

ORIENTACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI*

Juan Carlos Fernández Rozas**

SUMARIO

1. Introducción. 2. Superación del formalismo. 3. Expansión de la referencia estatal del DIPr. 4. Relatividad del elemento extranjero y de la intervención estatal. 5. Corrientes en favor de la flexibilización. 6. Tendencias hacia la materialización. 7. El abandono de la retórica en el Derecho del comercio internacional. 8. El DIPr ante los procesos de unificación internacional del Derecho privado.

1. INTRODUCCIÓN

1. Como cada disciplina jurídica el DIPr posee sus dogmas tópicos correspondientes a un determinado momento histórico pues, la estructura "jurídico-formal" del DIPr es inseparable de los elementos que configuran la estructura "socio-histórica" que determina esta respuesta jurídica.¹ De esta suerte, el jurista debe prestar atención a una serie de *topoi*, en concreto, a los elementos que caracterizan el fenómeno del tráfico jurídico externo en la hora actual, cuando se inicia el siglo XXI; dichos *topoi* constituyen la referencia necesaria para comprender la verdadera magnitud del DIPr de nuestros días y configuran un extenso catálogo dentro del cual se han seleccionado algunos que se consideran especialmente relevantes.

El último tercio del pasado siglo estuvo marcado por la crisis del modelo savigniano tras el que se escondía una determinada concepción del DIPr que lo reducía a un "Derecho de conexión". Son bien conocidas las manifestaciones más importantes de la crisis del modelo. En primer lugar, la reaparición, con desmesurada vitalidad, de la vieja polémica entre unilateralismo y bilateralismo, hasta el punto de hablarse de una revitalización del "método estatutario". En segundo término, la coexistencia de un

* Artículo publicado en la *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, AMDIPC, Número Especial, 2000, pp. 7-32.

** Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Miembro de distintas asociaciones internacionales en materias de su competencia. Profesor visitante de diversas Universidades, Institutos y Academias en derecho internacional privado.

¹ Cf. J.D. González Campos, *Curso de DIPr*, Oviedo, 1982 (policopiado), p. 21.

"método único" con el "pluralismo metodológico", fruto del excesivo formalismo que presidía la norma de conflicto por el juego caprichoso y predeterminado de las conexiones. Por último, es inevitable hacer referencia a las posiciones teóricas desarrolladas en el ámbito norteamericano en las que comenzó a contraponerse, en el plano de la construcción técnica, la opción entre soluciones rígidas y soluciones flexibles; y, junto a éstas, aquellos intentos doctrinales que abogaban por superar la mera función de remisión de la norma de conflicto partiendo de una finalidad de remisión o de resultado. Con independencia de que pueda considerarse hoy cerrado el debate, no puede desconocerse que las tres polémicas sirvieron para profundizar en la dimensión técnica de nuestra disciplina y para situar a la norma de conflicto en su justa medida dentro de un sistema de DIPr. El siglo XXI depara nuevos topoi centrados básicamente en la superación del formalismo y de la retórica que habían inspirado el modelo tradicional.

2. SUPERACIÓN DEL FORMALISMO

2. La afirmación del DIPr como saber jurídico, a mediados del siglo XIX, nació en un contexto de desarrollo de la dogmática civilista, fuertemente influenciado por la pandectística. La metodología tópica y casuística, característica de las doctrinas estatutarias, cedió el paso a una disciplina fuertemente impregnada de formalismo racionalista; un formalismo que no era en absoluto ajeno al positivismo decimonónico y al neopositivismo lógico con su impronta relevante en la ciencia del Derecho. El auge del positivismo acentuó el carácter formal del DIPr, dotando a este ordenamiento de un componente normativista que perduró más allá de esta corriente de pensamiento, hasta tiempos relativamente recientes. En los albores del siglo XXI el DIPr aún pugna por desembarazarse de este tinte formalista y normativista, resaltando su alcance sustantivo. Frente a las concepciones formalistas, la norma de DIPr tiene por cometido la "reglamentación de las relaciones de la vida jurídica internacional de los particulares".² Este peculiar modo de ver al objeto del DIPr supone una ruptura con los postulados normativistas por cuanto que el objeto del DIPr estaba constituido por las relaciones jurídicas y ya no por las normas, que se convierten así en una mera técnica de reglamentación y no en el objeto de esta disciplina. En la actualidad no sólo está superada la tradicional "concepción publicista" del DIPr basada en el "conflicto de soberanías, sino que su sustituta, la "concepción privatista" meramente localizadora,³ está dejando paso a una dimensión de carácter material en virtud de la cual el DIPr posee una visión sustantivista en la realización de la justicia.

² Vid. J. D. González Campos, "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5249-5251.

³ Donde lo formal prima sobre lo concreto, como se evidencia en el trabajo de J. L. Iglesias Buhigues, "Reflexiones en torno al objeto y función del DIPr", *REDI*, vol. XXXV, 1983, pp. 29-42. Un examen doctrinal del proceso se encuentra en P. Domínguez Lozano, "Las concepciones publicista y privatista del objeto del DIPr", *REDI*, vol. XLVI, 1994, pp. 99-135.

3. Una visión sustantiva del DIPr significa negar, en primer término, la función auxiliar del DIPr como un Derecho de conexión, Derecho sobre el Derecho o sobre la aplicación de las normas y, por tanto, separarse tanto de las corrientes unilateralistas como de las bilateralistas que ven en el DIPr sólo o fundamentalmente eso. El DIPr sólo puede tener una función material, al igual que la de cualquier otra rama del Derecho, consistente en dar una respuesta materialmente justa a los conflictos de intereses que se suscitan en las relaciones jurídico-privadas que se diferencian por presentar un elemento de internacionalidad. El DIPr es tanto o más Derecho privado que internacional; no se trata de un saber que pueda emanciparse del carácter mercantil, laboral o civil de la controversia, ni que pueda prescindir de los principios materiales que subyacen en la rama o sector del Derecho privado considerado. El DIPr coadyuva, junto a dichos principios y normas materiales, a reducir la problemática que introduce en el caso la presencia de un elemento internacional, pero en la conciencia de que el ordenamiento jurídico en su conjunto es el que facilita la respuesta final única a dicha controversia.⁴

Ello no significa negar la especificidad del objeto científico del DIPr, caracterizado por la situación privada internacional, sino evitar el hurto a la razón que se deriva de considerar las disciplinas jurídicas como meros compartimentos estancos, ajenos a la esencial unidad del ordenamiento jurídico.

4. Por descontado, esta concepción es consecuente con un segundo aspecto, referido a una orientación metodológica no formalista. Una orientación comprometida en la creencia en una jurisprudencia de intereses y valores, que implica negar la neutralidad, el normativismo y el formalismo del DIPr a que abocan las concepciones estrictamente localizadoras, en favor de una concepción esencialmente sustantiva, que analiza las respuestas jurídicas en atención a los objetivos y valores que persiguen. En el umbral del siglo XXI el DIPr, al igual que en la ciencia del Derecho en general, la cuestión problemática estriba no en aceptar una jurisprudencia de valores, sino en ponerla en práctica. El DIPr, al relacionar una diversidad de sistemas jurídicos, reproduce en la jurisprudencia de valores algunas de las enajenaciones ya planteadas al propio positivismo o al realismo jurídico. El intérprete, aunque contando siempre con un margen de apreciación y de decisión, debe orientar su labor interpretativa y creativa a los valores existentes dentro del sistema jurídico. Fundamentalmente, los principios constitucionales y los principios materiales extraídos de las fuentes legales ofrecen tales pautas de valoración. Excepcionalmente, puede necesitarse una objetivación extralegal de valores, pero ello no significa que los valores no sean objetivables dentro de un sistema jurídico.

