

# La hermenéutica en Derecho internacional privado

**Autor:** José Javier Ezquerra Ubero

Profesor de Derecho internacional privado  
Universidad Pontificia Comillas-ICADE

## Resumen

El trabajo analiza los problemas de la interpretación jurídica en Derecho internacional privado. Se centra en el razonamiento jurídico de los jueces españoles cuando afrontan un litigio internacional de carácter privado, sin olvidar que son también jueces de la Unión Europea. Después de resaltar el reducido alcance de la Codificación en Derecho internacional privado, el trabajo intenta clarificar por qué la interpretación en este campo es más compleja que en otros ámbitos jurídicos: fines internacionales pero medios básicamente estatales, enfoque de Derecho privado, desarrollo del Derecho internacional privado de la Unión Europea, son aspectos, entre otros, que serán analizados para explicar, en definitiva, el papel particularmente creativo de los jueces en la búsqueda de la justicia en el caso concreto. Finalmente, se presta atención a los diferentes elementos de la interpretación en Derecho internacional privado así como a los problemas del lenguaje jurídico y la traducción.

*Palabras clave:* Interpretación; Elementos de la interpretación; Derecho internacional privado; Derecho internacional privado de la Unión Europea.

## Abstract

This paper analyses legal interpretation in Private International Law. It focuses on the legal reasoning of Spanish judges when dealing with international disputes of a private nature, without forgetting that they are also European Union judges. After describing the reduced scope of Codification in Private International Law, the paper attempts to clarify why interpretation in this area is more complex than in other legal domains: international objectives but with basically national means, a Private Law focus and the development of European Union Private International Law are some of the aspects that will be assessed in order to explain, briefly, the very creative role of judges in looking for justice in each particular case. Finally, this paper deals with methods of interpretation in Private International Law as well as the problems of legal language and translation.

*Key words:* Interpretation; Methods of interpretation; Private International Law; European Union Private International Law.

Recibido: 01.09.2010

Aceptado: 01.10.2010

---

## I. Introducción. Peculiaridad de la codificación en Derecho internacional privado<sup>1</sup>

El presente trabajo es el resultado de una reflexión práctica, más que filosófica, acerca de la interpretación en un campo, el Derecho internacional privado (en adelante, "DIPriv"), que plantea problemas de interés para los cultivadores de la Filosofía del Derecho. En 2003, por ejemplo, Alain Papaux ha publicado en Suiza su "Essai philosophique sur la qualification juridique: de la subsumption à l'abduction. L'exemple du droit international privé"<sup>2</sup>. También el DIPriv acude a la Filosofía jurídica en busca de respuestas ajustadas a las peculiaridades de la disciplina. Resulta obligada aquí la mención de Henri Batiffol, internacionalista y filósofo del Derecho, cuya influencia se verificó especialmente a través de sus "Aspects philosophiques du droit international privé", obra publicada en 1956 y reeditada en 2002<sup>3</sup>.

El DIPriv ha sido considerado como una materia arcana<sup>4</sup>, y se ha comparado con "un pantano tenebroso, plagado de atoladeros estremecedores y habitado por sabios

---

<sup>1</sup> Al final del trabajo se recoge una relación de abreviaturas utilizadas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueden consultarse en <http://europa.curia.eu>

<sup>2</sup> Zúrich-Basilea-Ginebra, Schulthess.

<sup>3</sup> París, Dalloz.

<sup>4</sup> JESSURUN D'OLIVEIRA, Hans Ulrich, "The EU and a metamorphosis of Private International Law", en FAWCETT, James (ed.), *Reform and Development of Private International Law. Essays in honour of Sir Peter North*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 111.

pero excéntricos profesores que teorizan acerca de asuntos misteriosos en una jerga extraña e incomprensible”<sup>5</sup>. En su encuentro con el Derecho de la Unión Europea (en adelante, “UE”), se afirma que esta “ciencia de la maleza” da nacimiento a una vegetación particularmente lujuriosa, de manera que en la “jungla” resultante no es nada fácil orientarse<sup>6</sup>. Seguramente estas afirmaciones son exageradas, pero ponen llamativamente de relieve una realidad indiscutible: el DIPriv es una disciplina compleja. Esta complejidad conlleva, como es natural, dificultades adicionales de interpretación.

