

**EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (DIPr)  
Y EL ESTADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN:  
LA VUELTA A LOS ORÍGENES**

por RAFAEL ARENAS GARCÍA

Catedrático de Derecho internacional privado  
Universitat Autònoma de Barcelona

# SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL DIPR. Y EL ESTADO
  - 1. El origen del Estado y el origen del DIPr**
  - 2. El paradigma estatal y el DIPr. clásico**
- III. LA INTEGRACIÓN REGIONAL
  - 1. La originalidad de la construcción comunitaria**
    - A) LA INTEGRACIÓN EUROPEA Y EL PARADIGMA ESTATAL
    - B) LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO
  - 2. El DIPr. comunitario: el sector del Derecho aplicable**
  - 3. El DIPr. comunitario: la competencia judicial internacional.**
    - A) LA CONFIGURACIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMUNITARIA
    - B) LAS DIMENSIONES AD INTRA Y AD EXTRA DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL
- IV. LA DESCENTRALIZACIÓN ESTATAL
  - 1. Descentralización y sistema jurídico**
  - 2. Descentralización estatal y DIPr**
- V. LA INTEGRACIÓN MUNDIAL
  - 1. Los antecedentes de la integración mundial**
  - 2. La economía global actual y el Estado**
  - 3. Los Derechos Humanos en el proceso de integración mundial**
    - A) LOS DERECHOS HUMANOS COMO ELEMENTO DE ESTABILIDAD TEMPORAL
    - B) LOS DERECHOS HUMANOS COMO ELEMENTO DE INTEGRACIÓN
- VI. LA TRANSFORMACIÓN DEL DIPR
  - 1. La aplicación judicial y extrajudicial del DIPr**
    - A) LA DESVINCULACIÓN ENTRE EL JUEZ Y EL FORO
    - B) LA FLEXIBILIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
  - 2. La protección de intereses materiales**
    - A) LA PROFUNDIZACIÓN EN LA MATERIALIZACIÓN
    - B) DIPR. Y DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL FORO
  - 3. El resurgir del unilateralismo**

## I. INTRODUCCIÓN

1. El Derecho, al igual que el resto de los fenómenos sociales, se encuentra profundamente afectado por el fenómeno de la globalización. Todas las ramas del ordenamiento jurídico se ven condicionadas, en mayor o menor medida, por un proceso que, seguramente, tendrá una trascendencia multiseccular. El DIPr. no es una excepción; pero es que, además, dado el objeto del mismo, la regulación de las situaciones privadas heterogéneas, no es aventurado pensar que ha de ser una de las ramas del Derecho que más profundamente han de verse alteradas por el fenómeno de la integración mundial. Hasta hoy no son pocos los estudios que han abordado esta incidencia de la globalización en nuestra disciplina de una forma directa<sup>1</sup>, y muchos más aquéllos en los que el fenómeno de la globalización es considerado al hilo de otros análisis<sup>2</sup>. El trabajo que sigue se une, por tanto, a un *corpus* doctrinal que ya es abundante y de calidad.

La particularidad de este trabajo es que en él el análisis de la incidencia de la globalización en el DIPr. se hará a partir de las alteraciones que este fenómeno, la globalización, ha producido en el papel del Estado. La tesis de la que se parte es la de el monopolio estatal en la creación jurídica, que encuentra su culminación en los siglos XIX y XX, condicionó de una forma decisiva el DIPr., hasta el punto de que la forma de abordar la regulación de las situaciones privadas heterogéneas en los últimos siglos no puede ser entendida al margen de este papel nuclear del Estado. A partir de aquí, la alteración del papel del Estado como consecuencia de la globalización ha de incidir en el DIPr., produciéndose cambios en éste que son consecuencia, precisamente, del abandono del paradigma jurídico estatal.

2. La exposición que sigue comienza por describir los vínculos entre el DIPr. y el paradigma estatal para, a continuación, detenerse en la forma en que las tres

---

<sup>1</sup> Vid. en nuestra doctrina P. de Miguel Asensio, «El Derecho internacional privado ante la globalización», *AEDIPr.*, 2001, t. I, pp. 37-87.

<sup>2</sup> Vid., por ejemplo, M. Guzmán Zapater, *Sociedad internacional y Derecho internacional privado. Problemas de aplicación de sus normas*, Madrid, Colex, 2006.

grandes manifestaciones de la crisis de este paradigma: la integración regional, la descentralización estatal y la integración mundial, afectan al DIPr. En el apartado dedicado a la integración regional se incidirá especialmente en la diferenciación entre el DIPr. institucional, el creado por el legislador comunitario; y el DIPr. comunitario. Hasta el momento la atención doctrinal se había centrado en el primero, sin distinguir entre aquellas normas institucionales que delimitan el ámbito de aplicación del Derecho comunitario material (DIPr. comunitario) y aquéllas que se ocupan de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos estatales (DIPr. institucional no comunitario). En el epígrafe que se ocupa de la descentralización estatal nos centraremos en la tensión entre la lógica de DIPr. y la lógica constitucional en la regulación de los conflictos internos dentro de los Estados complejos, así como de las relaciones entre conflictos internos y conflictos externos. Finalmente, en el apartado dedicado a la integración mundial se destacará la forma en que los Derechos Humanos juegan un papel de ordenación en un panorama jurídico complejo y, en ocasiones, casi caótico.

El trabajo concluye con unas reflexiones sobre la forma en que los cambios que se han ido señalando influyen en las fuentes del DIPr., en la formulación de sus normas y en la aplicación de las mismas. En este apartado final se pretende mostrar por un lado, como la superposición sobre un mismo territorio de distintos ordenamientos jurídicos altera el papel de los jueces como aplicadores del Derecho. Por otro lado, se destacará que el DIPr. del siglo XXI prefiere las técnicas unilaterales a las bilaterales y que el método del reconocimiento desplaza a los mecanismos conflictuales. Desde la perspectiva que aquí se mantiene todos estos fenómenos encuentran su explicación en la alteración del paradigma estatal que es fruto de la globalización.

## II. DIPR. Y ESTADO

### 1. El origen del Estado y el origen del DIPr

3. El DIPr. que conocemos, aquél que surge por obra de la estatutaria italiana en la Baja Edad Media, se encuentra estrechamente vinculado a la territorialización del poder político que se inició en el siglo XI con el feudalismo y que concluyó con la consagración del Estado Moderno en el siglo XIX. La compartimentación del poder político trajo como consecuencia la disociación entre el ámbito espacial de eficacia del Derecho y el territorio en el que se desarrollaba la actividad humana. La existencia de relaciones humanas que transcendían los límites territoriales del poder político se convirtió ya en la Baja Edad Media en un fenómeno que cuestionaba la adecuación de las nuevas formas del Derecho para regir determinados supuestos de la vida social. Mientras el Derecho se identificaba progresivamente con cada una de las comunidades políticas existentes, las relaciones sociales se mostraban remisas a reducirse a los límites de cada uno de los Reinos o, posteriormente, de los Estados. El DIPr. surge en este contexto como una vía para mantener una regulación jurídica de las relaciones privadas internacionales en un momento en el que desaparecen o pierden vigor las fuentes de creación de Derecho privado que superen el ámbito de las distintas organizaciones políticas.

Es por lo anterior que la configuración del DIPr. no puede ser entendida correctamente si no se tiene en cuenta el fenómeno de concentración del poder político que concluye en los Estados decimonónicos. La evolución del DIPr. y sus sucesivas transformaciones se encuentran estrechamente vinculados a los cambios en la organización política y jurídica en Europa Occidental. Así, en sus orígenes, la reflexión en nuestra disciplina se muestra dependiente de un contexto político y jurídico que se caracteriza por la existencia, por un lado, de productos fruto de legisladores locales (los estatutos de las ciudades italianas o de los Países Bajos, las costumbres locales de los territorios que hoy son Francia, etc.), y, por otro lado, por la existencia de un Derecho superior y único para toda Europa, el Derecho común, que permite encontrar un fundamento a la reflexión teórica común a todos los Derechos implicados en la regulación de la situación privada internacional de que se trate.

El cambio de la estructura política en Europa durante los siglos XVI y XVII trajo también cambios al DIPr.<sup>3</sup> A la estatutaria italiana y francesa le sucede la estatutaria holandesa, que adapta nuestra disciplina a la eliminación efectiva de los últimos restos de una organización política global para Europa. En lo que se refiere a nuestra disciplina, la desaparición de la percepción de la existencia de un Derecho realmente vigente para el conjunto de Europa, el *ius commune*, hizo que el DIPr. se vinculase al *ius gentium*, que evolucionaba para convertirse en el Derecho regulador de las relaciones entre Estados soberanos e iguales<sup>4</sup>. Por otro lado, elementos claves para nuestra disciplina como es la aplicación de Derechos extranjeros al juez que se encuentra conociendo o la eficacia extraterritorial de las decisiones extranjeras se vinculan al consentimiento del soberano del territorio en el que se pretende conseguir dicha eficacia, quien la concederá en atención a la «cortesía internacional» (*comity*), ya que no puede concebirse una actuación jurídica en el interior de las fronteras de una Nación que no se derive de la autorización del soberano.

El aumento del poder de los Estados en detrimento de otras formas de organización política tuvo como consecuencia, por tanto, la alteración de los fundamentos del DIPr.; pero no implicó un cambio excesivo en las soluciones. Estas siguieron siendo a lo largo de los siglos XVII, XVIII y XIX básicamente las mismas que ya había identificado la estatutaria italiana durante los siglos XIV y XV. Esta continuidad en las soluciones fue posible porque los nuevos protagonistas políticos (los Monarcas o los Parlamentos) no mostraron interés por legislar en materia de DIPr. Objetivo de los Estados fue el Derecho mercantil (véase, por ejemplo, la Ordenanza de Comercio francesa de 1674), la gestión de los impuestos y de la administración y, ya en el siglo XIX, la regulación de la familia, sustituyendo o

<sup>3</sup> Vid. B. Audit., «Le droit international privé en quête d'universalité», *R. des C.*, 2003, t. 305, pp. 9-488, pp. 161-169.

<sup>4</sup> La identificación entre *ius gentium* y Derecho interestatal no se produce, sin embargo, hasta el siglo XIX. Cf. A.A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Ius gentium* (I). General Course on Public International Law», *R. des C.*, 2001, t. 316, pp. 9-440, p. 43. Resulta interesante el análisis que realiza este autor sobre la evolución del *ius gentium* desde sus orígenes como Derecho privado hasta su transformación en Derecho rector de las relaciones entre Estados (*ibidem.*, pp. 37-45).

completando el papel que hasta ese momento había tenido la Iglesia en la regulación de cuestiones tales como el matrimonio. Todas estas fueron materias en las que se mostró interesado el legislador, alterando en ocasiones las instituciones heredadas o creando otras nuevas inexistentes hasta ese momento (las sociedades anónimas, por ejemplo). El DIPr., sin embargo, se mantuvo como un espacio prácticamente inmune a la actuación del legislador. La razón de ello quizás se encuentre en la escasa importancia práctica desde un punto de vista cuantitativo de la problemática resuelta por esta rama del ordenamiento.

4. El DIPr. permanece así como un elemento en cierta forma extraño en relación con las otras partes del ordenamiento jurídico. Éste asume progresivamente que el Estado no solamente es el principal protagonista en la creación del Derecho, sino que aquél se convierte en el referente único para la identificación de lo jurídico, hasta llegar a la conocida asimilación entre Estado y Derecho que asociamos al nombre de Hans Kelsen, ya en las primeras décadas del siglo XX. El DIPr. se muestra, sin embargo, renuente a vincularse al Derecho estatal y mantiene caracteres propiamente medievales, apenas alterados desde su origen. Así, el DIPr. se mantiene como un Derecho profundamente doctrinal, capaz de hacernos recordar aún en pleno siglo XIX, la comunidad jurídica europea que se desarrolló durante la Baja Edad Media al calor de la recuperación del Derecho Romano y el desarrollo del Derecho Canónico. El escaso interés del Estado por regular una materia que originaba un escaso número de conflictos hizo que se mantuviesen durante siglos no solamente los mismos métodos de análisis sino las mismas soluciones que se habían pergeñado en los últimos siglos de la Baja Edad Media.

El desinterés del Estado en la regulación del DIPr. no fue meramente accidental. Existe otra razón más profunda que explica esta generalizada falta de interés de los responsables políticos en ocuparse de la regulación de esta materia. El DIPr., si ha de cumplir eficazmente su función de hacer posible las relaciones jurídicas que superen el ámbito de un Estado, no puede ser radicalmente diferente en cada uno de esos Estados. El tráfico jurídico exige cierta capacidad de previsión de las soluciones que se darán a los conflictos jurídicos en el momento en el que surjan. Dicha previsión no será posible si cada ordenamiento jurídico opta por construir un DIPr. propio totalmente desvinculado de los planteamientos vigentes en el resto de Estados. Es por ello que un DIPr. doctrinal, fruto de una comunidad de pensamiento que traspasa fronteras, es más útil que un DIPr. propio de cada Estado y tercamente empeñado en mantener sus particularidades. Una actuación agresiva del legislador en esta materia podría dificultar la consecución de uno de los fines esenciales del DIPr., la armonía internacional de soluciones.

El DIPr. permanece, pues, al margen de la actuación del legislador estatal; pero al mismo tiempo se construye en torno a la idea de la existencia de Estados o, si se prefiere un término más general, de entidades territoriales organizadas política y jurídicamente. Veámos como esta pluralidad de legisladores territoriales, circunscritos a un territorio más limitado que aquél en el que se desarrolla la vida social era la causa de un divorcio que supera el DIPr. Por otro lado, el DIPr. resuelve este problema, ya desde sus orígenes mediante el mecanismo de delimitar el ámbito de aplicación de cada uno de los Derechos en conflicto.

## 2. El paradigma estatal y el DIPrz. clásico

5. El DIPr., tal como lo hemos entendido durante los siglos XIX y XX, y de acuerdo con lo expuesto en el epígrafe anterior, no puede ser comprendido de una forma aislada respecto al Estado. El DIPr. actual es una manifestación más de la concentración de la creación jurídica en manos del Estado; aunque una manifestación peculiar, sin duda, puesto que pretende, precisamente, superar uno de los inconvenientes del paradigma estatal, la limitación del ámbito territorial de vigencia y eficacia del Derecho creado por cada una de las entidades territoriales que monopolizan el poder público en el Mundo. Esta tarea específica del DIPr. dentro del paradigma estatal ha implicado algunos caracteres esenciales en nuestra disciplina (limitado grado de positivización, elevada utilización de los convenios internacionales, gran importancia de la doctrina, amplio margen de actuación para la jurisprudencia y desvinculación de las explicaciones dogmáticas del Derecho, inhábiles para dar cuenta de estas particularidades del DIPr. explicables a partir de la no desaparición de algunos elementos presentes en sus orígenes medievales). Pero estas particularidades no oscurecen el hecho de que la disciplina se encuentra fuertemente condicionada por la evolución de este paradigma estatal. En este epígrafe intentaremos ofrecer una visión estática de algunas de las características de esta vinculación en el centro del siglo XX, haciendo abstracción de los elementos que pueden indicarnos que nos encontramos ante una crisis del paradigma estatal que afecta ya a nuestra disciplina. Comenzaremos con el análisis de la dimensión procesal del DIPr. para continuar con el examen del sector del Derecho aplicable.

6. Pese al carácter marginal que ostenta la problemática procesal en las concepciones clásicas del DIPr., la reflexión acerca de las relaciones entre el fenómeno estatal y nuestra disciplina deben comenzar por tener en cuenta cómo influyó la concentración del poder público en el Estado en la organización de la jurisdicción en nuestro entorno jurídico. En el Estado Moderno, una vez que las revoluciones burguesas hubiesen puesto punto final al Antiguo Régimen, la jurisdicción aparece definitivamente como una función estatal, heredera de la que desempeñaban los jueces del Rey desde la Edad Media. De esta forma, el Juez se identifica con un concreto ordenamiento jurídico, aquél del que es órgano. A partir de aquí, siempre existirá una diferencia entre el Derecho del Estado del Juez y el Derecho extranjero. La diferencia entre el Derecho del foro y cualquier otro nos es tan natural que quizá nos haga olvidar el que en los orígenes medievales de nuestra disciplina la conexión entre juzgador y Derecho presentaba unos caracteres diferentes, menos marcados que los actuales. El juez, pese a vincularse con un determinado poder político (el Rey, un señor determinado, una municipalidad) no estaba obligado a considerar únicamente como Derecho aquél que hubiese sido promulgado por la autoridad de la que emanaba su jurisdicción. El Derecho se entendía como existente con independencia de su promulgación, que en muchos casos era entendida como mero reconocimiento, más que como creación. De esta forma el Derecho Romano, pese a que su aplicación en el foro fue siendo formalmente admitida por los distintos señores de Europa, fue inicialmente utilizado por los juristas en tanto que Derecho «encontrado» y existente con independencia de promulgación alguna.

En este contexto, la diferencia entre el Derecho del foro y el Derecho extranjero no tiene sentido. En el siglo XIX y en el XX, en cambio, sí que resulta relevante esta distinción. El debate acerca de la naturaleza del Derecho extranjero ha ocupado una parte significativa de los esfuerzos de los especialistas en DIPr. durante más de cien años y ha condicionado el debate sobre varios problemas de nuestra disciplina.

No me detendré aquí, sin embargo, en las dificultades dogmáticas acerca de la consideración del Derecho extranjero una vez que se ha asumido la identificación entre Derecho y Estado. Entiendo que se trata de una cuestión irresoluble precisamente porque la dogmática jurídica moderna se ha construido sin tener en cuenta la especificidad del DIPr., por lo que en éste aún se opera con la concepción medieval del Derecho, en el que éste no resulta identificado por su promulgación, sino por su función ordenadora de la vida social. De esta forma, en la práctica diaria del DIPr. no se discute el carácter jurídico del Derecho extranjero<sup>5</sup>, planteándose únicamente dificultades procesales en el momento de aplicarlo y, desde un planteamiento de principio, la duda acerca de si debe darse preferencia o no a la aplicación del Derecho del foro respecto al extranjero.

7. De acuerdo con el «paradigma conflictual» que ha orientado a la ciencia del DIPr. desde la segunda mitad del siglo XIX hasta la actualidad<sup>6</sup>, el tratamiento en el proceso del Derecho extranjero ha de regirse por una solución clara: no debe hacerse prevalecer el Derecho del foro sobre el Derecho extranjero. La distinción entre uno y otro, forzada por la identificación del juzgador con un concreto ordenamiento, no debía implicar la preferencia del Derecho del Estado del juez sobre los Derechos de otros Estados en la resolución del conflicto. El Derecho designado por la norma de conflicto debía aplicarse para la resolución del conflicto, con independencia de que se tratara del Derecho propio o de uno ajeno; solamente de esta forma podía garantizarse que la resolución del litigio no variara en función del tribunal ante el que se presente la demanda, consiguiéndose así la armonía internacional de soluciones, objetivo fundamental del método conflictual<sup>7</sup>. La estataliza-

---

<sup>5</sup> Vid. el lúcido análisis de J.A. Carrillo Salcedo (*Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, 1975, pp. 137-138) donde se afirma que la norma extranjera reclamada por la norma de conflicto no pierde su «primitiva condición jurídica». Se asume, pues, que el carácter jurídico de la norma, desde la perspectiva del foro, existe, pese a que haya sido atribuido por un ordenamiento extranjero. A partir de aquí, no existe inconveniente para dotarla de un tratamiento distinto al del Derecho del foro, a partir de fundadas razones prácticas, sin que por ello el Derecho extranjero pierda su carácter jurídico. Nos encontramos, por tanto, con que el Derecho extranjero «es Derecho aunque extranjero» (*ibidem.*, p. 137).

<sup>6</sup> Sobre el origen, caracteres y crisis del paradigma conflictual *vid.* J.D. González Campos, «El paradigma de la norma de conflicto multilateral», *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, vol. IV, pp. 5239-5270; *id.* «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général», *R. des C.*, 2000, t-287, pp. 9-426, pp. 34-66.

<sup>7</sup> La formulación canónica del principio fue realizada por F.C. von Savigny: «die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Collision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urteil gesprochen werde.», *cf.* F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, 1849, t-VIII, p. 27 (consultado en la reimpresión de Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1981) . *Vid.* P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Aalen, 1981, p. 10.

ción del DIPr. trajo como consecuencia, sin embargo, una fuerte tendencia a hacer prevalecer el Derecho del foro sobre el Derecho extranjero. A partir de aquí, la doctrina ha intentado mayoritariamente reducir esta ventaja del Derecho propio sobre el ajeno, mostrando cómo los fines específicos de nuestra disciplina aconsejan que se tienda a no beneficiar excesivamente al Derecho propio (legeforismo; *Heimwärtsstreben*, tal como se expresa en Alemania<sup>8</sup>). No obstante, se admite que no resulta posible colocar al Derecho extranjero en la misma posición que al Derecho del foro. Así, la igualdad entre todos los Derechos que pueda reclamar la norma de conflicto se defiende únicamente en la medida «en que sea posible»<sup>9</sup>.

Durante buena parte de los siglos XIX y XX, por tanto, la doctrina internacionalprivatista se ha ocupado de intentar limitar las consecuencias legeforistas de la vinculación entre Juez y Estado. Se pretendía de esta forma reducir las consecuencias de la estatalización del DIPr., una disciplina que mantenía su carácter de puente entre ordenamientos jurídicos<sup>10</sup>. No obstante, esto no ha impedido que el Derecho extranjero no se encuentre en el mismo plano que el Derecho propio del Juez que está conociendo. La desventaja procesal del Derecho extranjero respecto al Derecho del foro no puede ser negada. La *lex fori* se ve beneficiada del principio *iura novit curia*, que libera a las partes de la carga de su prueba, mientras que, generalmente, esta obligación de conocimiento no alcanza al Derecho extranjero, que deberá ser aportado por la parte a quien interese su aplicación. Se trata de una consecuencia seguramente inevitable de la distinción entre el Derecho del Juez que está conociendo y aquél que se identifica con otro ordenamiento jurídico.

El hecho de que no resulte posible equiparar el tratamiento del Derecho propio y del extranjero por evidentes razones prácticas no impide, sin embargo, que esta diferencia pueda ser reducida o ampliada en función del tratamiento procesal de este Derecho extranjero, tratamiento que contribuirá, pues, a determinar en qué posición se ubica cada concreto DIPr. estatal en la realización del paradigma conflictual. Así, si se establece un sistema riguroso de prueba del Derecho extranjero,

---

*trechts*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2ª ed. 1976, pp. 49-63. La necesidad de un tratamiento igual del Derecho del foro y del Derecho extranjero con el fin de conseguir dicha armonía fue mantenida por el IDI mediante una Recomendación adoptada en la Sesión de Siena de 1952 (*Annuaire IDI*, 1952, vol. 44, vol. II, p. 477: «Les règles de droit international privé ne doivent pas, pour des raisons démographiques, utiliser des points de rattachement donnant lieu à une différence entre le domaine d'application de la loi nationale et de la loi étrangère.») Vid. P.G. Vallindas, «Structure de la règle de conflit», *R. des C.*, 1960-III, t-101, pp. 327-380, p. 344; W. Wengler, «General Principles of Private International Law», *loc. cit.*, p. 368; P.H. Neuhaus, *op. cit.*, p. 69.

<sup>8</sup> Cf. P.H. Neuhaus, *op. cit.*, p. 67.

<sup>9</sup> Cf. W. Wengler, *loc. cit.*, pp. 373-374: «The general interest of the legislature, or of the citizens of a country, to have the law of that country applied by its courts as often as possible –if such an interest would be felt by anybody– would not be strong enough to predominate against the necessity to determine the law applicable to multiple contact cases in such a way that uniformity of decisions in different countries is secured *as far as possible*.» Vid. también P.H. Neuhaus, *op. cit.*, pp. 64 y ss.

<sup>10</sup> Se detecta cierto tono de lamento en el reconocimiento, por algunos autores del carácter estatal del DIPr., una vez abandonada la pretensión de que se trataba de una parte del Derecho internacional público, *vid.* H. Lewald, «Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé», *R. des C.*, 1939-III, t-69, pp. 1-147, p. 6.

que incida en las dificultades para que en el proceso pueda apreciarse el verdadero alcance del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto, la consecuencia será una aplicación escasa del Derecho extranjero, desincentivadas las partes por las exigencias de un régimen probatorio riguroso, y un paralelo incremento en la aplicación del Derecho del foro. Si, por el contrario, la aplicación del Derecho extranjero se presenta como normal, estableciendo cauces adecuados de cooperación entre el juzgador y las partes en la aportación del Derecho extranjero, y permitiendo que el juzgador valore libremente las pruebas que se le aporten sobre el contenido e interpretación de dicho Derecho extranjero, nos situamos ante un sistema más cercano a los planteamientos tradicionales de nuestra disciplina, reduciendo las dificultades de aplicación de dicho Derecho extranjero únicamente a las que se derivan de los problemas que surgen para poder llegar a conocerlo.

9. Las diferencias en el tratamiento procesal del Derecho del foro y del Derecho extranjero no son, sin embargo, más que una de las manifestaciones de la preferencia que se otorga al Derecho propio en el DIPr. «clásico». La señalada vinculación entre el juzgador y un concreto ordenamiento, unida a la identificación entre Derecho y Estado implicaron de formas diversas la diferenciación del DIPr. en cada Estado y la imbricación de esta rama del ordenamiento dentro del ordenamiento jurídico estatal. De esta forma, la evolución de nuestra disciplina entre mediados del siglo XIX y mediados del XX podría simplificarse a partir de la tensión entre la tendencia a la estatalización y los intentos, sobre todo doctrinales, de mantener el grado suficiente de universalismo para que el DIPr. pudiese seguir cumpliendo satisfactoriamente su función de regulación de las relaciones que superan el ámbito de regulación del poder público. Entendido así, el universalismo de Savigny o el internacionalismo de Mancini aparecen como necesarios en un contexto en el que, de no mantener, al menos doctrinalmente, el objetivo de la armonía internacional de decisiones se podría concluir con un fraccionamiento del DIPr. y un posterior aislamiento de las diferentes soluciones nacionales.

Entendido en esta clave, el recurso a la norma de conflicto bilateral como eje de la regulación permitía facilitar esta armonía, al resultar más sencillo concluir acuerdos sobre la formulación de la norma de conflicto que sobre el contenido material del Derecho regulador de las situaciones internacionales<sup>11</sup>. La existencia de una comunidad científica internacional facilitaba, además, el que las soluciones pudiesen traspasar las fronteras, manteniéndose de esta forma una cierta similitud entre las regulaciones de los distintos países. La norma de conflicto bilateral descubierta por Savigny puede ser entendida como un mecanismo técnico cuyo extraordinario éxito puede ser explicado por permitir, en un contexto de creciente estatalización del DIPr. mantener la continuidad en las soluciones a través de las fronteras. Su formulación lleva ínsito el principio de igualdad entre los distintos Derechos, igualdad que necesitaba ser reclamada en el momento en el que se confirma la identificación entre el juzgador y un concreto ordenamiento jurídico. A la vez, facilita la comunicación de las soluciones entre los distintos foros y la unifi-

---

<sup>11</sup> Vid. H. Gaudemet-Tallon, «Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (La funambule et l'arc-en-ciel). Cours General», *R. des C.*, 2005, t-312, pp. 9-488, p. 185.

cación de las mismas a través de los instrumentos internacionales. Quizá sean estas ventajas técnicas las que explican el desplazamiento de las normas de conflicto unilaterales, inhábiles ya para cumplir estas funciones<sup>12</sup>, sin que este desplazamiento suponga realmente un cambio esencial en el método regulador, si se tienen en cuenta como correctores, los contextos políticos y jurídicos de la estatutaria y del conflictualismo savignyano<sup>13</sup>.

10. La norma de conflicto puede, por tanto, resultar un elemento útil para facilitar una regulación uniforme del tráfico jurídico privado internacional en un mundo dividido en Estados soberanos; pero no puede impedir que la norma de DIPr. realmente aplicada sea, precisamente, la del ordenamiento del Juez que se encuentra conociendo. De nuevo aquí el papel preponderante de la *lex fori* nos hace recordar el estrecho vínculo entre paradigma estatal y DIPr. El principio, ampliamente admitido, según el cual el sistema de DIPr. aplicable es del Juez que está conociendo, es muestra, de nuevo, del papel nuclear del Estado en la formulación clásica del DIPr.

La vinculación entre el método conflictual y el Estado no se agota aquí. Resulta significativo también notar que la norma de conflicto regula los supuestos heterogéneos solamente de una forma indirecta, siendo directamente regidos por el Derecho estatal designado por aquélla. Este Derecho, inicialmente promulgado para la regulación de las situaciones internas será el aplicable a la regulación de la situación privada internacional<sup>14</sup>. Tal situación privada internacional quedará, de esta forma, asimilada a una situación interna en su regulación, limitándose el DIPr. a identificar con cuál de los ordenamientos que se encuentran vinculados al supuesto existe una conexión más significativa, que justifique la utilización de tal Derecho para la regulación de la situación privada internacional. La crítica a la «nacionalización» de la situación privada internacional que se deriva de la utilización del método conflictual ha sido una de las que se han esgrimido en las últimas décadas contra éste, afirmándose que desnaturaliza la internacionalidad del supuesto<sup>15</sup>.

Se trata, sin embargo, de una afirmación que solamente en parte es cierta. El hecho de que cada situación internacional se encuentre regida por normas proce-

---

<sup>12</sup> La norma de conflicto unilateral, propia de la estatutaria, podría ser la base de soluciones universales en una época en la que el DIPr. era el producto de una doctrina europea y se fundamentaba en un Derecho común para los distintos territorios; pero este tipo de norma no puede conseguir este mismo resultado en el momento en el que la norma se formula a un nivel estatal. La necesidad de considerar en un único supuesto la regulación unilateral de todos los Estados implicados dificulta hasta llegar a la imposibilidad la utilización de este método regulador.

<sup>13</sup> Sobre el análisis comparado de los presupuestos filosóficos y sociológicos en las obras de la estatutaria y de Savigny *vid.* K. Vogel, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnormen*, Frankfurt del Meno/Berlín, Alfred Metzner, 1965, pp. 215-226.

<sup>14</sup> De acuerdo con B. Ancel («Regards critiques sur l'érosion du paradigme conflictuel», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 2005*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2006, pp. 345-415, p. 350) el primero de los datos que fundamentan el paradigma conflictual es «l'antériorité de l'ordre juridique interne», lo que favorece la aplicación de la ley estatal a la relación privada internacional (*ibidem.*, p. 351).

<sup>15</sup> *Vid.* P.H. Neuhaus, *op. cit.*, pp. 23-24; P. Lalive, «Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)», *R. des C.*, 1977-II, t-155, pp. 1-424, pp. 116-118 y 326-327.

dentes de distintos ordenamientos implica que la regulación de tal situación se diferenciará en la mayoría de los supuestos de la que tendría una situación puramente interna. La superposición de distintos Derechos crea un híbrido que no coincide con ninguno de los Derechos estatales con los que se conecta el supuesto<sup>16</sup>. No obstante, aquí interesa destacar cómo el método conflictual depende íntimamente de la dicotomía «situación interna»-«situación internacional», no solamente en la identificación de su objeto (superar las limitaciones que se derivan de la falta de coincidencia entre los ámbitos territoriales del poder político y de la vida social) sino también en su método. La norma de conflicto pretende identificar cuál es el ordenamiento en el que la relación jurídica tiene su «sede» para que sea ese ordenamiento el que determine el régimen de tal relación. La asimilación de la relación internacional con una concreta relación interna es el objetivo del método conflictual, renunciando a ofrecer una solución puramente internacional al supuesto.