5. Los planteamientos de estas tendencias acerca de la incomunicabilidad sustancial de los sistemas jurídicos hasta tiempos recientes han provocado una defectuosa explicación de fenómenos tan consustanciales al DIPr como la aplicación del Derecho extranjero en un sistema ajeno, cuestión que se resolvía, básicamente,

⁴ Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 37-40

a través de su conversión en Derecho nacional. Precisamente, la jurisprudencia de valores se ha construido en la filosofía del Derecho desde idéntica perspectiva: la de un sistema nacional cerrado en el vértice de su Constitución. Indudablemente, los fenómenos de integración supraestatales han puesto de relieve la existencia de valores compartidos, de valores del tráfico internacional; y, especialmente, en el sector de los derechos fundamentales asistimos en el siglo XXI a una universalización de esos valores. En efecto, al papel que juega el Estado en las relaciones propias del DIPr hay que añadir que el Estado se encuentra condicionado en la regulación de éstas por factores de carácter internacional como la importancia creciente que la protección de derechos humanos adquiere en todas sus dimensiones, universal y regional. La protección de los derechos humanos lejos de ser un asunto limitado a la esfera de la competencia doméstica de los Estados se convierte en un asunto "internacional", desde la proclamación con carácter universal de derechos, por esencia universales dado su carácter de "valor esencial en la comunidad internacional". La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, aprobada por la Asamblea general de Naciones Unidas cumple con el mandato de "promover el respeto universal de los derechos humanos" contenido en el art. 55 c) de la Carta de Naciones Unidas. Esta Declaración convierte a los derechos humanos en el paradigma del universalismo jurídico pudiendo hablar de un "estatuto internacional de la persona" que se impone en los diferentes sistemas estatales, aunque en la actualidad se bañan del relativismo que impregna todos los sectores de DIPr al dar entrada a "las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos", con la Declaración de Viena de 1993.⁵

6. Más las dificultades permanecen abiertas a la hora de llevar a cabo una jurisprudencia de valores ante situaciones privadas internacionales. De un lado, la respuesta jurídica debe sopesar adecuadamente la internacionalidad del supuesto como elemento susceptible de modular determinados intereses y valoraciones. De otro, si tras la puesta en marcha del sistema de DIPr procede aplicar un Derecho material extranjero, el intérprete ha de indagar el alcance de esas normas en dicho sistema, y valorarlas conforme a él, en ocasiones mediante recursos extralegales (v.gr. el problema de la indeterminación o desconocimiento del Derecho extranjero). En tales casos el intérprete se enfrenta quizás con unas técnicas similares de interpretación, pero con un objeto variable y más escurridizo, que seguramente pueda conducir a los valores del ordenamiento del foro, o, lo que es más problemático, a los criterios de oportunidad de su propio sistema.

A partir de lo anterior se deduce la necesidad en el siglo que ahora se inicia de un pensamiento jurídico argumentativo o retórico y no lógico-sistématico o formalista (más propio de concepciones normativistas y positivistas), traducido en la creencia en la bondad del discurso práctico; en suma: una resurrección del pensamiento tópico y casuístico que está en los orígenes del DIPr. La generalidad con que se hallan redactadas las normas de DIPr convierte a nuestra disciplina, y a sus prescripciones

⁵ Cf. P. A. de Miguel Asensio, "Derechos humanos, diversidad cultural y DIPr", *RDP*, julio-agosto, 1998, pp. 541-558, esp. pp. 542-544.

normativas, en un sector particularmente necesitado de esa labor interpretativa basada en el discurso práctico o argumentativo.⁶ Dicha generalidad hace que las normas de DIPr difícilmente puedan tener en cuenta, en la norma general, determinadas circunstancias dignas de ser, no obstante, valoradas según el ordenamiento jurídico, siendo causa, por tanto, de múltiples lagunas axiológicas u ocultas. Este es el motivo de que las reglas del DIPr, particularmente en el sector del Derecho aplicable, deban obedecer de forma intensa al esquema de regla/excepción. La experiencia interpretativa del jurista enfrentado al DIPr está plagada, por la naturaleza de sus problemas, de "lugares de indeterminación", de huecos o vacíos, cuyo relleno requiere la labor creativa del intérprete. Por esta razón, el DIPr se presta particularmente al uso de directivas, principios o *approachs*, más que de normas, y requiere un buen grado de flexibilidad que facilite la especialización de las soluciones. La especialización de las respuestas por vía interpretativa es la clave del DIPr.

3. EXPANSIÓN DE LA REFERENCIA ESTATAL DEL DIPR

7. La delimitación tradicional del objeto del DIPr ha partido de dos premisas: el carácter privado de la relación y su internacionalidad. Admitida esta afirmación como postulado se observa que la consolidación de fenómenos regionales de integración económica obliga en la hora actual a reflexionar sobre la segunda nota señalada. De hecho, la doctrina es consciente de esta necesidad desde hace tiempo y muestra una declarada preferencia por otros términos que eviten la connotación "nacional" (consustancial a la "internacionalidad") para definir el objeto de la disciplina. En concreto, los fenómenos de integración ponen en evidencia lo que es ya lugar común: que el objeto del DIPr se caracteriza por atacar la discontinuidad jurídica en el espacio y que ésta no empieza y acaba en una "referencia estatal". La idea no es en absoluto novedosa: entraña directamente con un planteamiento consustancial a la propia definición de internacionalidad dada por los clásicos que han destacado la imposibilidad de dogmatismo a la hora de definir "lo extranjero"; de hecho la heterogeneidad es víctima de todo tipo de ensayos a cada crisis de la disciplina. En la doctrina española, J.D. González Campos ha insistido en el carácter omnicomprensivo del significado de la internacionalidad: lo extranjero puede entenderse tanto en su sentido político (perteneciente a otro Estado) como de forma más general (perteneciente a otro grupo o familia).⁷ A la luz de este planteamiento se entiende la preferencia por el término "situación heterogénea" frente a la tradicional "situación internacional". En suma, el objeto del DIPr no puede construirse en función de la discontinuidad jurídica generada por la pluralidad de Estados. Esta es una de las manifestaciones posibles de esa discontinuidad pero ni la única ni la que al comienzo del siglo XXI ofrece los retos principales a la disciplina.

⁶ Cf. S. Sánchez Lorenzo, "Postmodernismo y Derecho internacional privado", *REDI*, vol. XLVI, 1994, pp. 581 ss.

⁷ Cf. J. D. González Campos, *DIPr Introducción*, Madrid, UAM, 1984, pp. 5 y 24.

8. La aparición de proyectos regionales de integración económica y, fundamentalmente la consolidación y expansión de la integración económica y política en la Unión Europea, ha sido una de las realidades que con mayor apremio han puesto en evidencia la necesidad de la superación de la referencia estatal en la formulación del objeto del DIPr.⁸ En este sentido, los fenómenos de integración obligan a dar un paso más en el silogismo: dado que el DIPr cubre discontinuidades jurídicas en el espacio originadas por una diversidad de causas es preciso plantearse que el objeto no es una situación privada heterogénea uniforme, sino diferentes "situaciones privadas heterogéneas" a las que el DIPr debe dar una respuesta específica. Y esta necesidad se deja sentir con urgencia en el caso de la integración europea que no sólo cuenta con un objetivo jurídico propio: el objetivo jurídico de integración; sino que igualmente cuenta con un ordenamiento jurídico autónomo y completo, con sus propias fuentes, cuya vocación de ser aplicadas en el espacio se delimita funcionalmente: en cuanto cubren situación privadas "de integración" o "intracomunitarias". Tomando la clasificación propuesta por S. Alvarez González, asumida la "función delimitadora" del objeto, la diversidad de la heterogeneidad que lo caracteriza permite perfilar una "función normativa" del mismo.⁹

9. Dentro de cualquier proceso de integración el papel del Derecho y, en particular, del DIPr, cobra una relevancia esencial: la integración en tanto que objetivo funcional recurre a este ordenamiento por su virtualidad para favorecer la coordinación de los sistemas jurídicos de los países participantes sin menoscabar la identidad cultural de los individuos a través del respeto a la diversidad jurídica;¹⁰ dicho de otro

⁸ La crisis de la referencia estatal es igualmente deudora de la relatividad de la dimensión interna por mor de la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas. La dimensión interna ha sido debatida como cuestión del contenido del DIPr y no tanto desde la perspectiva del objeto. Hoy en día quizá sea ése el planteamiento más productivo. Sobre la cuestión en la doctrina española *vid.* los trabajos clásicos de A. Arce Janariz, "Claves constitucionales de revisión de los conflictos de leyes internos", *REDI*, vol. XXXVI, 1984, pp. 547-576, *id. Constitución y Derechos civiles forales*, Madrid, 1987 y *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, 1987. También J.C. Fernández Rozas, "Sobre el contenido del DIPr (I)", *REDI*, vol. XXXVIII, 1986, pp. 81-93; J.D. González Campos, "El marco constitucional de los conflictos internos en España", *Europäischer Binnenmarkt iPR und Rechtsangleichung*, Heidelberg, Müller, 1995, pp. 7-34 y el Curso de la Academia de la Haya impartido por A. Borrás Rodríguez, "Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel", *R. des C.*, t. 249 (1994-V), pp. 145-368; J.J. Alvarez Rubio, "La actual configuración de los presupuestos generales del sistema español de Derecho interregional", *Revista Vasca de la Administración Pública*, nº 48, 1997, pp. 9-42.