Los jueces españoles se quejan expresamente de la dificultad de su tarea en algunas ocasiones. Puede valer como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, “TS”) de 10.3.1993<sup>7</sup>: en ella se afirma que uno de los litigantes trata de “eludir la más rápida y precisa solución del litigio entablado, acudiendo a la legal pero complicada cuestión de los conflictos de leyes”, lo que incluso hace sospechar al Tribunal la existencia de un fraude de ley procesal y le lleva a protestar por el “laborioso examen” del motivo de casación que ha tenido que realizar. Recientemente, en una de las resoluciones dictadas en el marco del denominado asunto “Carrascosa”, al que más adelante se dedica atención, los magistrados de la Audiencia Provincial (en adelante, “AP”) de Valencia destacan la dificultad del caso que se les ha planteado<sup>8</sup>.

El punto de vista del órgano jurisdiccional es precisamente el utilizado, salvo excepciones, para el desarrollo de este trabajo. Aunque no se olvida que en Derecho hay algo más que litigios, ni que los litigios pueden resolverse recurriendo al arbitraje o por otros medios alternativos, adoptar la perspectiva del juez parece aconsejable por razones de claridad en la exposición. Se elige, por razones obvias, la perspectiva de un juez español, pero también se prestará atención al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “TJUE”)<sup>9</sup>. No puede ignorarse, por otro lado, que la Teoría General del DIPriv se ha construido sobre la base de la actuación de un juez o tribunal. En la evolución reciente de esta rama del Derecho, tiene cada vez mayor relevancia, además, la parte procesal (competencia judicial internacional, reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones extranjeras, auxilio judicial internacional), como consecuencia, sobre todo, de la elaboración de normas comunes en el ámbito europeo de integración<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> William L. Prosser. Citado por SIEHR, Kurt, “Kant and Private International Law” en EINHORN, Talia (ed.) *Liber Amiconum Ernst-Joachim Mestmäcker*, La Haya, TMC Asser Press, 2003, p. 343.

<sup>6</sup> LEQUETTE, Yves, “Préface”, en PULJAK, Marie-Paule, *Le droit international privé à l'épreuve del principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 11.

<sup>7</sup> RJA 1993, 1834.

<sup>8</sup> Auto de 15.6.2007. [www.caso-carrascosa.com](http://www.caso-carrascosa.com)

<sup>9</sup> Por razones de espacio, no se va a tratar en este trabajo de la interpretación en el TJUE ni, en particular, de la actuación del Tribunal en la resolución de asuntos de Derecho privado relacionados con la aplicación del Estatuto de los funcionarios de la UE.

<sup>10</sup> VISCHER, Frank, “New tendencies in European Conflicts of Laws and the influence of the U. S. doctrine” en NAFZIGER, James A. R. y SYMEONIDES, Symeon C., *Law and Justice in a multi-state world: essays in honor of Arthur T. von Mehren*, Nueva York, Transnational, 2002, p. 466.