11. El método conflictual, por tanto, y pese a que a través de la combinación de distintos Derechos en la regulación del mismo supuesto puede conseguir una regulación específicamente internacional, distinta de cualquier Derecho interno considerado aisladamente, se marca como objetivo la identificación de la situación interna a la que mejor corresponda la situación internacional que se intenta regular. Este objetivo puede ser entendido de dos formas diferentes. En primer lugar, podemos considerarlo como una simple técnica útil para obtener una regulación uniforme de las situaciones heterogéneas en un contexto político en el que ningún Estado goza del poder suficiente o carece de la voluntad necesaria para imponer unilateralmente soluciones materiales a los supuestos heterogéneos.

Por otro lado, sin embargo, esta técnica puede ser apreciada como una manifestación de la voluntad de que el DIPr. sea fiel a la especial naturaleza de la sociedad internacional en un contexto político monopolizado por los Estados. En efecto, en el contexto político vigente durante los siglos XIX y XX el Estado se convirtió prácticamente en la única forma de organización política del planeta. En este escenario, la internacionalidad de una situación privada se deriva únicamente de la acumulación en la misma de distintas conexiones nacionales. De esta forma, la situación internacional lo es porque en sus distintos aspectos se conecta con una pluralidad de situaciones internas. Si consideramos esta perspectiva, resultará que la nacionalización de las situaciones internacionales no es un mal menor para conseguir una regulación uniforme en la medida de lo posible de los supuestos heterogéneos, sino la respuesta más lógica a la forma específica de internacionalidad que se manifiesta durante el período de monopolio del Estado como forma de organización política. La clave, a partir de este dato, estará en la forma en que habrán de combinarse dichos Derechos estatales para conseguir la regulación más adecuada de la situación privada internacional.

12. De acuerdo con lo que hemos visto, el DIPr. y el paradigma estatal se encuentran estrechamente relacionados. En primer lugar, la vinculación del Juez a un

---

<sup>16</sup> Cf. S.C. Symeonides, «General Report», en *id.* (ed.), *Private International Law at the End of the 20<sup>th</sup> Century: Progress or Regress?*. XV<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law Bristol, England, 1998, La Haya/Londres/Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 3-79, p. 19.

determinado ordenamiento jurídico permite identificar el sistema de DIPr. aplicable y la *lex fori*, surgiendo, a partir de aquí la dicotomía «derecho propio/derecho extranjero». La tensión entre el universalismo que propugna un tratamiento igual para todos los Derechos y la realidad que favorece la aplicación del Derecho del foro se encuentra detrás de no pocos de los problemas abordados por nuestra disciplina en el último siglo. En segundo término, el método conflictual se muestra dependiente de la distinción «situación homogénea/situación heterogénea», distinción que presupone la compartimentación del mundo en espacios diferenciados y la existencia de tráfico jurídico que se desenvuelve íntegramente dentro de estos espacios.

En los epígrafes que seguirán se mostrará como la globalización hace que pierda nitidez la distinción entre situaciones homogéneas y heterogéneas, lo que, a su vez, dificultará la identificación de la *lex fori* y, a partir de ahí, el sistema de DIPr. aplicable. Además, el debilitamiento de esta distinción básica para el DIPr. complicará la aplicación del método conflictual. El resultado final será la necesidad de un replanteamiento de las técnicas utilizadas con el fin de adecuar la disciplina al debilitamiento del paradigma estatal que se deriva de la intensificación de la globalización.

### III. LA INTEGRACIÓN REGIONAL

#### 1. La originalidad de la construcción comunitaria

##### A) LA INTEGRACIÓN EUROPEA Y EL PARADIGMA ESTATAL

13. A estas alturas no resulta ya en absoluto original plantear la incidencia en el DIPr. de la integración regional, especialmente de la que se experimenta en Europa<sup>17</sup>. Es, sin duda, uno de los tópicos más explotados en nuestra disciplina. En este trabajo interesa, sin embargo, no tanto destacar la incidencia del Derecho comunitario en el DIPr. de los diferentes Estados, sino señalar cómo la aparición de un ordenamiento jurídico comunitario hace surgir un nuevo DIPr. comunitario diferenciado del DIPr. de los diferentes Estados miembros. Analizaremos este fenómeno considerando que la integración regional y, en concreto, la que se vive en nuestro continente, es una manifestación de la crisis del Estado y, por tanto, un elemento que contribuye al debilitamiento del paradigma estatal.

El que la integración regional supone un cuestionamiento del papel del Estado como forma de organización social y, específicamente, como monopolizador de la

---

<sup>17</sup> La atención que se dedica a otros fenómenos de integración es mucho menor que la que recibe el caso europeo (sobre otros modelos de integración regional *vid.* J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 219-297). Esta diferencia de atención resulta, sin embargo, lógica. No solamente el fenómeno europeo antecede en el tiempo, sino que además sus resultados y planteamientos son mucho más sólidos y ambiciosos que los que se observan en otros ámbitos. *Vid.* A. Borrás Rodríguez, «Le droit international privé communautaire: réalité, problèmes et perspectives d'avenir», *R. des C.*, 2005, t. 317, pp. 313-534, p. 325. Además, el fenómeno se produce en relación con países punteros en producción científica e influencia global.

creación jurídica no creo que sea en estos momentos cuestionado seriamente. Para llegar a esta conclusión ha sido preciso, sin embargo, superar una etapa en la que la integración europea, paradigma de integración regional, fue considerada como un proceso que habría de llevar a la conclusión de un Estado europeo en el que se integraran las distintas naciones europeas; unos Estados Unidos de Europa que reprodujesen a este lado del Atlántico los Estados Unidos de América. Ciertamente, en esta fase la comparación con los Estados Unidos de América no era excesivamente acertada. Si lo que se pretendía era llegar a la construcción de un auténtico Estado europeo el modelo no podrían ser los Estados Unidos, que no son propiamente un Estado-nación en el sentido canónico del término, sino «otra cosa»<sup>18</sup>; pero dejando aparte esto, hoy parece bastante claro que la vocación de Europa no es la de construir un «superestado» que acabe asumiendo la configuración de alguno de los Estados actualmente existentes, sino la de mantenerse como una realidad jurídica y política que mantenga una relación dialéctica con los Estados, en la que la distribución de competencias entre unos y otros, y las interacciones entre los distintos integrantes del modelo varíen en función de las necesidades que se experimenten en cada momento.

El resultado es un modelo que, frente a la tranquilidad racional del paradigma estatal, se niega a ser reconducido a moldes fijos<sup>19</sup>. Se trata de una forma de articulación de la realidad social que no quiere renunciar a la complejidad y que aspira a dar respuesta a todos los intereses presentes, sin que ninguno tenga que ser sacrifi-

---

<sup>18</sup> Seguramente la afirmación del texto requiere alguna explicación adicional. Cuando digo que los Estados Unidos no son un Estado o, más propiamente, que no son un Estado-nación, lo que quiero indicar es que, por un lado, y desde una perspectiva sociológica, Estados Unidos no puede ser considerado como una nación, en el mismo sentido en el que lo es Francia o Alemania, por ejemplo y; por otro lado, que no resulta muy acertado considerar a Estados Unidos como un Estado si identificamos éste con el Derecho. Desde esta última perspectiva, Estados Unidos ha de ser considerado como una pluralidad de Estados a los que se superpone una estructura federal (*vid.* sobre esto C. Cancela Outeda, *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2001, p. 55, donde pone de relieve las dificultades que plantea para la teoría del Estado propia de la Europa continental afrontar la explicación de los Estados federales; así como la mayor adecuación de las teorías políticas anglosajonas para explicar este fenómeno. *Vid.* también E. Zoller, «Aspects internationaux du droit constitutionnel», *R. des C.*, 2002, t. 294, pp. 39-166, pp. 61-62). Ciertamente, desde una perspectiva formal la configuración federal de un Estado no es óbice para que podamos considerarlo como un único Estado desde una perspectiva dogmática. Pese a la multiplicidad de fuentes de regulación, ha de ser posible identificar una sola norma hipotética fundamental de la que derive su carácter jurídico la Constitución de tal Estado. A su vez, de esta constitución derivarían su validez tanto la Constitución Federal como las Constituciones de los distintos Estados que componen la Unión. Es decir, nada impide el que, formalmente, un Estado pueda adoptar una forma descentralizada o centralizada, federal o unitaria. Desde una perspectiva sustancial, en cambio, creo que las consecuencias de optar por uno u otro modelo son diferentes. Una estructura política como son los Estados Unidos es excesivamente compleja para reconducirla a un esquema jerárquico. El que, seguramente mejor se adapta a sus características es uno relacional en el que el principio de jerarquía apenas juega algún papel. La exclusión del principio de jerarquía a su vez implica la ineficiencia de la utilización de un modelo dogmático basado en la concepción clásica del Estado, que no es más que la formalización del proceso de concentración del poder en manos del Monarca. Sobre las insuficiencias de la teoría del Estado federal *vid.* E. Zoller, *loc. cit.*, pp. 70-71.

<sup>19</sup> En palabras de C. Cancela Outeda (*op. cit.*, p. 107), nos obliga a abandonar el «estatocentrismo».

cado en aras de otro<sup>20</sup>. La consecuencia es la aparición de nuevas formas de organización política que no pueden ser reconducidas a parámetros clásicos y que, a la vez, cuestionan el paradigma estatal y ofrecen alternativas a éste<sup>21</sup>. Las implicaciones jurídicas del fenómeno de integración europea son, evidentemente, innumerables, y alcanzan probablemente a todas las ramas del Derecho. Desde una perspectiva general quisiera llamar la atención sobre el cambio de paradigma en el razonamiento jurídico, mucho más atento a la identificación de las relaciones e influencias mutuas entre distintas fuentes de regulación que a la expeditiva vía de dilucidar jerarquías normativas y ámbitos de distribución de competencias<sup>22</sup>. Como reflejo, seguramente, de la necesidad de que la construcción europea avance únicamente a través de la conciliación de *todos* los intereses presentes<sup>23</sup>, las formas tradicionales de razonamiento, deudoras de una concepción mucho más ordenancista del Derecho, están cediendo ante acercamientos mucho más *soft*. Nos ocuparemos de esta cuestión con algo más de detalle un poco más adelante, centrándonos en las consecuencias específicas de este cambio para el DIPr.

14. La integración europea implica una alteración en la dicotomía básica del DIPr. entre relaciones homogéneas y relaciones heterogéneas. Esta distinción se basa en la distribución de la población y el territorio mundiales entre diferentes Estados, y en la existencia de regulaciones específicas para las relaciones que no superan los límites del ámbito de poder de un Estado. De esta forma, la existencia de relaciones heterogéneas se presenta como una «anormalidad», de cuya regulación se ocupa, precisamente el DIPr. La regulación de estas circunstancias particulares pasa, además, por la determinación de cual de tales ordenamientos es el más adecuado para normar el supuesto, asimilando éste a una relación interna de

<sup>20</sup> Se trata, por tanto, de una realidad postmoderna, frente al paradigma estatal, que representaría a la modernidad. En el ámbito europeo no solamente el principio de jerarquía es rechazado (la pregunta acerca de la prevalencia del Derecho comunitario o las Constituciones de los Estados miembros puede, potencialmente, destruir la construcción comunitaria (vid. G.C. Rodríguez Iglesias, «Tribunales constitucionales y Derecho comunitario», *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1175-1200, p. 1175; G.C. Rodríguez Iglesias y A. Valle Gálvez, «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *RDCE*, 1997, vol. I, núm. 2, pp. 329-376), sino que tampoco el principio de distribución de competencias puede operar de una forma no matizada. Ejemplo de ello es el «efecto indirecto» del Derecho comunitario (vid. G. Betlem, «The principle of indirect effect of Community Law», *ERPL*, 1995, vol. 3, pp. 1-19).

<sup>21</sup> Cf. M. Castells, *La era de la información. Vol. 3. Fin de milenio* (trad. de C. Martínez Gimeno y J. Alborés de *The Information Age: Economy, Society and Culture, vol. III. End of Millennium*, Cambridge (Massachusetts), Blackwell, 1998), Madrid, Alianza Editorial, 3ª ed. 2001, p. 376: «... en torno al proceso de formación de la Unión Europea se están creando nuevas formas de gobierno y nuevas instituciones gubernamentales, en el ámbito europeo, nacional, regional y local, induciendo nuevas formas de Estado que propongo denominar el *Estado red*.»

<sup>22</sup> Sobre la problemática de los conflictos constitucionales en Europa vid. N. McCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999, esp. pp. 97-121. Vid. también el trabajo de C. Cancela Outedo ya citado (*supra* n. núm. 18).

<sup>23</sup> Cf. M. Castells, *La era de la información... op. cit.*, vol. 3, pp. 384-385 y 399.

tal ordenamiento<sup>24</sup>. Actualmente, y debido a la existencia de los fenómenos de integración regional y, específicamente, en el ámbito de la Unión Europea, esta rígida distinción entre situaciones homogéneas y heterogéneas ya no puede mantenerse<sup>25</sup>. Ello es debido a la introducción entre ambas categorías de las situaciones heterogéneas respecto a los Estados europeos, pero homogéneas en relación con el ámbito de integración. Ciertamente, esta situación no es radicalmente nueva, ya que presenta evidentes concomitancias con la problemática que se deriva de la existencia de Estados plurilegislativos, tal como examinaremos un poco más adelante; pero tales concomitancias no pueden hacernos perder de vista que las particularidades de la integración supraestatal no se reproducen en un ámbito infraestatal.

## B) LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

15. Como es sabido, la Unión Europea se presenta como una estructura jurídica integrada por los ya clásico «Tres Pilares»: las Comunidades Europeas, la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y la Cooperación en los Ámbitos de Justicia y en los Ámbitos de Interior (CAJAI). En lo que a nosotros respecta, interesa sobre todo el Pilar Comunitario, en el que nos centraremos, aunque sin excluir alguna referencia ocasional a los otros dos pilares. A su vez, dentro del Pilar Comunitario, deben diferenciarse las dos Comunidades: la Comunidad Europea (CE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM)<sup>26</sup>. La estructura institucional de las Comunidades es única, aunque mantienen sus ámbitos competenciales diferenciados<sup>27</sup>. A partir de aquí nos referiremos exclusivamente a la Comunidad Europea.

16. La CE se presenta como una organización internacional con personalidad jurídica y dotada de los instrumentos precisos para legislar, juzgar y administrar. Esta organización dispone de un importante *corpus* jurídico con un ámbito material extraordinariamente significativo. A su vez, dentro de este Derecho comunitario se distingue entre el Derecho originario (Tratado de Roma de 1957 y sus sucesivas modificaciones, así como los Tratados de Adhesión que se han concluido desde entonces) y el Derecho derivado, integrado por los Reglamentos, las Directivas, las Decisiones y los Tratados internacionales concluidos por la Comunidad. Aquí nos ocuparemos de la articulación formal de estas fuentes normativas y de los problemas que se derivan de su relación entre ellas y con el Derecho estatal, pues es tarea propia de publicistas, más que de privatistas, sino (mínimamente) de los ám-

---

<sup>24</sup> Esta afirmación tal como ya hemos señalado no es, sin embargo, totalmente cierta, pues la combinación de diferentes Derechos en la regulación de un mismo supuesto heterogéneo permite alcanzar una regulación específicamente internacional diferenciada de las de los supuestos puramente internos.

<sup>25</sup> Vid. H. Gaudemet-Tallon, *loc. cit.*, pp. 38-39.

<sup>26</sup> La Comunidad Europea del Carbón y del Acero se disolvió el 23 de julio de 2002. Vid. M. Cervera Vallterra, «La disolución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero: estado actual», *RDCE*, 2002, año 6, núm. 12, pp. 393-431.

<sup>27</sup> Cf. P. Andrés Sáenz de Santa María, J. González Vega y B. Fernández Pérez, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, 2ª ed. 1999, p. 35.

bitos en los que opera este Derecho comunitario, ya que será a partir de estos como se definirá este espacio europeo novedoso ubicado entre el Estado y el ámbito puramente internacional.

Tal como veremos, esta delimitación presenta especial interés a nuestros fines ya que el alcance espacial de las competencias comunitarias no es el mismo para todas las materias, por lo que el espacio intracomunitario tendrá una «geometría variable» (más propiamente, una «geografía variable»). Los límites, por tanto, del ámbito comunitario cambiarán en función de la materia de que se trate. En cada uno de los ámbitos en los que la CE asuma competencia será necesario definir los límites territoriales de dicha competencia. Esta delimitación no podrá olvidar el que en el Derecho comunitario rige el principio de atribución de competencias, de tal forma que la CE solamente podrá ejercer aquellas competencias que le vengan atribuidas por los tratados y dentro de los límites que marque tal atribución<sup>28</sup>. De esta forma, la delimitación del ámbito competencial de la CE presenta un interés determinante, ya que una actuación de la Comunidad fuera del ámbito que tiene atribuido sería un acto *ultra vires* y, por tanto, susceptible de ser anulado<sup>29</sup>. A su vez, esta delimitación de competencias no se realiza a través de un sistema de listas, en las que se fijan las competencias comunitarias y estatales, sino que se basa en el enunciado de objetivos y medios de contornos, en ocasiones, difíciles de determinar<sup>30</sup>. El art. 2 del TCE fija los objetivos de la CE, sin valor jurídico directo, pero de gran importancia para la interpretación de las disposiciones del Tratado que definen el ámbito competencial comunitario<sup>31</sup>; mientras que el art. 3.1 enumera los medios de los que dispone la Comunidad para alcanzar tales objetivos. A estos medios aún hay que añadir la Unión Económica y Monetaria definida en el art. 4 y desarrollada en el Título VII del TCE, arts. 98 a 124. A su vez, la competencia comunitaria en cada uno de los supuestos incluidos en este art. 3.1 encuentra su desarrollo en otras dispo-

<sup>28</sup> Cf. P. Andrés Sáenz de Santa María, J. González Vega, B. Fernández Pérez, *op. cit.*, p. 134.

<sup>29</sup> Esto es lo que sucedió en el caso de la Directiva sobre publicidad del tabaco. La STJCE de 5 de octubre de 2000, Asunto C- 376/98, *Alemania c. Parlamento y Consejo*. En ella, el TJCE anuló la Directiva 98/43/CE sobre publicidad y patrocinio de los productos del tabaco a petición de Alemania por haberse adoptado dicha Directiva sobre la base del art. 100 A del TCE (actualmente art. 95) sin que se hubiera demostrado que dicha Directiva contribuyese efectivamente a eliminar obstáculos a la libre circulación de mercancías y a la libre prestación de servicios o a suprimir distorsiones de la competencia. Al fallar la base jurídica de la Directiva ésta debía ser anulada, pues, de otra forma se vulneraría el principio de que las competencias de la Comunidad son competencias de atribución. Especialmente claro en este punto es el núm. 83 de la Sent.: «De la interpretación conjunta de estas disposiciones se desprende que las medidas contempladas en el artículo 100 A, apartado 1, del Tratado están destinadas a mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Interpretar este artículo en el sentido de que atribuye al legislador comunitario una competencia general para regular el mercado interior sería no sólo contrario al propio tenor literal de las disposiciones antes citadas, sino también incompatible con el principio establecido en el artículo 3B del Tratado CE (actualmente artículo 5 CE) según el cual las competencias de la Comunidad son competencias de atribución.» Esta decisión del Tribunal de Luxemburgo ha tenido un amplio eco en toda Europa y ha sido objeto de múltiples comentarios.

<sup>30</sup> *Vid.* P. Andrés Sáenz de Santa María, J. González Vega y B. Fernández Pérez, *op. cit.*, p. 100.

<sup>31</sup> *Ibidem.*, p. 68.

siones del Tratado, produciéndose con frecuencia solapamientos e influencias recíprocas entre varias disposiciones, lo que no contribuye a clarificar el ámbito competencial de la CE<sup>32</sup>.

17. En este momento no me interesa tanto destacar la complejidad del sistema comunitario de atribución de competencias como señalar que estas variadas competencias materiales configuran un ordenamiento jurídico comunitario que ha de convivir forzosamente con los ordenamientos estatales<sup>33</sup> y en el que deberemos determinar su ámbito territorial de aplicación. Esta delimitación es esencial, dado el principio de atribución de competencias en el que veíamos que se basaba el Derecho comunitario; pero a la vez compleja. En principio, desde una perspectiva formal, no resulta discutible la vigencia del Derecho comunitario en todo el territorio de los Estados europeos<sup>34</sup>. Ahora bien, la delimitación del alcance material de este Derecho comunitario es mucho más problemática; esto es, la enumeración de los supuestos en los que dicho Derecho comunitario deberá ser aplicado<sup>35</sup>. Así, es preciso, por un lado, identificar la conexión con el ordenamiento europeo que justifica la aplicación del Derecho comunitario, pese a existir conexiones también con Estados no comunitarios. Por otro lado, dadas las limitaciones de las competencias comunitarias se hace preciso en algunas materias delimitar en qué supuestos quedará excluida la aplicación de la normativa comu-

---

<sup>32</sup> En el DIPr. se debate con intensidad acerca de las relaciones entre el art. 65 del TCE (medidas que pueden adoptarse en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil), el art. 95 (aproximación de legislaciones con el objeto del establecimiento y funcionamiento del mercado interior) y el art. 293 (relativo a los convenios internacionales que han de concluir entre sí los Estados miembros con el fin de garantizar, entre otras materias, el reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales). *Vid.* sobre esta cuestión P.A. de Miguel Asensio, «La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Amsterdam», *REDI*, 1998, vol. L, núm. 1, pp. 373-376; Ch. Kohler, «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999, núm. 1, pp. 1-30; J. Basedow, «The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam», *CMLR*, 2000, vol. 37, núm. 3, pp. 687-708; O. Remien, «European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice», *ibid.*, 2001, vol. 38, núm. 1, pp. 53-86; S. Leible y A. Staudinger, «El artículo 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal? (trad. de S. Sánchez Lorenzo, P.A. de Miguel Asensio y R. Arenas García), *AEDIPr.*, 2001, vol. 1, pp. 89-115; M. Gardeñes Santiago, «El desarrollo del Derecho internacional privado tras el Tratado de Amsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica», *RDCE*, 2002, año 6, núm. 11, pp. 231-249; F. Pocar, «La communitarizzazione del diritto internazionale privato: una «European conflict of laws revolution»?», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2000, año XXXVI, núm. 4, pp. 873-884.

<sup>33</sup> Sobre la autonomía del ordenamiento comunitario respecto al Derecho internacional y a los Derechos de los Estados miembros *vid.* P. Andrés Sáenz de Santa María, J. González Vega y B. Fernández Pérez, *op. cit.*, pp. 415-418.

<sup>34</sup> No entraremos aquí en los matices que cabe realizar en relación con los territorios de Ultramar y otros territorios que dependen de los Estados europeos, pero que se encuentran en un régimen especial que es considerado por el Derecho comunitario. *Vid.* los arts. 182 a 188 del TCE.

<sup>35</sup> Ha abordado de una forma sistemática esta tarea S. Francq, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruselas/París, Bruylant/L.G.D.J., 2005. En la propia obra se hacen explícitas las razones por las que este acercamiento no ha sido considerado por la doctrina hasta el momento (pp. 59-60).

nitaria por estar afectado únicamente un solo Estado, sin que el caso tenga consecuencias intracomunitarias<sup>36</sup>.

## 2. El DIPr. comunitario: el sector del Derecho aplicable

8. De acuerdo con lo que acabamos de ver, en el ámbito comunitario aparece una categoría intermedia entre las situaciones homogéneas y las heterogéneas que es, en principio, extraña a los análisis más clásicos de DIPr. La situación intracomunitaria sería aquélla heterogénea en relación a los Estados europeos, pero que carece de conexiones fuera de la UE. La existencia del ordenamiento comunitario tiene como consecuencia la aparición de un nuevo territorio que se superpone a y convive con el territorio estatal. Se trata de una consecuencia relevante para el DIPr., que ya no puede operar a partir de la tradicional oposición entre situaciones homogéneas y heterogéneas. Las situaciones intracomunitarias ya no son ni una cosa ni la otra.

La aparición de este espacio comunitario tiene además la virtualidad de alterar la forma en que se han de afrontar las situaciones internacionales. Ahora la heterogeneidad de una situación conectada con Estados europeos y no europeos puede ser entendida tanto como una situación heterogénea desde la perspectiva estatal como desde la perspectiva comunitaria. La distinción es relevante, ya que en cualquier caso es preciso pronunciarse sobre el régimen de tales situaciones heterogéneas, pudiendo optarse, en principio, tanto por resolverlas a partir de las previsiones del DIPr. estatal como de las que se deriven del DIPr. comunitario<sup>37</sup>. Es decir, la aparición del ordenamiento comunitario y su superposición con el estatal implica la necesidad de, en cada caso, fijar el ámbito de aplicación de la normativa de DIPr.

---

<sup>36</sup> Así, por ejemplo, en Derecho de la competencia, *vid.* P. Rodríguez Mateos, *Sistema de mercado y tráfico internacional de mercancías*, Madrid, La Ley, 1992, pp. 52-54. También se observa una delimitación exterior. Existen materias, sin embargo, en que no se da esta limitación en la aplicación del Derecho comunitario. Así, por ejemplo, en materia de contrato de consumidores o en armonización del Derecho de sociedades. Sobre la incidencia de la distinción entre situaciones puramente internas y situaciones comunitarias en el ámbito de las libertades comunitarias, *vid.* R.-E. Papadopoulos, «Situations purement internes et droit communautaire: un instrument jurisprudentiel a double fonction ou un arme a double tranchant?», *CDE*, 2002, vol. 38, pp. 95-130. *Vid.* también M. Fallon, «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la communauté européenne», *R. des C.*, 1995, t-253, pp. 9-282, pp. 46-49.

<sup>37</sup> La expresión DIPr. comunitario también puede emplearse en otro sentido, referido a la necesidad de identificar las conexiones relevantes para la regulación de determinadas situaciones que afectan a la normativa comunitaria, pero no se encuentran regidas por ésta. Así, en lo que se refiere a la determinación de si un funcionario comunitario se encuentra casado o no. Dado que el matrimonio no está regulado por el Derecho comunitario no queda más remedio que remitir la cuestión a un Derecho nacional. De igual forma, las obligaciones legales de los funcionarios comunitarios respecto a sus cónyuges, excónyuges o hijos no son reguladas por el Derecho comunitario, sino por los Derechos nacionales de los Estados. *Vid.* sobre esto R.M. Moura Ramos, «O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do direito internacional privado desenvolvimentos recentes», en *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 431-467, pp. 445-451. Finalmente, también se emplea la expresión DIPr. comunitario como equivalente a DIPr. institucional (europeo).

de cada uno de los dos, sin que sea posible descansar en el principio tradicional de aplicación del DIPr. del foro, ya que tanto el estatal como el comunitario son DIPr. del foro para los órganos jurisdiccionales de los Estados europeos<sup>38</sup>.

19. El DIPr. comunitario al que me acabo de referir debe entenderse, por supuesto en un sentido muy lato. En este momento no existe un sistema de DIPr. comunitario con un nivel de articulación y complejidad equiparable al de los sistemas de DIPr. estatales, pero lo cierto es que sí que resultan claramente identificables determinadas soluciones para la regulación de las situaciones heterogéneas que entran en el ámbito de competencia comunitaria. Así, no se discute que a los supuestos heterogéneos —esto es, conectados tanto con la CE como con terceros Estados— en materia de Derecho de la competencia se les aplica la normativa comunitaria si el mercado comunitario se encuentra afectado<sup>39</sup>. También se ha mantenido la aplicación de la normativa comunitaria en materia de contrato de agencia en los supuestos en los que el agente realice sus funciones en un Estado miembro<sup>40</sup> y el debate sobre el alcance de la competencia que el art. 65 del TCE atribuye a la Comunidad ha puesto de relieve las implicaciones que puede tener para el Derecho privado la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Luxemburgo en su Sent. de 31 de marzo de 1971, *AETR*, de acuerdo con la cual «cada vez que el Derecho comunitario ha establecido, a favor de las instituciones de la Comunidad, competencia

---

<sup>38</sup> Tal como veremos en un momento, el hecho de que orgánicamente no pueda diferenciarse una jurisdicción comunitaria de las jurisdicciones estatales (con la excepción del limitado papel que corresponde al Tribunal de Justicia y al Tribunal de Primera Instancia) no implica que no pueda configurarse funcionalmente una jurisdicción comunitaria. Dado, sin embargo, que dicho foro específicamente comunitario solamente aparece a partir de la aplicación de Derecho comunitario, sin que exista diferenciación orgánica, la distinción entre jurisdicción estatal y comunitaria no nos es de utilidad para determinar el sistema de DIPr. aplicable (el órgano judicial es órgano comunitario únicamente en la medida en la que aplique Derecho comunitario; esto es, existe una doble *lex fori*, cf. A.V.M. Struycken, «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», *R. des C.*, 1992-I, t-232, pp. 257-383, p. 324). Sobre el papel del Juez nacional como Juez comunitario vid. A. Barav, «La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire», *L'Europe et le Droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, París, Dalloz, 1991, pp. 93-103; D. Ruíz-Jarabo Colomer, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 27-30.

<sup>39</sup> Vid. la STJCE de 27 de septiembre de 1988, As. C- 89, 104, 114, 116, 117 y 125 a 129/85, *Pasta de madera, Rec.*, 1988, pp. 5193 y ss. Vid. también la STJCE de 25 de marzo de 1999, Asunto T-102/96, *Gencor Ltd. C. Comisión*, donde se declaró la incompatibilidad con el Derecho comunitario de una operación de concentración referida a varias sociedades sudafricanas y una sociedad inglesa; sociedades que desarrollaban sus actividades en la República Sudafricana, habiendo sido aprobada la operación por las autoridades sudafricanas. Sobre la delimitación del ámbito de aplicación de la normativa competencial desde una perspectiva comparada vid. J. Basedow, «Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence», *R. des C.*, 1997, t- 264, pp. 13-175.

<sup>40</sup> STJCE de 9 de noviembre de 2000, C- 381/98, *Ingmar GB Ltd. c. Eaton Leonard Technologies Inc.*, vid. A. Font i Segura, «Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de Zagreo», *RDCE*, 2001, núm. 9, pp. 259 y ss.; *id.*, *The European Legal Forum (ELF)*, 2000/01, núm. 3, pp. 178-181. Vid. también M. Fallon, *loc. cit.*, pp. 43-46. A. Borrás Rodríguez («Le droit international privé communautaire...», *loc. cit.*, p. 339) señala este caso como una excepción a la aplicación del Derecho comunitario únicamente a las relaciones entre Estados miembros de la Comunidad Europea.

en el plano interno con miras a realizar un objetivo determinado, la Comunidad está investida de la competencia para obligarse internacionalmente en la medida necesaria para la realización de ese objetivo, incluso en ausencia de una disposición expresa a este respecto»<sup>41</sup>.

Aquí no incidiré, sin embargo, en los caracteres de este DIPr. comunitario. A los efectos que aquí me interesan basta con indicar que la existencia de este ordenamiento comunitario implica un ámbito material y territorial propio que convive con sus equivalentes estatales. Las situaciones homogéneas comunitarias se presentan así como un género intermedio entre los supuestos homogéneos y heterogéneos desde la perspectiva de cada Estado. Su alcance, sin embargo, va más allá, pues las categorías de homogéneo y heterogéneo se identifican, precisamente, por su carácter antagónico. Se configuran como una dicotomía que no puede, sin romperse, admitir un género intermedio. El ordenamiento comunitario, por tanto, más que matizar la oposición entre situaciones internas e internacionales rompe esta distinción, básica para el DIPr. clásico. La consecuencia es que el DIPr. en cada Estado europeo deja de ser único para desdoblarse en dos: el DIPr. comunitario y el DIPr. propio de cada uno de los Estados. A partir de aquí la regla de acuerdo con la cual se aplicará el sistema del DIPr. del foro deja de ser útil, ya que nos encontramos con dos sistemas del foro, el estatal y el comunitario. Nos encontramos, pues, ante una alteración significativa de elementos básicos para el DIPr.

