

**DE LO TRADICIONAL Y DE LO NUEVO EN EL  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
CONTEMPORÁNEO**

**TRADITIONAL AND NEW IN CONTEMPORARY  
PRIVATE INTERNATIONAL LAW**

por JOSÉ MARÍA ESPINAR VICENTE

Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Alcalá

# SUMARIO

- 1. La crisis del paradigma**
- 2. La relación entre las formas de organización de la Sociedad Internacional y el Derecho internacional privado**
  - 2.1. LA EVOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL
  - 2.2. EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN
  - 2.3. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CONFRONTACIÓN DE INTERESES EN EL ÁMBITO DE LA GLOBALIZACIÓN
- 3. Los cambios en el Derecho Internacional**
  - 3.1. LA SUSTITUCIÓN DEL PARADIGMA DE LA RECIPROCIDAD POR EL DE LA EQUIDAD
  - 3.2. LA SUSTITUCIÓN DEL PARADIGMA DE LA NEUTRALIDAD AXIOLÓGICA POR EL DE LA LEGITIMIDAD Y LA PRIMACÍA DEL CONFLICTO DE JURISDICCIONES COMO COROLARIO LÓGICO
  - 3.3. LA SUSTITUCIÓN DEL PARADIGMA DE LA EXCLUSIVIDAD DE LA SOBERANÍA DEL ESTADO POR EL DE LA PRIMACÍA DE LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL
- 4. La incidencia de los derechos humanos sobre la regulación del tráfico jurídico externo**
- 5. La nueva conformación de las fuentes**
- 6. Las transformaciones en el ámbito del derecho de familia**
- 7. Las transformaciones en el ámbito de la regulación de las obligaciones**
- 8. A modo de conclusiones**

## Resumen

El Curso presentado por el prof Espinar Vicente viene a representar un «jibarizado» tratado de Derecho internacional privado escrito con pretensiones de generar debate y reflexión. Para ello comienza por delimitar el objeto de la ciencia del Derecho internacional privado en torno a su sistema normativo, su función y sus fuentes y métodos de reglamentación. Nos describe un sistema básicamente estatal y los elementos de integración supranacional apenas desdibujan una concepción clásica del objeto, de las fuentes y de los métodos de un Derecho internacional privado que sigue siendo «Derecho interno», «Derecho estatal». También es clásica su defensa de una concepción amplia del Derecho internacional privado que incluye el Derecho de Nacionalidad y de Extranjería. El fin primordial de este trabajo no consiste en suministrar un catálogo de soluciones para los problemas de regulación que plantean las instituciones que se examinan a lo largo de sus páginas. Lo que intenta ante todo es proporcionar un método y una técnica hermenéutica para el estudio y aplicación de esta especialidad jurídica. El Derecho es cambiante, –tal vez demasiado–, pero los mecanismos para su aprehensión gozan de mayor estabilidad que sus normas. Por esta razón lo que se ha querido hacer es poner a disposición del lector unos instrumentos de reflexión que se han ido decantando a lo largo de todos sus años de trabajo en esta disciplina. Su verdadero objetivo es ofrecer un modelo de razonamiento que permita al lector, –sea estudiante, investigador, intérprete o legislador–, entender algunas claves que no deben obviarse al analizar, aplicar o crear las normas que regulan este sector del comercio jurídico. Por ello parece necesario subrayar que su lectura debe atender más al modo en el que se aborda la reflexión que a los resultados obtenidos.

**Palabras clave:** paradigma normativo, globalización, sociedad internacional, reciprocidad, neutralidad, equidad, soberanía estatal v. comunidad internacional, derecho de familia, obligaciones.

### 1. La crisis del paradigma<sup>1</sup>

La construcción de Savigny y su desarrollo por Von Bar configuraron el modelo en el que se inspiraron la mayor parte de las aportaciones doctrinales del pasado

---

<sup>1</sup> Cfr. González Campos J. D. «El paradigma de la norma de conflicto multilateral» en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* T. IV, Madrid 1996, págs.5239 y ss.; y «Diversification,

siglo en la Europa continental del Oeste<sup>2</sup>. A partir de finales del siglo XIX y sobre todo a lo largo del XX, la búsqueda de la sede de la relación jurídica constituyó el eje principal de estudio, aderezado con reflexiones sobre el papel de las disposiciones sustantivas y el juego de las normas de naturaleza positiva rigurosamente obligatoria. El núcleo del quehacer científico se asentó sobre esas bases y, poco a poco, jueces y legisladores fueron abrazando la técnica multilateral como mecanismo idóneo para la solución de los problemas derivados de esa colisión ideal entre Ordenamientos. Durante casi cien años subsistió un modelo centrado en los preceptos de atribución (combinado, es cierto, con la utilización de las otras dos técnicas), pero reservando siempre a la norma de conflicto el papel básico, al menos formalmente. Las normas materiales o las imperativas –fuese cual fuese la denominación que estas últimas recibiesen– se concebían como excepciones al juego de la metodología prioritaria<sup>3</sup>. La imagen de Remiro Brottons, basada en un precepto de colisión convertido en una fortaleza asediada por un ejército de disposiciones sustantivas y de orden público, había sido atemperada por concepciones que suavizaban el símil<sup>4</sup> y subrayaban la cooperación entre las distintas normas, como método adecuado para lograr la conjunción coordinada de los Sistemas en presencia. Quizás los más notables defensores de estas tesis fuesen Batiffol en Francia<sup>5</sup> y Carrillo Salcedo y su escuela en España<sup>6</sup>.

Poco a poco, se fue contestando la norma de conflicto tal como venía siendo concebida y, lentamente, empezó a perder su consideración de vehículo regulador esencial en la práctica. En las dos últimas décadas del siglo XX se abrieron dos

---

spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé» en *RCADI* t. 287, en especial págs. 196 y ss. Cfr. «*Le droit international privé espagnol aujourd'hui ou le dépassement des paradigmes*» (Communication de M. José Carlos Fernández Rozas, Professeur à la Université Computense de Madrid (Espagne) Séance du 23 mai 2008, Présidence de M. Delaporte. Comité Français de Droit international privé). Donde se refiere desde el comienzo a «*Cette complexité montre que le dépassement de paradigmes tels que l'harmonie internationale des solutions ou les méthodes ayant des prétentions de validité universelle (comme le mythe localisateur)*», a été le résultat d'un long processus historique, pas nécessairement traumatique. Aujourd'hui, dans la science du droit international privé, nous cultivons, a-t-on dit, le réalisme face à des mythes» Como el presente trabajo se orienta en esa misma línea agradezco a su autor haberme facilitado el texto original.-

<sup>2</sup> Cfr. Von Savigny «*Sistema de Derecho Romano Actual*» T. VI de la traducción de Mesía y Poley, Madrid 1879 *passim* (la edición original de la parte referida al Derecho internacional privado se remonta a 1849); y Von Bar «*Theorie und Praxis des Internationalen Privatrecht*» (2 volúmenes) Hannover 1862 (Cfr. La reimposición en Aalen de 1966).-

<sup>3</sup> Es preciso tener en cuenta la evolución del papel de estas dos técnicas en la doctrina más reciente. A efectos ilustrativos, véanse: E. Loquin, «Las reglas materiales internacionales», *RCADI*, t. 322, 2006, pp. 9 a 242, en especial pp. 60 a 66 en relación con la inadecuación del método conflictual para el tratamiento de relaciones que se inscriben en un espacio globalizado. Igualmente el trabajo de FK Juenger y Sánchez Lorenzo, «Conflictualismo y *lex mercatoria* en el Derecho internacional privado», *REDI*, n.º 1, 2001, pp. 15 y ss. Y Sobre las normas de aplicación necesaria en nuestra doctrina véase a de Miguel Asensio, «Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales», en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Madrid, 2001, págs. 2857 y ss

<sup>4</sup> Remiro Brottons «Reglas de conflicto y normas materiales en Derecho internacional privado» en *Symbolae García Arias*, Zaragoza 1973-74 págs. 605 y ss.-

<sup>5</sup> Cfr. Batiffol, «Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux», *RCADI*, 1967, pp. 165 y ss.-

<sup>6</sup> Cfr. Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*, Madrid, 1983, *passim*.-

frentes de impugnación; el crítico-doctrinal que *deconstruiría* el precepto de atribución para intentar regenerarlo; y el representado por una realidad positiva en la que empezaría a manifestarse un abandono de la técnica clásica y a tomar cuerpo su correlativa sustitución por otros instrumentos. Y así, los mecanismos de cooperación entre autoridades, el respeto al juego de las normas imperativas de terceros Estados y el renovado protagonismo del conflicto de jurisdicciones eclipsarían en gran medida el tratamiento tradicional del conflicto de leyes en numerosos tratados internacionales, textos institucionales y normas estatales. Por su parte, las críticas del primer frente se centraron básicamente en el carácter rígido y aleatorio del precepto conflictual clásico. Pero a pesar del sustrato *deconstructivista* de las teorías apuntadas<sup>7</sup>, en todas ellas existía, cuanto menos, el germen de una alternativa para regenerar el método; es decir, fueron planteadas como elementos doctrinales de mejoramiento más que como auténticas impugnaciones radicales del paradigma<sup>8</sup>. En el segundo frente, en cambio, se puso de relieve una mayor oposición al prototipo conflictual; las técnicas legislativas cambiaron el Derecho positivo, lo que determinó que, poco a poco, la doctrina se fuera orientando hacia otros derroteros –alejados del análisis normológico– y se fuera ciñendo al estudio de los textos vigentes, abandonando parcialmente la idea de construir una teoría general, porque se consideraba que el momento requería más de una investigación aplicada que de una investigación básica.

Como puede observarse, el impresionismo jurídico que anotara Loussouarn al comienzo de los años setenta del pasado siglo<sup>9</sup> fue evolucionando hacia un expresionismo que, a su vez, fue parcialmente sustituido por un postmodernismo que huye de tendencias abstractas. Ahora bien, si entendemos que el impresionismo, el expresionismo o la posmodernidad son expresiones sincréticas, utilizadas para agrupar bajo ellas al conjunto de corrientes que denuncian las distorsiones, de carácter general, que se suscitan al aplicar los postulados de base del paradigma clásico<sup>10</sup>, podremos comprobar que, bien sea propugnando el eclecticismo metodológico de la pluralidad normativa<sup>11</sup>, ya sea postulando la utilización de cláusulas de

---

<sup>7</sup> Véase a Sánchez Lorenzo, «Postmodernismo y Derecho internacional privado», *REDI*, n. 2, 1994, p. 557 y ss.

<sup>8</sup> Llevaba razón North cuando en 1990 tituló su curso general en la Academia de La Haya como «*Reform, but not Revolution*» (Cfr. *RCADI* 1990/I págs. 9 y ss.).-

<sup>9</sup> Cfr. Loussouarn, «Cours Général de Droit international privé», *RCADI* t. 139, 1973, p. 338.

<sup>10</sup> Y es que la solución de estos problemas no se encuentra, a nuestro juicio, en distorsionar, como se ha venido haciendo, conceptos tales como los de «relación de derecho», «naturaleza» y «sede» de Savigny, para generar la percepción de que sobre tales criterios sólo pueden conseguirse construcciones abstractas y rígidas. En definitiva, Savigny partía de la distinción de dos elementos de la relación de derecho: el material y el plástico o formal. El primero hace referencia a la vida y el segundo a la percepción de la vida por el derecho. El método de localización que propugna no se basa necesariamente en el elemento formal (relación de derecho) sino también en el material (la relación tal como se suscita en la vida real). Aunque con evidentes quiebras lógicas a lo largo de su obra, trata de tomar en consideración ambos, dando preferencia al elemento material.

<sup>11</sup> Resultan particularmente ilustrativos los planteamientos de Pérez Vera en los inicios del proceso al que hacemos referencia. En la secuencia lógica de aplicación de las tres técnicas subyacen los elementos de la gran transformación que se produciría pocos años después. Cfr. «El Derecho del foro ante el mé-

escape, ya sea defendiendo una necesaria orientación sustancial de las normas de conflicto<sup>12</sup> o la construcción en dos pasos de la respuesta jurídica, bien sea abogando por una orientación narrativa del comportamiento judicial<sup>13</sup> o bien potenciando el juego de principios como el de proximidad<sup>14</sup>, todas ellas conforman un panorama coherente<sup>15</sup>, en el que ninguna de ellas resulta incompatible con las demás, y todas ellas pueden enriquecer la mecánica del método-paradigma<sup>16</sup>.

---

todo de atribución: reflexiones en torno a su juego prioritario» en *Estudios de Derecho Internacional público y privado. Libro homenaje al Profesor Luis Sela Sampil*, Oviedo 1970 págs. 917 y ss.

<sup>12</sup> Véanse los Cursos de Schwind, «Aspects et sens du Droit international privé (Cours Général de Droit international privé)», *R. des C.*, t. 187, 1984, p. 1 y ss.; y Pocar, «La protection de la partie faible en droit international privé», *R. des C.*, t. 188, 1984, p. 339 y ss. Las conexiones deben seleccionarse y formularse pensando, fundamentalmente, en el resultado sustancial que pretende lograrse. Este objetivo comporta la utilización de una metodología flexible que se obtiene mediante la disposición de las conexiones en agrupaciones cumulativas, sucesivas, alternativas o mediante el uso de factores de localización meramente orientativos. De este modo se puede establecer una mecánica apta para garantizar los resultados concretos que se propone el legislador al formular la norma de conflicto; (que el acreedor de los alimentos pueda efectivamente obtenerlos, que no se invalide un negocio por meros defectos formales, que el consumidor quede protegido, o que la ley que se aplique sea la del lugar donde se produce una auténtica confluencia de las conductas que dan vida a una relación, entre otros muchos ejemplos).

<sup>13</sup> Cfr. Jayme, *Narrative Normen im Internationalen Privat- und Verfahrens-Recht*, Tubinga 1992; Sobre la teoría del doble escalón como mecanismo de flexibilización de la norma de conflicto, véase a Jayme, «Identité culturelle et integration : le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé», *R. des C.*, t. 251, 1995, p. 73 y ss; 226 y ss ; y 253 y ss. Igualmente a González Campos, «Diversification spécialisée, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé», *R. des C.*, t. 287, en especial, p. 329 y ss; García Gutiérrez, «El Doble Escalón del Derecho internacional privado: sobre la toma en consideración del otro ordenamiento jurídico en la interpretación del Derecho material aplicable», en *Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, 2005, pp. 1547-1561

<sup>14</sup> Cfr. Lagarde, «Le principe de proximité dans le Droit international privé», *R. des C.*, t. 196, 1986, p. 29. En síntesis, esta teoría mantiene que el proceso de localización no debe basarse exclusivamente en el análisis del tipo abstracto al que se reconducen las conductas y acaeceres en el supuesto de hecho de las normas. La localización debe establecerse mediante el examen directo de los propios comportamientos y acontecimientos que hayan de regularse, tal y como suceden en la realidad. Sólo así resultará posible realizar los auténticos objetivos del Derecho internacional privado.

<sup>15</sup> Si tras el análisis del contenido material de las leyes reclamadas por estas normas, no se reconociese en ninguna de ellas el efecto que *ab initio* intentaba lograr el legislador, de lo que se trata es de dotar al Juez de los instrumentos necesarios para que pueda hacer jugar (aunque no necesariamente aplicar) una u otras leyes distintas, al objeto de dar cumplida satisfacción al objetivo sustancial de la norma de conflicto. Para que esto resulte posible, las disposiciones de esta índole deben prever una cláusula de escape que permita adaptar, sustituir o enervar el juego de sus conexiones hasta que pueda obtenerse el resultado apetecido. (*vid.* en este sentido P. M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. (De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe)*, Genève, Librairie de l'Université Georg & Cie, 1985, pp 243 y ss). En esta línea podrían incluirse las normas narrativas de Jayme, las cláusulas de excepción e incluso ciertas actitudes judiciales basadas en la *Zweistufentheorie*, en las que se toma en consideración la regulación establecida en un ordenamiento no reclamado por la norma de atribución, pero sí estrechamente vinculado con el asunto, al objeto de adaptar la solución conflictual, legislativamente prevista, a los propios objetivos de justicia del foro.

<sup>16</sup> «Ciertamente – escribe Lagarde en el párrafo final de su Curso – *el principio de proximidad no se halla más cerca de la verdad de lo que se encuentra el principio de soberanía, por ejemplo. Simple-*

Sin embargo, estas preocupaciones por corregir el resultado de la norma de conflicto<sup>17</sup> mediante una aproximación a la realidad, generan sus riesgos. La construcción de preceptos de atribución centrándose únicamente en la conformación real de las conductas a regular, articulando para ello unos preceptos tan flexibles que fuesen capaces de operar de un modo u otro según los caracteres del caso específico, nos llevaría a dos posibles resultados: o bien se irían induciendo nuevos tipos abstractos por la vía del precedente judicial (como es el caso de la experiencia anglosajona<sup>18</sup>), o bien, se establecerían soluciones casuísticas, –inspiradas en criterios de utilidad y justicia– en las que el papel del juzgador consistiría en crear, con base en unos principios generales previamente positivados, normas de Derecho internacional privado para cada caso concreto. Ahora bien, aunque esta última alternativa puede servir para hacer frente a alguno de los problemas que suscita la regulación del tráfico externo en la actualidad, no debe olvidarse que en los Sistemas que dan mayor libertad al Juez para crear derecho, el precedente vincula al juzgador; y ello no es el resultado de un capricho, sino el corolario consustancial de una seguridad jurídica que exige la previsibilidad de las consecuencias que van a derivarse de nuestras acciones.

Como acabamos de ver, las corrientes doctrinales de los años sesenta, setenta y ochenta del pasado siglo XX buscaban adaptaciones que permitiesen adecuar los viejos instrumentos a las necesidades de un mundo en cambio. Pero los verdaderos problemas a los que hoy nos enfrentamos no traen causa únicamente en la manera en la que puede articularse la norma de conflicto. Por eso su reformulación no basta para encontrar las soluciones que se buscan. Es preciso reflexionar sobre los cambios drásticos que ha experimentado el comercio jurídico transfronterizo para darse cuenta de su nueva conformación y de sus nuevas exigencias. Desde una primera aproximación a la realidad puede observarse que los supuestos de tráfico externo ni se suscitan del mismo modo que antes, ni se ambientan en un escenario parecido al de antaño. Los problemas que ocasionan este tipo de relaciones en el ámbito del derecho de familia, la responsabilidad civil o la contratación internacional, manifiestan caracteres y complejidades que requieren de fórmulas distintas de las hasta ahora empleadas. Es preciso explorarlas para llegar a obtener unos resultados adecuados que, probablemente, serán muy distintos de los que hasta hace poco se estimaban satisfactorios.

---

*mente está más cerca de la vida y ese es su título de grandeza. Al enseñarnos que ninguna voluntad política ni juez alguno, por puras que sean sus intenciones, pueden conseguir regular a través de sus leyes, durante mucho tiempo, relaciones de la vida que se encuentran fuera de su alcance, nos da una lección de modestia»* (la traducción es nuestra). Cfr. Curso («Le principe de proximité dans le Droit international privé», *R. des C.*, t. 196, 1986, p. 194).-

<sup>17</sup> Como ya hemos apuntado, muchas de las críticas al paradigma, distorsionan los postulados de base del paradigma clásico, lo que hace que no nos resulten convincentes, al menos totalmente.-

<sup>18</sup> Obsérvese como en el ámbito anglosajón una regla de carácter tan flexible como la «*Proper Law of the Contract*» ha venido indentificándose progresivamente con la autonomía de la voluntad. En el caso *Vitta Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*, Lord Wright basaba en la sumisión legal y de buena fe todo el contenido de la regla. Ciertamente existen decisiones que flexibilizan esta interpretación. Pero, en esencia, la autonomía de la voluntad es la base del *Proper Law of the Contract*.-

## 2. La relación entre las formas de organización de la Sociedad Internacional y el Derecho internacional privado

### 2.1. LA EVOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL

Un factor en el que conviene detenerse radica en la conformación actual del escenario en el que se ambientan los supuestos transfronterizos, en la medida en la que ha experimentado cambios fundamentales en los cuatro últimas décadas. Escribía Aguilar Navarro que el Derecho internacional privado constituye una variable dependiente de las formas de organización de la Sociedad Internacional<sup>19</sup>. Pues bien, la radical transformación de esta premisa hace conveniente que nos detengamos un momento para repasar, aunque sea someramente, algunos hitos de la historia contemporánea. Y es que la nueva conformación de la Sociedad Internacional y los nuevos presupuestos sobre los que reposa su Derecho, han incidido frontalmente sobre la configuración de nuestra disciplina en el momento actual.