⁹ Cf. S. Alvarez González, "Objeto del DIPr y especialización normativa", *ADC*, t. XLVI, 1993, pp. 1109-1151. En este sentido el desarrollo que sigue sería una manifestación distinta de la propuesta por el autor: en su caso, función normativa atendiendo al grado de heterogeneidad, en el nuestro función normativa atendiendo al tipo de heterogeneidad. Con el sobreentendido de que la heterogeneidad intracomunitaria no es en ningún caso cuestión de grado sino de tipo y ambos claramente distintos.

¹⁰ *Vid.* S. Alvarez González, "Pasado, presente y futuro del DIPr comunitario", *Dereito*, vol. 5, 1996, pp. 9-48, pp. 18-22; y P.A. de Miguel Asensio, "Integración europea y DIPr", *Revista de Derecho comunitario europeo*, 1997, núm. 2, pp. 413-445, pp. 423-445.

modo, el DIPr constituye una “unidad funcional” que se vincula muy estrechamente a los principios y a las libertades que genera el establecimiento y el funcionamiento de un ente intergubernamental o, según los casos, supranacional.¹¹ Cada vez es más explícita la existencia de proyectos regionales que contienen propósitos de integración económica de intensidad variable: Unión Europea, Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Asociación de Naciones del Asia Sudoriental, Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional, Mercado Común del Sur (Mercosur), Acuerdo para Estrechar las Relaciones Económicas entre Australia y Nueva Zelanda, etc. Las agrupaciones importantes para la OMC son las que establecen la supresión o reducción de los obstáculos al comercio dentro del grupo y, por su parte, los Acuerdos de la OMC reconocen que las alianzas regionales y la mayor integración económica pueden beneficiar a los Estados; también reconocen que, en determinadas circunstancias, los acuerdos comerciales regionales pueden perjudicar los intereses comerciales de otros países. En principio, el establecimiento de una unión aduanera o una zona de libre comercio contradice el principio de la OMC de igualdad de trato para todos los interlocutores comerciales (“nación más favorecida”). No obstante, ya el art. XXIV del GATT autorizaba como excepción especial el establecimiento de acuerdos regionales de comercio a condición de que cumplan determinados requisitos. Concretamente, esos acuerdos deben contribuir a que los intercambios discurran con mayor libertad entre los Estados de grupo sin que se levanten obstáculos al comercio con el mundo exterior. En definitiva, la integración regional debe completar, no amenazar, el sistema de comercio multilateral.

10. Hasta la fecha cuando se emprende un estudio de las relaciones entre los modelos de integración y el DIPr se toman como referencia las experiencias seguidas en el marco comunitario europeo. Indudablemente cualquier fenómeno de integración regional repercute de manera sustancial en la reglamentación del tráfico privado externo, pero la repercusión está en relación directa con el nivel de integración conseguido. Aceptando una clasificación funcional muy primaria, pero válida para nuestros fines, podemos distinguir entre zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica e integración global. Como es bien sabido, cada una de ellas se construye como consecuencia de la suma cualitativa de los siguientes elementos: eliminación de aranceles aduaneros, arancel exterior común, políticas comerciales comunes, políticas económicas comunes y políticas globales comunes (defensa, exterior, industria, monetaria, etc. ...). Ni que decir tiene que el papel del DIPr es muy distinto en cada uno de estos niveles pudiendo afirmarse que sólo comienza a ser relevante a partir de la etapa del mercado común, al margen de que el proceso genere una suerte de procedimiento de armonización de legislaciones, llegando a constituir un elemento imprescindible en la última fase del proceso. Así, en unos modelos primarios de integración la afectación repercutirá directamente en las normas del Derecho administrativo económico de los Estados miembros, pero a

¹¹ Vid. con carácter general, J.C. Fernández Rozas, “Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el DIPr”, *Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Cáceres*, Madrid, BOE, 2000 (en prensa).

medida que el fenómeno integrador se incrementa éste repercutirá decisivamente en el Derecho privado, más concretamente en el Derecho patrimonial; por último, el transito de la integración económica a la política desencadena la proyección en todos los sectores del ordenamiento jurídico. El ejemplo seguido en el largo proceso de evolución hasta constituir la actual Unión Europea resulta particularmente significativo. Este proceso se ha visto acentuado con el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 (en vigor desde el 1 de mayo de 1999) que contempla la "comunitarización" del DIPr, al atribuir en el nuevo art. 65 TCE competencia a las instituciones comunitarias para adoptar medidas relativas, entre otras materias, a "las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción", "el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles" y "el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales". Entre las primeras consecuencias de esta evolución en el concreto ámbito comunitario parece claro que tendrá lugar la transformación en reglamento comunitario de las normas sobre competencia judicial y reconocimiento de decisiones de las normas (revisadas) contenidas en el Convenio de Bruselas de 1968 (es decir, el paso de un instrumento internacional convencional entre Estados a un instrumento estrictamente comunitario, adoptado por las instituciones comunitarias). A partir de estas premisas, cabe afirmar que el DIPr desempeñará un papel relevante en los otros procesos de integración que buscan su consolidación en el siglo XXI.

Con esto llegamos a la siguiente conclusión: entendido el DIPr como ordenamiento regulador de las situaciones privadas internacionales en relación con un sistema determinado, es indudable que cualquier proceso de integración supone una transformación sustancial de su enfoque tradicional. La integración tiende a producir en este ámbito tres alteraciones de base:¹² en primer término, genera una auténtica mutación de uno de los presupuestos básicos del DIPr cual es el fenómeno de "frontera"; en segundo lugar, al existir una marcada tendencia en cualquier proceso de integración hacia la unificación de legislaciones en el sector productivo, queda igualmente alterado el otro de los presupuestos de base de este ordenamiento: el del pluralismo de sistemas;¹³ por último, y habida cuenta que en todo proyecto de "Derecho comunitario" suelen aparecer numerosas lagunas, la nueva entidad experimenta una tendencia a la codificación directa de ciertas materias del DIPr.

¹² J.C. Fernández Rozas, "DIPr y Derecho comunitario", *Revista de Instituciones Europeas*, 1990, pp. 785 ss., esp. pp. 785-786.

¹³ A medida que el desarrollo de la integración se hace más extenso se producen, como ha señalado D.P. Fernández Arroyo dos importantes consecuencias para el DIPr: "por una parte la organización supranacional tiene la posibilidad, dentro de los límites materiales de las competencias transferidas por los Estados que la componen, de elaborar normas para regular las relaciones de tráfico privado externo que pueden afectar tanto a los intercambios intracomunitarios como a los que vinculan a un Estado miembro como con uno que no lo es; por otra parte, las normas y, sobre todo, los principios de Derecho comunitario trazan una serie de límites a la elaboración de las normas de DIPr por los legisladores de los Estados miembros y al funcionamiento de los sistemas estatales de DIPr [DIPr (*Una mirada actual sobre sus elementos esenciales*), Córdoba, Advocatus, 1998, p. 54].

11. Comencemos por notar que ante una economía globalizada que provoca una interdependencia económica de los Estados y hace perder la apuntada noción de “frontera”, aparece un movimiento de identidades nacionales que exige la convivencia pacífica de personas procedentes de los más diversos espacios culturales. Es clásica la afirmación de que todo Derecho es un fenómeno cultural de suerte que las normas jurídicas jamás pueden ser consideradas independientemente del contexto histórico, social, económico, psicológico y político en el que surgen, además de la otra según la cual los ordenamientos jurídicos son el resultado de fuerzas sociales autónomas y no pueden reducirse a modelos coherentes. Incluso llega a afirmarse que “el DIPr constituye uno de los campos más propicios del Derecho desde el que poder probar la íntima conexión entre las realidades sociales y la aparición, la interpretación y aplicación o la desaparición de la norma jurídica”.¹⁴ En todas las afirmaciones se pone de manifiesto que los fenómenos políticos, económicos y sociales van a repercutir sobre el DIPr y deben, por tanto, estar presentes en su estudio. El dato del contexto social se estudia dentro de los denominados condicionamientos actuales del DIPr, y, más en concreto, respecto de la formación de una sociedad multicultural como factor sociológico más relevante.¹⁵ La realidad nos muestra que la sociedad internacional, ámbito en el que se desenvuelven las relaciones que ocupan al DIPr, se ve influida por dos fenómenos aparentemente contradictorios. De un lado, una tendencia hacia la unidad fomentada desde organizaciones regionales como puede ser la Unión Europea que en un ámbito de integración potencian la unificación de normas, no ya sólo económicas sino también de carácter social y político. De otro, una tendencia hacia la diversidad, potenciada por los movimientos migratorios que cuando se instalar en los países de acogida exigen el respeto del hecho diferencial. A partir de aquí el DIPr está llamado a dar una respuesta justa a la diversidad social y cultural con el necesario respeto a las peculiaridades normativas presentes en sistemas pertenecientes a otras “familias jurídicas” con las que se conecten los individuos. Más concretamente, está llamado a servir de puente de comunicación entre culturas jurídicas, conciliando pretensiones e intereses antagónicos.