20. La necesaria existencia de este sistema de DIPr. comunitario no se identifica con las normas del DIPr. institucional que han sido definidas por la doctrina como una subestructura en el seno de los sistemas estatales de DIPr.<sup>42</sup> El DIPr. institucional es percibido como aquel conjunto de normas reguladoras de las situaciones privadas internacionales que han sido elaboradas en el seno de organizaciones internacionales y que, al ser aplicadas por los Estados que integran estas organizaciones, pasan a formar parte del sistema estatal de DIPr. junto con el DIPr. autónomo y el DIPr. convencional. El acento se pone en la fuente y no en el objeto. El DIPr. institucional tanto se puede ocupar del alcance territorial y personal del Derecho comunitario material como de la regulación de la competencia judicial internacional de los Estados europeos o del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales. El DIPr. comunitario, en cambio, se limitará a regular los supuestos heterogéneos en el ámbito material de integración comunitaria, siendo su función más visible precisamente la de delimitar el ámbito territorial y personal de la normativa comunitaria<sup>43</sup>. Esta delimitación habrá de hacerse tanto si se han promulgado normas al respecto como si no. El DIPr. comunitario no depende de la existencia

<sup>41</sup> Cf. A. Borrás Rodríguez, «Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam», *REDI*, 1999, vol. LI, núm. 2, pp. 383-426, p. 406.

<sup>42</sup> Cf. J.D. González Campos, *Derecho internacional privado. Introducción*, Madrid, UAM, 1984, p. 58; *id.*, «El sistema español de Derecho internacional privado. Formación histórica y fuentes», en E. Pérez Vera (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I, Madrid, UNED, 3ª ed. 2001, pp. 41-66, pp. 49-50; *id.*, «Diversification...», *loc. cit.*, p. 120.

<sup>43</sup> *Vid.* en este sentido S. Francq, *op. cit.*, p. 53, distinguiendo entre la delimitación del ámbito espacial del Derecho comunitario como cuestión de DIPr. y otros problemas de DIPr. vinculados al Derecho comunitario (*ibidem.*, p. 55).

del DIPr. institucional, ya que incluso faltando éste se hará preciso fijar los supuestos conectados con Estados terceros en que resultará aplicable la normativa comunitaria<sup>44</sup>. Incluso es posible que en este DIPr. comunitario se integren normas de origen no institucional, sino convencional, como pueden ser los convenios internacionales que vinculan a las Comunidades Europeas, y que pueden desplegar efectos relevantes en los ámbitos propios del DIPr.<sup>45</sup>.

### 3. El DIPr. comunitario: la competencia judicial internacional

#### A) LA CONFIGURACIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMUNITARIA

21. La existencia de un ordenamiento comunitario diferenciado de los Derechos estatales de los Estados miembros y que convive con éstos en el mismo territorio y aplicándose a las mismas personas resulta bastante evidente, con las consecuencias que se han apuntado en los párrafos precedentes. No resulta tan visible, sin embargo la jurisdicción específicamente comunitaria que nos permitiría considerar un foro comunitario separado de las jurisdicciones estatales. Hasta el momento solamente el Tribunal de Justicia, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de la Función Pública se han constituido como órganos jurisdiccionales específicamente comunitarios; si exceptuamos a estos tres Tribunales, la aplicación del ordenamiento comunitario descansa en las jurisdicciones de los Estados, actuando sus Jueces y Tribunales también como Jueces comunitarios<sup>46</sup>. Esto implica, por un lado, que la jurisdicción comunitaria es –prácticamente– equivalente a la suma de las jurisdicciones estatales y, por otro lado, que la delimitación que pueda hacer el Derecho comunitario de la competencia judicial internacional comunitaria se confundirá fácilmente con la regulación institucional de la competencia judicial internacional estatal. Esto, sin embargo, no impide, como veremos a continuación, que pueda realizarse un planteamiento en clave de jurisdicción comunitaria que podría llevarnos en el sector de la competencia judicial internacional a consecuencias equivalentes a las que se han sostenido en relación con el Derecho aplicable.

22. Para alcanzar este resultado debemos considerar, en primer lugar, que, pese a que los órganos judiciales comunitarios se identifican con los órganos jurisdiccionales estatales, funcionalmente puede establecerse una distinción entre su actuación como órgano estatal y como órgano comunitario. De esta forma, cada Juez

---

<sup>44</sup> *Vid.*, por ejemplo, el caso resuelto por la STJCE de 30 de abril de 1996, *Boukhalfa*. *Vid.* M. Gardeñes Santiago, «La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad (Reflexiones en torno a la sentencia del TJCE *Boukhalfa* de 30 de abril de 1996, desde la óptica del derecho internacional privado)», *RIE*, 1996, núm. 3, pp. 863-877.

<sup>45</sup> Sobre el papel de los convenios internacionales en el Derecho comunitario *vid.* P. Andrés Sáenz de Santa María, J. González Vega y B. Fernández Pérez, *op. cit.*, pp. 450-451.

<sup>46</sup> *Ibidem.*, pp. 513-514; A. Barav, *loc. cit.*, esp. pp. 97-98 y 103. Órganos como los tribunales de marca comunitaria, pese a estar previstos en normas comunitarias (*vid.* art. 91 del Reglamento (CE) 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, *DO*, núm. L 11, de 14 de enero de 1994), se incardinan en la organización jurisdiccional de cada Estado miembro, *cf.* F.J. Soriano y J. Carrascosa González, *Marca comunitaria. Competencia, procedimiento y derecho internacional*, Granada, Comares, 2006, p. 60.

o Tribunal actuará en unas ocasiones como órgano estatal y en otras como órgano comunitario. La consecuencia de ello es la identificación de una jurisdicción específicamente comunitaria que es el resultado de la suma de los órganos jurisdiccionales estatales (considerados en tanto que órganos comunitarios) y de los órganos jurisdiccionales específicamente comunitarios (Tribunal de Justicia y Tribunal de Primera Instancia).

A su vez, esta jurisdicción comunitaria requiere que se determine su ámbito competencial, considerando tanto a los órganos jurisdiccionales estatales y a los específicamente comunitarios. En relación a los primeros, esta delimitación habrá de partir de la regulación de la competencia judicial internacional de cada Estado; pero sin que resulte imposible introducir matizaciones específicamente comunitarias. Hasta el momento, estas matizaciones se han producido al hilo de la regulación comunitaria de algunas concretas materias en las que se creyó preciso ajustar la regulación de la competencia judicial internacional de los Estados europeos. Así, por ejemplo, el art. 5 de la Directiva 93/7/CE del Consejo de 15 de marzo de 1993 relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro prevé que los tribunales del Estado miembro requerido (esto es, el Estado en el que se encuentra el bien culturalmente protegido que haya salido ilegalmente del territorio de otro Estado, art. 1.3 de la Directiva) serán competentes para conocer de la acción que plantee el Estado requirente para la devolución del bien<sup>47</sup>. Se trata de una regulación que se impone a las soluciones que pudieran existir en el sistema estatal de DIPr., incluso a lo que resultare de la aplicación del Convenio de Bruselas, del Convenio de Lugano o de los Reglamentos comunitarios que regulan la competencia judicial internacional con carácter general<sup>48</sup>. De igual forma, el art. 93 del Reglamento 40/94/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, incluye una amplia regulación de la competencia judicial internacional en los litigios sobre la validez y la violación de marcas comunitarias. Encontramos también una regulación comunitaria de la competencia judicial internacional en el art. 101 del Reglamento 2100/94/CE del Consejo, de 27 de julio de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales<sup>49</sup>. Resulta identificable, igualmente, una regulación específica de la competencia judicial internacional en el art. 6 del Reglamento (CE) 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996 relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra

<sup>47</sup> «El Estado miembro requirente podrá interponer contra el poseedor y, en su defecto, contra el tenedor, ante los tribunales competentes del Estado miembro requerido, una acción de restitución del bien que haya salido de forma ilegal de su territorio.» Vid. G. Carducci, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art. Droit commun, Directive CEE, Convention de l'Unesco et d'Unidroit*, París, L.G.D.J., 1997, pp. 369-392; P. López-Carceller Martínez, *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados*, València, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 84-85; A. Lanciotti, *La circolazione dei beni culturali nel diritto internazionale privato e comunitario*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, pp. 99-102; M. Cornu, «L'Europe des biens culturels et le marché», *Journ. dr. int.*, 2002, año 129, núm. 3, pp. 677-735, pp. 688-689.

<sup>48</sup> Art. 57.3 del Convenio de Bruselas; art. 67 del Reglamento 44/2001.

<sup>49</sup> DOCE, núm. L 227, de 1 de septiembre de 1994.

las acciones basadas en ella o derivadas de ella<sup>50</sup>. En todos estos casos resulta posible identificar una regulación de la competencia judicial internacional que se encuentra específicamente dirigida a los jueces estatales en tanto que jueces comunitarios, encargados de la aplicación del ordenamiento comunitario. Es por ello posible considerarlas como normas de DIPr. comunitario, y no meramente de DIPr. institucional.

A estas normas competenciales destinadas a los órganos estatales en tanto que órganos comunitarios, aún cabría añadir la regulación de la competencia judicial que se dirige a los órganos judiciales específicamente comunitarios: el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia. Así, el art. 238 del TCE prevé la competencia del TJCE en materia contractual<sup>51</sup> y el art. 235, en relación con el art. 288, se ocupa de la competencia del TJCE en materia de responsabilidad extracontractual. La aplicación de estas normas no depende de las previsiones de ningún sistema de competencia judicial internacional, por lo que tienen la virtualidad de fijar el ámbito internacional de aplicación de la jurisdicción comunitaria en estas materias. En el Derecho derivado encontramos también otros ejemplos de normas de competencia judicial específicamente comunitarias. Así, por ejemplo, el art. 33 del ya mencionado Reglamento 2100/94/CE relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales regula la competencia del Tribunal de Luxemburgo en los supuestos en los que se dirijan acciones contra la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales. Se trata de una norma que fundamenta la competencia del TJCE en todos los supuestos en los que, tratándose de una reclamación contractual, exista una cláusula compromisoria en tal sentido, y siempre que se plantee una demanda extracontractual contra la oficina por los daños causados por sus servicios o sus agentes.

23. Los ejemplos anteriores nos muestran que es posible identificar normas propias del sistema de competencia judicial internacional comunitario que no se confunden con las de los distintos sistemas estatales, en tanto en cuanto las primeras solamente se aplican en materias de competencia comunitaria. Ahora bien, aparte de estos ejemplos, lo usual es que las mismas normas competenciales regulen el sistema de competencia judicial internacional estatal y comunitario. Ello no es óbice para que deba diferenciarse, a efectos de interpretación y análisis entre la regulación competencial comunitaria (DIPr. comunitario) y la normativa institucional relativa a la competencia judicial internacional.

De esta forma, la categoría «DIPr. comunitario» resultará útil en el ámbito de la competencia judicial internacional ya que, en primer lugar permitirá dar cuenta

---

<sup>50</sup> Se trata del Reglamento elaborado por la CE como respuesta a la Ley Helms-Burton. De acuerdo con su art. 6 resultará posible que los beneficiarios del Reglamento comunitario planteen sus reclamaciones en cualquier Estado en el que existan bienes de la persona contra la que se reclame. «La compensación se podrá obtener sobre la base de las secciones 2 a 6 del Título II de dicho Convenio, así como, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 57 de dicho Convenio, mediante un procedimiento judicial entablado ante los tribunales de cualquier Estado miembro en el que dicha persona, entidad, persona que actúe en su nombre o intermediario posea activos.»

<sup>51</sup> «El Tribunal de Justicia será competente para juzgar en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de Derecho público o de Derecho privado celebrado por la Comunidad o por su cuenta.»

de la naturaleza de las normas que regulan la competencia del Tribunal de Justicia en los supuestos privados, en segundo término facilitará examinar desde una nueva perspectiva algunos de los problemas que plantea la actuación de los tribunales estatales como tribunales comunitarios. Finalmente, esta distinción permitirá introducir una mayor claridad en el debate acerca de las competencias externas de la Comunidad en materia de Derecho privado, debate que ha estado presente en relación con el Convenio de Bruselas de 1968 desde hace más de una década y que ha visto aumentada su importancia tras el Tratado de Amsterdam<sup>52</sup>. En el siguiente epígrafe nos ocuparemos de esta última cuestión.

#### B) LAS DIMENSIONES AD INTRA Y AD EXTRA DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

24. La distinción entre un DIPr. intracomunitario y un DIPr. extracomunitario ha sido sentida como una necesidad por la doctrina desde hace años<sup>53</sup>. El ámbito de integración comunitario obligaría a diferenciar entre los supuestos homogéneos a la CE, aunque heterogéneos respecto a sus Estados, y aquellos otros casos en los que la situación privada se encuentra conectada con ordenamientos exteriores a la CE. Así distinguiríamos el DIPr. intracomunitario del DIPr. general<sup>54</sup>, sin excluir que este último estuviera, en ocasiones, condicionado por exigencias comunitarias. En cualquier caso, tanto el DIPr. intracomunitario como el general, serían estructuras normativas que conviven dentro de los ordenamientos estatales<sup>55</sup>. De acuerdo con lo que aquí se mantiene, sin embargo, el panorama normativo debe ser descrito de una forma diferente. La delimitación exterior del ordenamiento comunitario configuraría un DIPr. comunitario, que ya no sería un ámbito diferenciado dentro del sistema estatal de DIPr., sino un componente fundamental del ordenamiento comunitario y diferenciado de los sistemas estatales de DIPr. Este DIPr. comunitario, en su dimensión competencial, que es la que ahora nos ocupa, tendría, además, que ser forzosamente identificado en todos los ámbitos materiales comunitarios, tanto si existe normativa específica al respecto como si no, y debemos remitirnos, por tanto, a las regulaciones estatales de la competencia judicial internacional, que desempeñarían así una función comunitaria.

El DIPr. intracomunitario en el sector de la competencia judicial internacional, por el contrario, no habría de considerarse automáticamente como parte del ordenamiento comunitario. Dado que todos los órganos judiciales europeos son órganos judiciales comunitarios no es esencial para la aplicación del Derecho comuni-

<sup>52</sup> Vid. A. Borrás Rodríguez, «Derecho internacional privado...», *loc. cit.*, pp. 405-416; *id.*, «La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado. Los datos del problema», *La Ley*, 2001, año XXIII, núm. 5611 de 13 de septiembre, [www.laley.net](http://www.laley.net).

<sup>53</sup> Vid. J.D. González Campos, «Efforts concertés d'unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique», en A. Borrás y otros (ed.), *E pluribus unum. Liber amocorum Georges A.L. Droz*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1996, pp. 105-120, p. 106.

<sup>54</sup> Cf. J.D. González Campos, «Efforts concertés...», *loc. cit.*, p. 106.

<sup>55</sup> *Ibidem.*, pp. 105-106.

tario la determinación de cuál de tales órganos asumirá el conocimiento de los asuntos en los que haya de aplicarse el ordenamiento comunitario. Solamente en el caso de que la distribución de la competencia entre las diferentes jurisdicciones europeas sea considerada como una competencia comunitaria pasará el DIPr. intracomunitario a ser parte del ordenamiento comunitario. Con anterioridad al Tratado de Amsterdam, solamente en algunas materias se había considerado necesario que el Derecho comunitario incidiese en la distribución de competencias entre los diferentes Estados europeos<sup>56</sup>. Fuera de ellas, eran los sistemas estatales de DIPr. quienes se ocupaban de regular esta cuestión. Tales sistemas estatales se habían aproximado de una forma considerable, sobre todo a raíz de la entrada en vigor del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968; pero mantenían su carácter separado respecto al Derecho comunitario<sup>57</sup>. Tras el Tratado de Amsterdam, la CE asume con carácter general la competencia para «fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción»<sup>58</sup>. Esta asunción competencial implica que la distribución de la competencia judicial entre los Estados europeos pasa a ser competencia comunitaria con una base competencial específica (aunque de alcance discutido)<sup>59</sup>. El corolario de todo ello es que el sistema de DIPr. intracomunitario pasa a ser parte del ordenamiento comunitario, incluso respecto a materias que, en su vertiente sustancial, no son de competencia comunitaria<sup>60</sup>.

25. De acuerdo con este planteamiento, la distinción entre DIPr. extracomunitario e intracomunitario debe ser matizada. Consecuencia de ello es que la distribución de competencias entre los Estados y la CE en la regulación de la competencia judicial internacional debe tener en cuenta que ha de distinguirse entre las materias de competencia comunitaria y aquéllas que siguen siendo competencia estatal. Así, dentro de la regulación extracomunitaria de la competencia judicial internacional debe diferenciarse entre la delimitación externa de la jurisdicción comunitaria y la regulación del ámbito de las jurisdicciones estatales. La competencia para la primera cuestión no puede ser más que comunitaria y solamente la falta de ejercicio de ésta justifica la consideración de la normativa de origen estatal. La segunda es una competencia estatal, salvo que específicamente exista un título competencial en beneficio del Derecho comunitario.

---

<sup>56</sup> Recordemos la regulación de la competencia judicial internacional en la Directiva en materia de restitución de bienes culturales que hubieran salido ilegalmente de un Estado miembro, *supra* n. núm. 47. La previsión del art. 5 de la Directiva sirve tanto para fijar el ámbito competencial de la jurisdicción comunitaria como para distribuir la competencia entre los distintos Estados miembros.

<sup>57</sup> El Convenio de Bruselas no es Derecho comunitario derivado, sino únicamente Derecho comunitario complementario, *cf.* J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 6ª ed. 1998, p. 26.

<sup>58</sup> Art. 65.b) del TCE.

<sup>59</sup> Dentro, por supuesto, del ámbito material de aplicación del art. 65.

<sup>60</sup> El ejemplo evidente es el Reglamento 1347/2000 relativo a la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial; pudiendo plantearse dudas razonables sobre la corrección de su base jurídica, *vid.* A. Borrás Rodríguez, «La proyección externa...», *loc. cit.*, p. 2.

A su vez, dentro del DIPr. intracomunitario debe distinguirse entre regulación de la competencia judicial internacional en los ámbitos materiales propios del Derecho comunitario y fuera de estos ámbitos. En ninguno de los dos casos cabe presumir la asunción comunitaria de la competencia para regular esta cuestión. Como ya se ha dicho, dado que todos los órganos judiciales de los Estados miembros son órganos judiciales comunitarios en principio no es relevante con carácter general y *per se* para el Derecho comunitario la delimitación del ámbito de competencias entre unos y otros. Esta regulación, sin embargo, sí puede ser necesaria desde la perspectiva del Derecho comunitario en supuestos concretos. Así, por ejemplo, en el ámbito de la protección de consumidores la imposibilidad de que el consumidor demande a su cocontratante en el Estado de su domicilio por la inserción en el contrato de una cláusula de derogación de la jurisdicción puede perjudicar el objetivo comunitario de protección de los intereses del consumidor. En este caso puede hacerse necesario que el Derecho comunitario asuma la distribución de competencias entre los diferentes Estados miembros. Puede suceder también, que el Derecho comunitario asuma con carácter general la competencia para regular esta cuestión. Esta es la situación tras el Tratado de Amsterdam, que modifica el TCE para incluir en su art. 65 la competencia comunitaria para «fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción». No parece dudoso que esta norma habilita a la Comunidad para regular el DIPr. intracomunitario<sup>61</sup>, incluso, tal como hemos visto, en materias que no son competencia comunitaria en su vertiente sustancial. Se mantienen, sin embargo, las dudas acerca de los presupuestos de esta competencia comunitaria y, en concreto, el valor que ha de darse al inciso final del primer apartado del art. 65, donde se especifica que las medidas que el art. 65 solamente podrá ser base jurídica para las medidas que se adopten «en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior»<sup>62</sup>.

26. Resta por determinar si el título competencial del art. 65 TCE alcanza también a la regulación de la competencia judicial internacional respecto a terceros Estados en los supuestos que no son, sustancialmente, de competencia comunitaria. Ciertamente, el art. 65 no limita su alcance territorial<sup>63</sup>, por lo que cabría presumir que la habilitación en él contenida alcanza también a estos supuestos, basando únicamente mostrar que la actuación comunitaria es precisa para el correcto funcionamiento del mercado interior. La dificultad en el ejercicio de esta competencia se cifrará en determinar la afectación del mercado interior de la regulación de la competencia judicial internacional en materias que no han sido objeto de actuación comunitaria y cuando no está afectada la distribución competencial entre

<sup>61</sup> Cf. S. Leible y A. Staudinger, «El artículo 65...», *loc. cit.*, pp. 100-101; A. Font i Segura, «Una lectura comunitaria del principio *lex fori regit processum*», *AEDIPr.*, 2001, vol. I, pp. 283-313.

<sup>62</sup> «Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán...» Sobre esta cuestión *vid.* S. Leible y A. Staudinger, «El artículo 65...», *loc. cit.*, esp. pp. 98-100; A. Borrás Rodríguez, «La proyección externa...», *loc. cit.*, p. 2; *id.*, «Le droit international privé communautaire...», *loc. cit.*, pp. 366-367 y 437.

<sup>63</sup> Cf. S. Leible y A. Staudinger, «El artículo 65...», *loc. cit.*, p. 101.

los Estados europeos. Si esta prueba no se da no resultaría posible justificar la actuación de la Comunidad con base en el art. 65.b) del TCE.

Hasta ahora, sin embargo, la fundamentación en la que se ha basado la reclamación de competencias externas por parte de la Comunidad en materia de DIPr. no se ha basado en la posibilidad de interpretar que directamente el art. 65 las consagra a partir de la indefinición de su tenor literal, sino que se ha optado por justificarlas sobre la denominada «doctrina *AETR*»<sup>64</sup>. Se trata de un vía argumental, sin embargo, que plantea algunos problemas, que ya han sido puestos de manifiesto por la doctrina<sup>65</sup>. Pese a ello, nos encontramos ante un planteamiento asumido por la generalidad del pensamiento jurídico, habiendo contribuido a ello, seguramente, el Dictamen del TJCE de 7 de febrero de 2006 sobre la competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano<sup>66</sup>. El planteamiento de la consulta al Tribunal, el seguimiento que se hizo del caso y las valoraciones que siguieron a su publicación contribuyeron a que el problema de la competencia externa de la Comunidad se centrara en la cuestión de si ésta disponía de competencia para concluir convenios internacionales con terceros Estados en las materias de DIPr. Al discutirse sobre la competencia en relación a la fuente (convenio internacional), se perdió de vista –desde mi perspectiva– el problema de fondo, que es el de la competencia sobre el objeto (las situaciones privadas conectadas con la Comunidad y con terceros Estados). Esta focalización en la fuente implicó, además, que la discusión se centrara en la interpretación de la jurisprudencia del tribunal que se inicia con la STJCE de 31 de marzo de 1971<sup>67</sup> y se prolongó con las decisiones en los asuntos denominados *cielos abiertos* relativos al incumplimiento del Derecho comunitario por parte de varios Estados miembros al celebrar y aplicar determinados acuerdos con Estados Unidos sobre tráfico aéreo, así como en otras decisiones que se enmarcan en la misma línea<sup>68</sup>. Todas estas decisiones no se ocupaban tanto de la delimitación exterior del ámbito competencial comunitario (pese a lo equívoco de la terminología utilizada) como de la incidencia en las relaciones puramente intracomunitarias de los convenios internacionales que pudieran concluirse con terceros Estados. De esta forma, el debate reducía innecesariamente el ámbito del problema.

<sup>64</sup> Cf. A. Borrás Rodríguez, «La proyección externa...», *loc. cit.*, p. 3; *id.*, «Le droit international privé communautaire...», *loc. cit.*, pp. 458-478; M. Wilderspin y A.-M. Rouchard-Joët, «La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004, t. 93, núm. 1, pp. 1-48, pp. 6-10 y 16; A.V.M. Struycken, «Das internationale Privatrecht der Europäischen Gemeinschaft im Verhältnis zu Drittstaaten un zur Haager Konferenz», *ZeutP*, 2004, año 12, núm. 2, pp. 276-295, pp. 281-283.

<sup>65</sup> *Vid.* A. Borrás Rodríguez, «La proyección externa...», *loc. cit.*, *passim*.

<sup>66</sup> Dictamen 1/03. *Vid.* sobre el mismo A. Borrás Rodríguez, *RJC*, 2006, año CV, núm. 3, pp. 879-889; A. Espiniella Menéndez, «La competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano», *AEDIPr.*, 2006, t. VI, pp. 493-518

<sup>67</sup> As. C- 22/70, *Comisión c. Consejo AETR*.

<sup>68</sup> *Vid.* sobre esta jurisprudencia y su proyección en el DIPr. A. Borrás Rodríguez, «Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con stati terzi», en P. Picote (ed.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padua, CEDAM, 2004, pp. 449-483, pp. 454-460; A. Espiniella Menéndez, «La competencia de la Comunidad...», *loc. cit.*, pp. 495-498.

Una vez asumido, sin embargo, que es tarea prioritaria la delimitación del ámbito externo del ordenamiento comunitario, el debate sobre la competencia externa de la Comunidad debería reconducirse hacia el objeto de la competencia comunitaria, jugando un papel secundario la cuestión de la fuente. Confío en que en los próximos años se produzca esta reorientación del debate y que, finalmente, prevalezca *Ingmar* sobre *AETR*.

#### IV. LA DESCENTRALIZACIÓN ESTATAL

##### 1. Descentralización y sistema jurídico

27. El debilitamiento de la posición del Estado no solamente se deriva de los fenómenos de integración supraestatal, sino también de la tendencia a la descentralización que es fácilmente observable en estos años de cambio de siglo. Ciertamente, el fenómeno de los Estados complejos o compuestos no es nuevo. Los Estados Unidos surgieron como un Estado federal ya en el siglo XVIII<sup>69</sup>, y su ejemplo fue seguido por varias Repúblicas Latinoamericanas, que también se estructuraron como federación. En Europa, la unificación alemana en 1871 no supuso la desaparición de las entidades políticas que integraban el Reich<sup>70</sup> y el imperio austro-húngaro fue hasta el final de la Primera Guerra Mundial una monarquía dual. Lo que resulta novedoso es que mientras en los últimos siglos la tendencia había sido la unificación y centralización, tanto desde una perspectiva política<sup>71</sup> como jurídica<sup>72</sup>; durante el último tercio del siglo XX se aprecia la tendencia contraria.

Así, en este período se observa la consolidación del modelo descentralizado (*rectius*, federal) en un Estado tradicionalmente centralista, como es España<sup>73</sup> a la vez que en otros Estados que se habían manifestado rotundamente refractarios a la descentralización territorial comienzan a dar pasos en esta dirección (Italia, Reino Unido, Francia). A partir de esta generalización de la descentralización y su extensión a Estados que habían asumido conscientemente las bondades de un modelo diferente de Estado (Francia)<sup>74</sup> podría afirmarse una inversión de la tendencia a la

<sup>69</sup> Estados Unidos es el primer ejemplo histórico de Estado federal, cf. E. Aja, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pp. 22-23.

<sup>70</sup> Vid. E. Zoller, *loc. cit.*, p. 52.

<sup>71</sup> Las dudas sobre el carácter federal o confederal de la Unión condujeron a la guerra de 1861-1865, que puede ser calificada, dependiendo del punto de vista, como guerra civil o guerra internacional, *vid.* E. Zoller, *loc. cit.*, p. 75. La unificación alemana e italiana durante el siglo XIX son procesos suficientemente conocidos.

<sup>72</sup> Como muestra la importante tarea codificadora llevada a cabo en Alemania durante los últimos años del siglo XIX y que se corona con el BGB de 1900 y en España este siglo XIX está marcado por los intentos de integración de los diferentes territorios y Derechos españoles, siendo ejemplo significativo de este proceso el largo camino seguido por la codificación civil. Esta tendencia se encuentra también detrás de la estatalización del Derecho privado, aunque unida a otros factores, *vid.* N. Jansen y R. Michaels, «Private Law and the State. Comparative Perspectives and Historical Observations», *RabelsZ.*, 2007, t. 71, núm. 2, pp. 343-397, pp. 378-382.

<sup>73</sup> Vid. el análisis de E. Aja, *op. cit.*, p. 36.

<sup>74</sup> Cf. E. Aja, *op. cit.*, pp. 20-21. La tendencia hacia la descentralización en Europa ha sido destacada por el Parlamento Europeo en su «Informe sobre el papel de los poderes regionales y locales en la contrucción europea» (Doc. A5-0427/2002, de 4 de diciembre de 2002 ([www.europarl.eu.int/ple-](http://www.europarl.eu.int/ple-)

centralización que había caracterizado a la organización política europea desde los comienzos de la Edad Moderna, llegándose incluso al fraccionamiento de varios Estados (La Unión Soviética, Yugoslavia, Checoslovaquia) e intensificándose la reivindicación de la secesión en otros (Italia, España, Reino Unido) o, al menos, de la necesidad de abordar cambios constitucionales en estos Estados que den mayor relevancia a las realidades subestatales<sup>75</sup>. Se trata de un fenómeno cuya importancia ha de ser destacada, pues se trata de una alteración fundamental en uno de los principios básicos que han permitido hasta ahora explicar la organización política en nuestro entorno más inmediato<sup>76</sup>.

28. La descentralización estatal no solamente afecta a la organización política de la sociedad, sino que es también un factor en la configuración del ordenamiento jurídico. La diferenciación entre sistemas unitarios y federales es una de las más relevantes en el ámbito del Derecho constitucional, con implicaciones trascendentes en múltiples campos. Para el DIPr. la consecuencia más relevante de esta pluralidad es la introducción en el seno de un Estado de elementos de heterogeneidad relevantes para nuestra disciplina, que puede pasar a incluir dentro de su contenido las relaciones de Derecho privado que vinculen a varios de los ordenamientos del Estado plural<sup>77</sup>. Esta heterogeneidad específica, a su vez, incide de dos formas diferentes en los presupuestos del DIPr. Por un lado, y al igual que sucede con los fenómenos de integración regional, esta pluralidad contribuye a difuminar la diferenciación entre las situaciones internas y las situaciones internacionales que caracteriza a las formulaciones clásicas de nuestra disciplina. Por otro lado, las particularidades en la regulación de las situaciones privadas heterogéneas en el seno de un mismo Estado nos obligarán a considerar en su regulación, junto con los métodos propios del DIPr. (en tanto en cuanto se trata de articular las relaciones de ordenamientos

---

nary/default\_es.htm). *Vid.* también A. Evans, «Regional Dimensions to European Governance», *ICLQ*, 2003, vol. 52, núm. 1, pp. 21-51.

<sup>75</sup> *Cf.* S. Tierney, «Reframing Sovereignty? Sub-State National Societies and Contemporary Challenges to the Nation-State», *ICLQ*, 2005, vol. 54, núm. 1, pp. 161-182.

<sup>76</sup> *Vid.* M. Castells, *op. cit.*, vol. II, pp. 300-301, acerca de la tendencia global a la descentralización como consecuencia del aumento en la diversidad y fragmentación de los intereses sociales en la sociedad red. *Vid.* también, desde una perspectiva jurídica, S. Tierney, *loc. cit.*, pp. 164-175.