El reducido colectivo de *Estados civilizados* en el que se movía la construcción de Savigny era relativamente homogéneo. Es cierto que podían apreciarse diferencias de regulación importantes entre los Ordenamientos que lo integraban, pero todos ellos quedaban agrupados en torno al eje de un concepto común de *civilización* que introducía un relevante factor de equilibrio en el escenario jurídico donde se suscitaban estos problemas: el de la «*comunidad de derecho entre los diferentes Estados*»<sup>20</sup>. Poco a poco, la primitiva homogeneidad del pequeño escenario dio paso a una situación nueva, consolidada tras la segunda gran guerra, pero que no ha dejado de ir transmutándose desde entonces. En los albores de la segunda mitad del siglo XX se pergeñaba una *Comunidad Universal* integrada por un número de *Estados soberanos* que fue ampliándose al hilo del proceso descolonizador. Todos eran iguales ante el Derecho Internacional e independientes entre sí, pero eran di-

---

<sup>19</sup> Cfr. Aguilar Navarro «Observaciones críticas en torno a la historia del Derecho internacional privado» *Anuario de la Universidad Hispalense*, 1959, pág.17.-

<sup>20</sup> Cfr. Savigny en *loc.cit.* pág. 142. En el siglo XIX, escribía Jitta que, cuando se examinan las relaciones jurídicas desde el punto de vista de un Estado determinado, pueden presentar tres perfiles distintos. Así el matrimonio de dos españoles residentes en España y celebrado en España constituye una relación rigurosamente nacional para el Ordenamiento español. Sin embargo, si se considera la existencia o validez de esa misma unión desde la perspectiva francesa, entonces se transforma en una relación relativamente internacional por cuanto constituye un supuesto de tráfico interno en nuestro país y un problema internacional para el Derecho francés. Las relaciones absolutamente internacionales serían aquellas que resultasen heterogéneas desde la óptica de cualquier Sistema jurídico desde el que pudieran ser analizadas. Las nupcias celebradas entre un nacional español y un ciudadano francés tendrían esta consideración en ambos países y en cualquier otro donde pudiera suscitarse alguna cuestión en torno suyo. Como más adelante veremos esta es una idea central para entender los cambios que se han producido en los últimos tiempos. Entonces, esa relación absolutamente internacional podía entenderse inserta en el ámbito regulador de la ley del marido, de la ley de la mujer o de la ley del domicilio matrimonial y se trataba de despejar esa duda mediante una técnica racional. Los supuestos actuales se manifiestan de una manera muy distinta; la vinculación con una u otra ley se hace mucho más compleja y menos nítida. La posición del maestro holandés permitirá apreciar mejor la diferencia Cfr. Josephus Jitta «*La méthode du Droit international privé*» La Haya 1890, en especial págs. 200 y ss.-



ferentes en sus concepciones políticas, religiosas, culturales y económicas y, por lo tanto, muy distintos en sus opciones de organización jurídica. La vieja identidad del pequeño escenario primigenio dio paso a una situación nueva donde la afinidad sólo se producía entre Sistemas que compartían unos valores políticos y económicos determinados, agrupados por bloques ideológicos, de poder o de riqueza, pero donde ninguno de ellos quedaba formalmente discriminado bajo el manto de la igualdad soberana<sup>21</sup>. Cada unidad, pertrechada en los límites de sus competencias jurisdiccionales, se erigía como un baluarte independiente.

A nivel de Derecho internacional privado, este escenario podía representarse como un plano cuadrículado, dentro de cuyas casillas se albergaban los distintos Sistemas jurídicos. Cuando los elementos extranjeros del supuesto se producían de tal forma que establecían vínculos entre el asunto y las normas ubicadas en más de uno de esos compartimentos, resultaba preciso resolver la duda que suscitaba cuál de todos esos Derechos era el que debería aplicarse a la resolución del problema internacional suscitado. A este fin, cada Ordenamiento determinaba, de acuerdo con sus propios criterios, cual era la sede de ese tipo de relaciones; o dicho de otro modo, el ámbito de poder jurídico en el que se arraigaba el supuesto en análisis. Para hacerlo, se seleccionaba entre los componentes de la relación aquellos elementos a los que se consideraba capaces de expresar la auténtica naturaleza del asunto a regular. De esta forma se entendía que la casilla en la que se realizase en la práctica el punto de conexión retenido, era donde residía el centro de gravedad del problema. Determinado éste, se arbitra un mecanismo de cooperación con el Ordenamiento de ese entorno y la respuesta se construía con base en la Ley extranjera así reclamada, aunque todo el proceso quedase siempre supeditado a la pertinente salvaguardia de los intereses de la Nación y sus ciudadanos. El método multilateral clásico con adaptaciones, nuevas interpretaciones y algunas innovaciones podía resultar un vehículo apropiado para operar en este esquema y, de hecho, lo era.

Pero, mientras tanto, el proceso de «transnacionalización» iba avanzando y, a medida que lo hacía, se iba transmutando el escenario en el que se producían los supuestos de tráfico externo. La caída del muro de Berlín en 1989 marcó, simbólicamente, la etapa final de un camino. Señaló el final de una división en bloques, consagró el triunfo de uno de ellos y alumbró el inicio de una nueva singladura hacia el proceso de «globalización» o «mundialización» que hoy caracteriza a la Sociedad Internacional con unos rasgos muy diferentes de los hasta aquí descritos.

## 2.2. EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN

Si adscribimos al término «globalización» un concepto amplio<sup>22</sup>, podríamos afirmar que, durante las últimas décadas, esas fronteras ideales que delimitaban fé-

---

<sup>21</sup> Simplificando los términos de un panorama complejo, podría entenderse que los Estados se concentraron en torno a dos grandes grupos, liderados por sendas potencias hegemónicas y que, junto a ellos, convivieron un conjunto de países que se consideraban a sí mismos como no alineados.

<sup>22</sup> El término globalización está siendo tan usado que su contenido conceptual se ha ido diluyendo hasta convertirse en la expresión de una realidad difusa que incluye desde la vieja noción de «aldea

rramente el ámbito de poder de cada Estado soberano, independiente e igual ante el Derecho Internacional, han experimentado un proceso de permeabilización muy acusado. La Sociedad Internacional actual se conforma como un modelo mucho más interdependiente que antes y cada elemento que la constituye sabe bien que lo que ocurre en las demás unidades puede suponer unos riesgos o beneficios claves para su estabilidad. La desaparición de los bloques y la aparición de las nuevas tecnologías han permitido la difusión mundial de las ideas, culturas y condiciones socio-económicas de cada unidad nacional. Se han potenciado los intercambios de personas, mercancías, capitales y servicios; y se ha dibujado así un complejo mapa en el que puede apreciarse con nitidez cómo las operaciones de tráfico externo se están ambientan en unos ámbitos que no coinciden con las fronteras de ningún Estado en concreto. Cuando se contempla este mapamundi imaginario, diseñado al margen de la geografía política o jurídica, se pone de relieve que esta difuminación de las fronteras tradicionales tiene como corolario la potencial mundialización de las consecuencias que pueden derivarse de cualquier operación o actividad que se realice en cualquier lugar del globo. La producción industrial de un determinado país puede afectar el medio ambiente de otro; la articulación de unas determinadas operaciones transfronterizas realizadas entre un grupo de empresas de uno o varios países, puede repercutir sobre la economía de otra u otras naciones. Y si a todo esto unimos el hecho de la revolución que ha tenido lugar en el ámbito de las comunicaciones, tanto a través de los medios tradicionales, como mediante la red de contactos que hoy puede establecerse de persona a persona o entre grupos de individuos arraigados en medios distantes y diferentes, podremos darnos cuenta de que todo hecho relevante que se produzca en cualquier lugar del planeta, por recóndito que nos pudiese parecer hace medio siglo, puede ser visualizado y conocido de inmediato en todas partes y que es susceptible de repercutir en medios sociales y en personas que, en apariencia, no se vinculan directamente con el acontecimiento.

En un entorno de estas características, es lógico que el capital financiero internacionalice su actividad, que la empresa transnacionalice su producción, que los mercados se redimensionen por encima de las fronteras, que cobren un nuevo impulso los movimientos migratorios y que los individuos conecten su actividad con medios jurídicos muy diversos. En el universo de la globalización, los agentes económicos indagan en una ecuación que permita financiarse a bajo coste, acceder a la tecnología de un modo rentable, adquirir materias primas a buen precio, utilizar mano de obra barata, acceder al mercado más floreciente, ahorrar en la deuda fiscal y reinvertir el rendimiento así obtenido donde resulte más fructífero. Por su parte el individuo examina el entorno socio-jurídico global y busca las unidades en don-

---

global», hasta las últimas experiencias que depara la mundialización de la economía. Por lo tanto, al utilizar esta noción hay que ser consciente de que se está manejando un término claramente polisémico. Dependiendo del contexto en el que se emplee puede aplicarse correctamente, tanto a la transnacionalización de la actividad del capital financiero, como al crecimiento exponencial de una intercomunicación humana que, propiciada por las nuevas tecnologías, ha ido estableciendo unas bases de homogeneización cultural entre grupos sociales muy diversos, sin olvidar la transformación radical que ha experimentado el funcionamiento de los medios de producción, en relación a cómo venían operando hasta la segunda mitad del pasado siglo.

de pueda arraigar su vida o una parte de su formación o de su labor profesional en las condiciones que le resulten más óptimas. El influjo de este tipo de actividad sobre un ámbito transfronterizo amplio hace que cada manifestación de ese quehacer y que cada comportamiento de ese sujeto se proyecte sobre todo el conjunto de legislaciones en el que se ambiente realmente la labor de nuestros protagonistas. La persona que obtiene ingresos en uno o varios países, trabaja en otro u otros y se enraíza socialmente en un tercero, no puede enmarcar cada una de esas facetas de su obrar jurídico en una sola de las unidades legislativas concretas en las que desenvuelve su vida. Todo revierte en su persona y, a través de ella, en el medio plurilegislativo en el que encuadra su vida. Quien así se comporta, programa su existencia en un entorno global regido por varios Sistemas, de tal manera que cada segmento de su actividad redunde, en mayor o menor medida, en todas y cada una de las demás y, por ende, atañe —directa o indirectamente— a todas las unidades legislativas que integran su universo personal<sup>23</sup>. Como consecuencia de todo esto, los supuestos de Derecho internacional privado pueden alcanzar un alto grado de complejidad<sup>24</sup>, lo que ha hecho nacer un nuevo modelo de relaciones privadas internacionales que genera nuevos retos<sup>25</sup>.

El primer dato que se desprende de esta descripción atiende a esa gran permeabilidad entre las unidades componentes y entre sus Sistemas jurídicos. La in-

<sup>23</sup> Esa globalización del comercio y de la actividad jurídica de los particulares, unida a las desigualdades legislativas entre los distintos países, generan un panorama en el que los agentes del tráfico pueden plantarse la posibilidad de efectuar un «*shopping of the law*» susceptible de satisfacer sus intereses individuales a costa del eventual sacrificio de los intereses sociales de otros colectivos afectados. El deportista de alto nivel que se domicilia en un paraíso fiscal, minimiza el coste de sus rendimientos profesionales a costa del país donde hubiese debido tributar en condiciones normales.-

<sup>24</sup> Véase Fernández Rozas «Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 9, 2000, pp. 7 a 32, en especial pp. 5 a 9) describe muy gráficamente cómo la consolidación y expansión de los distintos fenómenos de la integración económica y política a escala mundial y regional evidencia la necesidad de la superación de una referencia estatal en la formulación del objeto del Derecho internacional privado y su repercusión en la reglamentación del tráfico jurídico externo.-

<sup>25</sup> Este grado de complejidad de las situaciones privadas internacionales, ha supuesto para C. Kessedjan la pérdida del sentido esencial del principio de proximidad en la búsqueda de la sede de la relación jurídica, y su sustitución por el principio de *complexité intellectuelle*, que toma en consideración otros parámetros distintos como la naturaleza de la cuestión, los intereses en presencia, las intenciones de los legisladores de los sistemas jurídicos afectados, etc. en términos muy parecidos a la localización funcional del B. Audit («Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur le crise des conflits de lois)», *RCADI*, t. 191, 1984, pp. 219-397). Resulta bastante gráfico el ejemplo que propone C. Kessedjan en relación con la protección del medio ambiente: «*Dans ce domaine, en effet, la proximité perd son sens essentiel puisqu'il est absolument crucial de prendre en considération les intérêts des générations à venir et des pays, mêmes lointains, qui peuvent être affectés directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, par une atteinte à l'environnement. Le propre même de cette atteinte est d'être multidimensionnelle dans l'espace et dans le temps. De multiples territoires sont affectés sans que l'un soit plus pertinent que l'autre, sauf dans la dimension de l'atteinte qui peut varier d'un espace à l'autre. Quant au facteur temps, l'atteinte à l'environnement est difficilement mesurable dans la mesure où elle va affecter plusieurs générations sans qu'il soit immédiatement possible d'en mesurer tous les effets*» Cfr. Kessedjan «Le principe de proximité vingt ans après», en *Le droit international privé, esprit et méthodes mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, págs. 507 a 521.-

terdependencia genera un escenario muy distinto del que albergó la actividad transfronteriza hasta hace relativamente poco tiempo<sup>26</sup>. Se trata de una circunstancia muy importante de la que se deriva un principio clave: *en el nuevo panorama, la actividad interparticular ya no concierne únicamente al medio jurídico más directamente vinculado a sus negocios y tareas, sino que, en muchos casos, puede llegar a conectarse de forma simultánea con varios Ordenamientos y afectar, directa o indirectamente, los intereses de terceros países o de la Sociedad Internacional en su conjunto*<sup>27</sup>. En un mundo íntimamente interconectado, la ambientación del supuesto o la sede de la relación, ya no constituyen unos conceptos identificables en los términos en los que podía hacerlo la doctrina clásica. Sólo en contadas ocasiones nos enfrentaremos con supuestos que se enraízan de forma natural en uno de los Ordenamientos en presencia, manifestando con él una inequívoca vinculación, capaz de enervar, en todo o en parte, la fuerza de su conexión con otras Leyes. La tendencia actual es que la auténtica y verdadera ambientación socio-jurídica del asunto se halle en un espacio ideal donde concurren distintos Sistemas jurídicos. Desde un punto de vista unilateral, casi todas las leyes conectadas manifiestan un interés cierto en ser aplicadas; desde una perspectiva multilateral ninguna de ellas puede ser considerada como la sede indiscutible de la relación en causa. Así pues, las cosas están cambiando. En el contexto de una Sociedad Internacional globalizada, el lugar de asiento de los negocios transnacionales, salvo contadas excepciones, tiende a ambientarse en un espacio indefinido donde puede confluír la vocación de aplicación de varias legislaciones. Dicho en otros términos; la sede de la relación no es identificable en un sólo Sistema. Desde su nacimiento, hasta las repercusiones que suscita su desarrollo y finalización, el negocio jurídico puede ir despertando el interés de varios Derechos. En este nuevo escenario, la norma de conflicto no puede responder a su función primigenia de una forma operativa; la de «*determinar para cada relación jurídica el dominio del derecho mas conforme con la naturaleza propia y esencial de esa relación*»<sup>28</sup>.

Efectivamente, conexiones como el lugar de celebración o ejecución de las obligaciones, o la libertad en la selección de la ley aplicable, no pueden, por sí solas, dar entrada al juego de todas las normas que protegen los intereses sustanciales de los países que se vinculan a un contrato. Todas esas leyes que pueden concurrir potencialmente a la regulación de cada aspecto de la relación obligatoria, dibujan un perfil borroso del espacio multinacional en el que se desarrolla el conjunto de las prestaciones. Y si el grado de dispersión de los elementos que confor-

---

<sup>26</sup> Véase al respecto Jayme, «Identité culturelle et intégration: le droit privé postmoderne: Cours général de Droit international privé», *R. des C. T.* 251, 1995, pág. 56. Igualmente De Miguel Asensio en «El Derecho internacional privado ante la globalización», *AEDIPr*, n. 1, 2001, págs. 37 y ss. poniendo el acento en el papel protagonista que puede desempeñar el Derecho internacional privado en la globalización postindustrial.-

<sup>27</sup> La situación económica mundial que se ha originado en los años 2008-2010 ha puesto de relieve que la crisis financiera que se desencadena en un país o en un grupo de países puede llegar a afectar a la economía mundial considerada en su conjunto, aunque los vínculos concretos entre cada país específico y el núcleo donde se originó del fenómeno resulten muy leves.-

<sup>28</sup> Cfr. Savigny F.C. en *loc.cit.* en nota (2) pág.140.-

man el supuesto es suficientemente alto, resultará incluso difícil determinar *a priori* cuáles son los Ordenamientos que lo conforman; por lo menos hasta que no haya surgido el problema específico a regular. Y es que es preciso tomar en consideración que, en determinadas circunstancias, los contratantes pueden encontrarse con que una ley imprevista puede hacer ilegal el cumplimiento de alguno de los compromisos asumidos en el acuerdo que, sin embargo, resultaban perfectamente lícitos a la luz de la *lex causae* seleccionada por las partes. Si el foro se negase a dar efecto a esas disposiciones no estaría satisfaciendo los objetivos de cooperación que fundamentan esta disciplina. Prever de antemano estas contingencias durante el proceso de selección de la conexión adecuada, resulta casi imposible, a no ser que se recurra a técnicas complejas, del tipo de la empleada en el *Reglamento (CE) 592/2008* sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), al que más adelante nos referiremos.

Por otra parte, la mundialización de la actividad particular aconseja también flexibilizar ciertas pautas de regulación que no se acomodan a la permeabilidad de las fronteras jurídicas en las que se enmarca la vida de los sujetos. Veámoslo a través de un ejemplo. Muchos Sistemas vinculan las cuestiones relativas al estado civil de las personas a la ley nacional, mientras otros lo hacen a la ley domiciliar o a la de la residencia habitual. Esta situación puede generar, como es evidente, situaciones en las que se originen conflictos positivos de difícil solución. La sentencia de 14 de octubre de 2008 del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas declara, que el apellido que ha sido determinado e inscrito en el Estado miembro en el que el niño ha nacido y reside, ha de ser reconocido por el Estado miembro de la nacionalidad del menor, aunque su sistema conflictual conecte a la ley nacional las cuestiones relativas al nombre de las personas físicas. El ámbito comunitario, como escenario de integración económica, social y jurídica, requiere, por esa misma razón, soluciones dúctiles para los problemas de tráfico externo que se suscitan en su ámbito. En tal sentido, el Tribunal advierte que los Estados deben respetar el Derecho comunitario cuando se trate de situaciones que, no siendo meramente internas, presenten algún vínculo con dicha ordenación. El que un niño tenga un apellido en Dinamarca y otro distinto en Alemania (como sucedía en el asunto Grunkil-Paul) suscita problemas de identificación de los que pueden derivarse graves inconvenientes para el interesado y podrían obstaculizar el goce del derecho que le garantiza el artículo 18 CE a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En consecuencia, el Tribunal declara que Alemania debe reconocer el apellido determinado e inscrito en el país del nacimiento y residencia del menor<sup>29</sup>.

