

Civilizaciones (Conflicto de)

José C. Fernandez Rozas

Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

Los movimientos migratorios internacionales han traído consigo la aparición de nuevos ámbitos de problemas derivados de las relaciones laborales, como consecuencia de circunstancias tales como la superpoblación de los países exportadores de mano de obra, la escasez de la misma en los países receptores, o la sedentariedad de la mano de obra nacional de los países de alto nivel de desarrollo, que tiende a buscar un sustituto de otro país. Las estadísticas son, a este respecto, inexorables. Si nos centramos en Europa occidental, como área geográfica de acogida, podremos observar que en ella están establecidos veinte millones de emigrantes, es decir, más de un 15 por 100 de la población activa, de los que un 40 por 100 procede del tercer mundo, con la consiguiente nota diferencial de carácter étnico. Dicha nota, pese a ser este área geográfica el lugar del mundo donde existe un mayor respeto a los derechos del hombre, se ha traducido en una hostilidad que adquiere formas diversas de racismo y que se está concretando en normas jurídicas y prácticas judiciales discriminatorias. Para ello, no hay más que tomar como «unto de referencia determinadas leyes que se han dictado en los países de nuestro entorno en los últimos tiempos, sobre todo en el ámbito de la extranjería y en el de las condiciones de empleo, que sólo pueden recibir el calificativo de infames en función de la maldad ética que contienen. En España, por ejemplo, la ley orgánica 7/ 1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros, pese a los recortes producidos a la misma por la sentencia del Tribunal Constitucional 115/87, de 7 de julio, constituye un ejemplo elocuente.

Lo cierto es que las soluciones adoptadas por los países europeos frente a los movimientos migratorios masivos procedentes del tercer mundo, se caracterizan por una marcada nota de discriminación en las normas reguladoras del tráfico privado externo, tradicionalmente asépticas, que se erigen ahora en auténticas «normas de combate» que tratan, muchas veces de dar una respuesta a un cálculo ponderado entre las diversas opciones de las denominadas migraciones «lentas» y migraciones «rápidas». Las previsiones más optimistas contemplan, en los países industrializados europeos, para el año 2025, una cifra superior a treinta y cinco millones de personas procedentes de África; es decir, que de cada ocho habitantes europeos, uno procedería de este continente. Prescindiendo del inevitable cambio cultural que se producirá en Europa, es indudable que el fenómeno generará unas consecuencias jurídicas dentro de lo que se ha venido llamando «conflicto de civilizaciones», que pondrá punto final a aquellas doctrinas que aún abogan por la neutralidad de las normas de derecho internacional privado. Detengámonos, por ejemplo, en el fenómeno de la emigración española a Europa, producido a principios de los años sesenta. Tras una estancia prolongada en el país de acogida, el trabajador o trabajadora español ha podido contraer matrimonio con un natural de dicho país, divorciarse -incluso con anterioridad a la introducción del divorcio en nuestro país-, tener hijos -la denominada, acaso impropia, «segunda generación de emigrantes»-, etc., relaciones jurídicas, todas ellas, que suelen poner en marcha, junto al ordenamiento jurídico español, el mecanismo de un ordenamiento extranjero, y para las que las normas clásicas de derecho internacional privado, creadas en otras etapas históricas, no dan una respuesta adecuada. En suma, las necesidades sociales generadas por la emigración precisan un marco jurídico muy distinto del construido en el pasado.

La tradicional dialéctica del derecho internacional privado entre las normas extranjeras reclamadas y el derecho del foro ha sido resulta en la actualidad merced a la acción del principio de igualdad, que se erige hoy como uno de los denominados «principios de construcción» de este ordenamiento. Dicho principio opera igualmente desde el punto de vista del juez, aunque debe reconocerse que en este caso la acción de la *lex fori*, a través de la utilización de correctivos funcionales, es decisiva, en orden a controlar la aplicación de la ley extranjera. Pero al margen de esta realidad, que demuestra inequívocamente la práctica judicial, no puede desconocerse que la igualdad entre la *lex fori* y el derecho extranjero obedece a una idea de justicia que debe imperar en el ámbito de la comunidad internacional. Esta igualdad descansa, indudablemente, en la idea de la cooperación internacional, pues el derecho internacional general no impone a los Estados una obligación de aplicar el derecho extranjero ni, mucho menos, de concederle el mismo

tratamiento que el derecho nacional. Por el contrario, la práctica demuestra la aplicación prioritaria del derecho del foro, o la evicción de la ley extranjera en base a consideraciones extrajurídicas.