Desde esta última perspectiva el DIPr de comienzos del siglo XXI se encuentra decisivamente condicionado por las variables demográficas, en particular por los movimientos migratorios masivos y la creciente internacionalización de la mano de obra.¹⁶ En Europa occidental, la atracción de importantes contingentes de población provenientes, sobre todo, de África y Europa del este, no sólo multiplica la presencia de extranjeros en los países más desarrollados, sino que propicia una sociedad cada vez más multicultural. Dicho fenómeno provoca inevitables conflictos de civilizaciones, que repercuten de forma directa en el DIPr. Así, la presencia en

¹⁴ Cf. I. García Velasco, *DIPr (reflexiones Introductorias)*, Salamanca, 1994, p. 20

¹⁵ A título de ejemplo, pueden consultarse las obras de J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de DIPr*, 3^a ed., Madrid, 1996, pp. 63-78, y D. P. Fernández Arroyo, *Derecho internacional (una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Córdoba (Argentina), 1998, pp. 81-84.

¹⁶ Cf. J.C. Fernández Rozas, “Los movimientos migratorios y la nueva configuración del tráfico externo”, *Anuario del IHLADI*, vol. 8, 1987, pp. 49-74, esp. pp. 69-72.

países como Francia, Alemania o España, de una importante población de origen musulmán, provoca constantes problemas en relación con un modelo de matrimonio y de familia que se compenetra mal con los valores que caracterizan a los sistemas jurídicos europeos (v.gr. instituciones como el matrimonio polígamico o el repudio que pueden entrar en contradicción con la concepción del matrimonio en los sistemas occidentales y, en particular, con el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo y a la igualdad entre los cónyuges). Sin embargo, dichos "conflictos de civilizaciones" no siempre revelan diferencias notables en principios jurídicos elementales, sino que, a menudo, evidencian prejuicios poco fundados, que poco a poco, y con dificultad, van dejando paso a un principio de convivencia intercultural, que exige valorar que ciertos principios básicos –como el de libertad religiosa y el derecho al libre desarrollo de la personalidad- favorecen la aplicación de normas extranjeras y refuerzan el carácter excepcional del orden público, reclamando una interpretación restrictiva de las situaciones en las que la contradicción de las normas (o decisiones) extranjeras con los principios básicos del ordenamiento del foro justifica la no aplicación de la legislación extranjera (o, especialmente, el rechazo de la eficacia de decisiones judiciales).

4. RELATIVIDAD DEL ELEMENTO EXTRANJERO Y DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL

12. La relatividad del elemento extranjero es inherente a su propia noción, pues para definir lo que se entiende por elemento extranjero debe partirse de una constatación de carácter negativo: es extranjero todo aquello que no pertenece a un determinado "grupo", sea familiar, social, nacional o estatal. No obstante la aparición de los nuevos fenómenos de integración (entre otros factores) ha supuesto un punto de inflexión en la concepción tradicional de la noción; en concreto ha implicado la necesidad de volver la vista hacia el individuo que se interrelaciona con otros individuos, y ellos con su propio bagaje social, cultural y, evidentemente jurídico; pero este último, es innegable, no pasa de ser una manifestación más de un sociedad y una cultura en un momento dado. Obviamente, esta atención doctrinal a lo que se ha dado en llamar la "emergencia del individuo", en contraposición al papel preponderante del Estado en los planteamientos anteriores, responde a una realidad sociológica y no a la inversa. La hegemonía del individuo no es una creación jurídica, sino una manifestación espontánea y social, acaso un fenómeno de reacción que, como en otros casos, afecta a expresiones jurídicas, pues el DIPr no puede volver la espalda a la realidad social que pretende regular,¹⁷ también si ello implica una intervención estatal menor en determinados sectores. En este sentido, se proyecta sobre el DIPr una perspectiva más privatista, pero no en el sentido de caracterización de los derechos subjetivos que forman su objeto, sino como asimilación de los intereses del individuo como prioritarios y la configuración de los problemas que

¹⁷ Pues lo primario es la realidad social tras la cual aparece la norma. Cf. L. Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3^a ed., Barcelona, Ariel, 1993, p. 10.

provoca la vida internacional de las personas, como elenco de materias contenido del DIPr.

No cabe duda de que la expresada tendencia a iniciar cualquier análisis tomando como referente esencial los intereses particulares es una reacción, hasta cierto punto lógica, contra un intervencionismo estatal en ocasiones excesivo; sin embargo, esta afirmación debe ser tomada con la debida prudencia. Desde el punto de vista estrictamente normativo, no es posible negar que las políticas de protección e intervención están produciendo una creciente participación del Estado en la vida y relaciones privadas de los individuos. Estamos ante un movimiento de carácter pendular: el marcado intervencionismo de la post-guerra, trajo consigo la aparición de ideas individualistas de marcado corte liberal que, por consecuencia, están encontrando posturas favorables al establecimiento de políticas intervencionistas en determinados sectores.

Esta tesis exige una labor de reinterpretación de los postulados, el abandono de la ideología liberal pura como elemento de análisis y dotar de esta forma de un nuevo contenido al principio de eficiencia. De esta manera no es imposible afirmar que la consecuencia última de la protección a trabajadores y consumidores en los Convenios de Bruselas-Lugano y Roma puede ser eficiente económicamente, desde el punto de vista más arriba expuesto. Dicho en otros términos, el mantenimiento de determinadas cláusulas abusivas en contratos de los celebrados por parte débil pueden resultar a largo plazo ineficientes, si se confronta la necesidad de protección y la generalización de los derechos de la parte débil con la posibilidad de que, en un determinado momento, la demanda se reduzca. Con las debidas correcciones, el análisis económico de Derecho puede sostenerse, en equilibrio con las demandas del Estado social y en un progresivo abandono de la ideología liberal como base autónoma de interpretación.

13. Distinta, pero conectada con el plano apuntado, resulta la interpretación economicista (desde el punto de vista de eficiencia) de la progresiva y creciente materialización del DIPr por la vía de normas materiales imperativas y las normas unilaterales. Con carácter general, dichos tipos normativos reflejan un interés especial y territorial de un ordenamiento en imponer un determinado criterio, el cual, en principio, no puede ser esquivado por la voluntad del sujeto afectado, sin importar que el resultado sea eficiente económicamente o no.¹⁸ El llamado *Governmental Interest Analysis* ya llamó la atención sobre la creciente incidencia de intereses estatales en las relaciones privadas que se manifiesta, no sólo en la adopción de normas de carácter imperativo, sino en la utilización del orden público como principio general de aplicación que puede muy bien producir consecuencias de aplicación extraterritorial muy superiores a las prevista para una norma intervencionista, del tipo que sea. Esta intervención estatal en las relaciones privadas, no obstante, es un hecho innegable que no tiene por qué conducir a consecuencias especialmente

¹⁸ La intervención del Estado en las relaciones está conociendo nuevas manifestaciones de creciente importancia; cf. S. Sánchez Lorenzo, "Postmodernismo...", *loc. cit.*, pp. 566 ss.

destructivas para el análisis económico del Derecho. De la misma manera que se ha justificado que la existencia de una política de protección no pugna directamente con el principio de eficiencia, puede ahora intentarse una interpretación correctora del análisis económico que no sea radicalmente incompatible con el uso de estas normas. De hecho, parece ser que, en el fondo, no se entiende el referido análisis sin una obligada alusión a la ideología liberal; esto es que la eficiencia sólo es factible cuando existe un nivel óptimo de autocomposición, de libertad para los participantes en el tráfico, que se adaptan a la regulación más óptima. En este sentido, una regulación que no permita su propia derogación y que establezca límites obligatorios a la libertad de las partes, puede que no sea eficiente, siempre desde esa perspectiva. Mas la libertad de las partes, el liberalismo como principio funcional no tiene por qué ser siempre eficiente; desde esta perspectiva, la previsibilidad de las normas aplicables, la seguridad jurídica y el cumplimiento del principio de proximidad, también cumplen una importante función de optimización de resultados, jurídicos y económicos.