Este asunto pone de relieve cómo los sistemas autónomos de Derecho internacional privado ven enervada su potencialidad cuando el supuesto de tráfico externo se enmarca en un escenario sectorial de la globalización (en este caso, el de la globalización institucionalizada). Sin embargo, mientras que, en el marco de la Unión Europea, el Derecho de fuente comunitaria posee mecanismos capaces de resolver

---

<sup>29</sup> El espíritu y finalidad de esta decisión es casi literalmente recogido en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de febrero de 2010. (Cfr. BOE de 10 de marzo de 2010).-

este tipo de problemas de ambientación difusa, en otros espacios de la globalización no pueden inducirse con facilidad mecanismos susceptibles de enervar las consecuencias negativas que se derivarían de una localización excesivamente rígida. Sin entrar aquí en un análisis de la sentencia que nos llevaría mucho más allá del objeto asignado a estas páginas, la mera lectura del fallo, nos permite constatar que el juzgador se interesa mucho menos por el derecho aplicable que por el resultado a conseguir. Si el menor fue inscrito en un país miembro, con arreglo al Derecho de ese Estado y manifiesta con Él unas vinculaciones tan significativas como haber nacido allí y allí residir, no tiene sentido que otro Estado miembro (aunque sea el de su única nacionalidad) aplique sus normas de conflicto para llegar a una solución de la que pueden desprenderse graves inconvenientes para el interesado, tanto de orden profesional como privado, al dificultar su identificación a efectos de disfrutar de las ventajas que el Derecho europeo le asigna. Y lo que resulta aún más significativo, es que todo el razonamiento se hace sin perjuicio de reconocer que, en el estado actual del Derecho comunitario, las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de cada país miembro.

Bastan estos ejemplos para poner de relieve cómo en el panorama de la globalización, la ambientación del supuesto se difumina tanto cuando la relación alcanza su máximo de internacionalidad en un panorama desarticulado (el caso de algunos grandes contratos), como cuando se produce en un escenario integrado por dos Estados miembros de la Unión Europea. Si se hubiese aplicado estrictamente la norma de conflicto alemana al asunto Grunkil-Paul, el niño hubiese cambiado de apellidos al entrar y salir de Dinamarca y, todo ello, sin necesidad de moverse del ámbito comunitario. Una vez subrayada suficientemente esta imagen, vamos a ocuparnos a continuación de analizar una serie de cambios relevantes en las premisas que inspiran al Derecho Internacional Público, en la medida en la que esas transformaciones han afectado de un modo sustancial los fundamentos de nuestra disciplina.

### 2.3. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CONFRONTACIÓN DE INTERESES EN EL ÁMBITO DE LA GLOBALIZACIÓN

Detengámonos un momento en el análisis de las aspiraciones que se dan cita en torno a la regulación del tráfico privado internacional<sup>30</sup> y en cómo se han ido transformando en elementos determinantes de la situación actual de esta disciplina. Comencemos por los particulares. Las personas, físicas o jurídicas, amén de sus legítimas pretensiones a ver respetados sus derechos adquiridos y a gozar de seguridad jurídica y justicia en el ámbito plurilegislativo en el que desarrollan sus actividades, tienden a localizar sus relaciones y situaciones en el marco del Ordenamiento que mejor ampare sus pretensiones, desvinculándose de los Sistemas que pongan cortapisas a sus deseos. Lo cual constituye un propósito que no resulta nada difícil de llevar a cabo en un mundo *globalizado*.

---

<sup>30</sup> Con ligeras variantes, aplicamos en este apartado la metodología de los intereses en el sentido de Pérez Vera. Cfr. Pérez Vera «*Intereses...*» en *loc.cit.* en nota 34.-

Por su parte, cada Sistema jurídico se asienta sobre unos pilares que encarnan los principios básicos de sus ideales de justicia. Cuando un precepto se arraiga, de forma directa y esencial, en uno de ellos, las disposiciones que lo desarrollan tienden a ser consideradas como expresión de la idea de «justicia moral» del foro y, en consecuencia, se entiende que su disfrute no sólo corresponde a los ciudadanos sino a toda persona en su calidad de ser humano. Se transforman entonces en normas de aplicación necesaria que acuden imperativamente a regular la cuestión que se suscita. Como esos postulados varían de uno a otro Ordenamiento, el Derecho comparado ofrece una amplia minuta para el tratamiento de determinadas instituciones. Así, por ejemplo, en algunas legislaciones sólo se contempla el divorcio-sanción; en otras convive con una disolución por mutuo acuerdo, en España la destrucción de la *affectio maritalis* (o pérdida del estado de ánimo conyugal) en uno de los esposos basta para deshacer el vínculo y existen lugares en los que la mujer no dispone de términos hábiles para solicitarlo. En el ámbito de las finanzas y los negocios, el abismo entre regulaciones se ensancha y su aplicación práctica depende en gran medida del grado de desarrollo del país y de los principios que orientan su política económica. Ante una diversidad de tratamiento y comprensión de los distintos institutos jurídicos tan variada no puede extrañar que los particulares, en la medida en la que les resulte posible, traten de someter sus relaciones de derecho a la legislación más acorde con sus objetivos. No puede causar sorpresa que, en España, el matrimonio entre homosexuales, siendo entendido como una consecuencia necesaria del principio de no discriminación en razón de orientación sexual, se considere como un derecho del que puede disfrutar cualquier persona que quede amparada por nuestro Ordenamiento. Y si esto último resulta fácilmente comprensible, no cabe duda de que no resulta nada sugestivo ni jurídicamente amparable admitir un *shopping of the law*, cuando se trata de camuflar en un país las rentas obtenidas en otro lugar, porque donde verdaderamente se generaron se hallan sujetas a un tipo impositivo mayor del que rige donde se las oculta.

El Estado, por su parte, tiene interés en establecer un marco legislativo indisponible que garantice la salvaguarda de sus valores, asegure la salud de su economía nacional y propicie el bienestar de sus ciudadanos<sup>31</sup>. La normativa fiscal, la destinada a la ordenación del mercado, a la defensa social de los trabajadores o a la protección del consumo, por ejemplo, orquestan en su conjunto un sistema legal de protección al medio nacional que tiene vocación de aplicarse con carácter necesario a cualquier situación o relación que pueda quedar incluida dentro de su esfera de eficacia<sup>32</sup>. Cuando esta ordenación protege valores que trascienden el interés

---

<sup>31</sup> Nos referimos al cuadro de disposiciones que son definidas por el artículo 9.1 del Reglamento (CE) 593/2008 de la siguiente manera: «Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguarda de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento». Volveremos a este tipo de normas para exponer las relaciones entre los intereses del Estado y los de la Comunidad internacional.-

<sup>32</sup> Esta idea puede verse desarrollada dentro del ámbito de la competencia desleal en el trabajo de Paredes Pérez, «Sobre la conveniencia de una norma de conflicto bilateral sobre competencia desleal», *AEDIPr*, t. VI, 2006, págs. 427-440, en especial págs. 436 y 437.-

particular del Estado y se proyectan hacia la ejecución de políticas globales, entonces esa normativa se inserta en las directrices de una *policy* legislativa destinada a la satisfacción de exigencias propias de la Comunidad Internacional. La normativa en materia de contaminación y protección del medio ambiente, la destinada a prevenir el blanqueo del dinero procedente de actividades ilícitas, o las medidas contra el terrorismo, la piratería o el tráfico de drogas, constituyen buenos ejemplos de cómo, a través de normas estatales específicas, se realizan objetivos que interesan a la humanidad en su conjunto. Confluyen, pues, una serie de intereses y valores, –unos concretos y otros difusos–, y su conjunción revela una serie de contradicciones que no resultan fáciles de resolver.

### 3. Los cambios en el Derecho Internacional

Al hilo de esta realidad, el Derecho Internacional fue transformando el marco de ordenación de la convivencia entre Estados para adaptarlo a las nuevas situaciones. Introdujo nuevos sujetos, contempló nuevos actores e identificó y protegió intereses colectivos de salvaguardia prioritaria. Carrillo Salcedo<sup>33</sup>, desarrollando una idea de Pureza<sup>34</sup>, esboza un paradigma del nuevo orden internacional basado en la sustitución de tres principios claves del modelo anterior: el de la reciprocidad por el de la equidad; el de la neutralidad axiológica por el de la legitimidad y el de la exclusividad de la Soberanía del Estado por el de la primacía de los intereses de la Comunidad Internacional. La progresiva transformación de estos ejes tradicionales, ha incidido sobre las propias bases de nuestra disciplina. El contenido de la obligación de cooperar entre los Estados, base en la que encuentra su fundamento el Derecho internacional privado<sup>35</sup>, debe ser entendido de una forma distinta a la tradicional cuando se analiza desde la perspectiva que ofrece la mutación de estas tres premisas. Desde un punto de vista general, puede afirmarse que en la actualidad la cooperación interestatal debe entenderse como *la obligación de actuar conjuntamente para satisfacer los fines que establece el Derecho internacional*; y que este deber no se vincula ya al sustrato utilitarista de la reciprocidad como ocurría antaño.

#### 3.1. La sustitución del paradigma de la reciprocidad por el de la equidad

En las relaciones entre Estados, el cimiento de los comportamientos compensatorios ha sido sustituido por el principio de la equidad y ello significa que la

---

<sup>33</sup> Véase la construcción que elabora el profesor Carrillo Salcedo en su trabajo: «Influencia de la noción de comunidad internacional en la naturaleza del Derecho internacional público», en *Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, T. I, Madrid, 2005, págs. 185-186.-

<sup>34</sup> Vid Pureza, *El patrimonio de la humanidad. ¿Hacia un Derecho internacional de solidaridad?*, Madrid, 2003 *passim*.-

<sup>35</sup> Entendemos que el deber de cooperar constituye el fundamento del Derecho internacional privado, en el sentido en el que lo expresan Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, en *Derecho internacional privado*, Madrid, 1999, págs. 56 y ss.– Cfr. Fernández Rozas en loc.cit en nota (1) donde subraya que «*En revanche, il faut noter un renforcement de la coopération internationale pour satisfaire les intérêts communs, où le traité international, lui, joue un rôle important*».-



exigencia de colaborar, auxiliar, socorrer, apoyar o contribuir se orienta ahora hacia un fin concreto y muy preciso: todos los Estados deben auxiliar a los demás para conseguir el correcto funcionamiento de los mecanismos que, en cada uno de ellos, estructuran la defensa de sus respectivos intereses sociales y económicos, siempre y cuando tales intereses se ajusten a los parámetros homologados por la Sociedad Internacional. Por lo tanto, la cooperación no se plantea ya como un mecanismo para la consecución de intercambios equilibrados ni para la exigencia de conductas basadas en el *facio ut facias*. La cooperación se entiende hoy como un instrumento destinado al amparo y protección de unas legítimas expectativas individuales que no podrían realizarse sin la colaboración de los demás miembros de la Sociedad Internacional y cuya salvaguardia concierne a todos sus componentes. Pues bien, cuando el contenido del soporte internacional en el que se apoya el juego de las normas de esta disciplina ha variado tan sustancialmente, habrá que aceptar que la orientación de los mecanismos de regulación del tráfico externo deberá adaptarse a estos cambios.

Durante mucho tiempo se entendió que la finalidad abstracta del Derecho internacional privado residía en conseguir que los estados jurídicos de las personas y las obligaciones que hubieren contraído, no desapareciesen ni se transformasen cada vez que los particulares se situaran fuera del ámbito de poder del Ordenamiento en cuya base se constituyeron; es lógico pensar que, desde la perspectiva estricta del *do ut des*, la pauta más adecuada para lograrlo consistiera en establecer los cauces para reconocer en el foro las relaciones jurídicas constituidas al amparo de las normas y decisiones de otro Sistema, a fin de conseguir que, en similares circunstancias, pudieran ser reconocidas allí las que nacieron aquí. Desde la perspectiva estricta del *facio ut facias*, este es el planteamiento más lógico<sup>36</sup>. Ahora bien, la sustitución del principio de reciprocidad por el de equidad exige enfocar la cuestión de un modo muy diferente. En la regulación del tráfico externo actual, no se trata sólo de articular un sistema que facilite la pervivencia de lo constituido al amparo de un Derecho cuando sus titulares se sitúen allende las fronteras de esa legislación. La equidad obliga a cumplir objetivos de justicia solidaria. Para realizar esta labor es preciso evitar que el juego de las normas que estructuran los mecanismos de defensa social o económica de cada Estado queden defraudados a causa del régimen jurídico que se aplique a la regulación de los supuestos de tráfico externo en el foro.

Una cooperación basada en la equidad no se satisface valorando si una determinada prestación contractual resulta lícita en aplicación de la *lex contractus* y nada en ella se opone a lo dispuesto en los preceptos imperativos de la *lex fori*. Las premisas sobre las que ahora reposa el deber de cooperación solidaria exigen, en

---

<sup>36</sup> La resolución de la Dirección General de los Registros de 7 de diciembre de 1894, lo expresa de manera muy clara: «...las Leyes relativas a la capacidad legal de las personas y, por tanto, a la manera de completarla cuando es deficiente, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero, criterio aplicable también, cuando se trata de apreciar la capacidad de un extranjero en España, ya que la fuerza extraterritorial de nuestras leyes demanda, a virtud del principio de reciprocidad, igual eficacia en la ley de otros países».-

pura lógica, tener en cuenta las disposiciones tuitivas de cualquier Estado que pudiera verse afectado por un supuesto de esta naturaleza. Existen disposiciones «*cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos*» y esos preceptos habrán de ser tomados en consideración directamente (y surtir efectos fuera de su ámbito de poder) cuando el deber de cooperar así lo exija. No tendría sentido cerrarse al juego de las normas que salvaguardan los intereses públicos de otros Estados pretextando que la norma de conflicto general no ofrece cauces para ello. Cuando la vocación de aplicación de una norma que defiende un interés público ha sido despertada por el devenir de un negocio jurídico concreto, el deber de cooperar —entendido como una obligación de solidaridad— sigue exigiendo su toma en consideración en atención a «*las consecuencias que se derivarían de su aplicación o inaplicación*»<sup>37</sup>, tanto para el país que las dicta, como para el conjunto de naciones a los que la relación se vincula.

En la nueva ambientación, caracterizada por la permeabilidad del escenario, la metodología multilateral clásica no se manifiesta, por sí sola, como un instrumento apropiado para apoyar sobre ella todo el peso de la regulación de los problemas transfronterizos, pero sigue soportando la carga de organizar la respuesta jurídica. En efecto, como acabamos de ver, para determinar el alcance regulador de las normas imperativas de terceros Estados, el sistema multilateral ha asumido elementos propios del unilateralismo y los ha bilateralizado de un modo singular. Si antes se procedía a bilateralizar la dimensión interna del precepto unilateral, ahora lo que se bilateraliza es precisamente su cara externa, sometiendo el proceso a determinadas condiciones. Veamos esta diferencia a través de un ejemplo. En España, el artículo 9 del Código Civil establecía en su versión original que «*Las Leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero*». Se trataba de una manifestación típica del unilateralismo. Desde su perspectiva *ad intra*, se pretendía que los Jueces españoles supiesen que la residencia de un español en el extranjero no enervaba el juego de las disposiciones patrias relativas al estatuto personal y, desde una perspectiva *ad extra*, se trataba de advertir a las autoridades extranjeras que la Ley española quería ser aplicada a la determinación del estatuto personal de cualquier español doquiera que se hallase. Ahora bien, cuando se trataba de calibrar la capacidad de un extranjero, la práctica se alejaba de este esquema teórico. La jurisprudencia no analizaba las disposiciones similares de los Ordenamientos vinculados al supuesto para darlas cumplida satisfacción; lo que hacía era bilateralizar directamente la dimensión interna del artículo 9 y entender que el estado y la condición de las personas quedaban regidos por la ley nacional, tal como se hacía en España<sup>38</sup>. El nuevo mecanismo parte

<sup>37</sup> Los entrecomillados están tomados del Reglamento (CE) 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, cuyo artículo 9.3 dispone: «*También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en al que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o inaplicación*».-

<sup>38</sup> Así las sentencias de 15 de enero y 12 de mayo de 1885 y de 26 de mayo de 1987 dejaban claro que «*Al extranjero le acompañan su estado y capacidad, y deben aplicársele las Leyes de su país, cuan-*

de unas bases distintas; ahora lo que se hace es aceptar el ámbito de eficacia que otro Ordenamiento atribuye a sus disposiciones imperativas a través de una norma de remisión. Dicho de otra forma, se acepta la dimensión externa de una disposición unilateral extranjera cuando una norma de conflicto multilateral lo reclama. Sólo cuando la *lex fori* reconozca, a través de una norma de atribución, la vocación de aplicación extraterritorial de un precepto, tal disposición podrá surtir efectos en el foro, siempre y cuando el deber de cooperar así lo exija. Ahora bien, hay que reconocer que una norma de conflicto de este corte se aleja bastante del modelo original.

Hemos reiterado que la aceptación del juego de una Ley extranjera en el foro ya no se cimienta únicamente en el deseo de ver respetadas en el extranjero las situaciones y relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas y decisiones de nuestro Sistema<sup>39</sup>. La toma en consideración de lo dispuesto en las Leyes extranjeras se justifica con base en la exigencia de dar soluciones justas y adecuadas a los problemas de tráfico externo, o bien en la necesidad de colaborar con los demás Ordenamientos para salvaguardar los intereses fundamentales de otros Estados o de la propia Comunidad Internacional en su conjunto. Esta finalidad se puede cumplir desplazando el interés centrado en la noción «ley aplicable», hacia la búsqueda de soluciones basadas en una justicia natural susceptible de optimizar el resultado regulador. Cabría citar, como ejemplo, el artículo 15 del *Reglamento (CE) 2201/2003*, donde se admite la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, con competencia judicial internacional reconocida en materia de menores, puedan *excepcionalmente* declinarla a favor de los jueces de otro Estado miembro «*con el que el menor tenga una vinculación especial*», en la medida en la que consideren que tal tribunal «*está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor*». Como puede verse, no se trata ya de saber a qué ley se halla sometido el menor ni de consolidar la competencia del Tribunal sobre una base firme, sino de encontrar la jurisdicción que pueda dar una solución más justa al problema; y para ello los datos esenciales que se toman en cuenta son los del arraigo del menor y las peculiaridades de su situación (equidad). La valoración de los hechos que concurren en el supuesto debe constituir el centro de gravedad de la solución y el derecho aplicable a los mismos pasa a un segundo plano<sup>40</sup>.