<sup>77</sup> Se trata de la cuestión de la inclusión o no del Derecho interregional dentro del contenido del DIPr. Como es sabido, esta fue una cuestión debatida en la doctrina durante años (*vid.* A. Borrás Rodríguez, «Les ordres plurilegislatives dans le droit international privé actuel», *R. des C.*, 1994-V, t-249, pp. 145-368. esp. pp. 161-164; E. Vitta, *Conflitti interni ed internazionali*, Turín, G. Giappichelli, vol. I, 1954, pp. 77-89). En España la doctrina se había decantado mayoritariamente por considerar incluida esta materia en el contenido del DIPr. (*vid.* J.D. González Campos, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, UAM, 1982, p. 147; A. Borrás Rodríguez, *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Bellaterra, UAB, 1984, p. 5. Se manifestaron, sin embargo, en su día, en contra de esta inclusión J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo (*Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 103-108), basándose en el necesario carácter estatal del fenómeno jurídico y limitándose, por tanto, el DIPr. a la regulación de las situaciones heterogéneas que implicaran a una pluralidad de Estados. Esta conclusión implicaba la exclusión del Derecho interregional del contenido del DIPr. Este planteamiento fue seguido también por E. Rodríguez Gayán («Heterogeneidad y sistema en las relaciones entre Derecho internacional privado y Derecho interregional», *RGD*, 1996, núms. 622/623, pp. 8069-8091).

diferenciados), los condicionamientos constitucionales que se derivan de la estructura compleja del Estado. En este apartado nos ocuparemos de esta segunda manifestación en el DIPr. de la descentralización estatal, mientras que en el siguiente epígrafe se dedicará alguna atención a las consecuencias para nuestra disciplina de la existencia de relaciones privadas heterogéneas a partir de la conexión del supuesto con diferentes ordenamientos integrados en el mismo Estado.

29. La heterogeneidad específica de los Estados complejos tiene su origen en la proliferación de las fuentes de creación jurídica dentro del mismo Estado; proliferación que tiene como consecuencia la concurrencia de normas vigentes de orígenes diversos sobre el mismo territorio y las mismas personas. Esta concurrencia, a su vez, incide en los principios de articulación del ordenamiento jurídico. En la concepción jurídica continental que se consolida tras la Revolución Francesa, la Ley, como expresión de la soberanía popular, se convierte en la fuente suprema del Derecho, quedando a ella subordinada la creación jurídica de la Administración y la actuación tanto de los particulares como de los poderes públicos. La supremacía de la Ley es reflejo de la supremacía de la Nación y la unidad de la Ley (un único poder legislativo) es reflejo de la unidad de la Nación frente a la división estamental que precedió a la Revolución<sup>78</sup>. Desde otra perspectiva, no puede desconocerse tampoco que este carácter central de la Ley dentro del ordenamiento jurídico era fruto de una reacción reductora frente a la proliferación normativa propia del Antiguo Régimen, que traerá como consecuencia ya en el siglo XIX la codificación y con ella la desaparición de buena parte del Derecho que se había ido «acumulando» desde los inicios de la Baja Edad Media<sup>79</sup>. La consecuencia de todo ello es la unidad de la Ley. Una pluralidad de poderes legislativos no encaja, en principio, con los postulados políticos y jurídicos que dieron cobertura al nacimiento del Estado burgués moderno. De hecho, el mantenimiento en Francia de una organización rígidamente centralista no es ajeno a la consideración de la ausencia de cuerpos intermedios entre la Nación y los ciudadanos como un éxito de la Revolución y una garantía de la forma de Estado republicana. De esta forma, no es extraño que la traducción en otras Naciones de las ideas de la Revolución Francesa trajese como consecuencia casi inevitable el inicio o el acentuamiento de la centralización en el Estado. España es un buen ejemplo de ello. Así, es en la Constitución de Cádiz de

<sup>78</sup> Vid. I. de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 103. El planteamiento de la superioridad y unidad de la ley tiene su antecedente en la formulación de Rousseau de la ley como expresión de la voluntad general (cf. E. García de Enterría y T.R. Fernández, *op. cit.*, t-I, p. 104) y en el pensamiento de la Revolución se formula ya en 1789 por E.-J. Sieyès [*Qu'est-ce que le Tiers-État? (¿Qué es el Estado llano?*, trad. de J. Rico Godoy, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 40, 67, 138-139, pasando a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y a la Constitución de 1791, vid J. Touchard, *Historia de las ideas política* (trad. De J. Pradera de *Histoire des idées politiques*), Barcelona, Círculo de Lectores, 1988, t-II, pp. 94-98.

<sup>79</sup> Vid. I. de Otto, *op. cit.*, p. 131. Vid. J.C. Fernández Rozas, «Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, *op. cit.*, t-IV, pp. 5209-5237, p. 5210; donde este autor pone en relación el fenómeno de la codificación con el más amplio de la unificación del Derecho. Vid. también A. Borrás Rodríguez, «Les ordres plurilégislatifs...», *loc. cit.*, p. 173 acerca de la vinculación entre unidad de la soberanía y unidad del Derecho.

1812, y no en el Derecho Real de Felipe V, donde se consagra por vez primera la unidad de todos los españoles en una sola Nación<sup>80</sup> y se establece el programa de que sean unas solas leyes las que rijan en toda la Monarquía<sup>81</sup>. La supremacía de la Ley aparece de esta forma bien fundamentada, con el resultado de que la articulación del ordenamiento jurídico se realiza partiendo de la prevalencia de esta forma jurídica<sup>82</sup>.

A nuestros fines, interesa destacar que la correlación entre Ley y Nación, y unidad de la Ley y unidad de la Nación se corresponden con el rol que juega la Monarquía primero y el Estado después en la distinción entre relaciones internas e internacionales. La Ley como forma jurídica en su configuración más prístina derivada directamente de las ideas revolucionarias francesas identifica un ámbito propio de relaciones que puede ser diferenciado claramente frente al exterior. La vocación, propia de los siglos XVIII y XIX de construir el mundo de relaciones sociales en el seno de una sólo organización política encuentra en la Ley así entendida un reflejo normativo excelente. La Ley es fruto de la Nación y a la Nación se dirige. Los ciudadanos que constituyen la Nación se dotan de leyes que obligan por provenir de ellos y que a ellos van dirigidos. Cada Nación promulga sus leyes y en el seno de cada una de ellas puede desenvolverse con normalidad la vida de los individuos<sup>83</sup>. La posibilidad de una «vida humana de relación» que vaya más allá de las fronteras de la Nación no es considerada en la construcción del modelo. Como máximo se regula el fenómeno de la asimilación del extranjero, del cambio de Nación, no de la interrelación entre ellas. El mundo de las relaciones internacionales queda en el ámbito del Monarca y de su Gobierno<sup>84</sup>, sin que se considere necesario que se vea beneficiado por las nuevas construcciones políticas y jurídicas. Como resultado, no existe una explicación en términos modernos de las rela-

---

<sup>80</sup> Cf. art. 1 de la Constitución de Cádiz: «La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios». La Nación es la única que puede dotarse de leyes fundamentales (art. 3 de la Constitución: «La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales»). La Constitución de Cádiz mantiene, sin embargo, un principio dualista, al establecerse que la potestad de hacer las leyes no reside únicamente en las Cortes, sino en las Cortes con el Rey (art. 15); pese a que se reconoce que la Nación se encuentra representada por las Cortes (no por el Rey), *vid.* art. 27 de la Constitución: «Las Cortes son la reunión de todos los diputados que representan la Nación, nombrados por los ciudadanos en la forma que se dirá»

<sup>81</sup> Art. 258 de la Constitución: «El Código civil y el criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes. En la Constitución de Bayona de 1808 ya se preveía que un sólo Código de leyes civiles y criminales gobernase España y las Indias (art. 96).

<sup>82</sup> Las Constituciones europeas de los siglos XVIII y XIX carecen de eficacia jurídica directa, a diferencia de las Constituciones de Estados Unidos (la Constitución Federal y las Constituciones de cada uno de los Estados) que sí son aplicadas por los Jueces y Tribunales; *cf.* I. de Otto y Pardo, *op. cit.*, pp. 13-14.

<sup>83</sup> Lo que implica que la codificación supone también una cierta nacionalización; *vid.* A. Font i Segura, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2007, p. 32.

<sup>84</sup> Con algunas excepciones significativas. Así, la posibilidad de declarar la guerra o decidir la paz (art. 63.3 de la CE).

ciones entre Leyes de distintas Naciones. Se trata de fenómenos marginales que no merecen una atención especial por parte de la Teoría del Estado. La prioridad es la articulación de cada una de las Naciones, y para ello puede partirse sin problemas del principio de prevalencia de la Ley. Este principio será así la base de la explicación moderna del ordenamiento jurídico, estructurado en torno al principio de jerarquía normativa<sup>85</sup>, partiendo de la superioridad de la Ley y, supeditado a éste, del principio de competencia; que permite ámbitos de normación diferenciados dentro de un mismo ordenamiento, aunque sometidos todos ellos a la primacía de la Ley<sup>86</sup>. De esta forma, las relaciones entre distintos ordenamientos, o bien se ven mediatisadas por la superioridad jerárquica de una forma jurídica superior a todos ellos (el caso de las relaciones entre las distintas Administraciones dentro de un Estado) o se reconducen a las relaciones entre entes soberanos a través de los cauces del Derecho internacional público<sup>87</sup>.

30. El carácter plural de los Estados federales de nombre o *de facto*, como es España, implica que la fuente máxima del Derecho, la Ley, ya no es única, sino que tiene que ser adjetivada. Así, nos encontramos tanto con la Ley estatal (o federal, en el caso de Estados Unidos o Alemania) como con las leyes de cada una de las Comunidades Autónomas o Estados federados. A partir de aquí, la dificultad será explicar de una forma coherente la articulación de estas diferentes leyes en un solo ordenamiento sin recurrir al principio de jerarquía normativa, inhábil para dar cuenta de la relación entre distintos tipos de leyes, todas ellas fuente suprema del Derecho dentro de su propio ordenamiento. La solución a este problema ha sido acudir al principio de competencia, que permite establecer ámbitos diferentes de actuación de cada uno de los ordenamientos integrados en el Estado complejo, sin que ninguno de ellos prevalezca sobre el resto. De esta forma, resulta posible explicar las relaciones dentro del Estado complejo de una forma relativamente sencilla y respetando el carácter supremo de todas las leyes producidas en el seno de tal Estado complejo<sup>88</sup>. No se trata, sin embargo, de una solución definitiva a la problemática constitucional de los Estados complejos, ya que remite la solución de esta cuestión a la norma que distribuye la competencia entre los distintos ordenamien-

---

<sup>85</sup> Esta es la formulación del monismo parlamentario francés (*vid. I. de Otto, op. cit.*, pp. 135-137), de honda influencia en otros Estados, incluida España. Ciertamente, la prevalencia de la Ley que resulta de los principios de la Revolución de 1789 no triunfó en otros países, y así, en Alemania se mantuvo la dualidad entre Monarca y Parlamento (*ibidem.*, pp. 133-135), de acuerdo con la cual la ley no era el fundamento último de legitimidad del sistema normativo. Pese a ello, sin embargo, la ley seguía ocupando una posición de supremacía en el ordenamiento (*ibidem.*, p. 134).

<sup>86</sup> *Vid. E. García de Enterría y T.-R. Fernández, Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 8ª ed. 1998, t-I, pp. 64-65.

<sup>87</sup> No cabe olvidar que en la época en la que se consolida el Estado Moderno tras las Revoluciones burguesas de fines del siglo XVIII y primera mitad del XIX, el DIPr. se considera una parte del Derecho internacional público, un supuesto del fenómeno más amplio de las relaciones entre Estados soberanos; *vid. el análisis de P. Domínguez Lozano, «Las concepciones publicista y privatista del objeto del Derecho Internacional Privado en la doctrina europea: reconstrucción histórica», REDI*, 1994, vol. XLVI, núm. 1, pp. 99-135, esp. pp. 104-111.

<sup>88</sup> *Vid. E. García de Enterría y T.-R. Fernández, Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 8ª ed. 1998, t-I, pp. 65-66 y 275-277.

tos que conviven en el Estado. Esta norma de distribución competencial se convierte así en la efectiva fuente suprema del ordenamiento, colocándose por encima de cualquiera de las leyes que puedan promulgarse en el seno del Estado. La justificación de esta superioridad se convierte así en una cuestión clave en el Derecho constitucional y en el estudio de los Estados complejos, habiendo sido objeto de múltiples estudios, propuestas y análisis<sup>89</sup>.

## 2. Descentralización estatal y DIPr

31. Tal como se señalaba en el apartado anterior, la regulación de la heterogeneidad específica de los Estados complejos de base territorial no puede ser entendida sin tener en cuenta los condicionamientos constitucionales que, sintéticamente, implican la aparente contradicción de multiplicar los puntos de creación de la norma suprema del sistema. Esta multiplicación implica estructurar las relaciones entre los distintos ordenamientos que concurren en el Estado complejo a partir del principio de competencia; lo que, a su vez, proyectará determinadas consecuencias sobre la regulación de las situaciones heterogéneas en el seno de dicho Estado complejo. Éstas últimas, en principio, son abordadas desde los parámetros propios del DIPr.; pero esta perspectiva es constantemente matizada por las implicaciones constitucionales que traen causa de la integración de los ordenamientos en relación en el seno de un único Estado. Dadas las diferencias entre los distintos Estados complejos, la forma en que se manifiesta esta incidencia no puede ser generalizada, variando sensiblemente de unos Estados a otros.

De esta forma, en los Estados federales, y máxime si en tales Estados ha existido un momento más o menos prolongado de efectiva independencia entre ellos<sup>90</sup>, la regulación de las relaciones heterogéneas en el seno de la Federación tiende a plantearse en términos semejantes a aquéllos de acuerdo con los cuales se desenvuelve la regulación de las situaciones vinculadas con ordenamientos estatales diferentes. En estos supuestos, las denominadas «dimensión interna» y «dimensión externa» del sistema de DIPr. se construyen sobre los mismos principios, aunque la existencia de un ordenamiento federal común a los distintos Derechos que integran el Estado complejo puede imponer determinados condicionantes a las soluciones del Derecho rector de las situaciones heterogéneas desde el punto de vista interno<sup>91</sup>. En estos supuestos, la integración de los diferentes Estados en un Estado complejo no supone una alteración de los presupuestos básicos del DIPr. aplicables

---

<sup>89</sup> Vid. C. Cancela Outedo, *op. cit.*, pp. 56 y 65 y referencias contenidas en n. núm. 67.

<sup>90</sup> El caso de Estados Unidos, en el que la constitución de los Trece Estados fundadores precede en más de una década a la Constitución federal.

<sup>91</sup> En los Estados Unidos, la *Full Faith and Credit Clause* obliga a los distintos Estados a dotar de eficacia a las leyes y decisiones que se dicten en otros Estados de la Unión, aunque no se trata de una eficacia incondicional, ya que resulta posible limitar tanto el reconocimiento y la ejecución de decisiones como la aplicación de normativa procedentes de otros Estados de Estados Unidos. Vid. P.A. de Miguel Asensio, «Conflictos de leyes e integración jurídica: Estados Unidos y Europa», *AEDIPr.*, 2005. t. V, pp. 43-102, pp. 52-58; A. Borrás Rodríguez, «Les ordres plurilégislatifs...», *loc. cit.*, pp. 178-179. Vid. también D. McClean, *loc. cit.*, pp. 161-167.

a las relaciones entre los diferentes Derechos que pueden identificarse en dicho Estado complejo. En los Estados complejos que experimentan un grado mayor de integración (España, por ejemplo), la diferenciación entre ambas dimensiones del sistema de DIPr. es mayor, tal como veremos a continuación.

32. Así, en los ordenamientos complejos que tengan su origen en la unión de estructuras políticas con capacidad normadora previamente independientes resultará posible, seguramente, identificar esta tensión entre la aplicación a los conflictos internos de las mismas soluciones que a los internacionales y el condicionamiento que se pueda derivar para dichas soluciones de la consideración de los imperativos constitucionales, más o menos relevantes en función del grado de integración del Estado complejo de que se trate. Así, frente a la situación de Estados Unidos, en los que los condicionamientos constitucionales de la regulación de los conflictos internos son mínimos<sup>92</sup>; en el caso español, en el que el carácter plurilegislativo del Estado español también tiene su origen en una previa independencia política, la mayor integración del Estado ha supuesto un condicionamiento mucho más estrecho para la regulación de las situaciones internas heterogéneas. Se podría establecer la regla de que cuanto mayor es la integración, más se aleja la resolución de los conflictos internos de los planteamientos característicos del DIPr. y más se aproxima a los métodos de articulación de las diferentes fuentes legales en el seno de un ordenamiento unificado.

En el caso español, el proceso de alejamiento de la solución de los conflictos internos del ámbito propio del DIPr. se inicia con la desaparición de las jurisdicciones diferenciadas dentro del Estado, fruto de los Decretos de Nueva Planta de Felipe V<sup>93</sup>. La consecuencia inmediata de esta unificación es la imposibilidad de que se planteen problemas de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de decisiones. Consecuencia mediata de esta unificación es la desaparición de los diferentes sistemas de conflictos de leyes en beneficio del de aquel ordenamiento (el castellano) que retuvo el ejercicio de la función jurisdiccional. Pese a que este proceso de unificación de las soluciones en materia de Derecho interregional no ha sido nada sencillo, esta unificación no ha podido, finalmente, ser evitada, seguramente porque resulta en sí mismo contradictorio que habiendo unidad de jurisdicción puedan mantenerse sistemas diferenciados de conflicto de leyes<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> Cf. P.A. de Miguel Asensio, «Conflictos de leyes e integración jurídica...», *loc. cit.*, p. 56.

<sup>93</sup> Vid. R. Arenas García, «Derechos forales, derechos locales y derecho consuetudinario en España: origen histórico y determinación de su ámbito de vigencia territorial», *RJA*, 1997, núm. 21, pp. 93-113, p. 99.

<sup>94</sup> La unificación de las jurisdicciones implica que ya no resultará posible que se ofrezcan soluciones distintas al mismo supuesto dependiendo de cuál sea el tribunal que conozca del asunto. De esta forma, si la unidad de jurisdicción no va acompañada de la unificación del Derecho se hace necesario establecer un sistema único para la determinación del ámbito de aplicación de cada uno de los ordenamientos que conviven dentro del Estado. En el caso de España, la unificación de la jurisdicción operada por los Decretos de Nueva Planta no implicó inmediatamente la eliminación de las normas de DIPr. que pudieran existir en los Derechos catalán, aragonés o balear, ya que el Consejo de Castilla, que conocía en última instancia de los casos resueltos por las Audiencias de Zaragoza, Barcelona y Palma de Mallorca, debía aplicar el Derecho de cada uno de estos Reinos en los litigios que proce-

Esta unidad de soluciones, además, ha implicado que, una vez asumido constitucionalmente el carácter plural del Estado<sup>95</sup>, se haya mantenido la necesidad de que el sistema de conflicto de leyes fuese único, negándose la competencia en esta materia a las Regiones (en la Constitución Republicana de 1931) y a las Comunidades Autónomas en la Constitución de 1978. Solamente el Estado central dispone de la capacidad para promulgar normas sobre los conflictos de leyes, con lo que el Derecho interregional<sup>96</sup> ha de ser entendido, fundamentalmente, como un mecanismo de delimitación del ámbito de aplicación de los diferentes Derechos españoles. La asunción de esta función implica, a su vez, que el legislador interautonómico se ve profundamente condicionado en su tarea por los principios constitucionales que estructuran el Estado autonómico. Así, la necesidad de que garantice la igualdad entre los diferentes Derechos españoles supone un condicionamiento de primer orden en el diseño del sistema de Derecho interregional, condicionamiento cuyas consecuencias distan aún de haber sido exprimidas hasta el máximo<sup>97</sup>.

Esta necesaria neutralidad del sistema de Derecho interregional es uno de los polos que han de ser considerados en el análisis del actual sistema español de Derecho interregional. Esta es la posición en la que ha de situarse el legislador estatal de DIPr., el único competente para regular las situaciones heterogéneas dentro de España, que ve limitada esta importantísima competencia por la necesidad de efectuar dicha regulación únicamente mediante la técnica de delimitar el ámbito de aplicación de los diferentes Derechos españoles. El otro polo que ha de ser considerado es la tendencia, yo diría que inevitable, de los distintos Derechos españoles a fijar, al menos en determinadas circunstancias, su ámbito de aplicación espacial y personal<sup>98</sup>. La tensión entre estos dos polos refleja la que existe entre un sistema de Derecho interregional que se construya sobre la unidad estatal y, por tanto, la

---

dieran de tales Audiencias. Destaca la vinculación entre unidad de jurisdicción y unidad del sistema conflictual A. Font i Segura, *op. cit.*, p. 61.

<sup>95</sup> Vid. R. Arenas García, «Derechos forales...», *loc. cit.*, pp. 101-104.

<sup>96</sup> Ciertamente, la denominación no es correcta; pero creo que se puede mantener en el texto, advirtiendo de que quizá fuese conveniente extender el uso de la expresión –más correcta– de Derecho interautonómico. En la exposición me referiré indistintamente a Derecho interregional, dimensión interna del sistema de DIPr. y al Derecho interautonómico, tomando como sinónimas todas estas formulaciones. Vid. sobre la cuestión terminológica, E. Zabalo Escudero, «Artículo 16, apartado 1», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t-I, vol. 2º, Madrid, EDERSA, 2ª ed. 1995, pp. 1259-1282, p. 1266.

<sup>97</sup> Vid. sobre los condicionamientos constitucionales del legislador estatal como legislador interregional J.J. Álvarez Rubio, «La necesaria reforma del sistema español de Derecho interregional», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1997*, Madrid, Servicio Editorial UPV/Tecnos, 1998, pp. 275-321, pp. 296-299; A. Font i Segura, *op. cit.*, pp. 112-119; S. Álvarez González, *Estudios de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2007, esp. pp. 50-52, 71-73 y 90-95.

<sup>98</sup> Vid., por ejemplo, el art. 1.1 de la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio de uniones estables de pareja; art. 137 de Ley gallega 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia; Leyes 15 y 16 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, etc.. Vid. sobre las distorsiones que se derivan del hecho de que sea el legislador estatal el que determine el ámbito de los derechos autonómicos S. Álvarez González, *Estudios de Derecho interregional*, *op. cit.*, pp. 135-158; vid. especialmente las pp. 138, 141 y 156-158.

necesaria articulación de las distintas fuentes de producción normativa; y otro que considere la superposición de ordenamientos, cada uno de los cuales con vocación de ejercitar plenamente la autonomía legislativa de la que disfruta. Un Derecho interautonómico que asuma sin vacilaciones el papel central del Estado en la organización de la sociedad, deberá tender a la elaboración de un Derecho interregional que asegure una delimitación del ámbito de aplicación de cada ordenamiento tal que impida solapamientos o lagunas. De esta forma, la dimensión interna del sistema de DIPr. no se alejaría excesivamente de los presupuestos que guían la articulación constitucional del Estado. Por el contrario, un sistema de DIPr. que, en lugar de partir del Estado en el que se insertan los diferentes Derechos, parta de éstos, forzosamente se encontrará con problemas de articulación que pueden llegar a ser insolubles.

33. Estos problemas de articulación surgirán, precisamente, porque resulta inevitable que cada ordenamiento jurídico se ocupe de la determinación de su propio ámbito de vigencia<sup>99</sup>. No es pensable un legislador que no considere el alcance personal y territorial de su actividad. En el diseño del Derecho interregional que resulta de la priorización de la correcta articulación de las distintas fuentes de producción normativa dentro del Estado, el Derecho autonómico se aplica de forma inmediata a los supuestos internos al ordenamiento que se trate, y de forma mediata a aquellos supuestos heterogéneos que resulten de la distribución de competencias entre los diferentes Derechos que haga el sistema de Derecho interregional<sup>100</sup>. De esta forma, el legislador estatal, que es el único con competencia para producir normas de conflicto de leyes, asume de una manera formal la regulación de todas las situaciones heterogéneas, aunque materialmente su papel ha de limitarse a la determinación del Derecho español competente, ajustándose estrictamente al principio de igualdad entre todos los ordenamientos españoles<sup>101</sup>. El problema que plantea esta forma de entender el Derecho interregional es el de que cada uno de los legisladores materiales ve sustraída de su ámbito competencial la regulación inmediata de un número considerable de supuestos, ya que, si es cierto –como hemos señalado anteriormente– que la internacionalización de la vida económica y social ha multiplicado el número de supuestos de tráfico externo, dentro de un mismo Estado, la frecuencia de las relaciones conectadas con más de un ordenamiento implica que una proporción significativa del tráfico jurídico es heterogéneo<sup>102</sup>. En estas circunstancias es

---

<sup>99</sup> Vid. J.L. Iriarte Ángel, «Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil», en *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Bilbao, Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (Comisión de Bizkaia), 1999, pp. 39-62, p. 43 acerca de la necesidad de que la solución de los conflictos internos dentro de un Estado complejo responda a la naturaleza de las instituciones del Derecho material.

<sup>100</sup> Vid. A. Arce Janáriz, «Normas sobre Derecho aplicable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *REDC*, 1989, pp. 89-113, p. 102.

<sup>101</sup> Este principio no ha sido seguido con fidelidad por el legislador estatal, que en algunos supuestos ha dado preferencia al Derecho denominado común sobre el resto de Derechos españoles con la aquiescencia del TC. Vid. la conocida Sent. del TC 148/1993, de 8 de julio.

<sup>102</sup> Vid. las Sents. del TC 37/1981, de 16 de noviembre de 1981 (Fundamento de Derecho Primero) y 44/1984, de 27 de marzo de 1984 (Fundamento de Derecho Segundo).

comprensible que los diferentes legisladores dentro del Estado pretendan delimitar el ámbito de aplicación de su Derecho<sup>103</sup>. Las normas resultantes no son más que el reflejo de una aspiración legítima de todo ordenamiento, la definición de su propio ámbito de aplicación. Conviene recordar que fuera del ámbito civil, el TC español ha admitido la posibilidad de que los legisladores autonómicos definieran el ámbito de aplicación de su propio Derecho, siempre que tuvieran en cuenta criterios tales que evitaran una aplicación extraterritorial del propio Derecho<sup>104</sup>. Se trata de una solución que se explica en materia de Derecho público económico, pues se carece de normativa estatal que regule esta cuestión<sup>105</sup>, pero que también se encontraría justificada en materia de Derecho civil, tal como desarrollaremos mínimamente un poco más adelante. Aquí es suficiente con constatar cómo, incluso en Estados complejos con un grado de integración comparativamente alto, como es España, la solución de los conflictos internos no puede resolverse únicamente a partir de parámetros constitucionales, siendo preciso combinar estos con las exigencias propias del DIPr., especialmente aptas para articular las relaciones entre Derechos diferentes, que carecen de relación estructural entre sí. La tensión entre mantenimiento de la estructura estatal y la satisfacción de las exigencias propias de la relación entre ordenamientos diferenciados es clave para comprender los conflictos internos en todos los Estados complejos, y una muestra más de que las explicaciones globales del fenómeno jurídico que parten y concluyen en el Estado no son adecuadas para explicar coherentemente la complejidad de los ordenamientos compuestos.

34. La heterogeneidad específica de los Estados complejos implica también, tal como adelantábamos, la difuminación de la separación entre ámbito interno e internacional característica de las formulaciones clásicas del DIPr. En un Estado complejo, como es España, no existe propiamente un ámbito de regulación interno español, sino que la identificación de relaciones homogéneas ha de descender hasta el nivel de los diferentes Derechos españoles; esto es, los denominados Derechos forales y Derecho común<sup>106</sup>. La existencia de estos ordenamientos permite identificar supuestos heterogéneos que, sin embargo, pueden no estar conectados con

---

<sup>103</sup> No solamente los legisladores autonómicos, ya que también en el denominado Derecho civil común es posible identificar normas de determinación de su ámbito espacial de aplicación. Así, por ejemplo, el art. 733 del C.c., *vid.* A. Font i Segura y S. Orriols i García, «Reflexions en torn a la rescissió per lesió en dret interregional», *RJC.*, 1997-3, año XCVI, pp. 767-793, p. 780, n. núm. 41.

<sup>104</sup> *Vid.* A. Arce Janáriz, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 109-110. En algunos supuestos, sin embargo, la heterogeneidad de la situación puede implicar que la competencia se traslada al legislador estatal, *cf.* J.D. González Campos, «El marco constitucional de los conflictos internos en España», *Europäischer Binnenmarkt. Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung. Beiträge und Diskussionen des Symposiums 1994 in Heidelberg*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995, pp. 7-32, p. 24. *Vid.* también J.J. Pérez Milla, *La territorialidad en el ordenamiento plurilegislativo español. Materia de contenido económico con especial referencia al derecho corporativo*, València, CIRIEC-España, 1999, pp. 38 y ss., 62-63 y 69.

<sup>105</sup> *Vid.* J.D. González Campos, «El marco constitucional...», *loc. cit.*, p. 32.

<sup>106</sup> No resultaría correcta en este punto sustituir la expresión del texto por la de Derechos autonómicos, ya que no todas las Comunidades Autónomas poseen un Derecho civil propio. De esta forma, en el caso de las Comunidades de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco y Valencia, sí es posible identificar Derecho civil y Derecho autonómico. En cambio, el Derecho común es

ningún ordenamiento extranjero. Su regulación no puede realizarse acudiendo a las técnicas propias del Derecho material, tal como hemos visto en los párrafos precedentes; pero tampoco puede resolverse a partir de los mecanismos específicos del DIPr. Se crea así un ámbito intermedio entre las relaciones puramente internacionales y las homogéneas a cada uno de los ordenamientos que conviven en el Estado español.

La existencia de este campo intermedio entre lo internacional y lo homogéneo tiene una incidencia significativa en los supuestos internacionales, ya que dificulta la utilización de las técnicas propias del DIPr. Así, en los supuestos en los que la norma de conflicto remite al ordenamiento español es preciso identificar cuál de los Derechos españoles es el que debe resultar aplicable. Se trata de un problema práctico de considerable trascendencia, que obliga, en ocasiones, a ofrecer soluciones artificiosas, que chocan con la claridad del método de remisión, de acuerdo con el cual la situación internacional ha de recibir el mismo tratamiento que una interna al ordenamiento designado por la norma de conflicto<sup>107</sup>. Cuando ésta designa el Derecho de un Estado complejo, la aplicación de esta solución aún precisa una concreción ulterior: la identificación del ordenamiento dentro del Estado que habrá de regular el supuesto.

35. La forma más respetuosa con la lógica del DIPr. de concretar el Derecho aplicable en el seno de un Estado plurilegislativo pasa por la utilización para esta tarea de la misma norma de conflicto que ha permitido identificar el ordenamiento estatal competente<sup>108</sup>. Como es sabido, esta es la solución preferida en el ámbito

---

un producto estatal; aunque, propiamente, debería considerarse como el Derecho civil de las Comunidades Autónomas que carecen de Derecho civil propio.

<sup>107</sup> Piénsese en las dificultades que presenta la aplicación del Derecho español en los supuestos en los que ésta se deriva de la consideración del reenvío en materia de sucesiones. Así, el supuesto típico de reenvío en esta materia es el que se produce porque el Derecho de la nacionalidad del causante prevé, para la sucesión respecto a los inmuebles, la aplicación del Derecho del lugar de situación de tales bienes. En estos casos, la identificación del Derecho español aplicable debería realizarse a partir de la previsión del art. 16, que, a su vez, remite la solución a la norma de conflicto que resulte aplicable. En este supuesto el art. 9.8 del C.c., no ofrece ninguna solución, pues, los puntos de conexión que utiliza para nada hacen referencia a la conexión utilizada por el ordenamiento inglés para remitir al español (lugar de situación del inmueble).