14. Acontece lo mismo si se confrontan los principios expresados de previsibilidad con un esperado resultado de eficiencia en relación con las normas materiales especiales, prescindiendo ahora del factor de imperatividad. Las soluciones materiales sólo pretenden eliminar un elemento de discontinuidad en determinados sectores, lo cual no puede, por principio, ser valorado como ineficiente, a no ser que la imposibilidad de proceder a operaciones conflictuales y, por tanto, de utilizar el elemento de conexión "autonomía de la voluntad" sea lo que produce este juicio. No cabe negar que, en ocasiones, y en mercados fuertemente internacionalizados, la aparición de una norma material de DIPr, aún favorecedora de las necesidades del tráfico, puede producir resultados impredecibles; pero desde un plano general del DIPr, las consecuencias no pueden ni deben ser tan devastadoras. Ciento es que estas normas protegen intereses particulares, lo cual compartimenta la regulación general impidiendo que se alcance el objetivo de generalidad propio del principio de eficiencia; pero no es menos cierto que este principio de aplicación de idéntica normativa a diferentes situaciones responde, de nuevo, a un clásico postulado neoliberal.¹⁹

Puede afirmarse que la construcción explicativa basada en el análisis económico fracasa desde un postulado eminentemente liberal y si es utilizada únicamente como valoración de un principio de eficiencia que sólo responda a tales planteamientos. Sin embargo, y aunque ello suponga una reinterpretación considerable de los postulados iniciales, no es imposible adaptar la referida teoría a las nuevas circunstancias, en el convencimiento de que no sólo lo que proporciona una ventaja individual es eficiente, sino que también aquello que conduce a una ventaja social y, por qué no, sectorial, es también capaz de cumplimentar un alto grado de eficiencia.²⁰

¹⁹ Que desconoce además determinados principios informadores de un sistema de DIPr que, en los sistemas continentales al menos, deben animar la aplicación de las normas reguladoras y del Derecho extranjero; sirva de ejemplo la búsqueda de la justicia del resultado; *vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, Curso de DIPr, op. cit., pp. 103 ss.*

²⁰ *Vid. S. Sánchez Lorenzo, "Postmodernismo...", loc. cit., p. 570.*

15. Precisamente, la interrelación creciente de los individuos, de los grupos y de los mercados provoca, en alguna medida, la necesidad de que el Estado establezca medidas de control. Sin embargo, de la misma manera que no es imposible coordinar principios como el de eficiencia económica con la aparición de sectores jurídicos protegidos, no parece tampoco irreal coordinar la idea de intervención estatal con el interés del individuo. En efecto, el individualismo radical es una posición que parte de ideas liberales: autocomposición, derecho a elegir una opción antes que otra, optimización de los recursos propios, etc. No obstante, puede plantearse si un punto de partida de estas características, como factor condicionante del DIPr es, en realidad, favorable para los intereses del individuo desde la generalidad, esto es, para todos los individuos de un grupo. En este sentido, la intervención en determinados sectores en los que, como es habitual, existe una parte considerada débil, no puede calificarse como contraria al individuo, sino al "individualismo". Por esta causa, no puede excluirse la realidad de la importancia social de un interés particular, respecto a la emergencia de un control estatal en defensa, precisamente, de este interés prioritario.²¹ No siempre, ni en todos los sectores es sencillo encontrar esta armonización de intereses; velamos más arriba que los fenómenos de regionalización, señaladamente económicos, ofrecen numerosos ejemplos de protección de intereses privados que, aunque pueden ser bien valorados desde un principio de eficiencia, no pueden recibir igual resultado si se confrontan con los intereses individuales reales: en estos casos, el individuo queda protegido en función de su actuación en un determinado mercado, y no en cuanto particular. Es, por tanto, el mercado quien es el objeto de la protección y, sólo en segunda instancia y como consecuencia, lo es la persona privada.

5. CORRIENTES EN FAVOR DE LA FLEXIBILIZACIÓN

16. El siglo que comienza augura un reforzamiento de la tendencia hacia la flexibilización que se había iniciado en el último tercio del siglo XX, con la introducción de las denominadas "cláusulas de excepción" basadas en el principio de proximidad. Su manifestación más relevante no es otra que la posibilidad de que el juez determine el Derecho aplicable al caso concreto sin que el legislador determine de forma apriorística el concreto Derecho nacional que debe aplicar. La noción de "flexibilización" no debe quedar reducida, sin embargo, al estudio del papel creativo del juez. Engloba, en primer término, las técnicas que pretenden la consecución de puntos de conexión abiertos que se concretan por el juez a la luz de cada supuesto particular; en segundo lugar incluye una serie de técnicas de flexibilización centradas en los denominados "problemas de aplicación de las normas de DIPr", con especial referencia a las cuestiones de adaptación;²² por último, hace referencia a la acción cada vez más manifiesta de la autonomía de la voluntad de las partes.

²¹ Lo cual no debe confundirse con una interpretación similar el *Governmental Interest Analysis*, desde el momento es que el Estado interviene con la finalidad de proteger intereses particulares y no el propio.

²² Vid. J. D. González Campos, "El proceso de aplicación de las normas de DIPr", *DIPr*, (E. Pérez Vera, dir.), vol. I, Madrid, UNED, 1998, pp. 163-164.

Los inconvenientes que plantea la rigidez de las conexiones, que en determinadas circunstancias pueden designar un ordenamiento jurídico con escasa vinculación con el supuesto, pueden asimismo resolverse, siquiera parcialmente, dentro del propio método de localización. Ahora bien, junto a la flexibilización permitida en la interpretación de la norma de conflicto, debe señalarse la posibilidad de que dicha flexibilidad se introduzca en la propia formulación de la norma, a través del llamado "principio de proximidad", determinando genéricamente la aplicación a una determinada institución o relación jurídica de la "ley más estrechamente vinculada", dejando en manos del juez la valoración de los índices materiales, subjetivos y objetivos del supuesto litigioso para proceder a determinar cuál es el ordenamiento más estrechamente conectado. La formulación de la *most real connection* puede venir acompañada de una orientación del legislador, señalando qué ley debe presumirse presenta los mayores contactos. Para completar la norma el legislador puede recurrir a una cláusula de excepción que opere cuando exista eventualmente una ley más estrechamente conectada que la ley designada por la presunción. Una alternativa de alcance más general consistiría en la formulación de una cláusula de excepción de validez general para todo tipo de supuestos.

17. Las cláusulas de excepción obedecen a un principio de "justicia conflictual", expresión que debe utilizarse con toda reserva. Dicho en otros términos: la corrección de la norma general no puede fundamentarse en la consecución de un resultado material más ajustado o convincente, sino en la mayor proximidad o vinculación del supuesto con una de las leyes en presencia, independientemente de su resultado material. La cláusula de excepción, sea particular o general, no es un instrumento de corrección de la neutralidad de la norma de conflicto o de orientación material de la misma. Sin embargo, aunque el principio de proximidad justifique las cláusulas de excepción, no significa que éstas no tengan una significación sustancial o no se trate de un medio para alcanzar una solución justa. Esto sólo es así si se comparte una visión formalista y neutral del principio de proximidad y de la técnica conflictual. La proximidad es sólo una imagen. Cuando se habla de la conexión más estrecha, de otra ley más vinculada, de la agrupación de contactos, no se hace referencia a una medición puramente cuantitativa de los elementos de conexión. Si unos valen más que otros cabe preguntarse acerca de los condicionantes de la valoración. Y la respuesta debe apuntar de manera exclusiva hacia consideraciones de carácter material y no fruto de meras situaciones de oportunidad. En rigor, deben ser consideraciones de justicia y no de carácter coyuntural. Por ejemplo, en el ámbito patrimonial, las conexiones o las presunciones suelen llevarnos a la ley del mercado afectado, a la que mejor proteja la seguridad del tráfico internacional, a la que genere menores costes de transacción, a la más eficiente, etc. Y, por su parte, en el ámbito no patrimonial, la conexión general debe o suele reflejar el medio social en que viven los cónyuges, la familia o el individuo; en materia de sucesiones, se trata de combinar ambos aspectos, personal e individual.

Es claro que la conexión es la primera expresión de la justicia, pero no puede ser más que una regla general, una suposición que no opera con casos reales. De ahí que, sólo excepcionalmente, una configuración muy especial de las circunstancias de un caso concreto puedan privar de justificación a la conexión. Dicha conexión pierde "proximidad", pero podríamos decir que, dadas las circunstancias del caso,

no se cumple el objetivo material que refleja la conexión. Por ello, si la localización y la proximidad se entienden en clave material, la cláusula de excepción aparece con normalidad, efectivamente, como un mecanismo de reducción teleológica tras el que reposan objetivos materiales, aunque ello no pueda llevarse hasta el extremo de considerarla un simple expediente de orientación material.