En esta introducción es necesario resaltar también, finalmente, que el DIPriv es una disciplina menos elaborada, que sufre, en relación con las demás, un retraso en su grado de desarrollo. Siempre se han establecido relaciones entre particulares por encima de las fronteras, pero es en los últimos tiempos cuando la internacionalización de la vida de las personas ha impulsado de manera acelerada el avance y perfeccionamiento del DIPriv<sup>11</sup>. Cuando llega la Codificación, los legisladores cuentan con un bagaje doctrinal para elaborar un Código civil, no un Código de DIPriv. Son los códigos civiles, precisamente, los que recogen unas pocas, y poco precisas, reglas de DIPriv<sup>12</sup>. Es ineludible aquí la cita del Código francés de 1804, que contiene tres breves normas de conflicto de leyes: aplicación territorial de las leyes de policía y seguridad; ley de situación para los inmuebles; ley nacional para el estado y la capacidad (art. 3, todavía vigente). La consecuencia es clara: los jueces franceses siguen jugando un papel que han perdido en otras ramas del Derecho, y lo conservan en gran medida hasta la actualidad, lo que resulta paradójico en un país que cabe considerar como “exponente del Derecho codificado”<sup>13</sup>. En España cuando llega el Código se han expuesto ya las doctrinas de Savigny y Mancini, y se han alumbrado reglas en la jurisprudencia del TS (ley nacional en un estatuto personal concebido de modo muy amplio<sup>14</sup>), pero la regulación introducida en los art. 8 a 11, modificada en 1974, continúa siendo escasa y deja sin atender, por ejemplo, el sector de los contratos. La jurisprudencia va a tener también en el DIPriv español una relevancia muy especial.

Lo que interesa poner de relieve en este momento es que el juez, al enfrentarse a la resolución de problemas de DIPriv, actúa en cierto modo como el juez medieval en el momento en que nace la disciplina, y aplica lo que considera Derecho, pues no dispone de un Código racionalmente elaborado y supuestamente completo que dé respuesta a cualquier problema que pueda presentarse<sup>15</sup>. Los jueces franceses y españoles tienen que “encontrar” una regla para determinar, por ejemplo, la ley aplicable al contrato. En ambos casos van a buscar apoyo en la doctrina y, en su caso, en la propia jurisprudencia<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> En el último cuarto del siglo XX empiezan a elaborarse leyes especiales de Derecho internacional privado, que en algunos países (Bélgica, Bulgaria) se atreven a llamar “Código”. Parece que una especie de codificación llega al DIPriv justamente cuando otras ramas del Derecho privado se “descodifican”. La conveniencia de la codificación en los Estados miembros de la UE es discutible en el marco actual de desarrollo del DIPriv europeo.

<sup>12</sup> La Codificación en DIPriv no merece realmente ese nombre (GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *RCADI*, 2000, volumen 287, p 42).

<sup>13</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., “Sobre la vinculación del juez a la ley en Derecho internacional privado” en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, y otros, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, volumen 4, Madrid, Cívitas, 2003, p. 6312.

<sup>14</sup> Sentencia del TS de 6.11.1867 (PUENTE EGIDO, J., *Derecho internacional privado español: doctrina legal del Tribunal Supremo. 1841-1977*, Barcelona, EUNIBAR, 1981, p. 99).

<sup>15</sup> ARENAS GARCÍA, Rafael, “El Derecho internacional privado y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Universidad del País Vasco, 2007, p. 25-26.

<sup>16</sup> La sentencia del TS de 19.12.1930 entiende que la designación de la ley de Nueva York como ley aplicable al contrato se ajusta al “principio universal sancionado por el derecho internacional privado y especialmen-

La jurisprudencia, y también la doctrina, van a tener de este modo, y hasta nuestros días, un peso superior al que tienen en otros campos. En DIPriv, todavía más que en otras ramas del Derecho, cabe afirmar que “Derecho es en buena parte lo que hacen y deciden los jueces”<sup>17</sup>, y que en las sentencias se encuentra el Derecho “vivo”. En DIPriv se manifiesta con claridad, como se va a mostrar más adelante, el carácter creador de la tarea que se encomienda a los órganos jurisdiccionales, y puede afirmarse que, en la resolución de los litigios internacionales que se les presentan, los jueces y tribunales crean Derecho.

En el marco que se ha tratado de definir, puede comprenderse la posición peculiar que corresponde al DIPriv tanto en cuanto al legalismo de la etapa inmediatamente posterior a la Codificación, como en la discusión posterior acerca del justo equilibrio entre la vinculación del juez a la ley y la necesidad de que el juez disponga de un margen de libertad que asegure en el caso concreto una solución justa que satisfaga las necesidades de la persona y de la sociedad.