---

*do esto no se oponga a los principios del orden público y a los intereses de la nación en que formula sus reclamaciones.* Nosotros entendemos que el sistema actual es inverso. Lo que se bilateraliza

<sup>39</sup> En su origen, la norma de conflicto unilateral tenía por objeto delimitar las competencias legislativas. Las normas se entendían promulgadas con un ámbito de eficacia determinado y se trataba de establecer unos principios, cuya aplicación debía llevar a los demás Sistemas jurídicos a dejarlas operar dentro de sus respectivas esferas de poder. El tránsito a la bilateralidad no alteró la fundamentación primitiva y la búsqueda de la sede de la relación no trató sino de ofrecer una nueva mecánica de localización. El aplicar la ley de la nacionalidad porque se reconozca a las normas que regulan el estatuto personal la propiedad de acompañar a la persona doquiera que se encuentre o hacerlo porque se entienda que es el Derecho más apto para definir las cualidades del sujeto en su obrar jurídico, no cambia mucho las cosas, al menos desde esta perspectiva. En definitiva cuando la capacidad de un extranjero se calibra a la luz de su ley nacional se espera que la aptitud de un nacional sea valorada en el extranjero con base en los mismos criterios.-

<sup>40</sup> Una técnica similar se utiliza en el proyecto de Reglamento en materia de sucesiones, cuyo artículo 5 se refiere al «*Reenvío a los órganos jurisdiccionales mejor situados para conocer del asunto*».-

Esta tendencia a hacer reposar la regulación del tráfico externo sobre el conflicto de jurisdicciones se explica reconsiderando las bases del deber de cooperar en este aspecto y comprobando como sus pilares se van desplazando desde la clásica «neutralidad axiológica» hacia la más nueva exigencia de «legitimidad». En efecto, no puede perderse de vista que la asunción de competencia por parte de un juez tiene un corolario inmediato; el sujeto o los sujetos de la pretensión quedan sometidos al amparo legal del Sistema jurídico al que han acudido. Aunque resulte una obviedad, es preciso tener muy claro que ni al Juez español, ni a ningún otro, se le puede pedir que actúe como un enjuiciador virtual, capaz de representar el papel del magistrado de cualquier otra jurisdicción. Consecuentemente, al amparar las pretensiones del peticionario tiene la obligación de actuar al resguardo de su propio Derecho (incluidas las normas de Derecho internacional privado). La autoridad competente se halla íntimamente vinculada al Sistema que le confiere autoridad para intervenir en el negocio procesal de que se trate y deberá ventilar la cuestión apoyándose prioritariamente en sus principios estructurales. Los artículos 5 y 7<sup>41</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial lo dejan claramente sentado. A tenor del numeral primero del artículo 5: «*La Constitución es la norma suprema del Ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.*». Por lo tanto, sean cuales sean las previsiones de la ley a la que le remitan las normas de Derecho internacional privado, el juzgador nunca podrá negar el amparo de los derechos que su legislación reconoce al sujeto en cuanto persona, ni dejar de velar por la aplicación de las normas cuya observancia es considerada como esencial para la salvaguardia de los intereses públicos de su nación o de la Comunidad Internacional. A partir de ahí y en la medida de lo posible, podrá cooperar con los Sistemas que se vinculen estrechamente al supuesto; «integrando» en su decisión lo establecido por las disposiciones extranjeras de pertinente aplicación, pero nunca «remitiendo» su labor a las previsiones normativas de otra Ley<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> El artículo 7.2 de la LOPJ establece que «*En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido*»-

<sup>42</sup> Existen intereses y valores que se han decantado como conceptos jurídicos indeterminados que operan con un núcleo de certeza y un halo de incertidumbre en el medio interestatal que los acepta. Se configuran como un «orden público» auténticamente internacional, de perfiles definidos, o bien como normas abstractas que estuviesen «*al servicio de la aspiración internacional de facilitar y asegurar el tráfico externo*» (Pérez Vera, E. «*Intereses...*» *op. cit.* pág.123). Enraizados en los Derechos Humanos, depurados en las formulaciones que han recibido en un gran número de convenios e incorporados como principios generales por los Ordenamientos particulares, constituyen fundamentos jurídicos de alcance universal. Si la autoridad que es internacionalmente tenida por competente, los observa y los tutela, al autorizar o controlar la constitución de una relación o situación jurídica, los objetivos comunes habrán sido satisfechos. Frente a un determinado negocio civil, un sector de normas de origen e inspiración internacional, tendrían por objeto concretar los valores colectivos que deben tutelarse en el momento de constituirlo o verificarlo. Nociones como el interés superior del

En este contexto, resulta natural que la técnica conflictual vaya siendo entendida como un conjunto de preceptos de carácter predominantemente orientativo. En muchos campos la combinación alternativa y sucesiva de las conexiones de las normas de atribución, culmina con una cláusula de aplicación residual de la propia legislación, lo que evidencia que la preocupación predominante se aleja de la designación de una ley competente y se proyecta a orientar materialmente el resultado. Se trata de que la respuesta se adecue a las pautas de la razón jurídica del foro y a los patrones normalizados en el medio internacional de referencia. Para realizar esta función, la norma de conflicto debe jugar su papel cuando coadyuve a la realización de estos objetivos y debe dejar de jugarlo cuando su aplicación pudiera alejarnos de ellos<sup>43</sup>.

### 3.2. LA SUSTITUCIÓN DEL PARADIGMA DE LA NEUTRALIDAD AXIOLÓGICA POR EL DE LA LEGITIMIDAD Y LA PRIMACÍA DEL CONFLICTO DE JURISDICCIONES COMO COROLARIO LÓGICO

La segunda incidencia de estos cambios estructurales viene determinada por la exigencia de legitimidad frente a la asepsia de la neutralidad axiológica. El Estado no puede escudarse en la independencia soberana de los demás para adoptar actitudes de «respetuosa indiferencia» frente a los comportamientos que no se ajustan a lo preceptuado por el Derecho Internacional. Hasta hace relativamente poco, tanto en los Ordenamientos internos como en el Derecho Internacional, se venía operando sobre la base de un principio de neutralidad, más o menos enraizado en concepciones liberales. La visión centrada en un individuo capaz de diseñar su vida a su propio antojo, sin más límite que la frontera marcada por el

---

menor o las leyes de policía del Reglamento 593/2008 sirven para ilustrar esta categoría de «*normas principales de Derecho internacional privado*».-

<sup>43</sup> Aunque se refiere al reenvío, podría utilizarse una frase de nuestro Tribunal Supremo para concretar esta tendencia. Nuestro Alto Tribunal entendía que éste correctivo funcional debía ser entendido como «...un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran...». La frase pertenece a la *Sentencia de de la Sala primera del T.S. de 15 de noviembre de 1996 (Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo)*; y aunque la idea se refiere específicamente a la aceptación o rechazo del reenvío, puede servirnos para ilustrar una tendencia que se halla presente no sólo en la jurisprudencia española, sino también en muchas manifestaciones del Derecho y de la jurisprudencia comparada. Sin necesidad de recurrir al análisis en dos escalones de la situación en estudio, basta para confirmar la impresión que queremos transmitir con la transcripción de uno de los argumentos que se utilizaron para ignorar el reenvío de retorno en la sentencia citada: «...si el derecho americano se apoya en una gran libertad de testar, y no reconoce las legítimas de los hijos, en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación por esta Sala del derecho español a la sucesión del causante de este litigio...» -y añade, para subrayar más su postura, que el *de cuius*...no ha conservado en España ni la residencia ni el domicilio.» De haberlo conservado, tal vez se hubiera sopesado la posibilidad de aplicar la ley española, utilizando el reenvío como un mecanismo para la aplicación del principio de proximidad de Lagarde; pero en un caso distinto, prefiere entender que lo contrario a la expresión «sin tener en cuenta» es «teniendo en cuenta» y que, tener en cuenta, en nuestro idioma, no significa tener que aceptar irremisiblemente el objeto de la consideración, sino simplemente considerar la posibilidad con vistas a la obtención del mejor resultado.-

*neminem laedere*, corría paralela a la concepción de un Estado soberano, independiente e igual a los demás y cuyos asuntos internos no admitían injerencia alguna mientras no afectasen el equilibrio y los derechos de las otras naciones. En aquel contexto, la norma de conflicto se entendía como una disposición axiológicamente vacía, ya que no tenía otra misión que designar el Derecho razonablemente aplicable. Las directrices de política legislativa se concretaban en «... *indagar ante todo las causas en virtud de las cuales se encuentra sometida una persona al imperio de un determinado derecho positivo*»<sup>44</sup>. Su función originaria era localizar el supuesto; no la de proteger valores ni incorporar los. Se entendía que lo que podía producir un resultado justo o injusto se hallaba en las previsiones del Sistema reclamado, pero nunca en el precepto de atribución. En todo caso, si la solución no era considerada de recibo por el Sistema del foro, sería removida a través de los mecanismos del «orden público» o del «interés nacional» y sustituida por la que se determinase con base en la *lex fori*. De este modo los intereses del Estado y la protección del particular quedaban convenientemente salvaguardados.

Pues bien, estas concepciones basadas en la neutralidad del precepto (que aún perduran con una cierta fuerza), van siendo sustituidas gradualmente por una técnica de incorporación de valores enraizada en esa noción «legitimidad»<sup>45</sup>. No se trata únicamente de reconocer o establecer relaciones jurídicas a partir de una Ley extranjera. De lo que se trata es de suministrar desde el foro soluciones justas, equitativas y prácticas a los problemas de tráfico externo, basadas en un concepto de justicia que la naturaleza internacional del supuesto no permite orillar. Ahora bien, a medida que el modelo regulador va abandonando el objetivo de ordenar comportamientos de forma neutral y lo sustituye por la finalidad de realizar valores sociales, la permeabilidad entre Sistemas se hace menor. Cuando la norma interna expresa un concepto ético, difícilmente cede ante un precepto extranjero que incorpore una concepción distinta. En muchas sociedades el Ordenamiento jurídico se ha convertido en la expresión de una moral laica y las disposiciones que la desarrollan tienen tendencia a aplicarse necesariamente a todos los supuestos de los que puedan conocer sus autoridades y tribunales. Por eso en el nuevo Derecho internacional privado ya no interesa tanto saber que norma incluye al supuesto en su ámbito de aplicación, ni conocer donde se ambienta la situación o relación de que se trate. Lo que importa es saber cuáles son los supuestos que, razonablemente, pueden recibir amparo jurídico en el foro, con base en los parámetros jurídico-ideológicos del foro. Como puede verse, los términos equidad y legitimidad apuntan claramente hacia una exigencia de lealtad a la noción de justicia internacional solidaria y al propio concepto de justicia del foro. Objetivo que no es fácil de alcanzar a través de meros instrumentos de remisión, simplemente atemperados con otras técnicas.

<sup>44</sup> Savigny en *loc.cit.* pág. 131.-

<sup>45</sup> Cfr. Espinar Vicente «*Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*» Madrid 1997 págs. 123 y ss. (El modelo liberal y el modelo social de Derecho. Su incidencia sobre la incorporación de valores y sobre la utilización de técnicas normativas en la reglamentación del tráfico privado internacional).-

La potenciación del control público sobre la aplicación del derecho privado por los particulares constituye una de las consecuencias inherentes a la incorporación de los nuevos valores que inspiran hoy la ordenación jurídica de la convivencia. Cada vez son más las instituciones jurídicas que incorporan a su regulación unos principios que trascienden la esfera de lo privado y se proyectan hacia la defensa y potenciación de valores colectivos<sup>46</sup>. La intervención del Estado para controlar la aplicación de estos preceptos constituye un corolario consustancial a la propia naturaleza de estas disposiciones. Y es que, como es lógico, cuando se persiguen determinados fines, —como por ejemplo garantizar el interés superior del niño—, resulta necesario que una autoridad pública fiscalice la constitución, modificación y desarrollo de todas las relaciones susceptibles de afectar la vida del menor, en orden a impedir que el obrar de los particulares pueda vulnerar, impedir o debilitar la realización de ese objetivo de especial protección. Pues bien, pocos son los estados de la persona que puedan constituirse, modificarse o extinguirse sin tal concurso<sup>47</sup>; y, de ahí, que la *administración pública del derecho privado* haya cobrado un papel de altísima relevancia en el momento actual<sup>48</sup>.

Por otra parte, como resulta fácil comprobar, la mayoría de los problemas de tráfico externo (al igual que los restantes) se suscitan, bien cuando uno o varios sujetos pretenden hacer valer un determinado estado civil, bien cuando solicitan que se les constituya o disuelva una determinada relación o situación jurídica; o bien cuando piden el amparo judicial de un derecho que entienden poseer y otra u otras personas se lo discuten. Y, en todos estos casos, la respuesta última se halla en manos de una autoridad con competencia para pronunciarse. No puede olvidarse

---

<sup>46</sup> La mayor parte de las instituciones de los derechos modernos se construyen sobre la base de esa «moral jurídica» a la que ya hemos hecho alusión (matrimonio o divorcio, por ejemplo) o sobre los intereses del conjunto social (regulación del mercado o protección de los consumidores) o sobre los de la comunidad internacional en su conjunto (derechos humanos o blanqueo de capitales entre otros supuestos). La defensa de los intereses colectivos presentes en esa regulación hace indispensable la intervención de los poderes públicos.

<sup>47</sup> Resulta necesaria la intervención de autoridades judiciales o administrativas para autorizar el nacimiento de situaciones o relaciones jurídicas (piénsese en la adopción), para examinar la concurrencia de los requisitos necesarios para su constitución (piénsese en el matrimonio), para realizar el seguimiento del correcto cumplimiento de los deberes que incumben a las partes (piénsese en el sistema de protección a la infancia) o para modificarlas o extinguirlas (piénsese en la separación o el divorcio).-

<sup>48</sup> Un examen del censo de tratados suscritos por España en materia de Derecho internacional privado pone de relieve cómo el número de los referidos a la cooperación entre autoridades prevalece, desde hace algunas décadas, sobre el de los convenios que incorporan disposiciones basadas en los métodos clásicos. El estudio del régimen de las adopciones internacionales en los países de nuestro entorno deja bien claro que existen instituciones cuyo tratamiento jurídico se apoya, casi exclusivamente, sobre esta técnica. Únicamente en los institutos donde los Derechos modernos dejan un mayor margen a la libertad individual, se mantienen las técnicas tradicionales, aunque puestas al día y con el correctivo —ya mencionado— de garantizar la aplicación de las normas de policía del foro y abrir su regulación a las disposiciones imperativas de terceros Estados, tal como sucede en el caso de las obligaciones contractuales. Este es un dato muy importante por cuanto la configuración del tratamiento jurídico en un gran número de materias hace muy difícil establecer un Sistema de Derecho internacional privado eficaz sin atender a este aspecto.

se que las normas apenas actúan cuando no se exige su pronunciamiento. Mientras los contratantes están satisfechos con sus recíprocas prestaciones, no se les suele ocurrir examinar si están ateniéndose de forma meticulosa al régimen jurídico de su acuerdo. Cuando los esposos conviven en plena *affectio maritalis*, no equilibran minuciosamente la cuantía de sus aportaciones al levantamiento de las cargas conyugales. El que un particular considere que sus vecinos vietnamitas están casados o no, carece de total relevancia. En la vida cotidiana, la condición de pareja de hecho o de matrimonio de esos convivientes pertenece al plano de la consideración social. Las verdaderas cuestiones que planteará el reconocimiento de su matrimonio ante el Ordenamiento español se suscitarán cuando pretendan cambiar su régimen económico, inscribir en el Registro Civil al hijo nacido en nuestro país, o promover una demanda de divorcio. Para cada una de estas pretensiones se requerirá el concurso de un Notario, de un Encargado del Registro Civil o de un Juez, y Ellos serán los encargados de establecer cuál es la posición del Derecho español, frente a esa relación conyugal, en cada uno de esos supuestos concretos. En definitiva, las normas de naturaleza privada, por lo general, sólo hacen visible su operatividad cuando los sujetos de la relación les exigen pronunciarse en una solicitud (jurisdicción voluntaria) o en una contienda (jurisdicción contenciosa). Ahora bien, para hacerlo, lo primero que habrán de determinar es a qué Juez o a qué autoridad han de acudir para solicitar que les constituya la relación o les ampare el derecho que se les discute. Por lo tanto, el punto de partida de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado, debe situarse en la determinación del foro.

El conflicto de jurisdicciones y autoridades se convierte así en el centro de gravedad del Derecho internacional privado. Pero es preciso destacar algo que resulta transcendental para comprender el rumbo actual de esta disciplina. Escribía Savigny «...*que hay muchos casos en que existen dos jurisdicciones competentes; mientras que no puede haber nunca más que un solo derecho local aplicable*»<sup>49</sup>. Pues bien, el apotegma *diversitas fori non debet meritum causa vitiare*, consustancial al multilateralismo primigenio, ha dejado de constituir una máxima orientativa. Es cierto que siempre hubo pluralidad de foros y multiplicidad de derechos aplicables. En los inicios del método, rara vez se controlaba la competencia o incompetencia del tribunal de origen, sino que se atendía a la existencia o inexistencia de reciprocidad con la jurisdicción de procedencia. Tampoco la Ley aplicable era objeto de control, sino que se examinaba su adecuación a un orden público mucho más restrictivo y al interés nacional del foro. Hoy en día el aforismo se ha invertido. No importa que se opere con base en una ley distinta a la que se hubiese aplicado en el foro. Lo que es relevante es que pueda reconocerse «legitimidad» al tribunal de origen y poco importa si resolvió la causa en aplicación de su propio Derecho o lo hizo amparándose en otra Ley. La única exigencia es que el resultado no resulte incompatible con la coherencia de la *lex fori*.

Y es lógico. Si para seleccionar el foro se ponderan razones que se vinculan con la proximidad del asunto al juzgador, se atiende a la justicia y utilidad del resultado,

---

<sup>49</sup> Cfr. Savigny F.C. en *loc. cit.* págs. 187-188.-



se toma en cuenta la naturaleza de la relación y se busca la protección de la parte débil, eso quiere decir que se han manejado unos criterios razonables de legitimidad para fundar la competencia. Por consiguiente, si se puede apreciar un ejercicio legítimo de la jurisdicción por parte del juez de origen, sólo la defensa de la coherencia y autoridad del Sistema del foro pueden erigirse como barreras para el reconocimiento de la situación o relación, constituida o declarada por ese poder jurisdiccional. Los numerosos tratados bilaterales concluidos por España en esta materia, el Convenio de Lugano, así como el Reglamento (CE) 44/2001 hacen particular hincapié en este punto. Si la resolución procede de un país al que se le reconoce jurisdicción para dictarla se ha recorrido la mayor parte del camino que lleva a la aceptación de la ejecutoria<sup>50</sup>.

### 3.3. LA SUSTITUCIÓN DEL PARADIGMA DE LA EXCLUSIVIDAD DE LA SOBERANÍA DEL ESTADO POR EL DE LA PRIMACÍA DE LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Como acabamos de apuntar, la visión liberal, exclusivamente centrada en un *neminem laedere* genérico, se ha enriquecido con elementos sociales que exigen la toma en consideración de los *intereses de la comunidad* en su conjunto. Cada vez se arraiga más la idea de que la libertad individual debe encaminarse necesariamente hacia el bien común de la sociedad en la que se halle inserto el sujeto. No basta ya con que su actuar no lesione otros intereses particulares o generales. El principio «no dañar a otro» da un salto cualitativo y se transforma en «la obligación de ajustar los comportamientos a un modelo que garantice el bienestar colectivo del conjunto ciudadano». Y es que, de no hacerlo, quedarían afectados intereses globales de ulterior repercusión individual. En la Sociedad Internacional ocurre lo mismo y su Derecho ha ido incorporando elementos de solidaridad que trascienden el provecho singular de sus sujetos. Los Estados, se hallan forzados a acomodar sus actuaciones a la satisfacción de unos intereses mundiales que se extienden más allá de su círculo de poder. Por esta razón, el deber de cooperar, enfocado desde esta óptica, consiste en la obligación de participar en una labor conjunta destinada a garantizar la cabal realización de los fines que la Sociedad Internacional consagra como obligaciones jurídicas. La humanidad, en su conjunto, aparece como un referencial tangible, cuyos derechos universales pueden verse afectados por el actuar individual de los Estados y los particulares. La conducta de cada nación o de sus nacionales puede entrañar consecuencias que reviertan negativamente en otros y que, por lo tanto, pueden perturbar el equilibrio de otro u otros sujetos o, incluso, el de la Sociedad Internacional en su conjunto. Objetivos como la protección del medio ambiente, la erradicación de la

---

<sup>50</sup> Este razonamiento puede y debe transponerse a cualquier asunto no contencioso para poder precisar su régimen jurídico. Si el negocio requiere de la intervención de una autoridad pública, el análisis previo de su competencia, desde el prisma de los Sistemas en los que deba hacerse valer, resulta imprescindible. Por consiguiente, tanto si se precisa como si no se del concurso de un Juez, la previsión de lo que pudiera suceder en un futuro litigio –aunque fuese hipotético y difícilmente previsible– constituye una premisa insoslayable para conocer el régimen jurídico real al que va a quedar sometida la situación o relación que se pretende constituir.

pobreza, el uso racional de la energía, la seguridad colectiva o la protección de los derechos del hombre no pueden garantizarse confiando su protección a cada unidad estatal aislada. Sólo una cooperación orientada a la prosecución de estos fines puede lograr su salvaguardia<sup>51</sup>. La toma en consideración de los sujetos del Derecho Internacional como un colectivo y no como una suma de individualidades y el nuevo papel de la persona, han tenido una honda repercusión en nuestra disciplina.