6. TENDENCIAS HACIA LA MATERIALIZACIÓN

18. El cambio del modelo de Estado social y del bienestar hacia un modelo político y económico neoliberal no sólo no ha llegado a anular la tendencia a la materialización del DIPr, es decir, la búsqueda de un resultado justo, sino que, por el contrario, la misma pervive en el segundo y continúa experimentando una evolución cada vez más positiva. Como es bien sabido, tal tendencia comienza a impregnar con especial intensidad los modernos sistemas de DIPr continentales europeos a partir de la década de los setenta, tomando como punto de partida el sector del Derecho aplicable, donde surge como mecanismo de reforma de la norma de conflicto multilateral diseñada por Savigny. La materialización venía afectando mucho tiempo antes al propio método atributivo concebido en su acepción tradicional; al menos, en aquellas ocasiones en que la jurisprudencia recurriía a los problemas de aplicación de la norma de conflicto clásica para alcanzar determinados resultados materiales.²³ De esta suerte, sin negarse la función de la norma de conflicto, ésta se orienta hacia la consecución de los fines del DIPr, un DIPr comprometido con los valores sociales que se despoja de su función localizadora y otorga una respuesta global al problema suscitado por la relación privada internacional;²⁴ un DIPr destinado a la consecución de la solución materialmente más justa, por lo que es menester la toma en consideración de las soluciones contempladas en los Derechos materiales que concurren en su regulación.²⁵

Ante los nuevos acontecimientos, merecen especial mención el conflicto de calificaciones y el reenvío: tras una calificación realizada *ex lege fori* subyace una clara intención de potenciar la aplicación del Derecho propio por considerarse mejor su respuesta en términos sustanciales, y mediante las dos variantes más características del segundo mecanismo se aprovecha la circunstancia de que el Derecho conflictual de la *lex causae* se remite, según los casos, a la *lex fori* o al Derecho de un tercer Estado para lograr que el supuesto se sustraiga de la aplicación de su Derecho material.

²³ Esta circunstancia se destaca con particular claridad por J. D. González Campos, "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", *loc. cit.*, pp. 5265-5266, y lleva al autor a enfocar los referidos correctivos funcionales en el sentido de válvulas de escape (*escape devices*) en que los concebía un sector de la doctrina norteamericana.

²⁴ Cf. J.D. González Campos, "Las relaciones entre *forum* y *ius* en el DIPr: caracterización y dimensiones del problema", *ADI*, vol. IV, 1977-1978, p. 94.

²⁵ Cf. P. Rodríguez Mateos, "Una perspectiva funcional del método de atribución", *REDI*, vol. XL, 1988, pp. 99-126.

19. Al margen del método conflictual cabe también apreciar actitudes materializadoras en otras técnicas de determinación del Derecho aplicable, así como en las posiciones doctrinales partidarias de su utilización exclusiva con la finalidad de lograr la total desaparición del paradigma normativo diseñado por Savigny. Cabe referirse aquí a los planteamientos que abarca la corriente impugnadora del modelo savigniano de norma de conflicto de orientación sustantivista, y, en particular, dentro de ellos, a las posiciones partidarias de la eliminación del problema del "conflicto de leyes" a través de la adopción de convenios de Derecho uniforme. Se trata de normas que reflejan claramente la tendencia a la materialización del DIPr en la medida en que regulan ciertos supuestos de manera directa, incorporando las consideraciones materiales que sus autores consideran oportunas.

Obligado es advertir que por obvia influencia de la *conflict revolution* norteamericana tuvo lugar en Europa el replanteamiento de los postulados tradicionales del DIPr. Dentro de tales tendencias, la materialización encontró su manifestación más característica en la formulación de las que se ha dado en llamar "normas de conflicto de contenido sustancial", mediante las cuales se trata de remediar el inconveniente de la consecuencia jurídica de la regla atributiva multilateral clásica constituido por su denominada "neutralidad". Entre los múltiples ejemplos de las mismas que cabe hallar destacan los que suministran ciertas normas de conflicto especiales²⁶ y otras de carácter flexible,²⁷ todas ellas preordenadas a lograr resultados materiales adecuados, viniendo así a demostrar tanto la relación de complementariedad que vincula a los procesos de especialización y de flexibilización con el de materialización del DIPr como la función instrumental que desempeña cada una de las dos primeras orientaciones respecto del fin u objetivo a alcanzar representado por la última.

20. La posibilidad de lograr el respeto de valores materiales mediante la formulación por el legislador de normas de conflicto materialmente orientadas debe completarse con la de que los mismos sean tenidos en cuenta por el juez que está resolviendo el problema de la determinación del Derecho aplicable a una controversia surgida de una situación privada internacional: nos hallaremos entonces ante lo que se denomina un DIPr construido "en dos escalones", a través del cual se corrige no tanto la indiferencia de la localización ante el resultado material previsto por el ordenamiento reclamado como competente, sino más bien su automatismo, concebido en el sentido de imposibilidad de modificar la designación del Derecho aplicable. Se trataría de

²⁶ Así las soluciones específicas que dispensan al problema de la determinación del Derecho aplicable a los contratos de consumidores y de trabajo los arts. 5 y 6 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, cuya finalidad tutiva de la parte débil en cada una de las referidas clases de relaciones jurídicas salta a la vista.

²⁷ Baste comprobar el recurso al principio de proximidad en sus distintas proyecciones contempladas en preceptos como los arts. 4.5º y 7.1º del Convenio de Roma de 1980 y, muy particularmente, los sistemas de conexiones alternativas, cumulativas y subsidiarias que se establecen respectivamente en convenios como los de La Haya de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos y de la misma fecha sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

partir de la norma de conflicto seleccionada inicialmente y, tras haberse llegado a la designación del ordenamiento competente en virtud de ella, de confrontar el resultado material alcanzado con el que se derivaría de otro sistema jurídico vinculado con el supuesto a través de una conexión distinta, procediéndose a la corrección del primero por servir el segundo para satisfacer unos valores jurídicos más conformes con los del Derecho material del juzgador que conoce sobre el fondo del asunto.

Además, y aún cuando su origen quepa hallarlo en el sector de la determinación del Derecho aplicable, hoy por hoy la materialización alcanza de lleno a la dimensión judicial del DIPr. Al margen de la orientación material que late tras el hecho de que se plasmen en convenios internacionales normas reguladoras tanto de la competencia judicial internacional como del reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, sus concretas manifestaciones en la normativa de fuente autónoma y de fuente institucional por la que se disciplinan uno y otro sector del contenido del DIPr en nuestro sistema jurídico son múltiples, y muchas ponen de manifiesto que en ellos existe también una estrechísima vinculación entre las tendencias a la especialización o a la flexibilización, según los casos, y la que aquí nos ocupa. Así, dentro de las variadas muestras de materialización del régimen del primer sector que suministra el establecimiento de las diversas clases de criterios especiales, general y quasi-general de determinación del *forum* en su acepción directa, destacan los ejemplos de especialización y flexibilización, respectivamente, ambas al servicio de una orientación material, constituidos, de un lado, por los foros de protección de una de las partes en la relación jurídica, y, de otro, por los basados en una idea de proximidad, la admisión en principio irrestricta de la autonomía privada con alcance cuasigeneral, el papel residual del criterio general del domicilio del demandado y la relación de alternatividad existente entre las dos últimas circunstancias y los foros especiales de carácter concurrente.

7. EL ABANDONO DE LA RETÓRICA EN EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

21. La superación del formalismo ha traído consigo una progresiva separación entre el DIPr y el denominado "Derecho del comercio internacional". Si bien es cierto que desde una perspectiva privatista interesa fundamentalmente el estudio del régimen de los intercambios comerciales, no lo es menos que un estudio completo del Derecho del comercio internacional debe analizar los sujetos de dichos intercambios (Derecho de sociedades) y el marco de su funcionamiento: el mercado internacional. Este estudio del mercado internacional exige no sólo descender a sus mecanismos de protección, en especial en el ámbito de la libre competencia y del acceso a las propiedades especiales, sino a la propia estructura de la organización de tal mercado: organización institucional, estructuración y funcionamiento de los distintos mercados regionales y organización interna del comercio exterior. Indudablemente, ello supone desbordar un marco de análisis puramente privatista o mercantilista y obliga a introducir conceptos y desarrollos de Derecho administrativo internacional y Derecho internacional económico; pero resultaría absurdo analizar el régimen de intercambios internacionales sin una visión de las coordenadas en que han de desarrollarse y producirse dichos intercambios.

Por ello el siglo XXI reforzará indudablemente la afirmación de que el Derecho del comercio internacional no constituye una rama autónoma del Derecho en función del objeto sobre el que recaen sus normas: las transacciones comerciales internacionales. Se trata, sin embargo, de una afirmación no exenta de polémica pues este ordenamiento puede ser concebido desde diversas posiciones que conducen a objetos regulados diversos. En concreto, la perspectiva histórica (supuesta herencia del *ius mercatorum*), la perspectiva normativista ("conflicto de leyes"),²⁸ la afirmación del Derecho del comercio internacional como un Derecho especial, en razón de sus normas, la perspectiva vinculada al proceso de codificación del Derecho del comercio internacional²⁹ o, por último, la posición que afirma que este ordenamiento es aquel conjunto de normas jurídicas que rigen el comercio internacional.

