí el español) pero nula o inexistente para el otro o los otros (en este caso el marroquí). En el ánimo de evitar conflictos y de procurar la continuidad transfronteriza de las situaciones jurídicas, que es el objeto final del Derecho internacional privado, la autoridad ante la que se suscitase la constitución de una situación de este tipo debería actuar con la oportuna precaución para, en función de los múltiples intereses en presencia, autorizar o no aquélla. Deberán ser consideraciones personales, familiares y sociales las que aconsejaran a los eventuales contrayentes y a la autoridad competente celebrar un acto de esta naturaleza en función, principalmente, de cuál fuera a ser el ámbito de desarrollo de sus intereses vitales, respecto de lo cual los legisladores y los aplicadores del Derecho poca -más bien nula- competencia poseen.

Pero es que desde un punto de vista de técnica normativa, lo expuesto anteriormente pone de relieve la expansión de una tendencia legeforista -nada extraña en algunos países de Europa- por cuya virtud se aplicaría el ordenamiento del Estado del foro a las situaciones de tráfico externo constituidas al amparo de él aun siéndose consciente de la nula eficacia de las mismas *ad extra*. Ciertamente es que el argumento utilizado para dar cobertura a un tal planteamiento estribaría en la salvaguarda de un derecho fundamental a contraer matrimonio aun en casos en que los contrayentes tuvieran el mismo sexo (lo cual integraría el orden público internacional de los Estados que así actúan), pero no es menos cierto que conviene recordar el carácter absolutamente restrictivo que esta institución debe poseer en Derecho internacional privado así como la necesidad de un consenso social pleno para justificar la elusión de la aplicación del ordenamiento de la nacionalidad a la determinación de la capacidad nupcial de los contrayentes en los países que, como España, consagran dicho criterio de conexión en sede de estatuto personal.

Quisiera concluir las reflexiones vertidas en estas páginas con un intento de respuesta a la cuestión planteada en la rúbrica de su título. La comunión humana entre los pueblos del Mediterráneo exige que los Estados que los acogen se doten de un marco jurídico transnacional para la reglamentación de las situaciones familiares surgidas y desarrolladas en este espacio geopolítico. Dicho marco se abría de erigir, a nuestro modesto entender, sobre las siguientes bases.

1ª El respeto a la igualdad de todos, sin que puedan tener cabida en este espacio discriminaciones por razón de etnia, sexo o religión, ha de ser la piedra angular de esta construcción. En esta línea son de valorar los esfuerzos acometidos en Marruecos o en Argelia en aras de la acentuación del principio de igualdad entre el hombre y la mujer, si bien es de esperar que la profundización del desarrollo democrático futuro de sus sociedades permita una total eliminación de las diferencias en este campo, en algunos supuestos aún persistentes (por ejemplo, prohibición a la mujer musulmana de casarse con un no musulmán, los privilegios religioso-maritales de la poligamia y del repudio, la atribución al progenitor varón de la autoridad parental sobre los hijos o la atribución a las hijas de la mitad del patrimonio sucesorio que a los hijos).

2ª La evitación de soluciones unilaterales -como la criticada en líneas anteriores- ha de ser un segundo elemento de construcción del marco transnacional reclamado. Antes al contrario debe ser la cooperación internacional, fundamento y finalidad del Derecho internacional privado, el elemento aglutinante de todos los materiales del nuevo marco jurídico deseado. En esta línea resultaría aconsejable que los países de la orilla sur del Mediterráneo se incorporasen y participasen en foros supraestatales de codificación del Derecho en los que los países de la Unión Europea formen parte asimismo: tal es el caso de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, en la que plausiblemente ingresó Marruecos hace unos años.

3ª Como corolario de lo anterior, los Estados europeos mediterráneos están llamados a incrementar la cooperación bilateral en materia de Derecho de familia con aquellos países africanos mediterráneos de los que exista un relevante número de inmigrantes residiendo en sus territorios. Tal es el caso de España y de Marruecos, respecto de los cuales los instrumentos bilaterales existentes (en particular los Convenios de cooperación de 1997) son considerados insuficientes o inadecuados para el Derecho de familia.

4ª Por último, a los intérpretes y aplicadores del Derecho atañe un papel esencial en el marco transnacional que se pretende: se debe pedir a los jueces y autoridades europeos una actitud de apertura hacia estas realidades normativas de los países magrebíes así como un esfuerzo en la constitución de situaciones o en la adopción de soluciones que no resulten claudicantes, con la salvaguarda en todo caso del principio de igualdad absoluta de todos ante la Ley (que en nuestra Constitución se consagra en los artículos 14, 32 y 39).