Este último e importantísimo dato, el del protagonismo adquirido por el ser humano en el Derecho Internacional Público, ha generado una serie de consecuencias de hondo calado para el Derecho internacional privado. En su momento, el hombre dejó de ser súbdito del príncipe, luego se convirtió en ciudadano de su país y, finalmente, adquirió unos derechos y libertades individuales que no le pueden ser negados en ningún lugar del mundo<sup>52</sup>. Por lo tanto, es función de cada Ordenamiento garantizar su protección permanente. La conformidad de los Ordenamientos jurídicos con lo establecido en materia de Derechos Humanos constituye hoy una exigencia ineludible<sup>53</sup> y es obligación de todo Estado dar amparo y garantía en su jurisdicción al estatuto que el Derecho Internacional atribuye a todo ser humano, con independencia de su condición de ciudadano o extranjero, de domiciliado o de transeúnte y de cualesquiera otras consideraciones. Como enseguida veremos este dato influirá de un modo decisivo sobre la regulación jurídica del tráfico externo.

Tenemos así la incorporación de tres manifestaciones del deber de aplicar justicia en la resolución de los problemas de tráfico externo, a consecuencia del nuevo sentido que incorpora el deber de cooperar. La primera coincide con la noción de *justicia solidaria* y obliga a tener en cuenta (que no es lo mismo que aplicar) las disposiciones con las que los Ordenamientos conectados al asunto, defienden sus intereses sociales y económicos más esenciales. La segunda se ajusta al concepto de *justicia del foro* y exige abandonar toda posición neutral y ajustar la solución del problema internacional a los parámetros de legitimidad del Sistema jurídico que organiza la regulación, en la medida en la que se presumen adaptados a los parámetros admitidos por la Sociedad Internacional en su conjunto. La tercera concuerda con el significado de *justicia internacional* y obliga a garantizar la cabal realización de los fines que la Sociedad Internacional consagra como obligaciones jurídicas, en las soluciones que se apliquen a las relaciones de tráfico externo.

<sup>51</sup> Nociones como la de patrimonio común de la humanidad o la de responsabilidades para con la comunidad internacional, resultan muy significativas. La Resolución 3281(XXIX) constituye una buena muestra del inicio de esta deriva.-

<sup>52</sup> Véase De Miguel Asensio «Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado» *RDP* julio-agosto 1998 págs. 541-558 y Fernández Rozas «Orientaciones del Derecho internacional privado en los umbrales del siglo XXI» *Revista Mexicana de Derecho internacional privado*, nº 9 año 2000 págs. 7-32, donde puede leerse que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 «...convierte a los derechos humanos en el paradigma del universalismo jurídico pudiendo hablar de un «estatuto internacional de la persona» que se impone a los diferentes sistemas estatales ...».-

<sup>53</sup> Sobre este aspecto véase Espinar Vicente, «Acerca de la legitimidad, la justicia y la coherencia legislativa»; Lección Magistral leída en la inauguración del Curso Académico 2009-2010, U.A.H. 2009, en especial págs. 9 y ss.-

Antes de proseguir es preciso hacer especial hincapié en que nos estamos refiriendo a una dinámica en curso que convive con viejos esquemas aún profundamente arraigados. En ningún caso nos hemos propuesto describir una nueva estructuración ya configurada, acabada y completa porque no creemos que aun lo sea y, quizás, aún quede por recorrer un largo camino. Pero, hecha esta salvedad, de lo que no nos cabe duda es de que el rumbo de la transformación camina por estos derroteros y que, en la actualidad, las cuestiones de tráfico externo van siendo examinadas como problemas que no sólo conciernen a los Ordenamientos implicados y a los particulares con intereses legítimos en el asunto, sino también como supuestos que involucran intereses de la propia comunidad internacional, como señalase Pérez Vera hace casi cuarenta años<sup>54</sup>; y que, hoy en día, han cobrado un nuevo vigor, respondiendo a un orden de preocupaciones más variado.

#### 4. La incidencia de los derechos humanos sobre la regulación del tráfico jurídico externo

No todos los Sistemas entienden el alcance de cada uno de esos derechos de un modo uniforme. El derecho a la vida, a la intimidad o al matrimonio, por ejemplo, se mueven en el Derecho comparado entre un horquilla de máximos y mínimos que dista mucho de ser homogénea<sup>55</sup>. Ahora bien, cuando el legislador nacional desarrolla los derechos o las libertades que considera entroncados con los derechos del hombre, establece las bases estructurales en las que hundirá sus raíces todo el Sistema jurídico y, como resulta de todo punto de vista comprensible, una vez que el Ordenamiento ha definido los límites de cada derecho humano en concreto, garantizará su disfrute en los términos en los que Él lo entiende. Dicho de otra forma, toda disposición interna directamente vinculada con la forma de concebir y desarrollar un derecho humano, tiende a traducirse en una norma de aplicación necesaria al tráfico externo<sup>56</sup>.

Veamos cómo el Sistema jurídico español incorpora estos derechos a su ordenación. Nuestra Constitución consagra su primer Título a establecer los derechos y libertades fundamentales y sitúa su pórtico en el precepto contenido en su artículo 10.2, donde se dispone que ese marco de libertad ha de interpretarse siempre: «... de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Deja claro así que el contenido de este sector de la Carta Magna constituye la forma en la que el Estado español incorpora, entiende, amplía, consagra y ampara los derechos del hombre. Coherente con este planteamiento, el artículo 13 ordena ex-

<sup>54</sup> Véase Pérez Vera, E. «*Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho Internacional*» Granada, 1973; en especial págs. 107 y ss.-

<sup>55</sup> Así por ejemplo, en la legislación española el *ius conubii* se extiende a los matrimonios entre personas del mismo sexo, mientras que en otros Estados no.-

<sup>56</sup> A nuestro juicio, cuando el legislador considera que la solución incorporada en un determinado precepto responde al reconocimiento o desarrollo de un derecho humano, esa norma queda dotada de un ámbito de eficacia reforzado y opera como definidora del estatuto del individuo, de cualquier individuo, ante el Sistema del foro.-

tender el disfrute de este espacio de libertad jurídica a toda persona, con independencia de su nacionalidad: «*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.*» Del tenor de esta disposición se inducen con facilidad las tres funciones cardinales que realiza: imbrica al extranjero en el espacio de libertad constitucional diseñado para los españoles<sup>57</sup>; garantiza que la traducción de esas libertades en derechos habrá de respetar siempre el contenido esencial con el que se consagran en el Título primero<sup>58</sup>; y finalmente, reserva a la ley y al tratado la posibilidad de ser fuentes idóneas para la regulación del ejercicio de esas libertades<sup>59</sup>. La interpretación auténtica que realiza el Tribunal Constitucional de este artículo no deja resquicio para abrigar ninguna duda respecto a que esta norma prescribe la inclusión de los extranjeros en el disfrute del núcleo esencial de todos los derechos fundamentales. Lo que significa que el constituyente estimó que la cualidad foránea de una persona no constituía un dato lo suficientemente relevante como para justificar una distinción en el punto de partida o epicentro del derecho fundamental consagrado. Y es que, a ese nivel, el pueblo español no estaba considerando a la persona como un ciudadano, sino como un ser humano dotado de un «*estatuto internacional de la persona*» que se impone a los diferentes sistemas estatales, en frase de Fernández Rozas<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Se trata de un precepto de corte unilateral que extiende el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales de la Constitución a toda persona que entre en contacto con el ordenamiento español. Para ello utiliza como parámetro referencial (o punto de conexión, si se quiere) la condición de ser humano de sus destinatarios, sin reparar en cualesquiera otras consideraciones añadidas a este núcleo conceptual básico. La función de una norma de conflicto unilateral es precisamente esta: describir un supuesto de hecho excluido del ámbito de eficacia espacial primario de las disposiciones internas, para incluirlo en ellas; o enumerar una serie de disposiciones positivadas para regular el tráfico interno y hacerlas operativas a nivel de tráfico externo en los términos y con los límites que establezca. Esto es precisamente lo que hace el artículo 13.1.-

<sup>58</sup> De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la segunda frase no se limita a remitir a las leyes y a los tratados la determinación de cuales son los derechos y libertades de los que gozan los extranjeros en España. Por el contrario, es dependiente de la aseveración anterior en la que ya se había convertido a los extranjeros en destinatarios directos de todos y cada uno de ellos, a excepción de los expresamente excluidos en su segundo párrafo. Por lo tanto, ni las leyes ni los tratados pueden restringir el goce de lo que es su esencia. Cfr. las sentencias TC de 107/1984, la 115/87 de 7 de julio y la jurisprudencia ulterior que de ellas emana y, en particular la 85/1988 y la de 6 de noviembre de 2007. Tampoco deben olvidarse los antecedentes de esta norma para entender en toda su dimensión el sentido con el que se positiva. El artículo 12, párrafo segundo del Proyecto Constitucional establecía que «*los extranjeros residentes en España gozarán de las libertades públicas del presente título, en los términos que la ley establezca*». Algunas modificaciones propuestas para mejorar su redacción se formularon en los términos «*los extranjeros gozarán de las libertades públicas del presente título, salvo lo dispuesto en las leyes*». Finalmente se consiguió el tenor actual que es mucho más generoso, como destaca desde su primera lectura.

<sup>59</sup> Para subrayar la importancia de esta reserva bastaría con recordar aquí la ordenación jurídica de la extranjería durante el periodo 1960-1978, en el que la dispersión normativa y el distinto rango de las disposiciones con las que se regulaba un mismo problema generó una situación de inseguridad jurídica notable. Sobre la ordenación en esta época, Cfr. Pérez Vera «*Derecho internacional privado. Parte especial*» Madrid 1980, en especial págs. 114-131.-

<sup>60</sup> Cfr. Fernández Rozas en *loc.cit.* en nota 33.-

Es, a partir de ese núcleo, cuando se puede empezar a desarrollar el derecho y concretarlo en atención a las características significativas de los grupos de sujetos que han de disfrutarlo. Es razonable, pues, que el grado y la forma de extensión del goce sean diferentes para nacionales y extranjeros, residentes y no residentes, o mayores y menores de edad. Pero esta diferencia de tratamiento tiene que responder a una base objetiva y, a nuestro juicio, ésta se halla en el artículo 14 de la Constitución, entendido como un elemento sustantivo integrante de cada uno de los derechos y libertades fundamentales del primer Título (dimensión objetiva). La igualdad es una libertad, una garantía de las libertades y una condición necesaria para que se respete el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales cuando se desarrollan en atención a las características diferenciales de los grupos que van a disfrutarlos<sup>61</sup>. Por lo tanto, el «*mínimo esencial*» del principio de igualdad tiene que aplicarse a los extranjeros o, de lo contrario, no podrían gozar de las libertades que les confiere el artículo 13.1 en los términos en los que se les garantiza. Pues bien, si la igualdad debe ser entendida como la necesidad de tratar de un modo distinto a lo que es diferente para poder alcanzar un equilibrio de equiparación real, ha de deducirse que en todo aquello en lo que lo extranjero imprima un elemento de heterogeneidad puede ser tratado de un modo distinto a lo homogéneo<sup>62</sup>, siempre que al hacerlo no se desborde el marco de esos «*mínimos esenciales*» garantizados por la Constitución.

Aclarado este punto, se decanta un espacio básico de libertades fundamentales en nuestro Sistema que se coherente con la concepción del catálogo de derechos humanos y de su contenido, tal como es asumido por la Constitución y desarrollado en nuestro Ordenamiento. Este conjunto normativo se conforma como un primer tramo de regulación esencial; existen disposiciones en nuestro Sistema que atribuyen derechos y libertades que corresponden a la persona tanto en cuanto es un ser humano y nada más. Así pues, en los umbrales de todo proceso de regulación del tráfico externo nos encontraremos con el filtro que establece una pregunta primordial: se trata de saber si el derecho cuya tutela solicita el extranjero le corresponde directamente, atendiendo exclusivamente a su consideración de persona; o si por el contrario deriva de una norma de distinta cualidad, establecida en un Ordenamiento jurídico al que se considera aplicable al caso.

Veámoslo a través de un ejemplo. Cuando dos sujetos del mismo sexo y distinta nacionalidad desean casarse en España, la primera cuestión que se suscita es la de determinar si el *ius conubii* de un homosexual debe ser entendido como un derecho humano o no. En el caso de que la respuesta sea negativa se entrará a

---

<sup>61</sup> En términos del Tribunal Constitucional: «...la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De aquí que pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general.» Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 76/83 de 5 de agosto, fundamento jurídico segundo.-

<sup>62</sup> La articulación de un tratamiento jurídico diferencial sólo se producirá en relación con aquellos supuestos en los que el factor de extranjería rompa la relación de identidad entre la situación o relación jurídica de que se trate y las que se producen habitualmente en el ámbito de la homogeneidad.-

considerar si la ley que resulte aplicable les inviste de aptitud para constituir la relación pretendida. Por el contrario, si consideramos que ese derecho parte del núcleo esencial del artículo 32 de la Constitución, entonces la aplicación o inaplicación de la norma de conflicto carecerá de todo interés real. En el supuesto traído a colación la respuesta habría de darse a través de un razonamiento que respondiese al siguiente desarrollo: el derecho a contraer matrimonio corresponde a toda persona que haya alcanzado la edad núbil; el considerar que sólo puede celebrarse entre personas de distinto sexo podría constituir una discriminación en razón de la orientación sexual de los contrayentes; la Ley 13/2005 deja claramente sentado que nuestro Sistema rechaza cualquier discriminación por esta razón, en la medida en la que su tenor se inspira, al menos indirectamente, en el artículo 21 de Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe toda discriminación «y en particular la ejercida por razón de (... ..) orientación sexual»<sup>63</sup>. En consecuencia el negarse a casar a dos homosexuales extranjeros, cuando nuestras autoridades resultasen competentes para hacerlo<sup>64</sup>, supondría la negación de un derecho humano, tal como es concebido en el Derecho español. De este modo, cualquier persona que entre en contacto con el Sistema jurídico español, quedará amparada por los principios estructurales básicos que emanan de nuestra Constitución e impregnan todo el Ordenamiento, en la medida en la que tales principios expresen la concepción española de los derechos del hombre. Por lo tanto, las normas de Derecho internacional privado no podrán positivarse ni aplicarse al margen de estos principios. Las soluciones de un sistema extranjero, que fuesen reclamadas por las normas de conflicto del foro, tampoco podrán resultar operativas si no encajan coherentemente en el esquema de derechos y libertades fundamentales que la Norma Base considera patrimonio de cualquier individuo<sup>65</sup>.

A nivel de Derecho internacional privado y en este ámbito concreto, el deber de cooperar, como expresión de la obligación del Estado de satisfacer un fin establecido por el Orden internacional, habrá de llevarse a cabo de la siguiente manera: *Primero*, para que un Estado concreto pueda tutelar el derecho, será preciso que posea competencia internacional para entender del asunto que se suscita ante su jurisdicción. Por consiguiente, ya derive el derecho en causa de una norma internacional, de un principio constitucional o de una disposición legislativa, la tutela del Sistema sólo podrá operar cuando la autoridad encargada de constituir o reconocer la relación haya sido investida de potestad para hacerlo (legitimidad)<sup>66</sup>. El

<sup>63</sup> Cfr. la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000/C 364/01 (DOCEC 18-XII-2000).-

<sup>64</sup> *Vid.* la Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo. Un juicio crítico de la misma puede ver en Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, «Derecho internacional...» *op. cit.*, págs. 355 a 356.-

<sup>65</sup> Cfr. Espinar Vicente «*Tratado Elemental de Derecho internacional privado*» Madrid 2008 págs. 52-53.-

<sup>66</sup> La obligación de cooperar del Estado en la realización de los intereses comunes de la Sociedad Internacional no envuelve una adscripción automática de competencia para amparar todo derecho humano que haya sido violado o ignorado en cualquier lugar del mundo. A nivel de Derecho público

conflicto de jurisdicciones se sitúa así en un primer plano en todo lo relacionado con este sector del Sistema. *Segundo*, una vez despejada positivamente esta primera cuestión, el foro amparará el derecho en los términos en los que haya sido concretado por su propio Sistema jurídico<sup>67</sup>. No todos los Sistemas incorporan los mismos tratados y acuerdos internacionales ni, como hemos insistido, desarrollan los derechos humanos de igual manera<sup>68</sup>. Por esta razón, el «*universalismo necesario*», al que tan acertadamente alude Guzmán Zapater, se convierte, también en este ámbito, en la manifestación de un «*particularismo paradójico*»<sup>69</sup>. *Tercero*, cuando el foro considera que el derecho cuya tutela se insta, pertenece a esta categoría, otorgará el amparo atendiendo únicamente a la condición de ser humano del sujeto, sin que su calidad de nacional, extranjero, domiciliado o transeúnte resulte relevante a estos efectos, aunque si lo sea para determinar la competencia. La norma de conflicto pierde, consecuentemente, fuerza y pasa a ocupar una posición meramente auxiliar, en caso de ser aplicada.

---

—principalmente— cuando el Derecho Internacional quiere reforzar esa protección establece unas «*competencias universales*» que permiten conocer del asunto a cualquier jurisdicción con independencia de los vínculos que manifieste el supuesto con el foro. Pero esto se lleva a cabo a través de convenios internacionales que especifican las materias a las que se refiere y que vinculan a las partes que los ratifican. En los casos no cubiertos a través de este mecanismo es preciso que existan otras normas que otorguen jurisdicción al magistrado para otorgar el amparo. En algunos supuestos es el propio Estado quien asume en su Derecho autónomo una competencia universal en relación con determinadas materias. Pero para que el amparo jurisdiccional resulte posible es preciso que exista una disposición jurídica que fundamente la competencia internacional del juzgador.

<sup>67</sup> Los derechos humanos no tienen más ámbito de aplicación espacial que las normas de competencia judicial internacional. De resultar competente el juez español las soluciones del Derecho extranjero, reclamado por la norma de conflicto, nunca podrán resultar operativas de no resultar respetuosas con aquellos derechos fundamentales. La razón de este rechazo absoluto se debe a que en nuestro sistema jurídico no tiene cabida la atenuación en estos casos del juego de orden público por razón de su proximidad con el foro (*vid.* en el mismo sentido A. Bucher, «L'ordre public et le but social des lois en droit international privé», *RCADI*, t. 239, 1993, págs. 53 a 54). En Francia, por el contrario, un gran sector de la doctrina se muestra partidaria del orden público por proximidad a este tipo de derechos. Este planteamiento es defendido por H. Guademet-Tallon (en «Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel): cours général», *RCADI*, t. 312, 2005, págs. 23-488, en especial, pp. 424-442) buscando la conciliación de respeto de los derechos humanos y la coordinación de los sistemas jurídicos. Igualmente, P. Courbe («L'ordre public de proximité», en *Le droit international privé, esprit... op. cit.*, págs. 227 a 239), Como vamos a ver, el estatuto familiar lo conforma en nuestro sistema jurídico una serie de disposiciones internas cuya vocación de aplicación queda condicionada a no más conexión con el foro que la propia competencia judicial internacional del juez español. Allá donde se incorporen derechos fundamentales las disposiciones internas que los desarrollan realizan una suerte de justicia del foro que desplaza la búsqueda de la armonía internacional de las soluciones aún en los casos que no tuviera ninguna vinculación con nuestro sistema.-

<sup>68</sup> *Vid.* en este sentido el excelente trabajo de P. Kinsch, «Droits de l'homme, droit fondamentaux et droit international privé», *RCADI*, t. 318, 2005, págs. 9 a 332, en especial págs. 165 a 287, cuando se ocupa del papel que desempeña el orden público internacional como vehículo de los derechos humanos y fundamentales, consagrados en las constituciones y en convenciones internacionales universales o regionales, en los países de la Europa continental y los Estados Unidos.-

<sup>69</sup> Véase Guzmán Zapater, M. «*Sociedad internacional y Derecho internacional privado*» Madrid, 2006, págs. 74 y ss.-

## 5. La nueva conformación de las fuentes

Al estudiar las fuentes del sistema español de Derecho internacional privado, por ejemplo, se pone de relieve cómo nuestro Ordenamiento jurídico se nutre de disposiciones procedentes de tres principales instrumentos de producción normativos: el institucional o comunitario europeo, el internacional o convenido con otros Estados y el autónomo o interno. Los tres dibujan un mapa de contornos definidos que se corresponden con los cuatro escenarios que hemos descrito en otros trabajos<sup>70</sup>. Los tres actúan en sus respectivos medios de ambientación de forma adaptada a su conformación y caracteres, pero se influyen recíprocamente y requieren de procesos de aplicación distintos, lo que a veces dibuja un panorama confuso<sup>71</sup>, en el que surge la necesidad de adoptar nuevos enfoques.