<sup>108</sup> Son tres las soluciones que se han mantenido para resolver el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo (cf. M.P. Andrés Sáenz de Santa María, «El artículo 12.5º del Código Civil y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo», *R.G.L.J.*, año CXXVII, 1978, 2ª época, t-LXXVII (246), pp 59-75, p. 61): la utilización de las normas sobre resolución de conflictos del Estado designado por la norma de conflicto, la aplicación de la norma de conflicto para identificar en el Estado plurilegislativo el sistema legislativo competente y la doctrina intermedia, que distingue entre los diferentes tipos de conexión para aplicar una u otra de las soluciones anteriores. La remisión directa es más respetuosa con la lógica de DIPr. toda vez que resuelve los conflictos en el seno de un ordenamiento plurilegislativo haciendo abstracción de los condicionamientos que se derivan de la integración estatal. Tal como señala R. de Nova («Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws», *R. des C.*, 1966-II, t-118, pp. 435-621, pp. 539-540), el DIPr. surge para regular las relaciones entre ordenamientos diferenciados, haciendo abstracción de su posible incardinación en estructuras políticas superiores. Solamente el auge del Estado Soberano en la Edad Moderna implicó que la referencia básica de nuestra disciplina tendiese a desplazarse del ordenamiento al Estado; pasando a entenderse que la tarea de la norma de conflicto terminaba en la designación del Estado cuyo

convencional<sup>109</sup>; en el que resulta usual que se establezca que, a los efectos de aplicación del convenio de que se trate, las unidades territoriales con Derecho propio que existan en el seno de los Estados complejos, serán consideradas como Estados. Como es sabido, el DIPr. autónomo español no sigue esta vía para resolver los supuestos de remisión a un sistema plurilegislativo; sino que establece (art. 12.5 del C.c.) que en estos casos será el Derecho del Estado al que remite la norma de conflicto el que determinará cuál de los diferentes sistemas legislativos será aplicable<sup>110</sup>. Pese a la claridad de esta solución, la jurisprudencia española ha preferido, en los supuestos en los que ha debido enfrentarse a esta cuestión (y no han sido pocos) operar de una forma intuitiva, determinando dentro del Estado plurilegislativo el Derecho aplicable a partir de los datos presentes en el supuesto<sup>111</sup>, y entendiendo, con frecuencia, que la norma de conflicto del DIPr. español es susceptible

---

Derecho debería aplicarse, y debiendo determinarse a partir de ahí el Derecho rector de la situación de que se trate a partir de los criterios propios de dicho Estado (*ibidem.*, p. 542). Es una postura que es coherente, igualmente, con una idea del DIPr. muy vinculada al Derecho internacional público, en la que nuestra disciplina tiene como fin delimitar el ámbito competencial entre los Estados en el ámbito de las relaciones privadas internacionales. Frente a esta solución, la remisión directa limita los efectos en el DIPr. de la integración estatal de ordenamientos, manteniendo como eje de la disciplina la diferenciación de ordenamientos jurídicos. El problema que plantea la remisión directa es la imposibilidad de que ésta pueda llevar a ningún resultado cuando el punto de conexión es la nacionalidad (*vid.* M.P. Andrés Sáenz de Santa María, *loc. cit.*, pp. 71-75). Resulta lógica esta dificultad toda vez que la nacionalidad, en el caso de los Estados plurilegislativos, se vincula únicamente al ámbito específico de integración (el Derecho federal en el caso de los Estados federales, el Derecho estatal en el caso de España). Una solución posible en estos casos sería la aplicación del Derecho federal, en el caso de que éste contuviese normas materiales capaces de regular el supuesto de que se trate. Fuera de estos casos, la solución habría de ser la sustitución de la conexión nacionalidad por otra que sí permitiese la identificación directa de un ordenamiento jurídico. En el caso español, la utilización de la conexión residencia habitual en estos casos podría ser una solución a tener en cuenta (*vid.* M.P. Andrés Sáenz de Santa María, *loc. cit.*, pp. 73-75).

<sup>109</sup> *Vid.* arts 36 del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional; art. 14 del Convenio de La Haya de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores; art. 12 del Convenio de La Haya de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera; art. 12 del Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos; art. 19.1 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; *vid.* una solución diferente en el art. 16 del Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias; el art. 1 del Convenio de La Haya de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias también opta por la remisión indirecta, aunque solamente en los supuestos en los que el punto de conexión sea la nacionalidad. El art. 37 del Convenio de La Haya de 1993 sobre protección de menores y adopción internacional también incluye una remisión indirecta. En general, sobre las cláusulas plurilegislativas en los convenios internacionales, *vid.* L. Santos i Arnau, *Les clàusules plurilegislatives dels convenis de la Conferència de dret internacional privat de La Haia*, Barcelona, tesis (UAB), 1987.

<sup>110</sup> *Vid.* sobre la interpretación de este precepto M.P. Andrés Sáenz de Santa María, *loc. cit.*, pp. 72 y ss.

<sup>111</sup> Destacan la escasa aplicación del art. 12.5 J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo (*Derecho internacional privado*, Madrid, ThomsonCivitas, 3ª ed. 2004, p. 142). Para un análisis de la jurisprudencia anterior a la promulgación de este precepto, *vid.* M.P. Andrés Sáenz de Santa María, *loc. cit.*, pp. 64-69.

de identificar directamente el ordenamiento competente dentro del sistema plurilegislativo<sup>112</sup>. Se trata de una práctica jurisprudencial que debe ser rechazada, pues contradice flagrantemente el tenor del art. 12.5 del C.c.; pero que no deja de presentar ventajas que quizás pudieran hacer reflexionar al legislador. Así, desde un punto de vista eminentemente práctico, esta solución elimina la necesidad de traer al proceso el Derecho extranjero relativo a los conflictos de leyes en el Estado designado por la norma de conflicto. Dados los problemas que plantea con carácter general la introducción del Derecho extranjero en el proceso, no deja de ser una ventaja relevante. Desde una perspectiva de principios, la práctica seguida por la jurisprudencia implica que, en la tensión que se mantiene entre la lógica de DIPr. y la lógica constitucional en el seno de los Estados complejos, y de la que nos hemos ocupado en el apartado anterior, se da preferencia a aquélla. Es una opción posible *de lege ferenda* y que, desde nuestra perspectiva, responde mejor a la relativización del fenómeno estatal que, en cierta medida, estamos experimentando en la actualidad.

No puede desconocerse, sin embargo, que la utilización de la remisión directa para la resolución de los problemas que se derivan de la designación de un Estado plurilegislativo por parte de la norma de conflicto tiene un alcance que va más allá de la resolución de este problema, ya que tiene la virtualidad de alterar sustancialmente el resultado de la aplicación de la técnica conflictual, pudiendo implicar la alteración del ordenamiento estatal competente. Esto sucederá cuando el punto de conexión solamente pueda operar en determinadas circunstancias que sí concurren respecto al conjunto del Estado, pero no en relación con los sistemas subestatales. Así, en materia de separación judicial y divorcio, el art. 107 del C.c. establece como primera conexión la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda. En el supuesto de que los cónyuges sean británicos, inglés uno y escocés el otro, si entendemos la remisión efectuada al Estado resultará que el Derecho aplicable será el «británico», debiendo a continuación procederse a la identificación del concreto Derecho (inglés o escocés) que ha de regir el supuesto. Si, por el contrario, operamos a partir de la técnica de la remisión directa no existirá ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, por lo que debería aplicarse la conexión subsidiaria, la residencia habitual del matrimonio<sup>113</sup>.

Esta alteración del Derecho designado por la norma de conflicto en función de que consideremos que la remisión se realiza al Estado compuesto o a cada uno de los sistemas legislativos que lo integran muestra con toda claridad las implicaciones que tiene la determinación del estatus que se otorgue a tales entidades infraes-

<sup>112</sup> Vid. la Sent. del T.S. (Sala 1ª) de 23 de septiembre de 2002 (*La Ley*, 2002, año XXIII, núm. 5640, de 24 de octubre, nº 7785), Sent. del TS (Sala de lo Civil), de 21 de mayo de 1999, *AEDIPr.*, 2001, vol. I, pp. 1094-1095 con Observaciones de J. Pérez Milla, *ibid.*, pp. 1095-1096; Sent. de la A.P. de Málaga (Sección 6ª), de 18 de diciembre de 1996, *REDI*, 1998, vol. L, núm. 2, pp. 244-245, «Nota» de I. Ayala Cadiñanos, *ibid.*, pp. 245-249; STS (Sala 1ª), de 15 de noviembre de 1996, *REDI*, 1997, vol. XLIX, núm. 1, pp. 264-265, «Nota» de E. Rodríguez Pineau, *ibid.*, pp. 265-268.

<sup>113</sup> Vid. la Sent. de la A.P. de las Palmas de Gran Canaria, de 27 de junio de 1997, *AEDIPr.*, 2001, vol. I, pp. 1025-1026, con Observaciones de S.A. Sánchez Lorenzo, *ibid.*, pp. 1026-1027

tatales en el método conflictual. El resultado de esta opción no es baladí, pues la opción por la remisión directa, frente a la solución del art. 12.5 del C.c. implica una toma de postura en el conflicto que se produce entre la resolución de los conflictos internos a partir de los parámetros propios del DIPr. o haciendo primar las exigencias de estructuración del Estado complejo. La remisión directa opta por dar preferencia al primero de estos enfoques, mostrándose de esta forma coherente con la dificultad de explicar la articulación de los diferentes ordenamientos que conviven en el seno de los Estados complejos a partir de un solo eje estructurador, la supremacía de la Ley<sup>114</sup>.

36. A partir de aquí, la utilización de la remisión directa en los supuestos en los que la norma de conflicto atribuye la regulación a un sistema plurilegislativo supone que, a los efectos de resolución de esta cuestión, los diferentes ordenamientos que conviven en el seno del Estado complejo son equiparados a Estados. El mantenimiento de la línea de razonamiento que subyace a esta solución implica, tal como hemos visto, considerar, a los efectos de la regulación de las situaciones privadas heterogéneas, que son las unidades políticas últimas con capacidad legislativa; esto es, capaces de producir un auténtico ordenamiento, las que deberán ser consideradas como los elementos que deben ser tomados como referencia en la configuración del sistema de DIPr. Ahora bien, este punto de partida en la resolución de los supuestos heterogéneos conectados con algún sistema legislativo subestatal no puede desconocer la integración de tales sistemas en el seno de Estados, lo que puede alterar los resultados que se derivarían de una aplicación estricta del principio de equiparación entre entidades políticas subestatales dotadas de un ordenamiento propio y Estados. La influencia de las necesidades de estructuración del Estado se harán patentes, sobre todo, en los supuestos en los que se encuentren involucradas en el conflicto sistemas legislativos integrados en el Estado del foro, esto es, en el Estado del sistema de DIPr. que se aplica; especialmente, en los supuestos en los que la remisión a un Estado plurilegislativo es una remisión *ad intra* y no una remisión *ad extra*<sup>115</sup>.

En el DIPr. español encontramos un ejemplo evidente de esta alteración en el supuesto de remisión *ad intra* en materia de efectos del matrimonio. La aplicación del art. 16.3 del C.c. puede implicar que en un supuesto conectado con dos ordenamientos españoles y uno extranjero puede verse finalmente regulado por un tercer ordenamiento español que no presenta vínculo alguno con el caso<sup>116</sup>. Se trata de una

<sup>114</sup> Supremacía de la Ley que, ya en el siglo XX, adopta la forma de supremacía de la Constitución, una vez asumido el carácter normativo de esta última. *Vid.* I. de Otto, *op. cit.*, pp. 17-18.

<sup>115</sup> *Vid.* sobre la distinción entre una y otra M.P. Andrés Sáenz de Santa María, *loc. cit.*, p. 60.

<sup>116</sup> De acuerdo con el art. 16.3 del C.c. los efectos del matrimonio entre españoles se regirán por el Derecho español designado por el art. 9 del C.c. y en su defecto por el Código civil. Así, en el matrimonio entre un español con vecindad civil catalana y otro español con vecindad civil navarra, que se celebre en Francia, fijándose en este país la primera residencia del matrimonio y sin que los cónyuges hayan elegido ningún Derecho como rector de los efectos de su matrimonio, deberá ser el Derecho español el que rija los efectos del matrimonio; pero al no poder determinarse a través del art. 9 cuál de los dos Derechos españoles vinculados con el supuesto (el catalán y el navarro) ha de regir los efectos del matrimonio, será finalmente el denominado Derecho común el rector de los efectos de

posibilidad que contraría el principio de igualdad entre los Derechos civiles españoles; pero que ha sido admitida por el TC<sup>117</sup> sobre la base de la necesidad de facilitar en todos los supuestos una solución clara y cierta que garantice la seguridad del tráfico, exigencia constitucional que debe equilibrarse, en la perspectiva del TC, con la igualdad de todos los Derechos españoles<sup>118</sup>. Aparte de la tacha que pueda hacerse a esta solución desde una perspectiva constitucional, para la que me remito a las consideraciones del Voto Particular que acompaña a esta Sentencia, desde la perspectiva que aquí interesa es muestra de cómo la integración de ordenamientos infraestatales en la organización estatal matiza la aplicación del DIPr. construido sobre la base de la oposición «situaciones internas/situaciones internacionales», forzando la aplicación de un ordenamiento que no se encuentra vinculado al caso que se ha de resolver.

37. En general, la mayor carga constitucional que tiene la resolución de los conflictos internos al sistema del foro que el tratamiento de estos mismos conflictos en relación a otro Estado puede justificar una diferencia de soluciones entre los supuestos de remisión *ad intra* y de remisión *ad extra*<sup>119</sup>. Así, los mismos convenios internacionales que utilizan la técnica de la remisión directa para resolver los problemas que se derivan de la remisión a un sistema plurilegislativo, excluyen la utilización del convenio en la resolución de los conflictos internos<sup>120</sup>. Conviene

---

este matrimonio (*vid.*, para una crítica a esta solución J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 391). La equiparación de las Comunidades Autónomas españolas a Estados a efectos de la aplicación del sistema de DIPr., en sus vertientes interna y externa, hubiera conducido en este mismo caso a la aplicación a los efectos del matrimonio del Derecho francés, por fijarse en este país la primera residencia del matrimonio posterior a la celebración.

<sup>117</sup> STC (Pleno) 226/1993, de 8 de julio de 1993. *Vid.* el Voto Particular del Magistrado Julio Diego González Campos.

<sup>118</sup> Fundamento Jurídico 4º: «Es razonable que un sistema de Derecho interregional no se base exclusivamente, sin embargo, en remisiones y conexiones abstractas y neutras, pues no es en modo alguno descartable que tales técnicas –aseguradoras de una aplicación indistinta de todos los ordenamientos civiles– no ofrezcan, en determinados supuestos, la solución clara y cierta que demanda, inexcusablemente, la seguridad del tráfico.»

<sup>119</sup> Cf. F.J. Garcimartín Alférez, «España se adhiere al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *REDI*, 1994, vol. XLVI, núm. 1, pp. 446-450, p. 450, en relación a la posibilidad de aplicación del CR a los conflictos internos en España. Sobre esta cuestión *vid.* también M. Virgós Soriano, «Artículo 10, apartado 5º», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *op. cit.*, t-I, vol. 2º, Madrid, EDESA, 2ª ed. 1995, pp. 609-693, pp. 626-628 (sobre la aplicación de los convenios internacionales a la resolución de los conflictos internos en España *vid.* S.A. Sánchez Lorenzo, «La aplicación de los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española», *REDI*, 1993, vol. XLV, núm. 1, pp. 131-148; *id.* «Art. 12.5º», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, (dirs.), *op. cit.*, t-I, vol. 2º, Madrid, EDESA, 2ª ed. 1995, pp. 943-973, p. 973). Sobre los condicionamientos constitucionales en la regulación de los conflictos internos *vid.* J.L. Iriarte Ángel, «Parámetros constitucionales...», *loc. cit.*, pp. 42-44 para el planteamiento general y 44 y ss. para el desarrollo en el caso español. *Vid.* también sobre esta cuestión ampliamente A. Font i Segura, *Una construcción sistemática...*, *op. cit.*, pp. 23-81.

<sup>120</sup> *Vid.* art. 38 del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional; art. 13 del Convenio de La Haya de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera; art. 13 del Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos; art. 19.2 del Convenio de Roma sobre ley aplica-

apuntar, sin embargo, que esta exclusión no presenta en todos los casos el mismo alcance. En algunos supuestos la exclusión solamente opera cuando el supuesto no presenta vínculos más que con un Estado<sup>121</sup>. En otros casos, la aplicación del Convenio solamente se excluye si el supuesto no presenta determinadas conexiones relevantes más que respecto al ordenamiento del foro<sup>122</sup>. Finalmente, otros convenios establecen que su aplicación no resultará imperativa cuando, de acuerdo con las disposiciones del propio Convenio, no resulte aplicable la ley de un Estado distinto del foro<sup>123</sup>. De esta forma, en algunos de estos convenios solamente se excluyen de su ámbito de aplicación los conflictos internos; esto es, aquellos supuestos que no presentan conexión más que con sistemas legislativos integrados en el mismo Estado. En este grupo podemos incluir tanto el Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias como el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y los Convenios de La Haya de 1996 y 2000 sobre protección de menores y protección de adultos respectivamente (aún no en vigor para España, estos dos últimos). También podría incluirse en este grupo el Convenio de La Haya de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, toda vez que solamente excluye su aplicación si la matrícula de los vehículos implicados y el lugar del accidente

---

ble a las obligaciones contractuales. También excluye su aplicación a los conflictos internos el Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (art. 17).

<sup>121</sup> Art. 17 del Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias: «Un Estado contratante en el que diferentes unidades territoriales tengan sus propias reglas jurídicas en materia de obligaciones alimenticias respecto a menores, no estará obligado a aplicar el Convenio a los conflictos de leyes que interesen exclusivamente a sus unidades territoriales.»; art. 19.2 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: «Un Estado cuyas diferentes unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales no estará obligado a aplicar el presente Convenio a los conflictos de leyes que interesen únicamente a esas unidades territoriales.» Esta es también la solución del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, aún no ratificado por España; *vid.* su art. 46: «Un Estado contratante en el que se aplican sistemas jurídicos o conjuntos de normas diferentes en materia de protección del niño y de sus bienes no está obligado a aplicar las normas del Convenio a los conflictos únicamente relacionados con estos diferentes sistemas o conjunto de reglas.» La misma solución se mantiene en el art. 44 del Convenio de La Haya de 2000 sobre la protección internacional de adultos

<sup>122</sup> Art. 13 del Convenio de La Haya de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera: «Un Estado con sistema jurídico no unificado no estará obligado a aplicar el presente Convenio a los accidentes que ocurran en su territorio cuando intervengan solamente vehículos matriculados en las unidades territoriales de dicho Estado.»

<sup>123</sup> Art. 13 del Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos: «Un Estado en el que diversas unidades territoriales tengan sus propias normas legales acerca de la responsabilidad por productos no estará tampoco obligado a aplicar el presente Convenio cuando un Estado con un sistema unificado de Derecho no estuviere obligado a aplicar la legislación de otro Estado en virtud de los artículos 4º y 5º del presente Convenio.»; art. 38 del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional: «Un Estado contratante en el que distintas unidades territoriales tengan sus propias normas en materia de adopción no estará obligado a aplicar las normas del Convenio cuando un Estado con un sistema jurídico unitario no estaría obligado a hacerlo.»

nos conducen al mismo Estado. Ciertamente, podría ser que vinculándose todos estos elementos con un Estado, aún existan elementos de internacionalidad (nacionalidad o residencia de las víctimas o del responsable del accidente); pero se trata de conexiones que en ningún caso podrán implicar la aplicación de un Derecho diferente del de aquel Estado donde se ha producido el accidente y donde se encuentran matriculados los vehículos, pues solamente estas conexiones son utilizadas por las normas de conflicto del Convenio. La presencia de elementos que vinculasen al supuesto con un ordenamiento diferente al del lugar donde se produjo el accidente o donde se encuentran matriculados los vehículos implicados debería considerarse como un supuesto en el que el elemento extranjero presente resultaría irrelevante, sin que pudiese alterar la calificación del caso como puramente interno al ordenamiento con el que se conectan todos los vínculos relevantes.

Otro grupo de convenios, por el contrario, tal como hemos visto, excluyen su aplicación en todos los supuestos en los que, de tratarse de un sistema jurídico unificado no estaría obligado a aplicar la ley de otro Estado<sup>124</sup>. De esta forma se excluyen del convenio no solamente los supuestos puramente internos, sino también aquellos internacionales en los que la norma de conflicto del Convenio remite al Estado del foro; y también aquellos otros en los que remitiría si éste fuese un Estado unificado<sup>125</sup>. Se intenta de esta forma responder a las necesidades específi-

---

<sup>124</sup> Art. 13 del Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos.

<sup>125</sup> Así, por ejemplo, en el caso del Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, el art. 5 de este Convenio prevé que resultará aplicable el Derecho interno del Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada si este Estado coincide con el Estado en el que se encuentra el establecimiento principal de la persona a la que se imputa la responsabilidad o el Estado en cuyo territorio hubiese adquirido el producto la persona directamente perjudicada. Si el art. 5 no resulta aplicable el art. 4 prevé que el Derecho aplicable será el del Estado en el que se haya producido el daño siempre que tal Estado sea también el Estado de la residencia habitual de la persona directamente perjudicada, o el Estado en el que se encuentre el establecimiento principal de la persona a la que se le imputa la responsabilidad o el Estado en cuyo territorio ha sido adquirido el producto por la persona directamente perjudicada. De no resultar aplicable el Derecho previsto en los arts. 4 o 5 resultará aplicable el art. 6, de acuerdo con el cual el Derecho aplicable es el del Estado en el que tuviera su establecimiento principal la persona a la que se le imputa la responsabilidad, salvo que el demandante base su reclamación en el Derecho del Estado en el que se produjo el daño, y siempre que resultase previsible para la persona a la que se le imputa la responsabilidad que el producto causante del daño pudiese ser comercializado en el Estado cuyo Derecho se intenta aplicar (art. 7). De no incluirse la previsión del art. 13 un mismo supuesto tendría diferentes soluciones en función de que los territorios con sistemas legislativos diferentes dentro de un mismo Estado se considerasen como Estados diferentes o no. Actualmente no me consta que ninguno de los Estados parte en el Convenio tenga legislaciones diferenciadas en materia de responsabilidad por productos por lo que no existe posibilidad de que se actualice la previsión contenida en el art. 13; pero si Estados Unidos, por ejemplo, llegase a ser parte del Convenio sí podría tener relevancia lo previsto en este art. 13. Así, en el caso, por ejemplo, de un equipo de buceo fabricado en el España por una empresa con establecimiento principal en nuestro país y adquirido en Florida por una persona residente en California, produciéndose finalmente el daño derivado del defectuoso funcionamiento del equipo en la las Islas Canarias; si consideramos como Estados independientes Florida y California resultará que no se dan las condiciones para aplicar el art. 5 del Convenio, de acuerdo con el cual resultaría aplicable el Derecho de Estados Unidos a la solución del litigio (en el mismo Estado se encuentra la residencia ha-

cas que se derivan de la integración estatal de los ordenamientos jurídicos. En cualquier caso, estas regulaciones convencionales no impiden que, finalmente, también sean aplicadas a los supuestos internacionales inicialmente excluidos o a los supuestos puramente internos. El convenio no establece de forma imperativa su no aplicación, siendo siempre el Derecho autónomo del Estado de que se trate el que debe determinar si ésta aplicación se produce o no. En el caso español, ha sido especialmente debatida la aplicabilidad de los convenios internacionales a los supuestos internos, tal como ya ha sido señalado.

38. Lo hasta aquí expuesto no pretende más que mostrar la forma en que incide en el DIPr. la existencia de Estados complejos, con ordenamientos diferenciados integrados en el mismo Estado. La presencia de estas realidades nos obliga a matizar la presentación del DIPr., ya que la diferenciación entre situaciones homogéneas y heterogéneas se difumina. La articulación de las relaciones entre estos ordenamientos parte de las técnicas y principios propios del DIPr.; pero, a la vez, han de tenerse en cuenta los condicionamientos constitucionales que se derivan de la integración en una organización política más amplia. El resultado es un DIPr. (creo que puede recibir esta denominación); en el que, a diferencia de lo que sucede en el paradigma clásico de nuestra asignatura, sí existen relaciones estructurales entre los ordenamientos que se conectan a través de nuestra disciplina. Se trata de una circunstancia relevante, toda vez que ya habíamos visto cómo el DIPr. surge, precisamente, para regular el tráfico jurídico que conecta ordenamientos que carecen de vínculos estructurales entre ellos. La intensidad de estos vínculos resulta así determinante para la configuración final de las relaciones entre estos ordenamientos; aproximándose más a los caracteres típicos del DIPr. cuanto menor sea dicha vinculación. Un alto grado de vinculación, por el contrario, implica que las relaciones entre estos ordenamientos se asemejan más a la articulación de distintas fuentes legales dentro de un solo ordenamiento que a la regulación del tráfico jurídico externo. Por último, hay que tener en cuenta también que los condicionamientos constitucionales en este ámbito de problemas no son rígidos, sino que operan con diferente intensidad según que la relación sea puramente interna o se trate de un supuesto conectado con elementos internacionales. Las soluciones, por tanto, deberán ser matizadas teniendo en cuenta el grado y la calidad de la heterogeneidad con la que nos enfrentemos.

Es precisamente la identificación de estas diferencias de grado y de intensidad en la heterogeneidad lo que más interesa a nuestros fines, que no son otros que mostrar que el cuestionamiento del paradigma estatal clásico tiene como consecuencia el que la organización política deja de encontrarse monopolizada por centros de

---

bitual de la víctima y el lugar en el que se adquirió el producto); por lo que debería aplicarse el art. 4 que remite al Derecho español por coincidir en nuestro país el lugar en el que se produce el daño y el establecimiento principal de la persona responsable. Si, en cambio, consideramos a Florida y California como integrantes en un sólo Estado unificado, resultará que sí coinciden en el mismo Estado residencia habitual de la víctima y lugar de adquisición del producto, por lo que no debería aplicarse un Derecho extranjero para la resolución del litigio. De acuerdo con ello, si los tribunales de Estados Unidos conociesen de la reclamación dirigida contra la empresa española podrían dejar de aplicar el Convenio de La Haya.

poder con competencia regulatoria plena dentro de su propio ámbito y relacionados con otros centros de poder equivalentes a partir de estrictos principios de coordinación. La estratificación del poder político actual hace que surjan centros diversos de creación jurídica que se relacionan no solamente horizontalmente, sino también de forma vertical y transversal. Este cambio en la organización política y jurídica de la sociedad tiene su correspondiente traducción en el DIPr., cada vez más complejo y variado en sus técnicas de reglamentación. El DIPr. actual ya no se limita a regular una sola heterogeneidad y no puede regular tal heterogeneidad a partir de la remisión a una prácticamente inexistente realidad homogénea. La integración regional y la descentralización estatal, que se vienen observando desde hace décadas ya habían planteado este nuevo escenario que se ha colocado en el primer plano de la reflexión tras la aceleración del proceso de globalización en la última década del siglo pasado, y de la que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe.

## V. LA INTEGRACIÓN MUNDIAL

### 1. Los antecedentes de la integración mundial

39. El proceso de integración mundial en el que nos encontramos inmersos es el elemento fundamental en la explicación del cambio del paradigma estatal. De no haberse producido en los últimos años del siglo XX la aparición de una auténtica economía global, como fenómeno nuevo en la historia de la Humanidad, seguramente no estaríamos asistiendo en estos momentos a un proceso convergente de descentralización estatal ni tampoco los fenómenos de integración regional y, en especial, la integración europea, asumirían las particularidades que los caracterizan y que los diferencian del clásico proceso de concentración territorial del poder que explica la aparición de los Estados modernos. Ahora bien, este proceso de globalización novedoso, que no puede ser equiparado a otros fenómenos de integración del pasado<sup>126</sup>; no puede ser correctamente comprendido en lo que se refiere a sus implicaciones sobre el Derecho más que teniendo en cuenta el proceso más amplio en el que se inserta. De acuerdo con lo que aquí se mantiene, la creación de una economía global implica, ante todo, la falta de adecuación del marco estatal para estructurar las relaciones sociales. Esta inadecuación afecta al Derecho en tanto en cuanto nuestra tradición ha identificado Derecho con Estado; lo que tenía sentido en un contexto caracterizado por economías compartimentadas en Estados y relaciones sociales que, básicamente, se desarrollaban dentro de las fronteras de los diferentes Estados. En el mundo actual, la rápida consolidación de fenómenos económicos y sociales que superan las fronteras estatales implica que el Estado, y el Derecho estatal, dejan de ser un referente fiable para la explicación del fenómeno jurídico.

40. El tráfico económico y, por tanto, el tráfico jurídico, nunca ha estado limitado por las fronteras ni determinado por la concreción territorial del poder político. Probablemente ni existen ni han existido supuestos en los que una determinada organización

<sup>126</sup> Muy claro a este respecto M. Castells, *op. cit.*, vol. I, pp. 59-64 y 136.

política haya pretendido y conseguido que el tráfico jurídico se redujese a su propio territorio. El hecho de que las materias primas se encuentre desigualmente repartidas favoreció el que, ya en el Paleolítico, se produjesen intercambios entre distintas poblaciones<sup>127</sup>. El nacimiento de la agricultura, la sedentización de la población, el crecimiento económico que siguió a la Revolución Neolítica y el desarrollo de nuevas técnicas de producción en los comienzos de la Historia no hicieron sino aumentar la necesidad de que se produjesen intercambios entre distintas poblaciones.

41. La existencia de estos contactos entre diferentes comunidades no implica solamente la aparición de una realidad susceptible de una regulación diferenciada; lo que es relevante para la identificación de los orígenes históricos de nuestra disciplina<sup>128</sup>; sino que da cuenta también de la existencia de tenues estructuras sociales que conectan y se superponen sobre los distintos grupos definidos en los que se desarrolla la mayor parte de la vida social de los individuos. La comunicación entre las diferentes comunidades permite que nos refiramos a una forma social, de caracteres diferentes, por supuesto, a las sociedades que la integran; pero realmente existente. En estas estructuras sociales se desenvuelven las relaciones de los individuos que superan el marco de su entorno inmediato y a los efectos que aquí interesan conviene destacar que, a diferencia de lo que sucede con las sociedades que cuentan con una estructura política propia, carece de órganos que encarnen el poder público. Como consecuencia de ello, esta sociedad o sociedades carecen de un ordenamiento jurídico propio y diferenciado equiparable a los Derechos producidos por los diferentes poderes políticos que conviven en el territorio de que se trate<sup>129</sup>. Esto no quiere decir, sin embargo, que esta sociedad carezca de normas jurídicas. Seguramente, siempre que existe sociedad existe Derecho de alguna u otra forma. Así, las comunidades de comerciantes suelen establecer reglas que vinculan a sus miembros y que son fruto, con frecuencia, de la autorregulación o de la imposición por parte de las entidades corporativas que surgen de la asociación de los participantes en el tráfico. Actualmente conocemos con bastante detalle el desarrollo de esta *lex mercatoria* durante la Edad Media en Europa y el Mediterráneo; pero seguramente se trata de un fenómeno que ha florecido en otros momentos históricos equivalentes, bien en el mundo griego<sup>130</sup> o en el Extremo Oriente o en las

---

<sup>127</sup> Cf. R. Cameron, *Historia económica mundial. Desde el Paleolítico hasta el presente* (trad. De M. Bengoechea, C. Gallego y N. Manso de Zúñiga de *A Concise History of the World From Paleolithic Times to the Present*), Madrid, Alianza Editorial, 2ª ed. 1994, p. 49.

<sup>128</sup> Vid. M. Gardeñes Santiago, *Proyecto docente e investigador*, UAB, 2002, pp. 28-29.

<sup>129</sup> La referencia a diversas sociedades se debe a que carece de sentido en determinados momentos históricos referirse a una sola sociedad internacional, ya que resulta posible identificar determinados ámbitos separados entre los que no existe ningún contacto significativo. Así, en la Antigüedad clásica resulta posible identificar un área de intercambios identificable en torno al Mediterráneo, área que, en buena medida, acabó unificándose políticamente mediante el Imperio Romano; pero este área no presentaba ningún contacto con las sociedades contemporáneas de América (mayas), y muy escasos con el mundo chino. Desde el punto de vista económico, esta idea se asimila a la de «economía-mundo» de I. Wallerstein (*El moderno sistema mundial*, Madrid, Siglo XXI, 1979, pp. 22-23; para la traducción social de este concepto vid. *ibidem*, pp. 489 y ss.).