La evicción del derecho extranjero en base a consideraciones extrajurídicas es una constante de las relaciones del tráfico jurídico externo que se producen en el ámbito de los movimientos migratorios. Procede recordar, a este respecto, que los progresos técnicos y los intercambios internacionales no han conseguido lograr una uniformidad del derecho, por lo que subsisten enfrentadas diversas familias jurídicas, respecto de las cuales se proyecta en la actualidad el denominado «nivel de civilización». Las leyes, como es sabido, son un reflejo de las civilizaciones, y el admitir en un Estado una ley extranjera, viene a implicar no sólo el reconocimiento de ésta sino el reconocimiento del nivel de civilización que dicha ley representa. En las relaciones entre Estados que poseen, de acuerdo a este planteamiento, un «nivel de civilización» similar, la cuestión no se suscita, pero la situación cambia cuando las autoridades que deben aplicar el derecho extranjero consideran que éste proviene de un Estado de civilización muy diferente. La máxima expresión del problema se registra, lógicamente, en los países europeos de acogida de trabajadores procedentes del continente africano, y es especial respecto a instituciones tales como el matrimonio poligámico. Y así parece del examen de la práctica que en este ámbito vuelve a resurgir en el secular enfrentamiento de la cristiandad entre «Estados civilizados», «Estados bárbaros» y «Estados salvajes», característico del *ius publicum* europeo. Lo cual contradice la consideración del derecho internacional privado como «derecho de la tolerancia».

Dicho enfrentamiento ha adquirido en los últimos tiempos una nueva dimensión. Se encuentra también presente, aunque con una formulación menos tajante, en la comparación entre el nivel de civilización existente en los distintos países europeos. Por citar un ejemplo concreto, por más que nuestro país haya realizado en los últimos tiempos un importante proceso de reformas políticas sobre bases democráticas y no tener nada que envidiar a cualquier otro país de su área en la dimensión de los derechos humanos, tal cambio dista mucho de ser reconocido, con la consiguiente repercusión en las relaciones del tráfico externo. Baste retener que no hace muchos años se llegó a sostener, desde la perspectiva francesa (C. Labrusse), que una emigración procedente de Bélgica, Italia o la R.F. de Alemania no suscitaba ningún problema en orden al eventual conflicto de civilizaciones, pero que la situación era muy distinta cuando esta procedía de países tales como Polonia, España, Yugoslavia o Portugal, toda vez que dichos Estados contaban con una «culture partiellement différenciée» (sic). Que esta posición se registre en el ámbito doctrinal, puede, si no justificarse, al menos comprenderse basándose en una ideología que en modo alguno compartimos. Lo grave es que tenga reflejo, y lo tiene, en la jurisprudencia, en base a una vaga alusión a supuestos intereses de la comunidad nacional que muchas veces solapan una actitud de recelo hacia el nivel de civilización del derecho extranjero reclamado.

Es frecuente en la jurisprudencia de los países europeos desarrollados la negativa a aplicar el derecho extranjero basándose en consideraciones de orden público, con una vaga alusión a que tal aplicación vulnera los intereses comunitarios; tal actitud no es otra cosa, muchas veces, que una expresión de recelo hacia el nivel de civilización del derecho extranjero reclamado, esto es, encubre un evidente perjuicio nacionalista en función del nivel de civilización que expresaba el derecho extranjero que debía aplicarse al caso. Lo cierto es que estamos ante una desnaturalización característica de nuestro tiempo, que contradice al espíritu de cooperación que debe presidir la puesta en práctica de un mecanismo de derecho internacional privado; porque el menor conocimiento del derecho extranjero, en relación con la civilización en la que está inserto, es una necesidad que se impone para el logro de una normal convivencia jurídica entre los pueblos (H. Batiffol). La respuesta a esta crisis del mecanismo normal de aplicación de las normas de derecho, aplicable por parte del Estado de acogida, suele venir dada por otra «crisis» del sistema, producida, esta vez, por la parte afectada. El ejemplo más característico se produce en materia de patria potestad, y conduce con frecuencia a situaciones de *legal kidnapping* por parte de los padres extranjeros, que, desprovistos de la custodia de su hijo, proceden a su sustracción al amparo de su Estado de origen.