Comencemos analizando sucintamente el derecho de fuente institucional. La atribución a la Unión Europea del «*ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*» (artículo 93 de la Carta Magna) posee unas consecuencias de gran alcance. Esta cesión no sólo determina la existencia de un grupo de normas de Derecho internacional privado de fuente comunitaria; sino que además limita la libertad de cada Sistema particular en la utilización de los otros dos mecanismos de producción normativa. A partir de esa cesión, el Derecho de cada Estado miembro se enmarca en un cuadro de coherencia supranacional en el que la posibilidad de establecer disposiciones autónomas o convencionales queda limitada por la obligación de no desvirtuar las directrices de política legislativa de la Unión. Se trata de un principio de lealtad

---

<sup>70</sup> En trabajos anteriores (cfr. *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid 1977, págs. 106-115: «*La universalización del marco y la fragmentación del escenario*») he distinguido cuatro escenarios: el *escenario de la integración jurídica* entre Estados afines que ceden competencias legislativas al ente resultante; en este ámbito se establece una suerte de Derecho común, complementado con previsiones específicas para los asuntos objeto de esta especialidad jurídica. (Sobre esta cuestión *vid.* Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, 2002. Igualmente, «*La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material*», *Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, T. II, Madrid, 2005, págs. 1765-1786). *El escenario de la coordinación* de soluciones por vía de Tratados entre países afines (Sobre este aspecto *vid.* Fernández Rozas, en «*La cooperación judicial en los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado*», *REDI*, 1993, págs. 81 y ss.). *El escenario de la cooperación* que constituye el entorno tradicional, el medio estándar sobre el que han operado idealmente las construcciones doctrinales clásicas; y finalmente tendríamos el *escenario de la confrontación*, que es el que se integra por aquellos Sistemas que incluyen instituciones cuyo contenido regulador o bien responde a perfiles propios de una civilización diferente (conflicto de civilizaciones) (Cfr. Elgeddawy *Relations entre systèmes confessionnels et laïques en Droit international privé*, París, 1971), o bien incorporan intereses absolutamente contrapuestos a los asumidos por los Sistemas con los que haya de establecerse la colaboración. Piénsese en instituciones como el repudio, la poligamia o las adopciones simples frente al Derecho español. La metodología y las técnicas habituales no sirven aquí para lograr resultados satisfactorios. Estos escenarios ideales pueden coincidir o no con espacios imaginarios compuestos por un número de Estados concretos; pero para aprehender bien la idea que se pretende transmitir es muy importante entender que los marcos de referencia se integran por «institutos» afines o antagónicos y no por Ordenamientos tomados en su conjunto.-

<sup>71</sup> *Vid.* H. Guademet-Tallon, «*Le pluralisme en droit international privé...*», *loc. cit.*, págs. 95 a 169; K. Siehr, «*General problems of private international law in modern codifications: de lege data and de lege europea ferenda*», *Yearbook of private international law*, vol. VII, 2005, págs. 17-61.-



[*confianza comunitaria*] que cercena parcialmente la libertad de los Estados miembros, tanto a la hora de establecer el segmento normativo de fuente internacional, como al operar a través de sus fuentes de producción autónoma<sup>72</sup>. En ambos casos el legislador español ha de estar atento para evitar que su política legislativa independiente pueda causar una desnaturalización de la comunitaria<sup>73</sup>.

Pero es que además este conjunto normativo se manifiesta con ciertos caracteres de «Sistema»; y, aunque su falta de «plenitud»<sup>74</sup> nos impida considerarlo técnicamente como tal, una aproximación a su estructura y dinámica nos permite, en cambio, constatar su tendencia a llegar a serlo<sup>75</sup>. Uno de los rasgos que nos llevan a esta percepción es el de su exigencia de ser interpretado y aplicado de modo uniforme en el espacio de integración en el que opera<sup>76</sup>. En consecuencia, tanto sus técnicas de solución como el análisis hermenéutico de sus disposiciones y el proceso de su puesta en práctica, requieren de una metodología distinta de la que normalmente se utiliza al aplicar la normativa de fuente interna. El Derecho internacional privado institucional opera en un medio donde las afinidades jurídicas son profundas y la confianza recíproca entre los Ordenamientos alcanza cotas muy altas. En este contexto cabe articular soluciones distintas a las que pueden establecerse en otros ámbitos y deben de aplicarse de un modo diferente y adaptado a sus características<sup>77</sup>.

A mayor abundamiento, la relación entre el Derecho institucional y el Derecho internacional privado autónomo se va estrechando progresivamente. El asunto Grunkil-Paul (C-353/06) lo pone de manifiesto de una forma clara. En su decisión

---

<sup>72</sup> Vid. Fernández Rozas en «Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 9, 2000, págs. 7 a 32, en especial págs. 5 a 9, donde describe cómo la consolidación y expansión de los distintos fenómenos de la integración económica y política a escala mundial y regional evidencian la necesidad de la superación de una referencia estatal en la formulación del objeto del Derecho internacional privado y su repercusión en la reglamentación del tráfico jurídico externo.—

<sup>73</sup> Máxime tras la *comunitarización* del Derecho internacional privado a través del art. 65 TCE (actual art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).—

<sup>74</sup> Entendemos por «plenitud», siguiendo a González Campos: «*la virtualidad de ese ordenamiento para reglamentar, mediante sus propias normas, el conjunto de problemas que suscita el tráfico externo*». Véase, «*Curso de Derecho internacional privado*» (según las explicaciones en el curso académico 1982-83 del prof. Dr. D. Julio D. González Campos) policopiado U.A.M. 1982-83; pág.91.—

<sup>75</sup> Sobre la ausencia de sistema *vid.* Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, 2002, págs. 162 a 169.—

<sup>76</sup> Vid Paredes Pérez, «Algunas consideraciones entorno al alcance de la noción autónoma de contrato en Derecho internacional privado comunitario», *R.E.D.I.*, n. 1, 2006, págs. 319 a 330. No obstante, como señala Paredes Pérez («La noción de consumidor y el papel residual de la calificación *ex lege causae* en el Derecho internacional privado comunitario», *Anuario Jurídico Villanueva*, nº III, 2009, págs. 45 a 66) , el principio general de calificación autónoma no debería estar exento de posibles correcciones en los casos en los que, salvaguardado el objetivo de la misma lógica de la integración, sean explicables en clave de cooperación y coordinación: de otro modo, resultaría sacrificada la justicia de intereses del tráfico jurídico externo.

<sup>77</sup> González Campos en «Diversification, spécialisation, flexibilisation...», *loc. cit.*, pág. 185, ha señalado como un fenómeno más de la especialización normativa, que la participación en el proceso de integración económica y política da origen a la necesidad de ofrecer un tratamiento diferencial a las situaciones internacionales intracomunitarias frente a las extracomunitarias.—

el Tribunal de Justicia de las Comunidades advierte que los Estados deben respetar el Derecho comunitario cuando se trate de situaciones que, no siendo meramente internas, presentan algún vínculo con dicha ordenación. Como ya hemos tenido ocasión de ver, se trataba de un menor nacido en Dinamarca al que se inscribió allí, de acuerdo con lo previsto para el nombre y apellidos en la legislación danesa, por ser ésta la Ley del domicilio de los padres y del nacido. Todos los sujetos (progenitores e hijo) eran ciudadanos alemanes, cuyo Ordenamiento incorpora la conexión nacionalidad en la norma de conflicto relativa a esta materia. Tratándose de un ciudadano alemán (que, además, no ostentaba ninguna otra nacionalidad), su nombre debía quedar establecido sobre la base de su ley personal; y así lo entendieron las autoridades germanas. El resultado al que abocaba este conflicto era el de la atribución al menor de dos denominaciones identificativas. La diferencia entre el nombre y apellido de este sujeto, según el país de su domicilio y el de su ciudadanía, podía dificultar su identificación a efectos de gozar del derecho a la libre circulación y residencia del interesado en todos los países de la Unión; y, consecuentemente, el Tribunal determina que Alemania debe reconocer la identificación nominal establecida en la legislación danesa. Por lo tanto, ha de concluirse que la aplicación de las normas de Derecho internacional privado internas, aunque se promulguen en el marco estricto de la competencia estatal, deben subordinarse a las previsiones del Derecho Comunitario, al objeto de que la aplicación de estas últimas no pueda verse dificultada o alterada por el juego de las normas de conflicto de un Estado, cuando el marco internacional del supuesto está integrado por países miembros.

Por su parte, las soluciones convencionales conforman otro *ius specialis* cuya aplicación también diverge de las técnicas con las que deben ser aplicadas las normas de fuente interna. Hay que tener en cuenta que este segmento de la regulación opera en relación con todos los escenarios posibles. En efecto, toda disposición conflictual de fuente interna parte de una incertidumbre inicial: hasta que no se hace operar en relación con un supuesto concreto, no puede determinarse con qué Ordenamiento específico nos pone en relación y cuáles son las consecuencias que de ello se derivan. Ahora bien, las disposiciones positivadas a través de estos instrumentos internacionales se apoyan en unos presupuestos muy distintos. El Estado ratificante puede conocer de antemano cuales son los Derechos a los que pone en relación la normativa del Tratado (en el caso de los convenios cerrados); y ha podido prever durante la negociación las posibles dificultades que se susciten al aplicarlo (en el caso de los abiertos) o ha podido estudiarlas antes de adherirse. Por consiguiente, esta incertidumbre decrece en alto grado. Desde esta óptica resulta fácil entender que la aplicación de estos convenios requiera de una técnica muy diferente a la exigida por el juego de las disposiciones de fuente autónoma. Incluso los correctivos funcionales que en ellos pudieran preverse (orden público, por ejemplo)<sup>78</sup> se deben utilizar desde una perspectiva distinta a la que debe adoptarse para hacerlos jugar frente a supuestos sometidos a la regulación de las normas de fuente autónoma.

---

<sup>78</sup> Vid. Fernández Rozas, «Le droit international privé espagnol ...», *loc. cit.*, pág. 19.-

En resumen, pues, tenemos un primer sector integrado por las normas emanadas de los órganos de la Unión Europea, que se incorporan al Sistema español a través de un doble mecanismo: la cesión de soberanía legislativa prevista en el artículo 93 de la Constitución y lo establecido en los Tratados internacionales que articulan las competencias del ente receptor de la cesión. Se crea así un espacio autónomo donde actúa una normativa específica, elaborada por el único órgano competente para hacerlo, con un ámbito de aplicación definido y sin que el legislador español pueda, puesto que las cedió, ejercitar competencias soberanas en el ámbito de su operatividad. Esto no supone una relación de posición jerárquica superior con respecto a las disposiciones emanadas de las restantes fuentes, sino de la reserva de un espacio legislativo que no puede ser alterado por ningún otro procedimiento normativo. Ello exige, consecuentemente, que las restantes normas del Sistema guarden una relación de respeto y coherencia hacia aquellas. Ni puede alterarse su contenido –más allá de lo que ellas establezcan–, ni pueden establecerse preceptos que impliquen incoherencias con el sistema integrado o que reduzcan o enerven su esfera de eficacia. Del mismo modo, el Tratado Internacional, sólo puede, modificarse, excepcionarse o derogarse en sintonía con lo previsto en el propio convenio o en lo dispuesto por el Derecho Internacional. Ahora bien, tampoco el Tratado es de mayor o menor rango que la Ley; constituye un *ius specialis* aplicable a las relaciones jurídicas a las que se refiera el Convenio, en los términos acordados por los Estados a quienes le obliga. Obviamente, a través de él no se puede orillar, modificar o sustituir el juego de las normas comunitarias, ni el de los principios estructurales de la Constitución española (artículo 95 de nuestra Carta Magna). Finalmente, el Sistema jurídico se completa con las fuentes de producción autónoma establecidas por los órganos estatales y autonómicos competentes en todas aquellas materias no cubiertas por las normas comunitarias; sin otro límite que el de no poder sustituir lo convenido en un Tratado internacional, en los términos que se hayan establecido en su articulado.

Estas reflexiones nos llevan a deducir tres corolarios principales: *En primer lugar*, la aplicación de las normas provenientes de cada uno de estos tres subsistemas debe adaptarse a unas técnicas diferentes. *En segundo término*, la existencia de estos tres ordenaciones deben encajar en un esquema único dotado de coherencia; por lo tanto, deben positivarse una serie de disposiciones que permitan su aplicación en el foro de una forma ágil y congruente. *Finalmente*, la necesaria correlación entre las tres fuentes de producción normativa y los distintos escenarios donde se producen los supuestos de tráfico externo, invita a adoptar ciertas cautelas. El Derecho de fuente institucional opera en un ámbito institucionalizado de características diferentes a las del segmento de coordinación que se establece a través de los tratados internacionales. Las normas de fuente de producción autónoma proyectan su regulación sobre los espacios de cooperación y confrontación. En consecuencia, respetando el *principio de confianza comunitaria*, ha de tenerse claro que las soluciones racionales en un ámbito no resultan necesariamente adecuadas en los otros. Los mecanismos de regulación de los problemas de tráfico externo que se prevean para los dos primeros escenarios no son susceptibles, al menos necesariamente, de generar resultados satisfactorios en los dos últimos. Por

consiguiente, el Derecho internacional privado de fuente institucional o convencional no debe considerarse necesariamente como un foco de inspiración que deba influir en la positivación o aplicación de las normas de fuente interna<sup>79</sup>.

Los cambios en la Sociedad Internacional y en los principios estructurales del Derecho que la rigen, la incidencia de los derechos humanos sobre la regulación interna de las situaciones y relaciones jurídicas, la nueva conformación de los intereses presentes en la regulación del tráfico externo y la diversificación de las fuentes del Derecho internacional privado, han determinado un cambio drástico. La familia o los contratos constituyen dos ámbitos que suministran excelentes ejemplos para ilustrar las ideas que tratamos de exponer.

## 6. Las transformaciones en el ámbito del derecho de familia

Desde hace ya bastante tiempo, se ha podido detectar la existencia de una vector de transformación que ha ido cambiando el viejo concepto de matrimonio y filiación en el Derecho comparado. En su origen, la familia se asentaba sobre una unión formal, estable, heterosexual, exogámica y jerarquizada en el vértice del marido/padre; estaba orientada hacia la reproducción y se erigía sobre una estructura construida prioritariamente en torno a una prole de carácter matrimonial. Gradualmente, el concepto se hizo más dúctil y amplio. En nuestro país, en concreto, las uniones no formalizadas generan efectos<sup>80</sup>; el concepto de estabilidad se ha debilitado facilitándose al máximo el expediente de disolución; la identidad de sexos ha dejado de ser un obstáculo; la exogamia se ha simplificado notablemente<sup>81</sup>; la Constitución garantiza la igualdad de los cónyuges en la relación y ha desaparecido del Código Civil el viejo artículo 83.3º que impedía el matrimonio a quienes padecieren de impotencia física para la procreación, ya fuese absoluta o relativa. Los hijos son ahora iguales ante la ley con independencia de su filiación y se ha erradicado de la adopción toda posibilidad de servir como pacto sucesorio. Así pues, las grandes líneas sobre las que antaño se diseñaba este edificio no coinciden con los trazos que estructuran la institución ahora.

Pues bien, una vez hecha esta constatación procede aproximarse a sus causas. Es evidente que cuando el legislador simplifica los motivos y procedimientos del

<sup>79</sup> Ello no quiere decir que no existan excepciones. Cuando pueda detectarse una identidad de razón entre la regulación comunitaria o convencional y la requerida para colmar una laguna del sistema autónomo, el legislador podrá inspirarse en la solución institucional o convencional; incluso el juez podrá realizar una correcta transposición analógica de tales normas; pero sólo deberá hacerlo en casos específicos (nunca con carácter general) y observando las reglas previstas para ello.

<sup>80</sup> A pesar de que el *Convenio de Nueva York relativo al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y Registro de los mismos*, establece en su artículo tercero que «Todo matrimonio deberá ser inscrito por la autoridad competente en un registro oficial destinado al efecto», el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido los derechos derivados de una convivencia *more uxorio* en España.-

<sup>81</sup> Compárese el artículo 84 del Código Civil en su versión vigente tras la reforma de 1954 y el tenor del actual artículo 47 del mismo Cuerpo Legal.-

divorcio lo hace porque entiende que, una vez destruida la disposición a la convivencia en uno de los miembros de la pareja, la continuidad en la cohabitación puede generar situaciones intolerables para el otro cónyuge, para los hijos, para terceros y, en consecuencia, para el Derecho<sup>82</sup>. Cuando el constituyente equipara todas las clases de filiación lo hace porque entiende que el carácter de la filiación no es imputable al nacido y no pueden hacerse derivar de él consecuencias que le perjudiquen a nivel jurídico. Cuando acepta el matrimonio homosexual, lo hace porque considera que el *ius connubii*, en cuanto derecho humano, no puede ser negado a causa de la orientación sexual del individuo<sup>83</sup>. Pero en la base de todo esto se halla un principio estructural fundamental. El Sistema jurídico español, al ordenar la institución de la «familia», considera al «matrimonio» como una mera fórmula optativa para establecer y desarrollar la relación familiar.

El artículo 39 de la Constitución vertebró el concepto «familia» en torno al hijo. Los poderes públicos aseguran su protección integral, sean legítimos o ilegítimos; y de sus madres, cualquiera que sea su estado civil. Los padres deberán prestar asistencia de todo orden a sus hijos y los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Es relevante observar que, en el precepto donde se establecen los principios rectores de la política de protección a la familia, no se hace alusión al matrimonio, excepto para dejarlo al margen. El estado civil matrimonial se reconoce como un derecho fundamental derivado del libre desarrollo de la personalidad y queda confiado a la disposición personal de quienes lo configuran. En nuestro Ordenamiento, ni siquiera el elemento consensual genera un vínculo conyugal de carácter contractual. La aquiescencia al nexo es valorada en cada instante y no en el de la prestación del consentimiento. En

---

<sup>82</sup> En España se entiende que el divorcio es un derecho inherente al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución), por lo tanto, nadie puede ser obligado a mantener una convivencia familiar en contra de su deseo. El sistema anterior no afectaba directamente a este principio, pero dificultaba su aplicación. En Derecho interno, el problema de la violencia doméstica animó de forma determinante a agilizar los cauces de la ruptura. En Derecho internacional privado, se constató que la aplicación de la *lex causae* reclamada por el artículo 107 del Código Civil podía generar problemas de celeridad procesal, de prueba de las circunstancias en las que se fundaba la demanda y de otras índoles. Por esta razón, a instancias del Defensor del Pueblo se introdujo un inciso a cuyo tenor «*En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: (... ..) c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público*». En estas coordenadas a nadie que se sitúe bajo el amparo del Ordenamiento jurídico español (cuestión atinente al conflicto de jurisdicciones) se le puede negar el derecho a divorciarse «*en plena igualdad jurídica*», cualquiera que sea la Ley aplicable y lo que en ella se disponga.-

<sup>83</sup> La Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado deja claramente sentado que la supresión del requisito de la heterosexualidad en el matrimonio se proyecta necesariamente sobre la regulación del tráfico externo. En definitiva, tras los discutibles argumentos del Órgano directivo, lo que se pone de relieve es que el matrimonio entre personas del mismo sexo se considera como un valor *principal* derivado de la forma de entender el libre desarrollo de la personalidad, contenido en el artículo 10 de la Constitución, e interpretado a la luz de los Derechos Humanos. (El artículo 21 de Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea [2000/C 364/01 (DOCEC 18-XII-2000)] prohíbe toda discriminación «*y en particular la ejercida por razón de (... ..) orientación sexual*».-

cualquier momento un miembro de la pareja puede disolverlo sin que se requiera la conformidad del otro. En definitiva, en nuestro Derecho, el matrimonio ha dejado de ser concebido como una célula prioritaria de interés social, orientada a la reproducción y posterior cuidado y educación de la prole y se convierte en una forma de organización de la convivencia a la que tienen derecho todas las personas que cumplan los requisitos establecidos en la ley.