<sup>130</sup> Vid. R.-Araceli Santiago Álvarez y M. Gardeñes Santiago, «Interacción de poblaciones en la antigua Grecia: algunos ejemplos de especial interés para el Derecho internacional privado», *Faven-*

sociedades precolombinas. En cualquiera de estos casos nos encontramos con manifestaciones de reglas que organizan las relaciones entre los individuos, normalmente en el ámbito patrimonial y que son habitualmente seguidas por los participantes en el sector de que se trate.

42. La expansión de las áreas de intercambio económico y jurídico que superaban el ámbito territorial de los poderes políticos locales se vio condicionada durante siglos por las limitaciones técnicas, que convertían en ineficaces o imposibles los desplazamientos a partir de una determinada distancia. Las limitaciones de la navegación marítima aislaban a los continentes, no siendo hasta el siglo XV que se establece un intercambio continuado entre Europa y América; y las dificultades del transporte terrestre impedían los traslados excesivamente largos. Estas dificultades técnicas comienzan a ser superadas en la Edad Moderna y, actualmente, es evidente que no constituyen un obstáculo serio al comercio, ni siquiera entre lugares muy alejados. La aparición de los medios de comunicación instantáneos ya en el siglo XIX ha favorecido también este intercambio.

Las limitaciones jurídicas y políticas al comercio no comenzaron a disminuir significativamente hasta el siglo XX. Desde el comienzo de la Edad Moderna hasta la creación de la OMC las políticas proteccionistas primaron sobre la apertura, de tal forma que la economía tendía a organizarse a escala nacional, siendo, por lo general, escasamente relevantes los intercambios internacionales. Es cierto que existieron intentos de conseguir una disminución generalizada de los aranceles y potenciar el comercio internacional ya en el siglo XIX<sup>131</sup>; pero estos periodos de apertura eran seguidos por nuevas etapas de aislamiento. No es más que tras la II Guerra Mundial cuando se asume con claridad la necesidad de vincular desarrollo económico con potenciación del comercio internacional. Tras el primer intento fallido de creación de una Organización Internacional del Comercio (OIC) mediante la Carta de La Habana de 1948<sup>132</sup>, es el GATT quien asume la tarea de liberalizar progresivamente el comercio mundial<sup>133</sup>. La sencilla estructura institucional del GATT no fue un obstáculo para que en sucesivas «Rondas» se avanzase significativamente en el favorecimiento del comercio internacional<sup>134</sup> hasta llegar al Acuerdo de Marrakech de 15 de abril de 1994 por el que se crea la Organización Mundial

---

tia, 2002, 24/1, pp. 7-36; *id.*, «Algunas observaciones a la «lettre d'apartorios à Léanax», *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, 2006, vol. 157, pp. 57-69.

<sup>131</sup> *Vid.* R. Cameron, *op. cit.*, pp. 322-329.

<sup>132</sup> *Cf.* J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001, p. 81. La OIC se planteó como una organización especializada de las Naciones Unidas con un contenido amplio que no se limitaba a la disciplina del comercio mundial, sino que incluía también regulación en materia de empleo, convenios sobre productos básicos, prácticas comerciales restrictivas, inversiones internacionales y servicios (*cf. ibidem.*, pp. 81-82, esp. n. núm. 5).

<sup>133</sup> Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, hecho en Ginebra en 1947, *cf.* J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio...*, *op. cit.*, p. 82 y n. núm. 6.

<sup>134</sup> Primera Ronda o negociaciones Kennedy (1964/1967); segunda Ronda (Ronda de Tokio, 1973/1979); tercera Ronda (Ronda Uruguay, 1986/1994). *Vid.* J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio...*, *op. cit.*, pp. 92-94. No obstante, hay que tener en cuenta que estas Rondas (con excepción de la última) se desarrollaron en el contexto de la Guerra Fría. Es decir, en un entorno político lastreado significativamente por el enfrentamiento larvado entre el bloque occidental y los Estados socialis-

del Comercio que, realmente, supone un hito en la regulación del comercio internacional<sup>135</sup>.

## 2. La economía global actual y el Estado

43. La puesta en marcha de la OMC en 1995 supone la plasmación del principio de liberalización del comercio mundial que había sido formalmente asumido tras el fin de la Segunda Guerra Mundial después de casi dos siglos de tensión entre los análisis de los teóricos de la economía y la práctica reguladora de los Estados<sup>136</sup>. Este sustancial cambio en la organización global del comercio hubiera supuesto por sí solo, seguramente, una transformación importante de la economía y, por tanto, de la sociedad en todo el Mundo; pero el caso es que este cambio ha coincidido con otros fenómenos que han contribuido a intensificar el grado de renovación de la sociedad. Así, la aceleración en la apertura del comercio que se experimenta a partir de la década de los años 90 del siglo XX, y que se ve favorecida por el fin de la Guerra Fría, incide en una economía que ya se encontraba en transformación profunda desde la década de los 70 debido al aprovechamiento productivo de los resultados de la revolución de la tecnología de la información. La tecnología de la información aplicada a la economía implicó que ésta se orientara hacia la generación, procesamiento y aplicación eficaz de la información basada en el conocimiento<sup>137</sup>. La aparición de esta economía «informativa»<sup>138</sup> supuso un cambio relevante en la economía y la sociedad que interaccionó significativamente con la liberación comercial para llevar al resultado de una economía realmente global<sup>139</sup>. Probablemente, las exigencias económicas favorecieron el desarrollo del proceso de liberalización comercial que, a su vez, permitió que la integración económica mundial, posible por los cambios tecnológicos y económicos, se convirtiese en realidad. El resultado es que una serie de factores diferentes, aunque interrelacionados han implicado una transformación significativa de la economía y la sociedad en las últimas décadas del siglo XX y comienzos del siglo XXI. La complejidad de estos factores y de la forma en que se influyen mutuamente convierte inútil cualquier intento de esbozo en unas pocas líneas o páginas de los caracteres

---

tas, con la relevante presencia de los «Estados no alineados». La rivalidad política, militar y económica entre ambos bloques dificultaba una apertura total del comercio internacional.

<sup>135</sup> Pueden consultarse los documentos que conforman el Acuerdo de Marrakech en la dirección de internet [www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/final\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/final_s.htm). Han sido publicados en el *BOE* de 24-I-1995.

<sup>136</sup> Vid. J. Tugores Ques, *Economía internacional e integración económica*, Madrid, McGraw-Hill, 2ª ed. 1995, p. 43, donde destaca las tradicionales dificultades para que fuera asumido uno de los pocos puntos en los que los economistas parecen estar de acuerdo: la defensa del libre comercio.

<sup>137</sup> Cf. M. Castells, *op. cit.*, vol. I, p. 111.

<sup>138</sup> Para la distinción entre sociedad de la información y sociedad informativa, y entre economía de la información y economía informativa, vid. M. Castells, *op. cit.*, vol. I, p. 51, n. núm. 30.

<sup>139</sup> M. Castells (*op. cit.*, vol. I, p. 136) destaca que la economía global se basa en las tecnologías que hacen posible el intercambio de información en tiempo real entre todos los puntos del Planeta y en las políticas desreguladoras y liberalizadoras aplicadas por los gobiernos y las instituciones internacionales.

de esta nueva economía y esta nueva sociedad<sup>140</sup>. Aquí, por tanto, me limitaré a destacar aquellos dos elementos de la globalización que, creo, tienen una incidencia directa en la configuración de nuestra disciplina: la creación de una economía global y el condicionamiento que esta economía global supone para el Estado nación.

44. El primer elemento que hemos de considerar es el carácter global de la economía. Se trata de un fenómeno nuevo que resulta extraordinariamente relevante para el DIPr. toda vez que supone la aparición de interacciones sociales entre todos los puntos del Planeta. De esta forma, la sociedad supralocal que veíamos existía, al menos, desde los comienzos de la civilización, y que había alcanzado los límites geográficos del Globo a partir del siglo XVI, adquiere una densidad hasta ahora desconocida. La creciente independencia de esta sociedad global respecto a las sociedades locales dibuja un escenario nuevo en la Historia. Quienes participan directamente en la globalización económica se integran en estructuras sociales que se superponen a aquellas que se ordenan en torno a los poderes políticos territoriales. La mayor densidad de estas estructuras puede implicar la aparición de formas de regulación autónomas de los poderes locales y específicas de esta sociedad global. Ciertamente, este fenómeno no supone por sí solo una amenaza para la existencia de las sociedades y poderes locales. Actualmente solamente una parte de la economía se encuentra globalizada<sup>141</sup>, y la globalización de la economía no implica una globalización del factor trabajo más que para un segmento muy reducido de población<sup>142</sup>. La mayor parte de la actividad económica y humana se desarrolla aún en un ámbito local; pero ello no impide que algunos individuos desarrollen una parte significativa de su actividad en el contexto de una red global. Un espacio que se identifica ya no por el territorio, sino por una comunidad de intereses económicos, profesionales o lúdicos. No se trata de auténticos ciudadanos de un espacio «aterritorial», pues nadie puede vivir únicamente en Internet. Todos nos encontramos físicamente en algún lugar y cuando salimos a la calle nos ubicamos en un espacio determinado; pero es posible que una parte de nuestras relaciones sociales se integren en redes que carecen de vinculación real con ningún espacio

---

<sup>140</sup> La bibliografía existentes sobre estas cuestiones es realmente inabarcable. Por mi parte, mis conocimientos sobre el tema se deben en su práctica totalidad a los tres tomos de la obra de M. Castells que ha sido ya profusamente citada en este trabajo.

<sup>141</sup> Principalmente los mercados financieros (*cf.* M. Castells, *op. cit.*, vol. I, p. 137). Los mercados de bienes y servicios son aún, fundamentalmente, nacionales ya que el crecimiento del comercio mundial, con ser importante, aún no llega a representar ni un 25% del producto mundial (*vid.* M. Castells, *op. cit.*, vol. I, p. 142). Esta parte globalizada, sin embargo, es suficiente para caracterizar al conjunto de la economía mundial, ya que todas las economías «dependen del rendimiento de su núcleo globalizado», *cf.* M. Castells, *op. cit.*, vol. I, pp. 136-137. No cabe olvidar, sin embargo, que la nueva sociedad tiene también una gran capacidad para excluir a individuos, regiones o naciones enteras en caso de que se desconecten de las redes globales que facilitan el flujo de la tecnología y la información (*vid.* M. Castells, *op. cit.*, vol. III (*Fin de milenio*), Madrid, Alianza Editorial, 3ª ed. 2001, pp. 95-198).

<sup>142</sup> Altos ejecutivos, analistas financieros, consultores de servicios avanzados, científicos o ingenieros, programadores informáticos, artistas, diseñadores, actores, deportistas profesionales..., *vid.* M. Castells, *op. cit.*, vol. I, p. 167.

concreto. La regulación de estas relaciones sociales plantea, obviamente, problemas nuevos que difícilmente pueden ser abordados satisfactoriamente por métodos tradicionales.

45. El nacimiento de una economía global y los cambios sociales que ello comporta han tenido como consecuencia una evidente debilitación del Estado<sup>143</sup>. Se trata de un fenómeno que aquí interesa especialmente, pues se ubica en el centro de la tesis que aquí se sostiene: la dependencia de las formulaciones clásicas del DIPr. del paradigma estatal y la consiguiente transformación inevitable de nuestra disciplina a consecuencia del abandono del Estado de su posición monopolística como organización política de la sociedad. Antes de examinar las consecuencias de esta transformación del Estado respecto al DIPr. será necesario, sin embargo, detenerse mínimamente en las causas y las formas de este debilitamiento del Estado como consecuencia de la integración mundial.

El primer elemento que contribuye a debilitar la posición del Estado como actor político es la falta de correspondencia entre la economía globalizada y el Estado. Una vez que nos encontramos ante una auténtica economía global, el Estado pierde gran parte de su poder, ya que carece de los mecanismos para orientar la economía con el fin de satisfacer las pretensiones de los ciudadanos, o conserva este poder en un grado mínimo<sup>144</sup>.

La globalización en la producción y distribución de bienes y servicios contribuye también a debilitar el papel del Estado. La globalización de este sector de la economía, que sigue a la globalización de los mercados financieros, implica que cada concreto Estado no puede controlar eficazmente los procesos productivos y de distribución que se desarrollan en su propio territorio. La facilidad de los sujetos económicos para trasladar sus establecimientos o para reorientar sus mercados implica que los Estados no están en condiciones de imponer unilateralmente las condiciones que tengan por conveniente a los agentes económicos, sino que deben actuar considerando las posibles reacciones de estos agentes económicos que pueden pasar por la deslocalización de la producción<sup>145</sup> o el abandono de un determinado mercado nacional. La limitación en la capacidad de elección del Estado alcanza de esta forma a las normas medioambientales y sociales<sup>146</sup>, a las regulaciones sobre comercialización y distribución y, de forma muy especial, a la política fiscal<sup>147</sup>.

---

<sup>143</sup> Para un análisis de las implicaciones respecto al Estado de los cambios sociales que se han producido en la era de la información me remito de nuevo a la monumental obra de M. Castells (*op. cit.*, vol. II (*El poder de la identidad*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 271-339).

<sup>144</sup> Se produce un diálogo entre los poderes fácticos y los poderes políticos, de acuerdo con la expresión de F. Galgano («Die Globalisierung im Spiegel des Rechts», *ZeutP*, 2003, año 11, núm. 2, pp. 273-242, p. 240).

<sup>145</sup> Vid. J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio...*, *op. cit.*, pp. 50-54 sobre la industria maquiladora.

<sup>146</sup> Vid. J.C. Fernández Rozas, *Sistema de comercio...*, *op. cit.*, pp. 54-57.

<sup>147</sup> Vid. M. Castells, *op. cit.*, vol. II, p. 274: «Cuando las empresas y las personas ricas encuentran paraísos fiscales en todo el mundo y cuando la contabilidad del valor añadido en un sistema de producción internacional se vuelve cada vez más dificultosa, surge una nueva crisis fiscal del estado,

46. Lo anterior no quiere decir, ni mucho menos que el Estado haya dejado de ser un elemento relevante en la sociedad y en la economía. Probablemente sigue siendo (si dejamos de lado el fenómeno de integración regional europeo) el agente más importante en la actividad económica. Lo que sucede es que el ejercicio del poder que conserva (regulación de la actividad económica, recaudación de impuestos, obtención de fondos mediante la emisión de deuda pública y, en consecuencia, gran capacidad de inversión) debe ser ejercido en una sola dirección. En la sociedad actual la posibilidad de mantener altos grados de desarrollo y bienestar pasa, tal como se ha afirmado hace un momento, por mantener la conexión a las redes globales que distribuyen tecnología e información. La desconexión de estas redes supone un retroceso casi inmediato en el grado de bienestar, a la vez que el riesgo de no poder ya volver a conectarse a unas economías en las que se producen cambios significativos cada pocos años. De esta forma, el aún inmenso poder del Estado solamente puede dirigirse (si se actúa sensatamente) a mantener la conexión de los territorios y personas que lo componen con estas redes globales. Ciertamente, aquí existe un cierto margen de maniobra, y depende en gran medida de decisiones públicas el que estas conexiones se intensifiquen o, por el contrario, se produzca la temida exclusión de la red global; pero este papel del Estado no se corresponde con el tradicional, en el que los individuos podían esperar de él la adopción de decisiones que afectaban directamente a sus vidas.

La consecuencia más relevante de los condicionamientos de la integración para la actuación estatal es la imposibilidad de que el Estado cumpla actualmente con sus funciones tradicionales, y ello contribuye a explicar fenómenos como la descentralización estatal y la integración regional. En el primer caso, la descentralización responde a la dificultad de que el Estado nación de satisfacción simultáneamente a una pluralidad de intereses contrapuestos<sup>148</sup>. En el segundo caso, la integración regional se percibe como la única forma en que el Estado puede mantener parte de su influencia en el mundo globalizado<sup>149</sup>. En ambos casos, la disminución del papel estatal en la organización política de la sociedad implica la aparición de realidades *infra* o *supra* estatales que, tal como ya hemos descrito, consolidan la existencia de relaciones sociales que presenta un nivel de homogeneidad equivalente a las que se desarrollan en el seno de los Estados tradicionales. La consecuencia más relevante para nuestros fines de este fenómeno es, tal como se ha señalado, la imposibilidad de diferenciar entre situaciones homogéneas y heterogéneas, situaciones internas e internacionales. La multiplicación de los niveles territoriales de articulación social ha ido acompañada de la diversificación de los niveles de decisión política, de tal forma que actualmente el centro de gravedad

---

como expresión de una contradicción creciente entre la internacionalización de la inversión, la producción y el consumo por una parte, y las bases nacionales de los sistemas fiscales, por la otra. ¿Es un accidente que los dos países más ricos del mundo, en términos per cápita, sean Luxemburgo y Suiza? Muy bien pudiera ser que una de las últimas batallas del estado-nación se estuviera luchando en el espacio de la cibercontabilidad, entre los concienzudos inspectores fiscales y los sofisticados abogados transnacionales».

<sup>148</sup> Vid. M. Castells, *op. cit.*, vol. II, p. 300.

<sup>149</sup> Cf. M. Castells, *op. cit.*, vol. II, pp. 295-296.

ya no es la regulación específica de las situaciones heterogéneas sino la delimitación del ámbito de aplicación de cada uno de los sistemas reguladores existentes.

47. La integración mundial no se limita a condicionar *de facto* la actuación del Estado y del resto de los agentes políticos, sino que el entramado institucional que la sustenta implica la existencia de límites jurídicos a la actuación de los poderes públicos, tanto los Estados como las entidades *supra e infra* estatales. Así, en primer lugar, la integración mundial ha implicado alteraciones relevantes en la normativa administrativa reguladora del comercio exterior, y también en las normas técnicas sobre producción y comercialización, ajustando sus contenidos a las obligaciones que se derivan de los acuerdos sobre disminución de los aranceles y eliminación de los obstáculos técnicos para el comercio internacional<sup>150</sup>. En estas materias, la capacidad legislativa del Estado se ve sensiblemente condicionada por los compromisos asumidos internacionalmente en el marco del favorecimiento del comercio mundial.

El Derecho privado no puede, tampoco, resultar ajeno a esta integración mundial. En este sentido, resulta especialmente relevante el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC)<sup>151</sup>, que incluye los principios que han de seguir los Estados miembros de la OMC en la regulación de la propiedad intelectual. También puede tener alguna relevancia en el DIPr. de sociedades la definición de «persona jurídica» y «persona jurídica de otro Estado Miembro» que figura en el art. XXVIII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Se trata de unas primeras aproximaciones de la regulación mundial del comercio en el ámbito del Derecho privado, que aún no dan cuenta de la importancia de éste último en la consecución de la integración económica y social mundial<sup>152</sup>. Cabe presumir, sin embargo, que en los próximos años la evolución del papel del Derecho privado en el comercio internacional le ubicará en un primer plano<sup>153</sup>. La proyección al ámbito internacional de la experiencia comunitaria nos permite aventurar este resultado, pues una vez que se ha avanzado en la reducción de los obstáculos administrativos al comercio, la integración de mercados exige algún tipo de tratamiento de, al menos, algunas cuestiones relativas al Derecho privado. De hecho, en la actualidad, y fuera del marco regulador institucional, se observa cómo se producen convergencias en ciertas materias de Derecho

---

<sup>150</sup> Vid. G. García Jiménez y M. Gardeñes Santiago, «Technical Standards in a Context of Regional Integration Agreements», P. Demaret, J.-F. Bellis y G. García Jiménez, *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round. Convergence, Divergence and Interaction*, Bruselas, European Interuniversity Press, 1997, pp. 631-658; *vid.* también P. Demaret, «The Reciprocal Influence of Multilateral and Regional Trade Rules: A Framework of Analysis», *ibid.*, pp. 805-838.

<sup>151</sup> Anexo 1C del Acta Final de la Ronda de Uruguay (Acuerdo de Marrakech de 15 de abril de 1994).

<sup>152</sup> Vid. P.A. de Miguel Asensio, «El Derecho internacional privado ante la globalización», *loc. cit.*, p. 47.

<sup>153</sup> En la agenda de la Ronda de Negociaciones iniciada en Doha (Quatar) en noviembre de 2001 se incluyen cuestiones tales como los servicios, los derechos de propiedad intelectual, la política de la competencia, el comercio electrónico y la transferencia de tecnología que afectarán, seguramente, al Derecho privado (*vid.* las referencias a la marcha de la Ronda en la dirección de internet [www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dda-s/dda\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda-s/dda_s.htm)).

privado así como la búsqueda de soluciones para resolver determinadas ineficiencias que han sido detectadas en la regulación jurídico privada de las relaciones internacionales<sup>154</sup>.

### 3. Los Derechos Humanos en el proceso de integración mundial

#### A) LOS DERECHOS HUMANOS COMO ELEMENTO DE ESTABILIDAD TEMPORAL

48. Una de las características de la era de la globalización es el estrecho contacto entre culturas diversas. El aumento de las relaciones entre los individuos y la posibilidad en las poblaciones emigrantes de mantener contactos frecuentes con sus países de origen explica que la convivencia entre culturas sea ahora mucho más intensa que en épocas precedentes. En las últimas décadas ya hemos acumulado una experiencia considerable sobre las dificultades que plantea esta convivencia. Desde la perspectiva de la cultura occidental el tratamiento de estas contradicciones se ha mostrado especialmente problemático cuando afecta a ese núcleo esencial identificador de nuestra propia cultura que son los Derechos Fundamentales<sup>155</sup>. La operatividad de estos en un Mundo marcado por la pluralidad cultural y la multiplicación de las relaciones jurídicas entre estas diferentes culturas es uno de los

<sup>154</sup> Por poner solamente tres ejemplos: desde hace tiempo se viene señalando la necesidad de que la normativa contable europea y norteamericana se armonice, para evitar tanto los costes que supone para las empresas la necesidad de llevar una doble contabilidad según los estándares que se siguen a uno y otro lado del Atlántico como para evitar la falta de transparencia que se deriva de una discrepancia en la valoración de los resultados empresariales entre las autoridades europeas y americanas. Sobre los trabajos de armonización contable internacional *vid.* K. van Hulle, «Die Zukunft der europäischen Rechnungslegung im Rahmen einer sich ändernden internationalen Rechnungslegung», *Die Wirtschaftsprüfung*, 1998, año 51, pp. 138-153; R. Mujkanovic, «Befreiende Konzernabschlüsse und Konzernlageberichte», *B.B.*, 1999, año 54, núm. 19, pp. 999-1005. El segundo supuesto en el que es perceptible una considerable presión para que el Derecho privado se adapte a la nueva realidad globalizada es la regulación de la contratación electrónica, que exige una adaptación suficiente del marco jurídico a los problemas específicos de esta materia (*vid.* P.A. de Miguel Asensio, *Derecho Privado de Internet*, Madrid, Civitas, 3ª ed. 2002, p. 334; *id.*, «El Derecho internacional privado...», *loc. cit.*, p. 71. *Vid.* también G. Spindler, «Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht – Binnenmarktintegration ohne Harmonisierung?», *RabelsZ.*, 2002, vol. 66, núm. 4, pp. 633-709, p. 637). Finalmente, se observa una preocupación creciente por la consecución de estándares mínimos procesales a nivel internacional. *Vid.* G. Tarzia, «Harmonisation ou unification transnationale de la procedure civile», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2001, año XXXVII, núm. 4, pp. 869-884; J.J. Forner Dealgua, «El proyecto del *American Law Institute* «Transnational Rules of Civil Procedure»: La cooperación judicial», *AEDIPr.*, 2000, vol. 0, pp. 275-284.

<sup>155</sup> A partir de aquí nos referiremos indiferentemente a Derechos Fundamentales y a Derechos Humanos. Sobre la diferencia entre uno y otro concepto *vid.* J. Martínez de Pisón, *Derechos humanos: historia, fundamento y realidad*, Zaragoza, Egido Editorial, 1997, pp. 17-18. El término Derechos Humanos haría referencia a aquellos derechos que han sido recogidos en el las declaraciones y convenciones internacionales, pero que no han sido positivizados en los ordenamientos estatales, mientras que cuando son acogidos por los Derechos de los Estados pasaríamos a referirnos a Derechos Fundamentales (*vid.* esta distinción en A.E. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 3ª ed. 1988, p. 44). Se trata de una distinción que es fiel a la evolución de tales derechos, primero identificados por su presunta vinculación a las exigencias de la naturaleza humana para pasar, en sucesivas etapas, a su positivización y pleno reconocimiento jurídico.

problemas más relevantes a los que se enfrenta actualmente el Derecho en general y el DIPr. en particular; y ello pese al carácter formalmente universal de buena parte del catálogo de Derechos humanos reconocidos internacionalmente.

El reconocimiento de una serie de derechos que corresponden a los individuos y que suponen un límite al poder del Estado es producto de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX. Responden, por tanto, a una situación y un entorno muy concretos. Las Monarquías europeas habían avanzado significativamente en el proceso de concentración del poder que se había iniciado en la Baja Edad Media. La estructura política aún se basaba formalmente en las estructuras políticas medievales, que dibujaban un escenario de cierto equilibrio entre el Rey, la nobleza, el clero y el Tercer Estado; pero los Estados Generales en Francia o las Cortes en España ni reflejaban a una sociedad profundamente diferente de la medieval ni este contrapeso era realmente operativo. La excepción a este panorama se encontraba en Gran Bretaña, donde la Revolución se había adelantado un siglo y donde el Parlamento sí asumía realmente el poder político. En estas circunstancias, distintas corrientes del pensamiento político se plantearon como un objetivo necesario la limitación del poder del Monarca. Resultaba necesario que alguien rigiese la sociedad; pero esta circunstancia no era más que un mal menor, pues la situación de dependencia en que se encontraban los gobernados frente al gobernante les situaba a expensas de los abusos que éste quisiera cometer contra aquéllos<sup>156</sup>. Los Derechos fundamentales se plantean de esta forma, inicialmente, como aquellos ámbitos de poder que corresponden al individuo frente al Estado<sup>157</sup>; suponiendo una transformación radical en las relaciones entre el poder público y los sometidos a dicho poder<sup>158</sup>. Son muestra, inicialmente, por tanto, de

---

<sup>156</sup> Resulta significativo a este respecto el siguiente fragmento de J. Stuart Mill («Sobre la libertad», trad. de D. Negro Pavón de *On Liberty*, publicada en *Sobre la libertad y comentarios a Tocqueville*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991, pp. 59-236, p. 64): «El gobierno era ejercido por un hombre, una tribu o casta, cuya autoridad provenía de herencia o derecho de conquista; en ningún caso la mantenían con el pláceme de los gobernados; los hombres no se atrevían, o quizá no deseaban, discutir su supremacía, cualesquiera que fuesen las precauciones que pudieran adoptar contra su ejercicio opresivo. Se contemplaba su poder como algo necesario, pero también altamente peligroso, como un arma que pudieran intentar utilizar contra sus súbditos, no menos que contra sus enemigos externos. Para prevenir que los miembros más débiles de la comunidad fueran depredados por innumerables buitres, se hizo necesario que hubiera un animal de presa más fuerte que el resto, con la misión de contenerlos. Pero como el rey de los buitres no estaría menos resuelto a depredar el rebaño que cualquiera de las arpías menores, resultaba indispensable estar en una perpetua actitud de defensa contra su pico y sus garras.»

<sup>157</sup> Ya desde la misma Declaración francesa de 1789 se establece la diferencia entre aquellos derechos que corresponden a todos los hombres y aquéllos otros de los que solamente son titulares los ciudadanos, especialmente, el derecho a participar en la formación de la voluntad general (art. 6 de la Declaración: «La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por medio de sus representantes, a su formación. Debe ser la misma para todos, ya proteja o ya castigue. Al ser todos los ciudadanos iguales ante sus ojos, son por igual admisibles a todas las dignidades, plazas y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que las de sus virtudes y talentos.»)

<sup>158</sup> Cf. G. Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (trad. de A. Posada), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 84-85 (consultado en [www.](http://www.)

una sociedad esencialmente individualista, construida en torno al binomio poder público/individuo; y su reivindicación se enmarca en el proceso de adaptación de las estructuras políticas a una realidad social y económica nueva en la que las estructuras del Antiguo Régimen habían sido superadas.

49. De haberse mantenido los Derechos fundamentales vinculados a sus orígenes históricos, probablemente no hubieran alcanzado la importancia que actualmente tienen. Su dependencia de las estructuras sociales que precipitaron el fin del Antiguo Régimen podría haber implicado que los cambios sociales que se han producido desde entonces y, en particular, las críticas a la sociedad burguesa por las distintas corrientes socialistas desde mediados del siglo XIX, hubiesen cuestionado la existencia misma de la categoría. Además, de haberse mantenido la estrecha conexión entre Derechos humanos y organización política resulta dudoso que tales Derechos hubiesen podido alcanzar el grado de reconocimiento universal del que actualmente gozan. No fue este el caso, sino que la categoría se fue adaptando a las nuevas circunstancias, incorporando contenidos sociales, de acuerdo con los intereses de la nueva clase en auge, el proletariado industrial<sup>159</sup>. A partir de aquí, esta tendencia adaptativa de los Derechos humanos ha sido una constante en su evolución. Los cambios sociales y políticos han tenido su reflejo en el catálogo de Derechos humanos, incorporándose a los mismos derechos completamente alejados de los reconocidos inicialmente<sup>160</sup>. La razón de ello se encuentra, seguramente, en el fundamento de Derechos del Hombre y del Ciudadano elegido por los responsables de las declaraciones de fines del siglo XVIII. Para los revolucionarios burgueses de aquella época, estos Derechos encontraban su fundamento en el Derecho Natural, y correspondían a cada individuo por el solo hecho de serlo. En definitiva, el fundamento de tales Derechos resultaba extrapositivo y vinculado a la naturaleza del ser humano. Este elemento de suprapositividad de los Derechos Humanos permitió que éstos se convirtieran en un instrumento determinante en el avance del ordenamiento jurídico, pues, al situarse fuera del Derecho positivo, como parámetro, además, que permitía juzgar la adecuación de este último, servían de acicate para la modernización y adaptación del ordenamiento a las nuevas circunstancias políticas, económicas o sociales.

De esta forma, en la categoría Derechos Humanos se fueron incorporando progresivamente aquellos derechos o principios que pasaban a considerarse esenciales para la sociedad. Así, por ejemplo, la igualdad entre los sexos o, lo que es lo mismo, la prohibición de discriminación por razón del sexo, se incorporó como un elemento fundamental en el catálogo de los Derechos Humanos tras la Segunda Guerra

---

bibliojuridica.org/libros/1/30/tc.pdf). Este autor destaca que a partir de la Declaración Francesa de 1789 se positivizan «los derechos subjetivos del miembro del Estado frente al Estado todo»; derechos que con anterioridad solamente se encontraban en el Derecho natural.

<sup>159</sup> Cf. J.D. González Campos, L.I. Sánchez Rodríguez y M.P. Andrés Sáenz de Santa María, Madrid, Tomos/Civitas, 3ª ed. 2003, p. 754. Sobre el origen y evolución histórica de la categoría *vid.* A. Truyol y Serra, *Los Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 4ª ed. 2000, pp. 21-37. Sobre las distintas generaciones de Derechos Humanos *vid.* J. Martínez de Pisón, *op. cit.*, pp. 171-209.

<sup>160</sup> Últimamente, por ejemplo, se ha venido reivindicando un Derecho fundamental al acceso a Internet (*vid.* [www.apc.org/espanol/rights/access/index.shtml](http://www.apc.org/espanol/rights/access/index.shtml)).