Se ha puesto de relieve el error de planteamiento consistente en cifrar el objeto y el contenido del Derecho del comercio internacional desde la única perspectiva de las normas que lo regular. Afirmar la caracterización del Derecho del comercio internacional como un Derecho especial, en razón de sus normas, supone ocultar el hecho de que, hoy por hoy, las normas específicamente destinadas a regular la realidad del comercio internacional son muy limitadas. Al contrario, muchos de los problemas característicos de esta realidad no cuentan con una reglamentación específica y requieren el recurso a técnicas procedentes de otros sectores normativos, señaladamente del Derecho internacional privado, del Derecho internacional económico o del Derecho administrativo económico. En cualquier caso, esta posición se centra únicamente en la dimensión del adjetivo "internacional" del concepto y justifica principalmente desde una perspectiva docente o académica, por lo que no ayuda a delimitar, desde un punto de vista material, cual es el contenido específico del Derecho del comercio internacional.³⁰

22. Ante la inexistencia, hoy por hoy, de un Derecho del comercio internacional común a todos los Estados, es necesario combinar distintas fuentes de producción jurídica, de origen institucional, convencional e interno. El Derecho internacional público y, dentro de éste, el denominado Derecho internacional económico contienen un importante componente regulador que condiciona la labor del legislador estatal,

²⁸ Esta concepción, muy en boga a principios de siglo partía de la distinción entre "actos civiles" y "actos de comercio" presente en el art. 2 del Código de comercio español y tras la resolución de eventuales "conflictos de calificaciones" incluía los "problemas conflictuales" de este último grupo de actos dentro del denominado "Derecho mercantil internacional". Esta posición estricta hacia, pues, alusión al conjunto de normas que tienen por objeto ciertos actos o ciertas personas y que constituyen una excepción a las normas de Derecho civil internacional. Es importante tener en cuenta, sin embargo, que el hilo conductor de este ordenamiento, según tal concepción, descansa en dos elementos comunes: la materia regulada (acto de comercio) y la norma reguladora (norma de remisión o conflictual).

²⁹ R. Illescas Ortiz, "El Derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática", *Revista de Derecho Mercantil*, 1993, pp. 37 ss.

³⁰ J. M^a Espinar Vicente, "Notas para una reflexión sobre las enseñanzas del Derecho mercantil internacional", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. I, Madrid, Civitas, 1996, pp. 321-338.

privándole de la denominada autonomía en orden a los procedimientos de producción jurídica. Por ello, aunque el Derecho del comercio internacional difiera esencialmente del Derecho internacional económico respecto a la naturaleza de la materia regulada, en función de su carácter privado y en relación con los destinatarios de sus normas, sí presenta respecto de éste una dependencia relevante que obliga a realizar una serie de consideraciones al respecto.

El Derecho internacional económico responde al hecho cierto de la intervención pública de diseño del mercado internacional. Se trata, no obstante, de una intervención organizada de carácter internacional, y canalizada a través de mecanismos institucionales de creciente importancia (OMC), que a su vez involucran los intereses, a menudo enfrentados, de los distintos mercados regionales. Los frutos de esta actividad institucionalizada se plasman en principios y directivas orientadoras, pero también en normas positivas y concretas que condicionan de forma directa el régimen de los intercambios, deben ser tenidas en cuenta por los operadores profesionales y por los jueces y árbitros, y, en suma, son parte esencial del *marketing* legal de las empresas enfrentadas al comercio transfronterizo.

En el ámbito de la formulación de las normas, cada Estado y cada sistema regional ha de establecer normas sobre el Derecho del comercio internacional que respeten un "análisis económico global", tanto los objetivos de liberalización establecidos a nivel mundial como, más intensamente, a nivel regional (libertades comunitarias). Al mismo tiempo, las propias organizaciones internacionales que velan por el bien de tal economía mundializada, adoptan a menudo normas que, directamente, supone una reglamentación específica de los intercambios comerciales internacionales. Tal es el caso, por ejemplo, del art. VIII.2º del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional.

Sin embargo, en ocasiones, y en mercados fuertemente internacionalizados, la aparición de una norma material aún favorecedora de las necesidades del tráfico, puede producir resultados impredecibles, sobre todo en el ámbito del arbitraje comercial internacional, aunque desde una perspectiva general, las consecuencias no pueden ni deben ser tan devastadoras. Ciento es que estas normas protegen intereses particulares, lo cual "sectorializa" la regulación general impidiendo que se alcance el objetivo de generalidad propio del principio de eficiencia; pero no es menos cierto que este principio de aplicación de idéntica normativa a diferentes situaciones responde, de nuevo, a un clásico postulado neo-liberal.³¹ A partir de aquí, la construcción explicativa basada en el análisis económico³² fracasa desde un postulado eminentemente liberal y si es utilizada únicamente como valoración de un principio de eficiencia que sólo responda a tales planteamientos. Sin embargo, y aunque ello

³¹ Que desconoce además determinados principios informadores de un sistema de DIPr que, en los sistemas continentales al menos, deben animar la aplicación de las normas reguladoras y del Derecho extranjero; sirva de ejemplo la búsqueda de la justicia del resultado; *vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de DIPr*, Madrid, 3^a ed. 1996, pp. 103 ss.

³² C. Paz-Ares, "La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del Derecho)", *ADC*, 1981, pp. 664 ss.

suponga una reinterpretación considerable de los postulados iniciales, no es imposible adaptar la referida teoría a las nuevas circunstancias, en el convencimiento de que no sólo lo que proporciona una ventaja individual es eficiente, sino que también aquello que conduce a una ventaja social y, por qué no, sectorial, es también capaz de cumplimentar un alto grado de eficiencia.

23. En íntima relación con la *lex mercatoria* y su recepción por los organismos internacionales, no puede olvidarse la importante acción que en este ámbito despliega el denominado *soft law*. Desde un punto de vista amplio o impropio, las normas reguladoras del comercio internacional incluirían asimismo otros elementos normativos y pseudo normativos que sirven para fundamentar las decisiones y proposiciones jurídicas. Desde esta última perspectiva, la flexibilización como tendencia general del Derecho encuentra una primera manifestación en el ámbito de los procedimientos de producción normativa. Estos procedimientos se ablandan para permitir un desarrollo más abierto del Derecho del comercio internacional. La flexibilización de las fuentes apunta, pues, a un desarrollo más flexible del Derecho por parte del propio legislador. Aparece así el concepto de *soft law* o *droit assourdi*. A unas normas blandas o abiertas para el juez o el árbitro, corresponde unos instrumentos, soportes o fuentes también blandos.

El *soft law* es un concepto particularmente operativo en el Derecho internacional público, y en él se incluyen recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc... sin poder de vinculación directa, pero que influyen no sólo en el desarrollo legislativo futuro, sino como referentes específicos en la actuación judicial. Desde el punto de vista del Derecho del comercio internacional, el Derecho económico internacional es el sector particularmente afectado por este *soft law* que más nos interesa, así como el arbitraje comercial internacional es donde encuentra su máxima expresión. La proliferación de Leyes-máximo elaboradas en foros internacionales, algunos actos normativos característicos del Derecho institucional, convenios internacionales disponibles por las partes o la propia fuerza ejemplificativa de determinados convenios internacionales, actúan como fuentes a menudo en sentido impropio, que pueden ser tenidas en cuenta tanto por el legislador, como, indirectamente, por el intérprete.

Respecto del legislador, la función del *soft law* puede ser la de crear una directriz habilitante (por ejemplo, una directiva comunitaria); pero también puede perseguir un efecto dinamizador, simplemente abriendo nuevas áreas de expansión del Derecho. En éste último sentido, el *soft law* trata de procurar la unificación del Derecho, sin soportar los costes de negociación que supone un proceso de este tipo. De esta suerte, si interesa la posibilidad de insertar en su razonamiento jurídico principios o reglas no incorporadas directamente a su ordenamiento nacional, como *ratio scripta*.

Sin embargo, un abuso del *soft law* en el arbitraje puede responder, según los casos, a una búsqueda de fuga del Derecho que pretende básicamente convertir la *lex mercatoria* en fuente del Derecho, cuando no proponer un nuevo realismo jurídico que vendría a identificar el Derecho con la doctrina del Derecho.