En Derecho internacional privado, la consecuencia lógica es muy clara; cualquier sujeto que pueda ponerse al amparo de nuestro Sistema jurídico, con independencia de la remisión que hagan las normas de conflicto a una Ley extranjera, tendrá garantizada la tutela de su relación «familiar» o «matrimonial» de acuerdo con las concepciones expuestas<sup>84</sup>. No tiene sentido una norma de conflicto destinada a establecer el «carácter» de la filiación, pues tal condición no podrá aminorar jamás los derechos de un hijo en nuestra jurisdicción. Carece de importancia remitir las causas de disolución vincular a una ley extranjera si entendemos que no puede obligarse a nadie a mantener el matrimonio cuando ha perdido la *affectio coniugalis*. Y es que todo ello es consecuencia de que nuestro Ordenamiento ha interiorizado estos valores como patrimonio legítimo del ser humano. Pues bien, de una manera similar, los demás Sistemas jurídicos proveen la regulación del instituto sobre parámetros, tal vez diferentes en sus matices, pero asumidos de igual modo. En estas coordenadas, lo relevante en Derecho internacional privado, ya no es tanto la cuestión de qué ley debe aplicarse, sino de cuáles son las condiciones que, razonablemente, debe reunir una persona para poder quedar amparada jurídicamente por el Sistema del foro o viceversa.

La norma de atribución pierde así relevancia y el conflicto de autoridades y jurisdicciones invade el espacio que antes ocupaba la ley aplicable al fondo del asunto. Si la competencia de los jueces y autoridades del Sistema que intervienen resulta razonable para los demás, la solución que pronuncien será presumida

---

<sup>84</sup> El ámbito del derecho de familia constituye un buen exponente de las ideas expresada en el epígrafe relativo a los derechos del hombre, al hallarse integrado por disposiciones vinculadas directamente con la forma de concebir y desarrollar derechos humanos; lo que en el ámbito del tráfico externo se traducen en una suerte de normas de aplicación necesaria, que relegan a un segundo plano el papel de la norma de atribución, y dentro de la misma, toda disquisición en torno a la doctrina alemana del *Inlandsbeziehung* o del grado de vinculación del supuesto con el territorio del foro para la aplicación del orden público internacional-. Esta misma idea lo expresan de manera muy acertada Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo en *Derecho internacional privado*, 4ª ed., Madrid, 2007, págs. 129 y 130, cuando señalan que «*existen normas materiales imperativas absolutas, esto es, cuya aplicación no puede hacerse depender del grado de vinculación del supuesto con el foro. Se trata de aquellas normas que garantizan el respeto a los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. Un juez español no puede dictar una resolución basándose en disposiciones contrarias a la igualdad de sexos, la libertad religiosa o la protección del menor, por poner sólo tres ejemplos. Y no puedo hacerlo aunque el supuesto tenga escasa vinculación con España. La sujeción a esos valores es absoluta y, por tanto, condicionan al intérprete español desde el momento en que debe conocer del supuesto litigioso. Esta disfunción debe tener su solución en el ámbito de la competencia judicial internacional. Si el supuesto tiene una conexión despreciable con el sistema español, no debería conocer el juez español, y no se encontraría en ningún caso ante la tesitura de aplicar una norma imperativa a un supuesto escasamente próximo al Derecho español*».-

como procedente y no se concederá demasiada relevancia al hecho de haber aplicado una u otra Ley. Lo fundamental es la competencia de la jurisdicción de origen. Sólo se atenderá a la ley aplicada en función del resultado. Únicamente se rechazará el reconocimiento si la solución adoptada fuese «*manifestamente incompatible*» con las premisas que determinan el orden público del Ordenamiento en el que pretende hacerse valer. Es decir, sólo resultará rechazada si ampara derechos que no tienen cabida en el Sistema al que se solicita el reconocimiento o si la decisión constituye relaciones o situaciones que no resultan admisibles por ese otro Ordenamiento.

De ahí que en el marco de la Unión Europea, lo que haya preocupado en la regulación de las relaciones familiares transfronterizas haya sido, precisamente, los aspectos ligados a la competencia de los órganos intervinientes y a la cooperación entre autoridades<sup>85</sup>. Es cierto que existe un proyecto de modificación del Reglamento 2201/2003 en el que se anotan dos novedades sustanciales: la posibilidad de elegir la jurisdicción de un Estado miembro para solicitar la separación o el divorcio y la incorporación de normas sobre el Derecho aplicable a la disolución o a la suspensión del vínculo matrimonial. Pero se trata de un reconocimiento parcial de la autonomía de la voluntad, a la que se dota de una operatividad restringida en ambos casos. En lo que se refiere al conflicto de jurisdicciones la propuesta permite someterse a cualesquiera de los foros que ya estaban establecidos, e introduce dos más: el del lugar de la última residencia habitual común durante un periodo mínimo de tres años y el de la nacionalidad de uno de ellos. Una vez señalado el *forum conveniens*, la disposición conflictual permite elegir entre cuatro leyes que, con ligeros matices, se corresponden con las reclamadas en ausencia de elección<sup>86</sup>. Se sigue un planteamiento cercano al método unitario<sup>87</sup>, destinado a hacer coincidir el binomio *forum-ius*, pero dejando un margen de libertad a las partes para que ventilen su divorcio a la luz de la Ley que prefieran, siempre que pueda apreciarse en Ella una cierta conexión con el supuesto. El *shopping of the law*, no se pretende combatir a través de normas de conflicto homogeneizadas, capaces de remitir desde cualquier foro a una misma y única ley. Lo que importa es frenar el *forum shopping* estableciendo unas reglas de competencia acertadas. Cuando el órgano decisor es reconocido competente, no deben existir obstáculos para que su decisión resulte operativa en cualquiera de las jurisdicciones del espacio de integración. *La lex causae* deja de ser el centro de atención cuando es aplicada en un *forum conve-*

---

<sup>85</sup> Cfr. el Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

<sup>86</sup> Podría elegirse entre la ley de la última residencia habitual común, si uno de ellos aun vive allí; o bien la ley de su nacionalidad común; o bien la ley donde hubiesen residido un mínimo de cinco años; o bien la ley del foro. Si no eligieran una de estas leyes por escrito, se aplicaría por orden jerarquizado; la Ley de la residencia habitual común; en su defecto, la Ley de la última residencia habitual si al menos uno de los cónyuges sigue viviendo allí; en su defecto la Ley de su nacionalidad común; o en su defecto la *lex fori*.

<sup>87</sup> Cfr. González Campos «Curso de Derecho internacional privado» policopiado en la Universidad Autónoma de Madrid curso 1982-1983, pág. 54.-

*niens* y, en un contexto de estas características, con mayor razón. Nada obsta, pues, a que las partes puedan disfrutar de una libertad conflictual limitada.

En el escenario de la coordinación internacional<sup>88</sup> es difícil llegar a estos resultados, en la medida en la que la afinidad de los principios estructurales de sus Ordenamientos suele ser menor que en el anterior. Sin embargo, el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980<sup>89</sup>, tampoco basó su edificio en la ley aplicable a la guarda, ni en el reconocimiento y ejecución de las decisiones que establecen la custodia<sup>90</sup>. En él no se dan términos hábiles para discutir la legitimidad de la persona que desplaza al menor del entorno habitual en el que era cuidado y protegido, ni para rebatir la bondad del título de quien era su guardador de hecho o de derecho. A lo único que se atiende es a la efectividad del vínculo de la custodia y a la estabilidad afectiva y social del desplazado. Comprobados estos extremos y, atendido al interés superior del menor, las autoridades colaborarán al objeto de restablecer al niño en su *status quo ante*; sin prejuzgar los derechos que asisten a las partes ni propiciar o impedir el que puedan hacerlos valer posteriormente.

Como puede verse en los dos instrumentos que hemos traído a colación la preocupación principal no radica en determinar cuál es la ley a la que se encuentran sometidos los sujetos del problema. En ambos se establecen unas líneas de colaboración entre autoridades, sin cargar el acento sobre el Derecho aplicable. En el primero lo que interesa es que exista un nexo razonable entre la jurisdicción y el caso. Si la decisión emana del órgano adecuado (*principio de legitimidad*), no importa en qué ley se haya fundado la decisión del Juez<sup>91</sup>. En el segundo no se busca la norma apropiada para decidir si existe o no un título suficiente que justifique el desplazamiento o la retención del menor. De lo que se trata es de protegerle frente a todo desarraigo social y afectivo que no redunde en su interés y no se halle suficientemente justificado (*principio de equidad*).

En otras palabras, la tendencia se concreta en que, para hacer valer un derecho en contienda, es preciso que el litigio sea resuelto en una sentencia dictada por el Juez natural de la causa. El Derecho internacional privado contemporáneo tiene como función principal la de pronunciarse sobre la competencia del Juez de origen; misión que casi se convierte en el único objetivo de esta disciplina en el ámbito de la familia,

---

<sup>88</sup> Un ejemplo de los que queremos decir se produce dentro del ámbito de integración con las acciones de tutela de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. (Cfr. Paredes Pérez en «La tutela jurisdiccional internacional de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Problemas actuales y propuestas de futuro», *Estudios sobre Consumo*, n. 79, 2006, págs. 75 y ss., la ausencia de regulación y el distinto contenido regulador en los países en las que están previstas suscitan claras situaciones claudicantes en este ámbito.-

<sup>89</sup> Tomamos como ejemplo este Convenio en la medida en la que su éxito ha sido confirmado, tanto en lo que respecta al número de ratificaciones recibidas, como en lo relativo a su aplicación a lo largo de estos casi treinta años.-

<sup>90</sup> Véase sobre esta última cuestión el *Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al establecimiento de dicha custodia*, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980.-

<sup>91</sup> Y cuando entren en vigor las modificaciones del Reglamento 2201/2003, basta con que guarde un mínimo de conexión con el asunto.-



especialmente cuando los problemas se producen dentro del espacio de integración o de coordinación. Sólo una *manifiesta* oposición entre lo declarado o constituido en la ejecutoria y los principios estructurales de la *lex fori* podría hacer jugar un orden público, que, por otra parte, cada vez se formula de modo más restrictivo.

## 7. Las transformaciones en el ámbito de la regulación de las obligaciones

En el ámbito de los contratos, la tensión entre los intereses de los particulares y los del Estado y la Comunidad Internacional afloran de manera evidente. Durante mucho tiempo las personas físicas o jurídicas fueron probando fórmulas que les permitiesen desembarazarse de las cortapisas que toda reglamentación de control supone; y durante ese mismo tiempo se produjo una dura controversia entre los planteamientos del Estado del bienestar y los de la economía liberal. El dinamismo del aparato económico trabajaba por globalizar el escenario de su actividad y ganaba la batalla con dos poderosos aliados: El primero de ellos se concretó en unos avances tecnológicos que revolucionaron la información en rapidez y contenidos. Las personas tuvieron mayor conocimiento de lo que pasa en el escenario mundial y mayores facilidades para invertir, endeudarse, comprar y desplazarse por el mundo con una agilidad hasta entonces resultaba impensable. El segundo se manifestó en los confusos planteamientos del neoconservadurismo y del neoliberalismo. La nueva idea central dominante era que el mercado posee, de por sí, todos los resortes de autorregulación necesarios; y que, dejándole actuar sin cortapisas se atrae riqueza hacia el país, mientras que una intervención a la vieja usanza hace emigrar al capital hacia zonas más libres que acabarían acaparando los beneficios y aumentando su tasa de empleo en detrimento de los demás. Estos factores fueron debilitando al Estado y determinaron el rebrote de una serie de movimientos desestabilizadores que culminaron en una crisis que no tenía por qué resultar sorprendente<sup>92</sup>. Frente a esta situación se requería el establecimiento de una línea de acción jurídica estatal dirigida a una meta principal: la de establecer una coordinación de Sistemas jurídicos que resultase capaz de evitar que la globalización de la actividad particular alterase el equilibrio socio-económico de cada unidad Estatal y la de la Sociedad Internacional en su conjunto.

El espacio de integración europeo fue uno de los que mejor han ido respondiendo a esta necesidad o, al menos, lo vienen haciendo de una manera más aceptable que otros. Un ejemplo de ello nos lo suministra el Reglamento (CE) 592/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Aproximémonos un momento a su mecánica de regulación. Su artículo tercero, siguiendo la tradición iniciada en el Convenio de Roma de 1980, utiliza aparentemente la técnica bilateral como elemento clave de su economía. Considera que la «*autonomía conflictual*» constituye el mecanismo más idóneo para seleccionar la *lex causae* del contrato y lo hace de una manera clara, amplia y dúctil. No requiere que se produzca una conexión preexistente entre la Ley seleccionada y el negocio concreto; admite la

---

<sup>92</sup> Véase, Espinar Vicente y Corona Romero «*La actividad transnacional de los grandes grupos de empresas y el Derecho internacional*» Madrid 1977, en especial págs. 5 y ss.-

sumisión tácita cuando resulta «*inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*»; considera factible el «*depeçage*» y, salvando los derechos de terceros y la validez del instrumento, faculta a las partes para que puedan convenir cambios en la selección del Derecho aplicable y para que puedan hacerlo a lo largo de toda la vida de la relación obligatoria. Leído de esta manera, el precepto parece erigirse como un monumento a la libertad conflictual. Sin embargo, al contextualizar su lectura en el resto de las disposiciones del propio artículo 3 y en las del artículo 9, surge una duda razonable; se trata de saber si una «*autonomía conflictual*», así consagrada, desborda efectivamente el ámbito de la «*autonomía contractual*» o si queda subsumida en él.

En la mayor parte de los Sistemas jurídicos la «*autonomía contractual*» se concibe como la libertad de las partes para establecer el contenido de su relación sin más límites que los que establezca la ley, la moral y el orden público. Los derechos y obligaciones derivados de un contrato son los que se hayan asignado las partes. El Sistema se limitará, por un lado, a articular una serie de *preceptos dispositivos* destinados a ordenar la conducta de los sujetos en todo lo que no hubiesen previsto ellos mismos en el acuerdo y, por otro lado, establecerá unas *normas imperativas* consagradas a establecer las barreras que la «*autonomía contractual*» no puede desbordar. Esta forma de entender la «*libertad contractual*», nos lleva a concebir la «*autonomía conflictual*» como la capacidad de poder escoger la Ley en la que ha de enmarcarse la «*autonomía contractual*»; es decir la Ley que contiene la *disposiciones imperativas* que no pueden derogarse por contrato y en la que se hallan la *normas dispositivas* que completarán todo lo no previsto en él. En otros términos, los contratantes, al redactar cada cláusula, la irán examinando a la luz del Ordenamiento al que se hayan sometido (*autonomía conflictual*), para calibrar si pueden obligarse válidamente en los términos deseados (*autonomía contractual*) o si por el contrario, están invadiendo al hacerlo un terreno en el que la moral, el orden público o las normas imperativas de la *lex causae* se lo impiden. Pues bien, según el Reglamento en análisis, el marco imperativo que deben tener en cuenta las partes al redactar su contrato, viene integrado por disposiciones procedentes de varios Ordenamientos:

En primer lugar, «*Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo*».

En otros términos, antes de la elección de la ley aplicable existe una preconexión con un Sistema jurídico. Ergo, la primera ley aplicable se determina al margen de la autonomía conflictual. Lo que hace este inciso es incorporar una norma de conflicto tácita, inspirada en un principio de proximidad prospectivo. Con independencia de la ley a la que se sometan las partes, existe un Ordenamiento a cuyo ámbito de eficacia se vincula el contrato en atención a su naturaleza. Si el contrato pertenece básicamente al tráfico interno de un Estado, (porque *todos los demás elementos pertinentes de la situación* se localizan en él) deben impedirse las disfunciones que causaría la relativa internacionalidad con la que puede ser percibido desde una jurisdicción distinta. El problema no cabe duda de que puede plantearse en la práctica porque, en principio,

nada obsta a que el contrato pueda quedar sometido a los Tribunales de otro país, bien a través de una cláusula de sumisión (artículo 17.1 del Reglamento 44/2001), o bien por recurso al arbitraje internacional; ni nada impide que, en un contrato puramente interno, se incorporen, por referencia, normas de otro Sistema.

En segundo lugar, aquellas disposiciones del Derecho comunitario que no pueden excluirse mediante el uso de la *autonomía contractual*, tampoco pueden eludirse sometándose al Derecho de un Estado que no sea miembro de la Unión Europea, en caso de que «...*todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros*».

El Derecho Comunitario se erige así en uno de los Sistemas jurídicos implicados en la regulación del supuesto y recibe un tratamiento similar al de aquel Ordenamiento en el que se enraíza el contrato en el momento en el que las partes ejercen su autonomía conflictual. Cuando todas sus vínculos se conectan con Ordenamientos pertenecientes a Estados miembros, la obligación adquiere un carácter «internacional limitado». La relación queda enmarcada en el espacio jurídico europeo y obliga a las partes a ceñir sus actuaciones a las previsiones del Derecho comunitario, que operaría aquí como una suerte de «ámbito jurídico homogéneo de la relación en causa», cuyos límites imperativos no pueden ser desbordados<sup>93</sup>.

En tercer lugar, al redactar el contenido del contrato, las partes han de tener muy presente que «*Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro*».

Dicho de otro modo, es necesario atender al conflicto de jurisdicciones desde el inicio de la operación, puesto que, de surgir contienda, habrá de aquilatarse la operatividad de las cláusulas contractuales a la luz de las normas imperativas de la *lex fori*.

En cuarto lugar, los contratantes habrán de atenerse también al marco imperativo establecido en la Ley que hubieren designado en ejercicio de su autonomía conflictual.

Como es lógico la ley que las partes designan como marco de valoración de su acuerdo, es también llamada a proporcionar el cuadro de condiciones que no pueden ser desbordadas en el ejercicio de la autonomía contractual.

En quinto lugar, los sujetos deben ser muy conscientes de que «*También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del*

---

<sup>93</sup> Véase la función que cumple dicha cláusula en Garcimartín Alférez, «El Reglamento de Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Rev. La Ley*, n. 6957, 30 de mayo de 2008, pág. 8. Igualmente, en el ámbito más específico de los contratos de consumo intracomunitario el trabajo de Adam Muñoz y Paredes Pérez «Comentario al artículo 67», en Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco (dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Madrid, 2010, en prensa]], poniendo de relieve su condición de regla de aplicabilidad general para todas aquellas normas armonizadas que no contienen un indicador espacial expreso.-

*contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en la que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal».*

Aquí la dicción se suaviza y el termino «dar efecto» sustituye al más contundente de «se aplicarán»; pero de lo que no cabe duda es de que la *lex loci executionis* posee un protagonismo que no puede enervarse a través de un sagaz manejo de la *autonomía conflictual*. Al formular este precepto se adoptan una serie de precauciones importantes: a) No se habla de «aplicar», sino de dar efecto. b) Las disposiciones que han de tomarse en consideración son aquellas que *hagan la ejecución del contrato ilegal* y no otras. c) Para decidir si se debe o no darse efecto a esta tipología de preceptos ha de tenerse en cuenta *«su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o inaplicación»*.