En los epígrafes siguientes se analizan, en primer lugar, las dificultades del lenguaje jurídico y de la traducción, a continuación los rasgos peculiares de la disciplina que complican la interpretación y dan mayor relieve al papel de los jueces y, finalmente, los criterios de interpretación en DIPriv.

## II. Dificultades del lenguaje jurídico en Derecho internacional privado.

### La traducción

La complejidad del DIPriv y el retraso en la elaboración de la disciplina explican las dificultades del lenguaje jurídico que aquí se van a analizar. El DIPriv necesita perfeccionar un lenguaje jurídico propio, pero debe hacerlo evitando excesos que lo hagan incomprensible<sup>18</sup>. Superar la oscuridad de las exposiciones constituye un verdadero reto para la doctrina internacionalista.

La oscuridad comienza en DIPriv por su propia denominación, hoy consagrada. De acuerdo con la opinión dominante, el “Derecho internacional privado” no es Derecho internacional; sí es Derecho privado. Entre las ramas del Derecho privado español, dejando a un lado exigencias semánticas, se encuentra el “Derecho internacional privado español”. Más adelante se extraerán las consecuencias de esta toma

---

te consignado en nuestras leyes desde la del Ordenamiento, que confirmó el artículo 1255 del vigente Código Civil” (PUENTE EGIDO, J., *Derecho...*, p. 1024). Ni el art. 1255, ni por supuesto el Ordenamiento de Alcalá, establecen la facultad de elegir la ley aplicable en un contrato internacional. Lo hará en 1974 el art. 10.5 del Código, que recoge el principio consagrado en el siglo XIX. En la sentencia de 1867 citada se afirma, en el contexto de un “derecho internacional privado que tiene el carácter de consuetudinario”, que la aplicación al extranjero de su ley personal es una “regla general admitida por las naciones, con ligera excepción”. Esta regla es calificada como “doctrina de Derecho internacional privado” en la sentencia del TS de 13.1.1885 (PUENTE EGIDO, J., *Derecho...*, p. 351).

<sup>17</sup> PUENTE EGIDO, J., *Derecho...*, p. VIII.

<sup>18</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Introducción al Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1997, p. 110.

de postura. Pero es que, además, las discrepancias tradicionales respecto del contenido de esta rama del Derecho exigen aclarar de qué se habla cuando se habla de “Derecho internacional privado”: según la doctrina mayoritaria, corresponde a éste la búsqueda de una reglamentación adecuada para la relación internacional entre particulares y, en el caso de que en ésta surja un litigio, una solución satisfactoria para el mismo, por lo que debe ocuparse de la ley aplicable, de la competencia judicial internacional, de los efectos de las resoluciones extranjeras y de las consecuencias que tiene la presencia de un elemento extranjero en el proceso<sup>19</sup>.

¿Relaciones “internacionales” y litigios “internacionales”? No se trata, naturalmente, de relaciones y litigios que afectan a los Estados y demás sujetos del Derecho internacional (Público). Se trata de relaciones establecidas entre particulares, personas físicas o jurídicas de Derecho privado o que actúan en calidad de tales, que tienen contacto con dos o más Estados, y de litigios nacidos en el marco de esas relaciones. En el caso del Derecho internacional privado no es aconsejable prescindir del segundo adjetivo de la denominación.

Es usual decir que el DIPriv se ocupa de los “conflictos de leyes y jurisdicciones”. La expresión puede sugerir la existencia de conflictos interestatales, lo que desde la perspectiva actual no es exacto, pero sigue utilizándose en la práctica, no obstante<sup>20</sup>, y, sobre todo, se ha reflejado en la denominación consagrada de la norma que determina la ley aplicable, la norma de conflicto.