24. Si nos centramos en el carácter mayoritario de las normas que rigen el Derecho del comercio internacional destaca el dato de que el método conflictual, si bien no ha desaparecido por completo, ha mostrado su ineeficacia. Las técnicas del DIPr basadas

en la norma de conflicto se muestran inadecuadas para regular las complejas cuestiones suscitadas en el ámbito del comercio internacional. La pretensión de localizar en un ordenamiento jurídico una situación privada, se ha dicho, "es una solución basada en una teoría metafísica". Por esto es menester marginar la técnica tradicional de la norma de conflicto en favor de la elaboración de normas materiales específicamente creadas para regular el comercio internacional. Este, en efecto, requiere rapidez y seguridad, pero también certidumbre, elementos que raramente suelen acompañar a la norma de conflicto. En la hora actual se trata de evitar el carácter imprevisible de la remisión efectuada por dicha norma.

En este contexto es importante destacar que la realidad del tráfico mercantil actual favorece la elaboración al margen de los Estados de recopilaciones normativas elaboradas, que en los últimos tiempos han superado la referencia a sectores económicos o tipos contractuales concretos (basta pensar en la importancia de la actividad de la CCI en relación, por ejemplo, con los contratos de compraventa y los créditos documentarios a través de los INCOTERMS y de las Reglas Uniformes) como demuestra especialmente el alcance de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. El desarrollo de normas materiales uniformes extraestatales relativas a las transacciones mercantiles internacionales –que facilita la concreción del contenido de la llamada *lex mercatoria* y cuya efectividad está normalmente subordinada a la remisión de los contratantes en el marco de la autonomía de la voluntad (a un concreto instrumento normativo o con carácter genérico a la *lex mercatoria* o a los principios generales del derecho del comercio internacional), lo que es especialmente frecuente en caso de sumisión a arbitraje- coincide con la tendencia a limitar la trascendencia práctica de la técnica conflictual en la configuración del régimen jurídico de los negocios internacionales.³³

8. EL DIPR ANTE LOS PROCESOS DE UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO PRIVADO

25. En una etapa en que el concepto de globalización o mundialización lo invade todo la realidad de los inicios del siglo XXI muestra, de forma paradójica, una situación de signo diametralmente contrario cual es el aumento del particularismo normativo tanto de base territorial o como de base personal. Este fenómeno no es otra cosa que expresión del aumento y de la diversidad de organizaciones estatales, extraestatales o parapestatales y tiene la virtud de dar como resultado una cada vez más frecuente contradicción entre dos o más ordenamientos jurídicos respecto a un mismo hecho, acto, relación o situación jurídica. El pluralismo de sistemas jurídicos es presupuesto de la propia existencia de las relaciones de tráfico externo, objeto nuestra disciplina, en la medida en que produce problemas singulares. En las

³³ Vid. P. A. de Miguel Asensio, "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", *Diritto del commercio internazionale*, vol. XII, 1998, pp. 859-883, esp. pp. 860-871.

situaciones del tráfico interno, en las que sólo está involucrado un sistema jurídico, tanto el sujeto como el intérprete, en su condición de destinatarios del Derecho, se enfrentan a las situaciones jurídicas con plena convicción acerca de la unidad y homogeneidad de su jurisdicción, de los medios jurídicos de resolverlos y de los valores implícitos en su ordenamiento. El órgano que aplica el Derecho puede cuestionar su competencia, la interpretación en un sentido determinado de las normas jurídicas, de su contenido, primacía o aplicabilidad al caso, o del objetivo de política legislativa concreto que anima su solución en el pensar del legislador.³⁴

La contradicción normativa y la discontinuidad jurídica en el espacio que origina el pluralismo de sistemas jurídicos tiende a disminuir a medida que se desarrolla el fenómeno de la unificación del Derecho. Sin embargo, tal fenómeno cuenta en la hora actual con resultados muy incipientes y con tales dificultades de aplicación en la práctica que dista mucho de ser considerado como una solución válida frente al pluralismo de sistemas jurídicos.

26. En efecto, un balance valorativo del proceso de unificación internacional del Derecho privado registra una serie de datos de interés que, debe adelantarse desde ahora, no presentan un carácter estático.³⁵ Son elementos fruto de un momento histórico muy concreto y, por tanto, susceptibles de variación en función de los procesos de globalización y regionalización característicos de la sociedad internacional de nuestros días. Con carácter general cabe apreciar que la unificación no es un fenómeno expansivo y que si bien puede predicarse de determinadas materias jurídicas, especialmente vinculadas al Derecho mercantil internacional, coexiste con una marcada tendencia hacia el particularismo. Particularismo que, incluso, sólo está en los primeros pasos de superación dentro de círculos jurídicos integrados que agrupan ordenamientos pertenecientes a una misma familia jurídica: la experiencia de la unificación del Derecho en América Latina, pese a la ingente obra de instituciones como la Conferencia Especializada Iberoamericana de DIPr es una buena prueba de ello. Además la superación del particularismo precisa una relatividad del empleo del método comparado que es una fase mucho más elaborada del conocimiento del Derecho extranjero con el que se suele confundir. La profundización en las denominadas "unidades de comparación" y la selección de materias para unificar son elementos indispensables para que la obra unificadora fructifique. Muchos grandes proyectos unificadores están condenados al fracaso por lo ambicioso de sus objetivos y por los intereses en presencia ante los intentos de implantación hegemónica de una determinada opción prepotente.

Más el particularismo, la necesidad de un ahondamiento metodológico y los intereses hegemónicos no son los únicos problemas en presencia. Un segundo grupo de ellos atañe a las técnicas de codificación. Al margen de las experiencias que

³⁴ Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, 3^a ed., Madrid, 1996, pp. 37-39.

³⁵ VId. J.C. Fernández Rozas, "Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados", *La unificación jurídica europea*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 17-44.

únicamente son factibles en determinados círculos jurídicos que cuentan, además, con procedimientos de interpretación uniforme, los cauces tradicionales de la unificación han mostrado sobradamente sus insuficiencias, señaladamente los instrumentos basados en Leyes Uniformes y en Leyes Modelos, que se han declarado las más de las veces impotentes frente a la tendencia irresistible de los Estados al particularismo. Y, por lo que respecta al tratado internacional, la uniformidad a través de este cauce acusa los problemas generales que caracterizan a esta particular técnica codificadora. En primer lugar, el eventual déficit democrático, por la frecuente desvinculación de los negociadores con las necesidades reales del círculo jurídico al que supuestamente representan a lo que se añade la descoordinación existente entre los procesos de codificación interna e internacional. En segundo término, por los problemas que ofrece la incorporación de los tratados en el orden interno de los Estados que han prestado su consentimiento en obligarse por los mismos; incorporación que se vincula a la recepción y aceptación de los tratados por los jueces nacionales en el proceso de aplicación del Derecho; el juego de las reservas, la interpretación judicial a través de categorías jurídicas del foro o la eventual acción del orden público son elementos que dificultan la puesta en práctica de una sana asimilación del Derecho unificado por parte de las instancias nacionales. Finalmente, el juego de las cláusulas del instrumento internacional que contiene el resultado unificador, en lo que respecta a los ámbitos de aplicación material, temporal y territorial del convenio, tampoco contribuye a una difusión de este particular conjunto normativo.

27. Cualquier fenómeno unificador que se emprenda en el siglo XXI no debe ser concebido solamente en términos apriorísticos e idealistas; en tal caso la labor está llamada al fracaso y se reduce a una mera especulación de carácter dogmático. Si por el contrario el fenómeno responde a unos intereses concretos o, mejor, a una acomodación de intereses reciprocos por parte de los Estados que inician este particular proceso, los resultados son mucho más eficaces y la unificación adquiere carta de naturaleza. Por ello existen sectores jurídicos, vinculados fundamentalmente al Derecho del comercio internacional, en los cuales la unificación es consustancial no solo desde el plano normativo sino en el de la aplicación judicial. El hecho de que en la Unión Europea, paradigma de integración regional, la unificación del Derecho material aún ofrezca muchas reticencias muestra bien a las claras las dificultades en presencia y las bondades que, hoy por hoy, ofrece una especial modalidad de uniformidad: la de las normas de DIPr. Pero se trata de una situación muy centrada en el especial momento en que vivimos y ya se perciben necesidades concretas en sectores jurídicos que hasta la fecha habían quedado relegados del movimiento unificador, en concreto en el ámbito del Derecho de familia, sin olvidar la creciente uniformización extraestatal de las normas relativas a los negocios internacionales. Dichas necesidades previsiblemente cambiarán el panorama y, con ello, producirán un giro copernicano en las técnicas de codificación y, por ende, en los resultados de la unificación internacional.