Se trata de una solución de compromiso con la que se pretende, por una parte, no desnaturalizar el contrato y, por otra, no ignorar que las normas de policía del lugar de ejecución pueden hacer ilícito el cumplimiento de una o varias de las obligaciones que de él se derivan. De ahí la compleja y minuciosa redacción que ofrece el numeral tercero del artículo 9 del citado Reglamento. Intentemos concretar por separado cada uno de los elementos que han de barajarse para decidir si se debe o no dar efecto a estas disposiciones imperativas. El que haya de tomarse en consideración su naturaleza supone que la determinación de su carácter de norma de policía tiene que hacerse atendiendo a los criterios que suministra para ello el artículo 9.1. No basta con que en la Ley a la que pertenezcan gocen de una consideración imperativa; es preciso que tipifiquen la descripción del Reglamento; es decir, el carácter de norma imperativa depende de que la disposición se adecue fielmente a la descripción establecida en el citado artículo 9.1; sin este requisito no cabe su calificación como «ley de policía». Por su parte, tener en cuenta su objeto significa que la finalidad perseguida por la norma tiene que desarrollar una directriz de política legislativa que deba de ser asumida en el foro en razón del deber de cooperar, en los términos en los que lo hemos venido exponiendo. Por último, el tenor literal del inciso que impone valorar *«las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación»*, significa que el juzgador ha de verificar si la efectiva ejecución de esa concreta obligación, puede perturbar los legítimos intereses de ese Estado o de la Comunidad Internacional en su conjunto y, en caso afirmativo, si las consecuencias que se derivarían de satisfacer la prestación en esas condiciones, serían susceptibles de afectar intereses protegidos en el ámbito de la obligación de cooperar. Reunidos los datos que le permitan llegar a una u otra conclusión, el juzgador decidirá si, ese *«También podrá darse efecto...»* que encabeza la disposición, debe traducirse en una satisfacción total o parcial de los objetivos de esa norma de policía o, por el contrario, deben ser ignorados.

En consecuencia, el instrumento jurídico que se articula en Roma I da entrada al juego de todas las disposiciones cuya observancia es considerada esencial, por todos y cada uno de los Estados conectados al contrato, para poder salvaguardar sus intereses públicos; debiendo entender por tales aquellos que puedan afectar a su *«... organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que*

*fuese la ley aplicable al contrato...*» De esta forma el Derecho internacional privado se proyecta hacia la satisfacción de un interés concreto de la Comunidad Internacional; cada sistema particular debe colaborar para que las leyes que defienden en cada Estado su *organización política, social o económica*, no resulten esquivadas por el carácter internacional de una relación debatida en otro foro o sometida a otro Derecho, pero lo harán «...atendiendo a su naturaleza y objeto así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación»; es decir, cooperando en «equidad» y «legitimidad» para salvaguardar los intereses legítimos de las partes, de los Estados y de la Sociedad Internacional en su conjunto.

En otra época, las únicas leyes «...de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria» que concurrían, con tal carácter, a la regulación del supuesto eran las del foro. «En presencia de estas leyes debe el juez aplicar exclusivamente derecho nacional, aunque nuestro principio exigiera la aplicación del derecho extranjero», como escribía Savigny al sentar las bases del multilateralismo<sup>94</sup>. Pues bien, en la actualidad las cosas han ido cambiando sustancialmente<sup>95</sup>. El principio de cooperación, tal como hoy es entendido, impide a cada Sistema jurídico ignorar la protección con la que se dotan los demás Ordenamientos a través de este tipo de preceptos. En consecuencia, en nuestra disciplina, la única manera eficaz de satisfacer la esencia del deber de cooperar, estriba en dar eficacia en el foro a todas las normas que incorporan esta salvaguardia, sea cual fuere el Ordenamiento al que pertenezcan, siempre que los efectos negativos del asunto en análisis puedan repercutir en sus respectivos medios de ordenación en las condiciones que expusimos al referirnos a la introducción del principio de equidad en el marco de los fundamentos de la cooperación.

El resultado es ampliamente positivo aunque la «*autonomía conflictual*» haya perdido la mayor parte de su funcionalidad esencial en el nuevo esquema. El Derecho designado por las partes cumple, a diferencia del papel que representaba en otro tiempo, un rol muy diferente. A través de la sumisión se incorporan al contrato las normas dispositivas de la *lex causae* como reglas destinadas a regular todo lo que no se halle específicamente previsto en el texto del acuerdo. Ciertamente sus preceptos imperativos también jugarán un papel regulador, pero no la harán ni en mayor ni en menor medida que las demás que hemos venido considerando. Por esta razón no debe extrañar que la consideración decimotercera del Reglamento exponga que nada en él «...impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional». Y es que, en definitiva, la «*autonomía conflictual*» que en él se consagra se limita a señalar las normas que deben operar subsidiariamente en defecto de lo pactado. Se trata de fórmulas orien-

<sup>94</sup> Ambas citas pertenecen a la obra de Savigny, F.C. «*Sistema de Derecho Romano Actual*» Madrid 1889 Tomo VI págs. 142-143.-

<sup>95</sup> El punto de inflexión puede situarse en torno a la década de los años sesenta del pasado siglo. Véanse los trabajos de De Nova «*Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application*» en *Mélanges Maury* Vol.I Paris 1960 págs. 377 y ss.; Francescakis «*Quelques précisions sur les lois d'application immediate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*» *Revue Critique* 1966 págs. 1 y ss. Y Mayer «*Les lois de police étrangères*» *Journal de droit international privé* 1981 págs. 227 y ss.-

tadas a ofrecer cauces avanzados para realizar incorporaciones por referencia, más que de normas de conflicto destinadas a designar el Ordenamiento aplicable<sup>96</sup>.

## 8. A modo de conclusiones

A lo largo de estas páginas hemos ido esbozando una serie de ideas que entiendo relevantes para comprender los cambios que está experimentando el Derecho internacional privado. Ninguno de los elementos manejados es más relevante que los otros y todos se interrelacionan entre sí, siendo a la vez antecedentes y consecuentes de los demás. Por ello no resulta sencillo dibujar un esquema susceptible de caracterizar los rasgos que perfilan el complejo panorama que pretendemos describir. No obstante, podríamos ordenar nuestras impresiones de la siguiente manera:

### I

La primera de ellas se refiere a la nueva ambientación de las relaciones privadas transfronterizas. La globalización, tal y como hemos venido interpretando su significado, ha supuesto una transformación del medio donde se producen los supuestos de tráfico externo. Los límites que marcan las fronteras jurídicas se han ido difuminando progresivamente, al tiempo que la actividad humana se ha hecho cada vez más cosmopolita y, por ende, difusa. No cabe duda de que se siguen suscitando relaciones privadas internacionales que, sin perjuicio de los vínculos que puedan manifestar con otros Ordenamientos, se enraízan primariamente en el ámbito regulador de un solo Sistema jurídico. Sin embargo ello no es obstáculo para que cada vez se produzcan más casos en los que su verdadera ambientación resulta poco precisa; en algunas ocasiones porque manifiestan unas vinculaciones que les conectan con igual fuerza a varios Ordenamientos (caso Grunkil-Paul, por ejemplo) y, en otras, por no que no revelan una conexión suficientemente fuerte con ninguno de ellos.

Con el ejemplo Grunkil-Paul hemos escogido un supuesto en el que el sujeto protagonizaba una situación fuertemente vinculada al país de su residencia habitual y al Estado del que era nacional; y, aunque la dispersión de las conexiones no alcanzaba un grado de internacionalidad llamativo, su ambientación, considerada en abstracto, resultaba confusa. Tomemos ahora el hipotético caso de un ciudadano británico que hubiese repartido su cuantioso patrimonio entre los diversos países en los que residió a lo largo de su vida, hasta que, retirado de los negocios, se establece en un lugar de la costa española donde se arraiga y muere *ab intestato*. El establecer una norma de conflicto que consagrara la última residencia habitual del *de cuius* como punto de conexión o que le permitiera realizar una *professio iuris* a favor de su ley nacional, constituye una solución razonable, pero ni es indicativa del dominio del derecho al que debe quedar sometida esa relación en atención a su naturaleza, ni sirve para obviar las normas que, para determinada categoría de

<sup>96</sup> Para un desarrollo de esta idea, confróntese el trabajo de Paredes Pérez, sobre «La necesidad de una nueva norma de conflicto bilateral sobre contratos de consumo. Propuesta de *lege ferenda*», *AEDIPr*, t. VI, 2006, págs. 87-114, en especial págs. 109-110.-

bienes, establezcan un régimen sucesorio especial en el Estado donde estén sitios<sup>97</sup>. La nueva ambientación de los supuestos requiere por lo tanto, una reformulación de las metas que se persiguen con el método multilateral. Con las excepciones reconocidas, ya no sirve para localizar el supuesto en el Sistema jurídico al que pertenece «*en atención a su naturaleza*», sino para dar entrada al juego regulador de otros Derechos y cooperar con ellos en busca de una solución justa y razonable para el problema.

## II

La segunda de ellas hace alusión al nuevo significado que incorpora el deber de cooperar y a su corolario de aplicar justicia en la resolución de los problemas de tráfico externo. Para ello es preciso tomar en consideración las tres dimensiones que envuelve el término justicia en este contexto: La primera coincide con la noción de *justicia solidaria* y obliga a tener en cuenta las disposiciones con las que los Ordenamientos conectados al asunto, defienden sus legítimos intereses políticos, sociales y económicos esenciales. La segunda se ajusta al concepto de *justicia del foro* y exige abandonar toda posición neutral y ajustar la solución del problema internacional a los parámetros de legitimidad del Sistema jurídico que organiza la regulación. La tercera concuerda con el significado de *justicia internacional* y obliga a garantizar la cabal realización de los fines que la Sociedad Internacional consagra como obligaciones jurídicas. Partiendo de esta base, es lógico seguir replanteándose la adaptación técnica del método conflictual. Una justicia solidaria así entendida, hace necesario la toma en consideración de preceptos que no reclama necesariamente la norma de atribución general. Una justicia basada en los parámetros de legitimidad del foro impulsa el juego prioritario de la *lex fori* y debilita correlativamente la efectividad de la norma de colisión. Finalmente la adecuación de la respuesta jurídica a los valores de legalidad internacional, implica el compromiso de cada Sistema particular en la protección de los derechos humanos, del medio ambiente o de la represión del blanqueo de capitales de origen ilícito, entre otros ejemplos. Esta constatación nos aleja aún más del objetivo de buscar la sede de la relación jurídica y nos aproxima más a la idea de lograr una respuesta razonablemente adaptada a las características del supuesto y construida sobre los parámetros cooperación entre autoridades y la puesta en común de las legislaciones más directamente implicadas en el asunto.

## III

Para conseguir este resultado es preciso adaptar la metodología conflictual a su nueva finalidad. Comencemos por las necesidades derivadas de esa justicia solidaria que invita a tener en cuenta el conjunto normativo con el que los Estados salvaguardan sus intereses políticos, sociales y económicos, cuando pudieran verse afectados por un supuesto transfronterizo no sometido a su jurisdicción. La vuelta al unilateralismo para dar entrada al juego regulador de esas normas imperativas no reclamadas por la norma de conflicto aplicable, nos parece un grave error, al

---

<sup>97</sup> En esta línea se orienta el proyecto de Reglamento (CE) en materia sucesoria que establece un complejo procedimiento en materia de competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento y ejecución (Cfr. Texto de 14 de octubre de 2009).-

menos desde una perspectiva *de lege ferenda*. Y es que entendemos que a través de la técnica multilateral se pueden obtener resultados más satisfactorios, previsibles y justos. Páginas atrás anotábamos que determinadas soluciones legislativas, en lugar de bilateralizar la esfera de eficacia de las leyes de policía del foro o atender al ámbito de aplicación que tuviesen asignado las normas extranjeras de aplicación necesaria, lo que hacían era establecer una norma de atribución complementaria, en la que se describe el tipo de preceptos tomados en consideración, se selecciona una conexión entre el asunto y dicha norma y se invita al Juez a aplicarla, a tomarla en consideración o a darla efecto. Así, por ejemplo, el artículo 22 de la propuesta de Reglamento (CE) relativo a las sucesiones, al margen de la conexión general, considera que son de aplicación las leyes que establezcan un régimen sucesorio especial para determinada categoría de bienes, cuando éstos se hallen en su territorio. Por su parte, el tan citado artículo nueve del Reglamento (CE) 593/2008 (Roma I), describe en su numeral primero lo que debe entenderse por norma de policía; en el tercero establece un punto de conexión entre el negocio y dichas Leyes; concretamente, el lugar «*en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas*» y, finalmente, determina que «*también podrá darse efecto*» a tales disposiciones, añadiendo otras consideraciones sobre las que no es preciso insistir aquí.

De esta forma, sin regresar a un unilateralismo arraigado en la imagen de un conflicto de soberanías, se satisface el objetivo de cooperar con los demás Sistemas jurídicos, impidiendo que se enerve el juego de las normas que defienden los legítimos intereses sociales y económicos esenciales de ese entorno, cuando en un contexto globalizado, los sujetos hayan articulado su negocio jurídico de espaldas a sus intereses.

#### IV

La necesidad de ajustar la solución del problema internacional a los parámetros de legitimidad del Sistema jurídico que organiza la regulación, debe analizarse a partir de tres principios cardinales: a) la asunción de competencia internacional implica el ejercicio de un poder jurisdiccional que se halla sujeto a las previsiones normativas del Sistema en el que se enmarca; b) la satisfacción de los objetivos de justicia internacional se realiza principalmente a través de los cauces que establece la propia la ley del foro; y c) la construcción de una respuesta adecuada debe basarse en el ajuste de la propia ley con las normas reclamadas, en términos de equidad.

La primera cuestión que suscita todo problema de tráfico externo estriba en calibrar si un asunto de esas características debe o no debe ser constituido, declarado, transformado o extinguido en una determinada jurisdicción. En ausencia de normas de Derecho Internacional General que determinen los límites de ese poder estatal, la competencia será asumida con base en lo dispuesto en las normas positivas de origen internacional, institucional o autónomo que establezcan las condiciones de su ejercicio. Pues bien, cuando el Juez, sobre estas bases de legitimidad, asume jurisdicción respecto a un problema de tráfico externo, lo que está haciendo es acoger a las partes bajo la tutela del Ordenamiento del que solicitan protección jurídica. De este modo queda claro, desde el mismo punto de partida, que la auto-



ridad interviniente no otorga un amparo sustentado en una legislación extranjera, sino en la suya propia. El juego prioritario de la *lex fori* no deriva de una mera tendencia a la aplicación de la propia ley por el magistrado o funcionario, sino en que el Derecho del foro no opera únicamente como *lex fori*, sino también como *lex causae*, puesto que el juzgador está obligado a fallar con base en ella. Ahora bien, no puede olvidarse que, como es natural, las normas de su sistema de Derecho internacional privado forman parte de su Ordenamiento y que deben ser aplicadas de oficio. Pero a partir de esta óptica, el juego de la Ley extranjera se aprecia desde una nueva perspectiva. Las normas de atribución no remiten la solución del problema al amparo jurídico de ningún otro Sistema, sino que se importan para operar con ellas en el marco de la *lex fori*.

En segundo lugar, los principios de justicia internacional, son los que se encuentran recogidos formalmente por la ley del foro. Las fórmulas de su aplicación a las relaciones de tráfico externo dependerán del modo y de la técnica con la que se hayan ido incorporando al Ordenamiento. Así por ejemplo, en el caso de los Derechos Humanos, nuestro Derecho los recoge y desarrolla en el Título I de la Constitución y, a partir de ahí, establece una norma de extensión en la que utiliza la mera personalidad jurídica como punto de conexión determinante, dotándole de una total y absoluta primacía sobre cualquier otro factor de localización con el que pudiese concurrir. Es decir, el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales, tal como son concebidos por el Ordenamiento español, se aplica a toda persona que pueda quedar bajo el amparo de nuestra jurisdicción con independencia de cualesquiera otras consideraciones basadas en su extranjería, apatridia, domicilio o residencia, edad o estado civil. En otros casos, sin embargo, el grado de extensión a los supuestos transfronterizos obedecerá a lo dispuesto en los Convenios internacionales que incorporen dichos objetivos, teniendo en cuenta el ámbito de eficacia personal o territorial que tengan asignadas las disposiciones del Tratado. Todos estos preceptos de inspiración internacional tienen en común que actúan directamente sobre el supuesto como elementos determinantes de su regulación y que operan antes de la entrada en juego de las demás normas llamadas a su regulación.

## V

Desde la perspectiva que venimos sustentando, resulta obvio que las normas de colisión no remiten imperativamente la regulación del asunto a ningún Derecho. Las normas de conflicto reclaman imperativamente las normas extranjeras que contribuirán a establecer una respuesta jurídica ponderada en términos de equidad. Esto significa que las disposiciones extranjeras son asumidas como elementos normativos propios y que se unirán a los demás preceptos del foro, obteniendo un mayor o menor peso específico en la solución del asunto en razón de las exigencias que resulten del equilibrio buscado. La apertura del Sistema a disposiciones extranjeras, debe consistir en importar módulos normativos foráneos que, a la luz de las reglas de hermenéutica del foro<sup>98</sup>, puedan ser aplicados, tomados en consideración

---

<sup>98</sup> Me refiero muy especialmente a las directriz del artículo 3.1 *in fine* del Código Civil cuando se refiere *al espíritu y finalidad* de las normas y a su numeral segundo donde se dispone que «*La equidad*

o surtir efectos en función de las características del caso<sup>99</sup>. La distinción entre «*aplicar*», «*tomar en consideración*» o «*dar efecto*» subraya la conveniencia de utilizar estas tres posibilidades a la hora de construir soluciones adecuadas para los problemas de tráfico externo. A medida que pasa el tiempo, se puede comprobar cómo la actuación del método conflictual se va refugiando en las dos últimas alternativas y que la primera, que en otro tiempo fue la dominante, mantiene hoy una posición en claro retroceso. En este contexto, resulta natural que la técnica conflictual vaya siendo entendida como un conjunto de preceptos funcionales orientados a la construcción de una respuesta jurídica satisfactoria. La preocupación dominante se aleja hoy de la designación de una ley competente. Se trata de que la respuesta se adecue a las pautas de la razón jurídica del foro y a los patrones normalizados en el medio internacional de referencia. Para realizar esta finalidad, las normas de conflicto deben jugar su papel cuando coadyuven a la realización de estos objetivos y deben atemperar su juego cuando su aplicación pudiera alejarnos de ellos.

No debe olvidarse que, como venimos reiterando, el deber de cooperar no exige necesariamente la reproducción del juego regulador de normas extranjeras en el foro, sino que impone la obligación de adscribir soluciones equitativas a los problemas internacionales, respetando los mecanismos esenciales que protegen la organización política, social o económica de los países vinculados al asunto y colaborando en la salvaguardia y satisfacción de los intereses de la Comunidad Internacional en su conjunto. Tal vez, por esta razón, los mecanismos de cooperación entre autoridades judiciales y extrajudiciales y la maquinaria diseñada para el reconocimiento de actos extranjeros y decisiones foráneas, tiendan a convertirse en la clave futura de la ordenación del tráfico externo. Cuando el medio globalizado se estructura en aéreas de integración y coordinación, donde la confianza recíproca es amplia, se atiende a la competencia del Juez de origen. Cuando la confianza recíproca no es plena, los tratados de exequátur excluyen de su ámbito de aplicación material las cuestiones más sensibles al Derecho que hubiese podido fundar la decisión, pero en ninguno de los casos se aprecia más interés por la regulación dada al fondo que el que se desprende de las cláusulas de orden público.

---

*habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita».* En nuestra construcción no se trata de resolver con base en la equidad, sino aplicarla a la interpretación del juego que han de desarrollar tales preceptos.-

<sup>99</sup> Cfr. Espinar Vicente «*Derecho internacional privado. Funciones y Técnicas. Una aproximación a la parte general*» Málaga, 1983 en especial pág.21 Aplicar significa reproducir en el foro el juego regulador del precepto extranjero tal y como opera en su ámbito de regulación propio y tomar en consideración supone prestar atención al espíritu del precepto, retenerlo como criterio orientador y reflejarlo en la respuesta jurídica si no se opone manifiestamente al orden público del Sistema jurídico que organiza la regulación del supuesto. Finalmente dar efecto consiste en satisfacer los objetivos perseguidos por la disposición foránea sin aplicar las consecuencias concretas que en ella se prevean. Si una norma extranjera prohibiese la realización de una determinada prestación contractual y estableciese la nulidad de todo aquel contrato que contuviese una cláusula de ese tenor, el Juez del foro puede considerar ilegal esa parte del contrato, manteniendo la validez del resto.-