Mundial, siendo hoy un elemento absolutamente nuclear de éste, pese a que no era ni siquiera sospechado por los redactores de las primeras declaraciones en Estados Unidos y Francia. De esta forma, la categoría de los Derechos Fundamentales, en tanto que humanos, se convierte en un elemento útil para el ordenamiento jurídico, en tanto que establece una vía de comunicación entre el sistema normativo, cada vez más autorreferencial<sup>161</sup>, y la sociedad en la que se desarrolló<sup>162</sup>. Ahora bien, los Derechos Humanos, en tanto que fundamentales, presentan otra utilidad relevante para el Derecho como consecuencia de la especial rigidez que adquiere un determinado principio una vez que es incorporado al catálogo de Derechos Fundamentales. Dentro del ordenamiento jurídico, el catálogo de estos Derechos se ubica en aquellas normas que se encuentran en un nivel jerárquicamente superior (Constitución y convenios internacionales), por lo que resulta difícil su derogación o transformación. De esta forma, el mantenimiento de esta categoría supone una cautela frente a la frenética actividad legislativa que caracteriza a nuestra época. Los cambios profundos y veloces de la sociedad en las últimas décadas han ido acompañados de la necesidad de adaptar rápidamente el ordenamiento jurídico. Las reformas legislativas son en la actualidad mucho más frecuentes que antaño, operando, además, a una multiplicidad de niveles (convenios internacionales, legislador estatal, organizaciones de integración regional, legisladores infraestatales, capacidad normadora de la administración y de los particulares, etc.). En este sistema cada vez más complejo, los Derechos humanos se presentan como un elemento de cierta permanencia que permite orientar la interpretación del conjunto del sistema<sup>163</sup>. Así, la categoría sirve tanto para cuestionar la situación del ordenamiento en un momento dado como para

---

<sup>161</sup> Vid. J. Vega, *La idea de ciencia en el Derecho*, Oviedo, Fundación Gustavo Bueno/Pentalfa, 2000, pp. 605-606 y 610 y ss. donde desarrolla la idea de que la introducción de la ciencia normativa en el análisis del fenómeno del Derecho -a través, fundamentalmente, de la proyección sobre el campo de lo jurídico de la categoría *Sollenswissenschaften*, pretende conseguir una objetivación de la «ciencia» del Derecho que, sin embargo, no consigue salirse del ámbito fenoménico-práctico, limitándose a servir como discurso de autojustificación a la realidad práctica del Derecho. Las consecuencias de estos intentos de construcción de una auténtica ciencia del Derecho han tenido como consecuencia la introducción en nuestro ámbito de estudio de un aparato dogmático que ha tomado elementos de otros ámbitos del conocimiento; desde el idealismo kantiano en que tiene su origen el concepto de ciencia normativa (*ibidem.*, p. 100) hasta la filosofía del lenguaje (*ibidem.*, pp. 128-129, n. núm. 181). El resultado es un discurso, que puede tender en ocasiones a la búsqueda de nuevos desarrollos a partir de los elementos immanentes o estructurales al sistema, más que en el análisis de la función social que cumple éste.

<sup>162</sup> No es casual que los Derechos Humanos desempeñasen un papel singularmente relevante en el debate entre iusnaturalistas y positivistas, vid. J. Martínez de Pisón, *op. cit.*, pp. 98-106. No se trata más que de la explicitación de la tensión entre la formalización del sistema y el mantenimiento de la conexión con el resto de las ciencias sociales. En definitiva, una consecuencia del atraso de la ciencia social, vid. M. Bunge, *La investigación científica* (trad. de M. Sacristán), Barcelona/Caracas, México, Ariel, 8ª ed. 1981, pp. 32 y 505-506.

<sup>163</sup> Por poner un ejemplo. En el ámbito de la regulación que afecta a los menores, el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (vid. P. Rodríguez Mateos, «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989», *REDI*, 1992, vol. 44, núm. 2, pp. 465-498) actúa de referente constante frente a la proliferación de regulaciones a distintos niveles con incidencia en los menores.

dotar de solidez a la estructura del mismo, al introducir elementos que no se verán afectados por los cambios legislativos necesarios para conseguir la constante adaptación del sistema jurídico a la sociedad en la que se inserta.

## B) LOS DERECHOS HUMANOS COMO ELEMENTO DE INTEGRACIÓN

50. La categoría de los Derechos Fundamentales no solamente está llamada ser un elemento de estabilidad temporal en el ordenamiento jurídico; sino que también lo es de estabilidad espacial. Esto es debido a que los principios básicos que se incluyen en el catálogo de Derechos Fundamentales son lo suficientemente esenciales como para que puedan ser compartidos por un número amplio de ordenamientos jurídicos<sup>164</sup>. Se trata de una característica de los Derechos Humanos que los ha acompañado desde su inicio. En el siglo XVIII las Declaraciones de Derechos de Virginia y Estados Unidos influyeron decisivamente en Francia<sup>165</sup>; y la Declaración Francesa, a su vez, tuvo un eco importante en muchos otros países<sup>166</sup>. La razón de ello se encuentra, de nuevo, en el fundamento de los mismos: el Derecho Natural, que no depende del contenido de los singulares ordenamientos jurídicos, sino que puede inspirar a todos ellos. Con independencia de que históricamente la formulación de los Derechos fundamentales dependa de las circunstancias concretas de cada sociedad<sup>167</sup>, su fundamentación se ha pretendido siempre en principios que desbordan al Derecho positivo. Este fundamento despliega dos consecuencias interrelacionadas. Por un lado, los diferentes catálogos de Derechos pueden superar las fronteras políticas y ser eficaces en ordenamientos diferentes; por otro lado, al fundamentarse tales Derechos en la naturaleza humana, y siendo esta la misma para todos los hombres, resulta que tales Derechos deben predicarse de todos los individuos, con independencia de los vínculos que presente con el ordenamiento concreto que reconozca positivamente tales Derechos. Es decir, la universalidad de los Derechos es una característica esencial de los mismos, que dificulta el que su alcance pueda ser limitado a determinados individuos, una vez que el Derecho ha sido positivizado.

<sup>164</sup> Actualmente los Derechos Humanos son aceptados casi universalmente, *cf.* J. Donnelly, *Human Rights in Theory & Practice*, Ithaca, Cornell University Press, 1989, p. 1. H. Gaudemet-Tallon («Le pluralisme en droit international privé...», *loc. cit.*, p. 27) se refiere a la mundialización de los valores y de los derechos fundamentales.

<sup>165</sup> *Cf.* G. Jellinek, *op. cit.*, pp. 88-95. Actualmente, seguramente no resulta ya tan relevante determinar si esta influencia resta o no originalidad a la Declaración Francesa (*vid.* J. Martínez de Pisón, *op. cit.*, pp. 77-78). El caso es que las similitudes entre las Declaraciones Francesa y Americanas de finales del siglo XVIII ponen de manifiesto que son fruto de un contexto político y social, y de una reflexión teórica que no se encuentra limitada por las fronteras.

<sup>166</sup> *Vid.* A.E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 117.

<sup>167</sup> *Vid.*, por ejemplo, el análisis de G. Jellinek (*op. cit.*, pp. 131-141) sobre las insuficiencias del Derecho Natural para explicar la formulación de las «Cartas de Derechos» en Estados Unidos y Francia, así como la influencia de los condicionantes históricos en la formulación del catálogo de Derechos reconocidos; así como las circunstancias que explican que esta doctrina floreciese en Inglaterra y las colonias americanas, y no en Alemania (pp. 142-146).

Así pues, la universalidad de los Derechos humanos despliega efectos a nivel legislativo y en el ámbito de la aplicación del Derecho. Desde el punto de vista legislativo, el carácter esencial de los principios que recoge y su fundamentación en el Derecho Natural permite la progresiva extensión del reconocimiento del catálogo de Derechos Humanos. Desde la perspectiva del aplicador del Derecho, la universalidad implica la imposibilidad de limitar el alcance del Derecho a los individuos que presenten alguna conexión con el foro. Se trata de dos consecuencias que presentan gran relevancia en el contexto de un mundo globalizado; ya que potencialmente permitirían establecer una estructura jurídica mínima que abarcara todo el Planeta y que facilitaría el tratamiento de la complejidad derivada de un Mundo cada vez más interrelacionado. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial se han dado pasos significativos en esta dirección, sin embargo, desde hace unos años se observan algunos elementos que pueden hacernos dudar de que efectivamente se esté progresando en la consecución de este entramado jurídico mundial mínimo.

51. No cabe duda de que la universalidad en el reconocimiento de los Derechos humanos se benefició de un impulso extraordinario en los años que siguieron al fin de la Segunda Guerra Mundial. La Carta de las Naciones Unidas reconoció la importancia del respeto a los Derechos Humanos en el marco de la cooperación internacional<sup>168</sup>, y en 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>169</sup>, pese a carecer de carácter vinculante, supone un hito en la universalización e internacionalización de los Derechos Humanos. A partir de ese momento, la elaboración de textos internacionales vinculantes para los Estados en materia de Derechos Humanos ha sido constante, habiendo tales textos gozado de un importante grado de aceptación<sup>170</sup>. En el momento actual, sin embargo, resulta perceptible un cierto retroceso en el proceso de extensión de los Derechos humanos. El respeto a la diversidad cultural se ha presentado como un límite en lo relativo a la universalización de un catálogo de Derechos que tiene un origen fundamentalmente europeo<sup>171</sup>. La ausencia de la necesaria homogeneidad cultural y política entre todos los puntos del Planeta sería un inconveniente serio para cualquier tendencia favorable al universalismo jurídico, aunque pretendiese basarse en valores tan esenciales como son los Derechos humanos<sup>172</sup>. Así, ya no solamente nos encontraríamos con supuestos

---

<sup>168</sup> Art. 1 de la Carta: «Los Propósitos de las Naciones Unidas son: (...) 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión»

<sup>169</sup> Resolución 217 A (III), de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948 ([www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm](http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm)).

<sup>170</sup> A 20 de agosto de 2002, los 188 Estados miembros de las Naciones Unidas y 5 Estados no miembros eran parte de, al menos, uno de los Convenios internacionales sobre Derechos Humanos que establecen un comité de vigilancia sobre su cumplimiento, *vid.* [www.unhchr.ch/pdf/reportsp.pdf](http://www.unhchr.ch/pdf/reportsp.pdf).

<sup>171</sup> Cf. P.A. de Miguel Asensio, «Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado», *RDP*, 1998, julio/agosto, pp. 541-558, p. 542.

<sup>172</sup> *Vid.* P.A. de Miguel Asensio, «Derechos humanos...», *loc. cit.*, p. 543; E. Jayme, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé», *R. des C.*, 1995, t-251, pp. 9-268, pp. 52-54 y 167 y ss. Sobre los conflictos que se plantean en relación con el Derecho musulmán en materia matrimonial *vid.* S. Aldeeb, *Mariages entre parte-*

de vulneración de los Derechos humanos denunciados y corregidos, con mayor o menor voluntad, por supuesto, por los distintos gobiernos<sup>173</sup>; sino con un cuestionamiento de base a la aceptación de un catálogo de Derechos humanos de un origen básicamente europeo y que choca con las concepciones culturales y morales de otras regiones del Mundo<sup>174</sup> o que no se adapta a las especiales circunstancias económicas y sociales de países menos desarrollados que los europeos<sup>175</sup>.

En las circunstancias actuales no puede descartarse que estas manifestaciones críticas hacia una expansión desmedida de las concepciones europeas sobre los Derechos humanos sean reflejo de un retroceso en el proceso de internacionalización y universalización de los Derechos humanos que siguió a la Segunda Guerra Mundial y que era deudor de un contexto político y social muy determinado. Por un lado, aún no se había iniciado la tarea descolonizadora, por lo que el número de Estados era reducido, estando monopolizada la comunidad internacional por los Estados europeos. Por otro lado, el reforzamiento de las identidades que caracteriza a la era de la globalización implica una menor permeabilidad a conceptos venidos de otros entornos culturales, lo que redundaría en la dificultad de transplantar un concepto inicialmente europeo a otras Regiones del Mundo. No obstante esto, no puede desconocerse que el número de ratificaciones de los convenios en materia de Derechos humanos aumenta, y que en los últimos años se asiste a iniciativas transcendentales como es el Tribunal Penal Internacional. Más cercano a nuestro ámbito, el interés en establecer cauces adecuados en la protección de los niños parece haber aumentado tras la elaboración del Convenio de las Naciones Unidas sobre protección del Niño de 1989; y las discrepancias en este tema se centran en las vías de consecución de una mayor garantía de los derechos humanos, no propiamente en la conveniencia de avanzar hacia un mayor respeto de los mismos<sup>176</sup>. No parece, por tanto, que los Derechos humanos hayan dejado de ser un punto de encuentro entre todos los ordenamientos del Planeta y quizá nos encontremos solamente en un momento de replanteamiento en la metodología, necesitada, sin duda, de una mayor apertura hacia todas las sociedades, incluidas aquellas más alejadas de la cultura occidental.

---

*naires suisses et musulmans. Connaître et prévenir les conflits*, Lausana, Institut suisse de droit comparé, 3ª ed. 1998.

<sup>173</sup> Vid. los informes de las distintas comisiones de vigilancia de los tratados de Derechos humanos ([www.unhchr.ch/tbs/doc/nsf/Documentsfrsets?OpenFrameSet](http://www.unhchr.ch/tbs/doc/nsf/Documentsfrsets?OpenFrameSet)) o los informes que emite Amnistía Internacional ([www.edai.org/centro/infos.html](http://www.edai.org/centro/infos.html)).

<sup>174</sup> Vid. P.A. de Miguel Asensio, «Derechos humanos...», *loc. cit.*, p. 542. Vid. también J. Donnelly, *op. cit.*, esp. pp. 110-111. Sobre las Declaraciones islámicas de derechos humanos, vid. J. Maila, «¿Son los derechos humanos impensables en el Mundo Árabe?», en A. Borrás Rodríguez y S. Merinissi (ed.), *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d'Estudi i Cooperación, 1998, pp. 123-153, pp. 143-149.

<sup>175</sup> Vid. H. Lim, «Trade and Human Rights. What's at Issue?», *JWT*, 2001, vol. 35, núm. 2, pp. 275-300, pp. 292-297, donde se destaca la vinculación entre desarrollo económico, Derechos Humanos y globalización de la economía.

<sup>176</sup> Vid. el Libro Blanco del Gobierno Chino: el progreso de los derechos humanos en China ([www.china.org.cn/xi-book/3/6.htm](http://www.china.org.cn/xi-book/3/6.htm)). Especialmente su apartado VI («Perspectiva del desarrollo de los derechos humanos de China en el nuevo siglo»).

52. En definitiva, en este mundo culturalmente diverso e intensamente interconectado, la consolidación de una estructura jurídica universal en torno a los Derechos humanos puede convertirse en uno de los pocos elementos que puedan permitir la gestión jurídica de la globalización. Un punto inicial que permitiría, quizás, someter algunos aspectos de la progresiva interacción mundial a límites jurídicos; pero este objetivo no puede conseguirse desconociendo que la posición de predominio de la cultura occidental y el grado de reconocimiento hacia la necesidad de proteger los Derechos humanos que existían en 1945 no son repetibles; y que, por tanto, la consecución efectiva de este entramado jurídico universal no puede realizarse más que a partir del diálogo y la transacción. En estas circunstancias, el DIPr. es uno de los principales encargados de gestionar la complejidad que se deriva de la tensión entre la universalidad de los Derechos humanos y la relatividad de su reconocimiento positivo. En este sentido, nuestra disciplina ya ha iniciado el camino para una flexibilización del orden público, que puede convertirse en el único camino viable para mantener en este nuevo escenario la virtualidad de los principios básicos de nuestro ordenamiento.

## VI. LA TRANSFORMACIÓN DEL DIPR

### 1. La aplicación judicial y extrajudicial del DIPr

#### A) LA DESVINCULACIÓN ENTRE EL JUEZ Y EL FORO

53. En el epígrafe II de este trabajo había llamado la atención sobre las consecuencias que tuvo para el DIPr. la circunstancia de que los aplicadores del Derecho se vinculasen a cada uno de los centros de producción jurídica que surgen en la fase de territorialización del ordenamiento durante la Baja Edad Media. Es en ese momento cuando comienza a dibujarse la distinción entre el Derecho del foro y el Derecho extranjero; antecedente preciso para formular la diferenciación entre la ley aplicable al fondo del asunto y la rectora de las cuestiones procesales, una de los hallazgos que sentaron la base de la evolución posterior de nuestra disciplina<sup>177</sup>. A partir de ese momento, el DIPr. se construye en buena medida partiendo de los problemas que se plantean ante un juez de un ordenamiento determinado (esto es, en la actualidad ante un juez estatal) cuando ha de resolver un supuesto que presenta conexiones no solamente con su propio ordenamiento sino también con otros. El estudio de la problemática de las relaciones privadas internacionales adopta, por tanto, una posición marcadamente judicialista. Se trata, por otro lado, de una evolución natural que se corresponde con la posición central del Estado en la creación

---

<sup>177</sup> Vid. E.-M. Meijers, «L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé a partir du Moyen Age», *R. des C.*, 1934-III, t-49, pp. 543-686, p. 595; K. Neumayer, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat-und Strafrechts bis Bartolus*. Segunda Parte, *Die gemeinrechtliche Entwicklung bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts*, Múnich/Berlín/Leipzig, J. Schweitzer Verlag 1916 [tomado de la reproducción de las dos partes de la obra (Berlín, J. Schweitzer, 1969), pp. 85 y ss.; M. Gutzwiller, *Gesichte des internationalen Privatrechts*, Basilea/Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn, 1977, p. 13.

y aplicación del Derecho. El Derecho es creado por el Estado y solamente el Estado dispone de medios para su aplicación coactiva; entre medias, el Estado se arroga también el monopolio de la jurisdicción, de tal forma que solamente órganos estatales (los jueces y tribunales) determinarán las obligaciones singulares que se derivan del ordenamiento jurídico.

La descripción anterior, pese a ser extraordinariamente somera, no creo que plantee excesivas discrepancias; sobre todo si aclaramos que esta caracterización del ordenamiento admite excepciones relevantes, algunas de las cuales serán examinadas a continuación<sup>178</sup>. El foro y el tribunal competente se encuentran presentes en casi todos los razonamientos que se ocupan de nuestra disciplina, unas veces de forma directa, otras de forma indirecta, al analizar las diferentes posibilidades existentes en función de los foros posibles en caso de controversia<sup>179</sup>. No es extraño, por tanto, que el cuestionamiento actual del papel del Estado que ha centrado los desarrollos realizados hasta el momento incida también en el tema de la aplicación del Derecho, abriendo nuevas perspectivas también en este campo.

54. El primer elemento que creo que debe destacarse es la tendencia, mínimamente apuntada hasta el momento, a la flexibilización de la vinculación de cada órgano jurisdiccional con un ordenamiento jurídico determinado. Ciertamente, en el momento actual no es discutible que se mantiene la situación iniciada en la Baja Edad Media y de acuerdo con la cual el aplicador del Derecho ya no es un «conocedor» del Derecho que «encuentra» la normativa que ha de regir el supuesto litigioso; sino un órgano de un determinado ordenamiento que integra su función en la creación jurídica, en este caso, en el último escalón de ésta, la formulación de las normas concretas que se derivan de las generales que componen el ordenamiento jurídico. Los jueces lo son de un determinado ordenamiento estatal que se configura como el foro de referencia. Esta es la situación en la que se desenvuelven la mayoría de los análisis en nuestra disciplina (al igual que, me parece, en el resto). Esta vinculación entre juez y ordenamiento corre, sin embargo, peligro de quebrarse. Ello es debido a la multiplicación de ordenamientos que se superponen sobre un mismo territorio. En concreto, en el ámbito europeo ya se ha producido una quiebra formal en esta vinculación, al establecerse que los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados europeos son, también, jueces comunitarios. En el apartado III desarrollé algunas de las consecuencias de esta doble vinculación de los órganos jurisdiccionales; en concreto, la desaparición de la categoría *lex fori* como un concepto unívoco con las implicaciones que ello tiene para el DIPr. Desde la perspectiva que ahora nos interesa, esta doble vinculación de los órganos jurisdiccionales supone una cierta pérdida de relevancia de la vinculación estatal. El órgano jurisdiccional podrá así percibirse a sí mismo ya no como un mero elemento en el engranaje estatal, sino como un ente con sustantividad propia capaz de

<sup>178</sup> Así, por ejemplo, la posibilidad de recurrir al arbitraje como método alternativo al planteamiento de los conflictos ante los tribunales de justicia.

<sup>179</sup> Esto es así incluso en los supuestos en los que se pretende evitar el recurso jurisdiccional mediante el sometimiento al arbitraje, *Vid.* J.C. Fernández Rozas, «Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international», *R. des C.*, 2001, t-290, pp. 11-224, pp. 23-46.

desarrollar, al menos, dos funciones diferentes. La especial posición de la que disfrutaban los jueces y tribunales en la aplicación del Derecho<sup>180</sup> favorece que esta doble vinculación pueda evolucionar hacia una mayor autonomía de los órganos jurisdiccionales respecto a los ordenamientos estatales. Así, podría resultar posible que, en su calidad de órganos comunitarios, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la CE se negaran a aplicar la normativa estatal contradictoria con el Derecho comunitario. La opción por dar primacía al Derecho estatal o al comunitario en aquellos puntos en los que el propio ordenamiento estatal no admita la supremacía del comunitario queda en manos de los órganos jurisdiccionales que, de optar por garantizar la primacía del Derecho comunitario habrían mostrado de una manera palmaria que su función supera la de ser un mero instrumento del ordenamiento estatal.

55. La descentralización estatal puede, también, desplegar ciertas consecuencias en relación con la posición de los Jueces y Tribunales. Así, en los Estados federales puede suceder que un mismo órgano jurisdiccional desarrolle funciones en tanto que Juez federal y también como juez de un Estado federado<sup>181</sup>. En el caso español la unidad de la jurisdicción no permite en el momento actual avanzar en esta línea, aunque no pueden dejar de señalarse ciertas vacilaciones, aunque sean mínimas, en la rígida consideración de que la organización jurisdiccional es una para todo el Estado. Así, es cierto que la existencia de un Tribunal Superior de Justicia en cada Comunidad Autónoma no implica un fraccionamiento de la jurisdicción, que sigue siendo única para todo el Estado<sup>182</sup>; pero esta afirmación repetida no puede ocultar que existe cierta tendencia a vincular de alguna forma el ordenamiento propio de cada Comunidad Autónoma con los órganos jurisdiccionales que tienen su sede en ella. Así, en la propia LOPJ se limita la posibilidad para plantear recurso de casación por infracción del Derecho Civil Foral o Especial propio de la Comunidad Autónoma ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de que se trate a los órganos jurisdiccionales con sede en dicha Comunidad<sup>183</sup>.

La limitación anterior no altera la obligación de todos los órganos jurisdiccionales españoles de aplicar el sistema de Derecho interregional en los supuestos internos heterogéneos y resolver de acuerdo con el Derecho designado por éste,

<sup>180</sup> La especialidad de los órganos jurisdiccionales estriba en que al ejercer el monopolio sobre la concreción del ordenamiento jurídico sus decisiones, pese a que se presume que son ejecución de las normas generales son, en realidad, el parámetro que permite identificar a éstas. Vid. H. Kelsen, «The Objectivity of the Validity of General Norms and of Individual Norms», *General Theory of Norms* (trad. de *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, 1979 por M. Hartney), Oxford, 1991, pp. 50-51.

<sup>181</sup> En Estados Unidos, aunque la jurisdicción federal resulte competente en materia correspondientes al *Common Law* de los Estados, debe resolver conforme al *Common Law* establecido por la jurisprudencia del Estado. Vid. sobre esto A. Font i Segura, *La protección internacional del secreto empresarial*, Madrid, Eurolex, 1999, pp. 134-138 y referencias allí contenidas. Sobre la distribución de competencias entre la jurisdicción federal y la de los Estados en Estados Unidos vid. J.J. Forner Delaguna, *Hacia un convenio mundial de «exequatur»*, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 113-117.

<sup>182</sup> Cf. A. Arce Janáriz, *Comunidades autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 55 y ss.

<sup>183</sup> Art. 73 de la LOPJ.

colocándose en esta aplicación todos los Derechos españoles en un plano de igualdad, sin que pueda prevalecer el propio de la Comunidad Autónoma en que tiene su sede el órgano jurisdiccional ni el denominado Derecho común. Esto es cierto, pero resulta también detectable en algunas ocasiones cierta tendencia a primar la aplicación del Derecho común frente a los Derechos forales<sup>184</sup>; fruto, quizás, de una indebida vinculación entre organización jurisdiccional española y Derecho común<sup>185</sup>. Además, también resultará que en los supuestos homogéneos que se planteen ante el juzgador; esto es, aquellos que no contengan ningún elemento de heterogeneidad, el Derecho español que deberá aplicar será el propio de la Comunidad Autónoma de su sede, caso de que exista. No puede desconocerse tampoco que la existencia de divergencias en la regulación procesal entre los diferentes Derechos españoles implica la necesidad de identificar un criterio que determine en cada caso cuál la normativa procesal aplicable; lo que altera la regla de que es el Derecho del foro es el que regirá las cuestiones procesales<sup>186</sup>. Por otro lado, se ha planteado –y rechazado– la posibilidad de que la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se realice a partir del Derecho propio de la Comunidad Autónoma de la sede del juzgador<sup>187</sup>.

Los ejemplos anteriores todavía no implican que estemos asistiendo a un fraccionamiento de la jurisdicción; pero sí que apuntan a una tendencia de ruptura que cabe vincular con la promulgación de normas que delimitan el ámbito de aplicación de los diferentes Derechos autonómicos y que, como veíamos, respondían a la necesidad que siente todo ordenamiento de fijar el alcance de sus normas, sobre todo en un Mundo cada vez más integrado en el que los supuestos heterogéneos alcanzan ya una dimensión significativa. De igual forma que esta tendencia hacia la fijación de los límites espaciales y personales en la eficacia del sistema jurídico parece consustancial a los diferentes ordenamientos, también resulta común a todos ellos la voluntad de dotarse de instrumentos propios en la aplicación del Derecho. Ciertamente, esta tendencia es, como advertía, mucho más tenue que la anterior, quizás porque, como veremos, existen alternativas a los sistemas de aplicación del Derecho estrechamente vinculados a algún ordenamiento concreto. Precisamente en este epígrafe quisiera señalar como la tendencia actual es la de dotar a los

<sup>184</sup> Vid., por ejemplo, la Sent. de la AP de Palma de Mallorca (Sección 4ª) de 23 de diciembre de 1994 (REDI, 1996, vol. XLVIII, núm. 2, pp. 302-303, »Nota« de R. Arenas García, *ibid.*, pp. 303-306).

<sup>185</sup> Esta vinculación es apreciable en algunos otros puntos. Así, por ejemplo, la exclusión de la aplicación del art. 12.1 del C.c. en los supuestos internos elimina la posibilidad de que la calificación *ex lege fori* se entienda como calificación de acuerdo con el Derecho estatal (vid. Mª.E. Zabalo Escudero, «Artículo 16, apartado 1», *loc. cit.*, p. 1275).

<sup>186</sup> Vid. la Sent. de la A.P. de Barcelona (Sección 12ª), de 21 de noviembre de 2000 [RJC (Jurisprudencia), 2001-II, pp. 587-588] donde se resolvió sobre la división de cosa común en el caso de un procedimiento matrimonial sobre la base del art. 76 del Código de Familia de Cataluña. Vid. también el Auto de la AP de Barcelona (Sección 12ª), de 18 de abril de 2002 (B.D. Aranzadi, JUR 2002\184310), en el que se aplicó el art. 43 del Código de Familia de Cataluña (liquidación del régimen económico matrimonial) sin entrar a considerar si el Derecho que debería aplicarse al régimen económico matrimonial era el catalán o el denominado Derecho civil común.

<sup>187</sup> Vid. J. Delgado Echevarría, «El artículo 16», en *Comentario al Código Civil*, Madrid, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1991, t-I, pp. 166-172, p. 169.

aplicadores del Derecho de cierto margen de autonomía respecto a los concretos ordenamientos, destacando la posibilidad que tiene el juez de seleccionar de entre los diferentes ordenamientos concurrentes la mejor solución para el caso que se le plantea en vez de detenerse en la rígida consideración del Juez como órgano de alguno de estos ordenamientos. La posibilidad de que el mismo órgano jurisdiccional pueda percibirse a sí mismo como órgano estatal, aplicador del Derecho comunitario y garante en su propio ámbito de competencias de la aplicación del Derecho de la Comunidad Autónoma en la que tiene su sede contribuye a que el centro de la consideración de Jueces y Tribunales bascule hacia su función (la aplicación del Derecho) más que hacia su incardinación en el proceso de creación jurídica en el seno de un determinado sistema jurídico.

## B) LA FLEXIBILIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

56. La tendencia a dotar de sentido autónomo la función de los Jueces y Tribunales se manifiesta, además, en un momento en el que se insiste en la necesidad de incorporar al ordenamiento cláusulas abiertas y flexibles que, sin determinar de una manera cerrada la solución que para cada supuesto se deriva de las normas generales, permiten que el Juez ajuste su decisión al caso concreto<sup>188</sup>. De esta forma, el Juez y la Ley se presentan como dos polos que deben ser equilibrados<sup>189</sup>. En las circunstancias actuales, este equilibrio exige que el fiel se coloque más cerca del Juez, ante las dificultades de gestionar una sociedad extremadamente compleja a partir del imperio de la norma general. Este mayor protagonismo del Juez es apreciable en todas las ramas del Derecho, pero, seguramente, una de aquellas en las que resulta más necesario dotar de especiales poderes al aplicador del Derecho es el DIPr., habiendo sido esta materia una de aquéllas en las que con más éxito se han introducido cláusulas abiertas. Así, ya desde los años 80 se ha asumido la bondad de las cláusulas de excepción o de las conexiones basadas en los vínculos más estrechos<sup>190</sup>. Junto a esta técnica, también se dota de un amplio margen de valoración al Juez en lo que se refiere a la consideración de las normas imperativas de ordenamientos extranjeros<sup>191</sup>; así como en la resolución de los problemas de aplicación de la norma de conflicto<sup>192</sup>. Estas técnicas flexibilizadoras no se limitan al

<sup>188</sup> Vid. J.D. González Campos, «Diversification, spécialisation...», *loc. cit.*, pp. 214-308.

<sup>189</sup> Vid. Ph. Jestaz, «Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à un autre», *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, año 95, pp. 299-312, pp. 310-311. También J.D. González Campos destaca que la utilización de las cláusulas de excepción supone pasar de un polo del Derecho a otro, *cf.* J.D. González Campos, «Los *approaches* o directivas para el juez como técnica de flexibilización del Derecho internacional privado», *Estudios homenaje al profesor Antonio Pérez Voituriez. Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, 2001, núm. 18, vol. I, pp. 137-153, p. 140.

<sup>190</sup> Así, en el art. 4 del Convenio de Roma, art. 15 de la Ley Suiza de DIPr.; arts. 29 y 31 de la Ley italiana de DIPr.

<sup>191</sup> Vid. M. Gardeñes Santiago, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999, pp. 125-127.

<sup>192</sup> Vid., por ejemplo, la utilización del reenvío como expediente en busca de una determinada solución material. En general sobre estas técnicas, *vid.* P. Rodríguez Mateos, «Una perspectiva funcio-

sector del Derecho aplicable, también en el ámbito de la competencia judicial internacional se aprecia su introducción, en ocasiones como consecuencia de la influencia del Derecho anglosajón<sup>193</sup>. Así, la doctrina del *forum conveniens* y *non conveniens* se ha convertido cada vez en más familiar en los ordenamientos continentales, habiendo pasado a integrarse en algunos convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr.<sup>194</sup> La posibilidad de que los jueces dispongan de un margen de apreciación de la conveniencia de ejercitar su competencia en los supuestos heterogéneos se admite cada vez con mayor naturalidad, previéndose en regulaciones concretas<sup>195</sup> o entrando por medio de las cláusulas generales sobre abuso de derecho o fraude procesal<sup>196</sup>. La jurisprudencia, por su parte, ha admitido la posibilidad de esta flexibilización, encontrando en España el ejemplo que proporciona la tradicional negativa a admitir la declinatoria basada en la cláusula de elección de foro cuando la demanda se ha presentado en el domicilio del demandado<sup>197</sup>.

Los ejemplos anteriores muestran cómo el margen de maniobra del Juez se amplía progresivamente, reflejando en un sector especialmente favorable (la regulación de las situaciones privadas heterogéneas) lo que es una tendencia general; la necesidad de dotar a los aplicadores del Derecho de los instrumentos precisos para abordar la resolución de conflictos en una sociedad compleja en la que resulta extraordinariamente difícil la consecución de normas capaces de articular los múltiples intereses contrapuestos de una forma tal que resista el contraste con la realidad<sup>198</sup>. Ciertamente, no en todos los ámbitos ni en todos los lugares se aprecia con igual nitidez esta flexibilización del ordenamiento, manteniéndose aún en algunos sectores una rigidez extrema, incluso exacerbada, en la regulación; pero no creo

---

nal del método de atribución», *REDI*, 1988, vol. XL, núm. 1, pp. 79-126, pp. 99-102.; J.D. González Campos, «Diversification, spécialisation...», *loc. cit.*, pp. 303-308.

<sup>193</sup> Lo que no es ninguna casualidad, ya que el Juez ha gozado en el Derecho anglosajón de una legitimidad propia y diferenciada respecto al legislador. La misma ausencia del concepto de Estado en la tradición legal del *Common Law* frente a la doctrina continental favorece una cierta desvinculación entre los distintos agentes jurídicos. En esta tradición el Juez, en tanto que aplicador del *Common Law* no es un creador del Derecho, sino aquel que lo conoce y enuncia en los casos concretos (*vid. D. Lloyd, La idea del Derecho ¿perversidad represora o necesidad social?* (trad. de *The Idea of Law. A pressive evil or social necessity?*, Middlesex, Penguin Books Ltd., por R. Aguilar de Ben y M. Barat, Madrid, Civitas, 1985, pp. 280-281). Esto es, estamos aún en el ámbito del Derecho «encontrado» y no «promulgado» anterior a la territorialización política y jurídica de la Baja Edad Media. La multiplicación de centros de creación jurídica actual convierte en útil de nuevo un acercamiento como éste.

<sup>194</sup> *Vid.* el art. 8 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños.

<sup>195</sup> *Vid.*, por ejemplo, el art. 3.2 del Reglamento 1347/2000.

<sup>196</sup> *Vid.* F.J. Garcimartín Alférez, «¿Cabén reducciones teleológicas o «abuso de derecho» en las normas sobre competencia judicial internacional? (Nota a R. Caro, «Forum Non Conveniens y Convenio de Bruselas. Quiebras de un modelo de atribución de competencia judicial internacional», *REDI*, 1995, pp. 53 y ss.)», *REDI*, 1995, vol. XLVII, núm. 2, pp. 121-135.

<sup>197</sup> *Vid.* sobre esta cuestión F.J. Garcimartín Alférez, «Las cláusulas de elección de foro: fallos del mercado y abuso del derecho», *REDI*, 1998, vol. L, núm. 2, pp. 93-119.

<sup>198</sup> *Vid.* en este sentido L. Gannagé, «Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (L'exemple du droit de la famille)», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, vol. 90, núm. 1, pp. 1-42.

que sean intentos que puedan prosperar. El reglamentismo no es, seguramente, una vía adecuada para gestionar la progresiva complejidad social. Esta opción solamente significará, en la mayoría de los casos, un incremento en la tensión entre regulación y realidad, siendo la organización jurisdiccional uno de los puntos de fractura de esta tensión. Si a los Jueces y Tribunales no se les dota de los instrumentos necesarios para resolver de una forma adecuada los conflictos que se planteen el resultado no será otro que la producción de decisiones que generen un alto descontento social, proyectándose en la Judicatura la general insatisfacción por la configuración del ordenamiento jurídico. De esta forma, la flexibilización del ordenamiento, si va acompañada por una adecuada selección de los aplicadores oficiales del Derecho, supondrá un mecanismo eficiente de adecuación del sistema jurídico a las exigencias actuales.

57. De acuerdo con lo que hemos visto hasta ahora, la complejidad del fenómeno jurídico tiene como consecuencia un reforzamiento del papel del Juez, cuya autonomía se ve favorecida por la multiplicación de los ordenamientos vigentes sobre un mismo territorio y por la progresiva flexibilización del ordenamiento como consecuencia de la imposibilidad de que las normas rígidas y generales ofrezcan soluciones satisfactorias a los complejos conflictos de intereses que se originan en la sociedad moderna. Ahora bien, estas dificultades en la aplicación del Derecho tienen también otra consecuencia: la proliferación de vías alternativas a la judicial para la resolución de conflictos. Bien es cierto que tales vías han existido siempre y que ni siquiera en la época de máxima identificación entre el fenómeno jurídico y el Estado se había negado la posibilidad del recurso al arbitraje, al menos en determinados ámbitos; pero lo cierto es que actualmente la utilización de estas formas de resolución de conflictos que se ubican fuera de las organizaciones jurisdiccionales estatales alcanzan una importancia que supera a la que tenían en épocas anteriores. Así, por un lado, el arbitraje comercial internacional ha ganado en libertad en relación a los sistemas jurídicos estatales y ha visto aumentada su importancia como mecanismo de resolución de conflictos<sup>199</sup>, garantizándose su eficacia mediante la colaboración con los árbitros de los órganos jurisdiccionales, tanto durante el desarrollo del proceso arbitral (nombramiento de los árbitros, notificaciones, adopción de medidas cautelares) como en la fase de cumplimiento del laudo (reconocimiento y ejecución de la decisión arbitral por los poderes públicos estatales) como en la fase de revisión del procedimiento arbitral (recurso de anulación del laudo)<sup>200</sup>. Por otro lado, los litigios de pequeña cuantía, en los que el recurso judicial podría resultar antieconómico, se canalizan con frecuencia a través de arbitrajes de consumo. Actualmente, Internet se presenta como un sector en el que el recurso a los métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR) parece inevitable<sup>201</sup>. Finalmente, en el ámbito familiar, también encontramos ejemplos de resolución de

---

<sup>199</sup> Cf. L.G. Radicati di Brozolo, «Arbitrage commercial international et lois de police. Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international», *R. des C.*, 2005, t. 315, pp. 265-501, p. 283.

<sup>200</sup> Vid. J.C. Fernández Rozas, «Le rôle des juridictions étatiques...», *loc. cit.*, pp. 199-213.

<sup>201</sup> Vid. P.A. de Miguel Asensio, *Derecho privado...*, *op. cit.*, pp. 483 y ss.

conflictos fuera del marco judicial<sup>202</sup>. Todos estos supuestos son ejemplo de cómo la resolución de conflictos escapa del ámbito judicial en supuestos que tradicionalmente se resolvían ante los tribunales, y la extensión del arbitraje es muestra de cómo, en la práctica, el monopolio de la función jurisdiccional por el Estado no ha sido nunca tal<sup>203</sup>. En este momento, la búsqueda de mecanismos eficaces que permitan eludir los problemas que plantea el proceso judicial obliga a que el ordenamiento se preocupe de fijar las condiciones en las que el resultado de tales vías de resolución de conflictos pueden conseguir el respaldo estatal; así como la forma en que debe articularse la cooperación entre los aplicadores privados y públicos del Derecho. La existencia de convenios internacionales y normativa comunitaria sobre esta cuestión condicionaría aquí también la actuación estatal<sup>204</sup>.

## 2. La protección de intereses materiales

### A) LA PROFUNDIZACIÓN EN LA MATERIALIZACIÓN

58. Tal como ya se ha indicado, el aumento en la importancia cuantitativa del tráfico privado internacional implica que los diferentes centros políticos no puedan ya desentenderse de la regulación de las situaciones privadas heterogéneas. El resultado es la progresiva importación en el DIPr. de los intereses que se encuentran presentes en las ramas «internas» del Derecho privado (Derecho civil y Derecho mercantil). De esta forma, tal como ya he dicho, en el DIPr. ya no debería propiamente hablarse de una tensión entre justicia conflictual y justicia material, sino que nuestra disciplina se presenta como aquella rama del Derecho privado que traslada al ámbito internacional los principios que configuran la justicia material<sup>205</sup>; lo que supone algunos cambios relevantes en los principios que estructuran nuestra disciplina. Las soluciones decantadas por la doctrina durante siglos, y que tenían la virtud de su fácil generalización ya no son útiles en un contexto en el que los supuestos de sucesiones, matrimonios, tutelas, contratos o reclamaciones extracontractuales con elementos internacionales proliferan e inciden significativamente en

<sup>202</sup> *Vid.*, por ejemplo, la ley catalana 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar.

<sup>203</sup> Pese a que normalmente no se ha planteado la contrariedad del arbitraje con el monopolio de la función jurisdiccional por los Jueces y Tribunales (como excepción *vid.* la Sent. del Tribunal Supremo de Colombia (Asamblea Plenaria), de 29 de mayo de 1969, *Rev. arb.*, 1970, pp. 22-23, «Nota» de J. Lisbonne, *ibid.*, p. 33), lo cierto es que, estrictamente, la función que ejerce el árbitro podría ser considerada como jurisdiccional. *Vid.* J.L. Requejo Pagés, «La nueva configuración del arbitraje», *RCEA*, 1988-1989, pp. 51-70, esp. pp. 53-55; A. Kassis, *Problèmes de base de l'arbitrage*, París, L.G.D.J., 1987, t-I, p. 25.

<sup>204</sup> En cualquier caso, el arbitraje requiere la cooperación del Estado para que pueda desarrollarse con normalidad y concluir con una resolución que pueda, en su caso, ser ejecutada coactivamente. Sobre las relaciones entre arbitraje y jurisdicción estatal, *vid.* J.C. Fernández Rozas, «Le rôle des juridictions...», *loc. cit.*, *passim*.

<sup>205</sup> P. Mengozzi («Private international law and the WTO law», *R. des C.*, 2001, t-292, pp. 249-385, p. 268) afirma en relación a las normas de DIPr. reguladoras del comercio internacional «Although private international law operating in this way may still broadly speaking, be referred to as private international law, it would be more adequately defined as internal law concerning international matters».

la sociedad. El Derecho estatal, impregnado de valores materiales y ocupado, fundamentalmente, de priorizar intereses en una sociedad compleja no puede dejar de lado un ámbito relevante de la vida social y renunciar a que también en este sector se reflejen los intereses que fundamentan el resto del ordenamiento.

El resultado de esta mayor implicación del legislador estatal en la resolución de las cuestiones de DIPr. es la «materialización» de éste. Como es sabido, en el paradigma clásico de nuestra disciplina, el DIPr., identificado con la norma de conflicto bilateral, neutra y rígida, tiene como objeto la identificación del Derecho que se encuentra más estrechamente vinculado con el supuesto, la determinación de la «sede de la relación». Como examinamos en el epígrafe II de este trabajo la formulación del paradigma responde a un intento doctrinal por mantener los fines del DIPr. en un momento en el que la creciente importancia del Estado para el fenómeno jurídico implicaba el riesgo cierto de que ya no resultase posible que nuestra disciplina cumpliera con sus fines. La tensión entre creciente importancia del Estado y mantenimiento doctrinal de las bondades del paradigma se pudo mantener hasta el último tercio del siglo XX. A partir de ahí la inadecuación de la presentación clásica de la formulación savignyana necesitó de un ajuste importante que permitió que ésta formulación sobreviviera hasta los últimos años del siglo pasado. Los esfuerzos de la doctrina hicieron posible mantener la formulación conflictual como principio básico del sistema, pero permitiendo que este principio conviviera con la consecución de determinados objetivos materiales. El incremento de los intercambios internacionales en las últimas décadas ha supuesto, sin embargo, un nuevo asalto al método clásico de nuestra disciplina. En un contexto en el que las situaciones heterogéneas ya no resultan un fenómeno marginal, es difícil que el Estado renuncie a proyectar sobre ellas los valores y principios materiales que informan su ordenamiento no solamente en los casos en los que el Derecho estatal resulte el más vinculado, sino en todos aquéllos que presenten un vínculo relevante con el Estado de que se trate. En estas circunstancias el método conflictual pierde eficacia y se produce una huída hacia la técnica unilateral. Ni que decir tiene que esta tendencia a trasladar al ámbito internacional los principios materiales que regulan las situaciones internas es también observable en los fenómenos de integración regional, señaladamente en el espacio comunitario europeo. Igualmente, en la dimensión interna del sistema de DIPr. es detectable esta tendencia, tanto en los Estados federales como Estados Unidos como, incluso en un Estado como España en el que el ámbito competencial de las entidades infraestatales es, comparativamente, reducido.

59. Se trata, como se ve, de una tendencia generalizada y que, además, resulta lógica. Es natural —como he repetido a lo largo de este trabajo— que cada ordenamiento pretenda definir el alcance territorial y personal de su normativa. Esta voluntad es más acusada cuando el ámbito inicial de competencia que correspondía a cada ordenamiento de una forma indubitada, las situaciones internas, han disminuido su importancia frente a las situaciones heterogéneas. En el momento en que éstas asumen un papel significativo es comprensible que se pretenda fijar con precisión qué supuestos heterogéneos, pero suficientemente conectados con el ordenamiento de que se trate, han de regirse por la normativa de éste. Esta preocupación

se complementa con la búsqueda de vías para que los intereses materiales que cada ordenamiento pretende proteger tengan una tradición adecuada en el ámbito internacional, consiguiendo que sean también respetados en los ámbitos a los que no alcanza el ejercicio de las facultades que tiene conferidas este poder público. De esta forma, el Estado y las otras formas de organización política asumen la doble tarea de delimitar el alcance de su ordenamiento y de establecer mecanismos de cooperación internacional que permitan conseguir la eficacia internacional de determinados intereses que se desean proteger. Ambas tareas pueden aparecer vinculadas cuando un grupo de Estados se ponen de acuerdo en una determinada delimitación del ámbito de aplicación de sus respectivos Derechos, renunciando cada Estado a una aplicación maximalista de su propio ordenamiento en beneficio de una regulación armónica para todos ellos<sup>206</sup>.

#### B) DIPr. Y DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL FORO.

60. Actualmente, la atención que dedica el legislador a los supuestos heterogéneos implica que esta dimensión del Derecho conflictual, en tanto que delimitador del ámbito de aplicación del ordenamiento del foro, haya adquirido una importancia sobresaliente. Esta importancia se traduce en la regulación unilateral del ámbito de aplicación del Derecho propio en los supuestos heterogéneos cuando existen intereses especialmente protegidos por el Derecho material. En estos casos, la conexión utilizada por la norma de conflicto es desplazada por la elegida en la norma unilateral, que no responde ya a la búsqueda de la mejor conexión (desde una perspectiva conflictual) sino al objetivo de que los supuestos que presenten una conexión suficiente con el foro se vean regulados por el Derecho de este. Así, en materia de contrato de trabajo contamos con el ejemplo clásico del art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores, desplazados actualmente por el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. La protección del adherente justifica que en la Ley de condiciones generales se introduzca una norma que establece la aplicación de la misma en los supuestos en los que el adherente tiene su residencia en España y ha emitido su declaración negocial en territorio español, incluso aunque el contrato en el que se insertan la condiciones generales se rige por un Derecho extranjero<sup>207</sup>. En materia de protección de menores, la remisión contenida en el art. 9.6.I del C.c. al Derecho de la nacionalidad del menor se ve excepcionado en lo que se refiere a la protección de menores abandonados en

<sup>206</sup> Así, por ejemplo, en materia de regulación de la libre competencia, donde se imponen los acuerdos entre los distintos centros reguladores, tal como el concluido entre la Comunidad Europea y Estados Unidos, *vid.* M. Gardeñes Santiago, *op. cit.*, pp. 173-175.

<sup>207</sup> Art. 3 de la Ley de Condiciones Generales. *Vid.* M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, «Artículo 3», en A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 145-229; M<sup>a</sup>. V. Cuartero Rubio, «Artículo 3», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Elcano, Aranzadi, 1999, pp. 93-110; B. Vilà Costa, «Artículo 3», en I. Arroyo Martínez y J. Miquel Rodríguez (coord.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 37-46.

el art. 9.6.III del C.c., aplicándose el Derecho español a todos los menores que se encuentren en España. En la regulación de la capacidad el art. 10.8 del C.c., que recoge la figura de la excepción del interés nacional, establece la aplicación del Derecho español en tanto que Derecho del Estado en el que se ha celebrado un contrato para regir la capacidad de los contratantes, desplazando así la ley personal de cada uno de los intervinientes en el contrato<sup>208</sup>. En todos estos casos, el Derecho español reclama su aplicación no en los supuestos que se encuentren más estrechamente conectados con el ordenamiento español, sino en todos aquellos casos en los que existe una conexión suficiente con nuestro ordenamiento de acuerdo con los criterios que se derivan de la regulación material del caso.

61. El fenómeno descrito en el apartado anterior no es nuevo. La idea de que en determinados supuestos el contenido del Derecho material fuerza una determinada delimitación de su alcance en los supuestos heterogéneos, excepcionando las previsiones conflictuales basadas en la búsqueda en cada caso del Derecho más estrechamente conectado con el supuesto se encuentra en la base de la explicación de las normas materiales imperativas, así como en el fundamento de las normas de extensión. Entiendo que estos dos fenómenos, junto con el de las normas de conflicto unilaterales e, incluso, aquellas normas de conflicto bilaterales que se han construido sobre la búsqueda de la aplicación del Derecho del foro a determinados supuestos heterogéneos responden a la misma idea: la traducción en términos de ámbito de aplicación de determinado contenido material. La mayor incidencia que tienen actualmente los poderes públicos en la regulación del tráfico internacional explica que los objetivos reguladores en el ámbito interno tengan una traducción directa en el internacional. Esta búsqueda de materialización no se limita, sin embargo, al fenómeno enunciado. La complejidad de los intereses presentes en el tráfico jurídico privado heterogéneo explica que las técnicas utilizadas en la búsqueda de esta materialización sean bastante variadas. De acuerdo con lo que acabamos de ver, esta materialización puede conseguirse de una forma directa extendiendo la aplicación del Derecho del foro a supuestos heterogéneos que presenten una conexión suficiente con el foro, sin necesidad de que la vinculación con el foro sea la más significativa de cuantas concurren en el supuesto. En otros supuestos, sin embargo, puede mantenerse la búsqueda del Derecho que presente las conexiones más significativas con el caso, pero corrigiendo esta búsqueda mediante la articulación de la norma de conflicto en torno a un principio material. Esta tendencia se encuentra presente en las normas de conflicto materialmente orientadas, cuyo ejemplo más antiguo es la relativa a la forma, con la inclusión en su estructura del *favor validitatis*<sup>209</sup>. Actualmente disponemos de otros ejemplos de combinación de la técnica conflictual con la búsqueda de un determinado resultado material. Así, en la norma de conflicto en materia de alimentos<sup>210</sup>. En estos casos, la aplicación

---

<sup>208</sup> Vid. J.D. González Campos, «Diversification, spécialisation...», *loc. cit.*, pp. 322-329.

<sup>209</sup> Vid. P.M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Ginebra, Geor, 1985, pp. 9 y ss.

<sup>210</sup> Art. 9.7 del C.c. en el Derecho autónomo español Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

de la técnica conflictual se ve condicionada por la consecución de un determinado resultado material; de tal forma que este último se integra en la regulación de la situación heterogénea. Este técnica, pese a que no llevará necesariamente a la aplicación del Derecho del foro, sí implicará la consideración del principio material seleccionado, aunque tal principio podrá concretarse en un Derecho extranjero<sup>211</sup>.

Así pues, los valores e intereses reconocidos y amparados por el Derecho material condicionan la delimitación del ámbito de aplicación de este Derecho, extendiéndola más allá de lo que se derivaría de una consideración estricta de la justicia conflictual (aplicación en cada caso del Derecho que presente los vínculos más estrechos con el supuesto). Estos valores e intereses pueden, también condicionar la aplicación de la norma de conflicto, excluyendo la aplicación de los Derechos más estrechamente vinculados con el supuesto cuando su contenido no se ajuste a los parámetros decididos por el legislador. Finalmente, no se procederá a la aplicación del Derecho designado por la norma de conflicto cuando el contenido de éste contraríe los principios fundamentales del ordenamiento del foro. La excepción de orden público supone, por tanto, también una vía para introducir valores materiales en el DIPr. En realidad, esta excepción opera tomando elementos de las dos formas de materialización que habíamos ya examinado. Así, por un lado la excepción implica considerar la compatibilidad del Derecho extranjero reclamado con determinados principios del ordenamiento del foro, al igual que sucede en la aplicación de las normas de conflicto materialmente orientadas. Por otro lado, esta técnica supone la extensión de la aplicación de tales principios a los supuestos heterogéneos; de acuerdo con principios esencialmente equivalentes a los que inspiran a las normas materiales imperativas. De esta forma, la aplicación de dicha excepción exige realizar dos operaciones. En primer lugar ha de determinarse el alcance espacial y temporal de estos principios<sup>212</sup>; y en segundo término contrastar la compatibilidad con tales principios del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto;

---

<sup>211</sup> En el caso de la regulación en materia de alimentos la aplicación final del Derecho del foro se encuentra garantizada por la conexión de cierre del sistema, el Derecho de la autoridad que conozca de la reclamación. En materia de forma, sin embargo, el Derecho del foro no entra entre aquellos que pueden ser concurrentemente aplicados.

<sup>212</sup> No todos los principios que configuran el orden público tienen un alcance universal. Aquellos que se vinculan a la organización económica del Estado solamente pretenderán ser aplicados en aquellos supuestos en los que esté afectado el mercado o la economía españolas (cf. J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho...*, op. cit., p. 228); en cambio no debería exigirse ninguna vinculación específica con el foro español para la aplicación de la normativa en materia de Derechos humanos, debiendo ser tenida en cuenta en todos los supuestos en los que los tribunales españoles resultasen competentes. Esta sería también una obligación que se derivaría de las obligaciones internacionales suscritas por España (vid. sin embargo P. Mayer, «La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, t-80, pp. 651-665, pp. 660-661, esp. n. núm. 11; quien sostiene, basándose en el art. 63.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la relatividad de los derechos recogidos en tal Convenio. Este artículo, sin embargo, no puede interpretarse en este sentido, sino que se limita a establecer una regla de territorialidad formal, excluyendo la aplicación del mencionado Convenio por determinados tribunales (en concreto, los de los territorios franceses de Ultramar), sin que de ello pueda deducirse que los órganos jurisdiccionales que han de aplicar el Convenio puedan relativizar su contenido).

bien entendido que el control de compatibilidad no se realizará a partir de la norma considerada en abstracto, sino del resultado de su aplicación en el caso concreto<sup>213</sup>. Actualmente, la utilización de esta excepción se ve condicionada por la necesidad de considerar atentamente la exigencia de respeto a la diversidad cultural que se deriva de la integración mundial, lo que podría obligar, en determinadas circunstancias, a relativizar también el alcance personal o territorial de los principios que se derivan del respeto a los Derechos humanos. No creo, sin embargo, que este sea aún el momento de llegar a este punto; el respeto universal a los fundamentos de los Derechos humanos no aconsejan que se debilite uno de los escasísimos puntos de consenso sobre los que se puede articular una regulación jurídica de la globalización. Las dificultades existentes hasta el momento para el reconocimiento efectivo de los Derechos Humanos en muchos lugares del Planeta no han conseguido todavía incidir en su fundamento y no es aconsejable que ésta se produzca precisamente por la vía de aplicación de una de las consecuencias de tales Derechos, la diversidad cultural.

### 3. El resurgir del unilateralismo

62. En las páginas anteriores he intentado describir un estado de la cuestión que se caracteriza por la coexistencia de distintos ordenamientos sobre el mismo territorio. Los Estados, tradicionales monopolizadores del poder público, las entidades infraestatales, las organizaciones de integración regional y los fenómenos de integración mundial implican la coexistencia de sistemas jurídicos diferentes que definen ámbitos propios de aplicación. De esta forma, la distinción entre situación homogénea y heterogénea se diluye, a la vez que el aumento de los intercambios internacionales implica que el número de supuestos conectados con ordenamientos diversos aumenta. Entiendo que estos cambios suponen dificultades serias para las técnicas tradicionales de nuestra disciplina, basadas en la distinción entre situaciones internas e internacionales; y articuladas, con frecuencia sobre el diálogo entre el derecho del foro y el derecho extranjero. Actualmente, como hemos visto, la identificación del Derecho del foro puede ser problemática y el Derecho extranjero ha dejado, en parte, de ser tal<sup>214</sup>. En estas circunstancias, la tarea que se presenta como prioritaria es la determinación del ámbito de aplicación espacial y territorial de las distintas normas que concurren en cada supuesto. Es cierto que en ningún caso esta fue una tarea excluida por el método conflictual, pues era la base en la aplicación de las normas materiales imperativas; pero actualmente ha pasado de ser la excepción a convertirse en regla. Así, junto a las normas materiales imperativas

---

<sup>213</sup> Cf. H. Batiffol y P. Lagarde, *Droit international privé*, París, L.G.D.J., t-I, 8ª ed. 1993, pp. 575-576; E. Jayme, «Identité culturelle...», *loc. cit.*, p. 227; *id.*, *Methoden der Konkretisierung des Ordre public im internationalen Privatrecht*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1989, p. 34; M. Keller y K. Siehr, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich, Schulthess Polygraphischer, 1986, pp. 542-543.

<sup>214</sup> *Vid.* H.P. Glenn, «Harmonization of Law, Foreign Law and Private International Law», *ERPL*, 1993, vol. I, pp. 47-66.

nos encontramos con la necesidad de determinar el alcance del orden público. Por otro lado, existen ámbitos materiales enteros que se construyen sobre la base de una perspectiva unilateral. Así, el Derecho de sociedades<sup>215</sup>; la propiedad industrial<sup>216</sup> o la competencia desleal<sup>217</sup>. El resurgir del unilateralismo alcanza también al arbitraje, donde la liberalización de las últimas décadas ha venido acompañada por una mayor presencia en el procedimiento arbitral de las normas imperativas estatales<sup>218</sup>. Esta aproximación unilateral al DIPr. se explica, tal como hemos visto, como consecuencia del interés de los distintos legisladores por regular los supuestos heterogéneos, trasladando a ellos las opciones de política legislativa que se han construido en el ámbito interno.

Por otro lado, además, cada vez se percibe con mayor claridad la utilidad de afrontar determinados problemas desde la perspectiva del reconocimiento de derechos consolidados en el extranjero, y no desde un acercamiento conflictual<sup>219</sup>. De nuevo aquí, por tanto, nos acercamos a planteamientos unilaterales, pues la teoría de los derechos adquiridos presupone un acercamiento unilateralista al DIPr.<sup>220</sup>. Cada ordenamiento determina su propio ámbito de aplicación y las situaciones constituidas de acuerdo con lo previsto en dicho ordenamiento son reconocidas en los demás, siempre que cumplan las condiciones que se establezca en estos últimos<sup>221</sup>. Todos estos elementos concurren para limitar la eficacia de los acercamientos conflictualistas a la problemática específica del DIPr. La determinación de la

<sup>215</sup> Vid., por ejemplo, en lo relativo a la obligación de presentar cuentas, R. Arenas García, *Registro Mercantil...*, op. cit., pp. 326-358; id. «Rechnungslegungspflichten der Zweigniederlassungen von ausländischen Gesellschaften», *RIW*, 2000, año 46, núm. 8, pp. 590-597.

<sup>216</sup> Vid. P. Jiménez Blanco, *El derecho aplicable a la protección internacional de las patentes*, Granada, Comares, 1998, p. 37.

<sup>217</sup> Vid. M. Virgós Soriano, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 34 y ss.

<sup>218</sup> Cf. L.G. Radicati di Brozolo, loc. cit., p. 291.

<sup>219</sup> Destacaría aquí la visión de conjunto de P. Lagarde en «Developpements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: Quelques conjectures», *RabelsZ.*, 2004, t. 68, núm. 2, pp. 225-243, pp. 230-232 y 242. Vid. también en relación a los actos relativos al estado civil G.P. Romano, «La bilatéralisation éclipse par l'autorité. Developpements récents en matière d'état des personnes», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006, t. 95, núm. 3, pp. 457-519. Por su parte, E. Jayme («Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recente sviluppi normativi ne rapporti con stati terzi», *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2006, año XLII, núm. 2, pp. 353-360, p. 356) mantiene que, al menos en el ámbito comunitario la tendencia es abandonar los mecanismos conflictuales a favor del reconocimiento, y escribe: «Ci troviamo alla vigilia di un nuovo, di un altro diritto internazionale privato. Tutti noi che siamo cresciuti con il diritto internazionale privato di Savigny e Mancini dobbiamo oggi dire addio a questi metodi classici».

<sup>220</sup> Cf. H. Muir-Watt, «Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1986, t-LXXV, pp. 425-455, p. 433. Vid. también A. Ferrer-Correia, «La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales», *Multitudo legum isu unum. Festschrift für Wilhelm Wengler zu seinen 65. Geburtstag*, Berlín, INTERRECHT, 1973, vol. II (Kollisionsrecht und Rechtsvergleichung), pp. 285-320; P. Gothot, «Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1971, vol. L, pp. 1-36; 209-243 y 415-450, pp. 415-443.

<sup>221</sup> Esta es una perspectiva que entiendo que puede explicar con mayor eficacia el DIPr. de sociedades que un acercamiento conflictual al mismo. Vid. R. Arenas García, «La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales», *DN*, 1996, año 7, núms. 70/71, pp. 11-26.

sede de la relación o del Derecho más estrechamente vinculado solamente operan en aquellos casos en los que nos encontramos ante una situación jurídica que ya ha sido formalizada en el extranjero y en el supuesto de que el caso no quede regulado de una forma unilateral por el ordenamiento del foro, en el ámbito, además, que dejen libre las normas materiales imperativas que tengan vocación de regir el supuesto.

63. El resultado de lo anterior es que el DIPr. en el momento actual se dirige a convertirse, de nuevo, en un Derecho ocupado de regular las relaciones entre ordenamientos diferentes a partir de la delimitación de los ámbitos respectivos de aplicación y la articulación de soluciones para los casos de conflicto. Se trata de una tarea que no es nueva para el DIPr., ajustándose a la presentación de la misma que predominó desde la estatutaria hasta el giro copernicano savignyano. En los primeros siglos de nuestra disciplina nos encontrábamos, además, en un contexto político que presentaba algunos puntos de concomitancia con la situación actual. También durante la Baja Edad Media convivían en Europa una pluralidad de ordenamientos que no se encontraban en una relación de paridad, sino, con frecuencia, de dependencia mutua. La articulación de las diferentes y heterogéneas manifestaciones de lo jurídico en el Continente fue la primera tarea que asumió nuestra disciplina; en el siglo XXI es probable que los especialistas en nuestra materia hayan de enfrentarse otra vez a la misma labor. Ciertamente, las diferencias entre uno y otro contexto son importantes. La más relevante a nuestros efectos es la ausencia, por el momento, de un referente que se encuentre por encima de los distintos Derechos en conflicto y que resulte suficiente para articular la regulación de las situaciones heterogéneas. Quizá los Derechos Humanos, elemento de aceptación universal en este momento, puedan cumplir esta función, siendo capaces los internacionalprivatistas de construir a partir de ellos los principios que permitan articular el conjunto del sistema. Las exigencias de la integración social y económica mundial supondrán un acicate para la ordenación de una realidad que, con frecuencia, parece a punto de derrumbarse.