En la elaboración doctrinal del DIPriv se ha adoptado normalmente, como ya se ha dicho, la perspectiva del órgano jurisdiccional. No puede extrañar, entonces, que sea usual el término “foro” en las exposiciones relativas a la disciplina. La expresión “ley del foro” (o “lex fori”) hace referencia, en principio, a la ley del juez estatal competente para resolver el litigio internacional. Pero esa expresión se utiliza también cuando la autoridad que interviene en un acto no es un juez o tribunal (notario, registrador,...) y puede utilizarse en la constitución de relaciones sin intervención de autoridad (celebración de un contrato internacional). En sentido amplio, “ley del foro” significa, por tanto, ley del país desde cuya perspectiva se busca la solución de un caso concreto. Pero no se agotan ahí los usos posibles del vocablo “foro”: los criterios utilizados en las normas de competencia judicial internacional, al igual que en las normas de competencia interna, se denominan también “foros” (por ejemplo, foro del Estado en el que el demandado se encuentra domiciliado).

Es especialmente importante precisar también el concepto de “ley nacional”, pues a veces se confunde con “ley del foro”. La regla tradicional establece, por ejemplo,

---

<sup>19</sup> Entre los Estados miembros de la UE se ponen de manifiesto diferencias en cuanto al significado de la expresión “Derecho internacional privado”, lo que obliga a hacer precisiones. Por ejemplo, el “Libro Verde” de la Comisión acerca de la transformación del Convenio de Roma de 1980 en instrumento comunitario y su actualización (Documento COM (2002) 654) entiende que debe definirla, y lo hace en el sentido indicado en el texto.

<sup>20</sup> Un ejemplo reciente en la sentencia del TS de 31.10.2007. TOL 1.174.758, FD 1º.

que en materia procesal se aplica la ley del foro: en España, la ley española. Nuestra lengua consiente que se hable en tal caso de que se aplica nuestra ley nacional, pero por razones de claridad es preferible no hacerlo. Las normas de conflicto utilizan la expresión “ley nacional” en el sentido de “ley del Estado al que la persona pertenece”: si la norma española remite a la ley nacional, esta remisión debe entenderse, por ejemplo, a la ley portuguesa si la persona concernida tiene nacionalidad portuguesa; a la ley española, si tiene nacionalidad española. Sólo en el segundo caso la ley designada es la ley del foro, en el primero, como es obvio, es una ley extranjera.

En el estado actual del DIPriv en España, por otra parte, sigue siendo insegura la terminología en el campo de la determinación del contenido y alcance del Derecho extranjero. La Ley de enjuiciamiento civil de 2000 (en adelante, “LEC”), aunque trata al Derecho extranjero como Derecho, continúa exigiendo la “prueba” del mismo (art. 281), y los jueces españoles siguen usando, naturalmente, este lenguaje procesal. Sin embargo, una vez que se admite la intervención judicial en dicha determinación y que ésta debe ajustarse a criterios, por un lado, de flexibilidad en cuanto a los medios a utilizar y, por otro, de libre valoración por parte del juez de los medios utilizados, no es ya adecuado hablar de prueba del Derecho extranjero. Se está poniendo de manifiesto, de ese modo, que el Derecho extranjero no puede ser tratado como hecho en el proceso y, por tanto, como ya dijo el TS en 1997, que el Derecho extranjero, más que probarse, se “acredita”<sup>21</sup>. La diferencia tiene relevancia: en la medida en que los jueces españoles se vayan alejando de un razonamiento en términos de prueba, más inclinados se sentirán a participar en la determinación del Derecho extranjero en el proceso. Esta determinación puede hacerse, por otra parte, en primera y segunda instancia e incluso en casación.

Otro término usual que requiere matizaciones es el de “exequátur”. Hace referencia literalmente a la ejecución, pero el procedimiento que termina con el otorgamiento o denegación del exequátur no es un procedimiento de ejecución: es el procedimiento en cuyo marco un órgano jurisdiccional competente verifica el cumplimiento de los requisitos exigidos para que una resolución extranjera produzca efectos en el foro; si esa resolución goza de efecto ejecutivo en el Estado de origen, podrá ser ejecutada en el foro, una vez obtenido el exequátur, por los cauces establecidos para la ejecución de sentencias; a falta de efecto ejecutivo, tras el exequátur la resolución puede producir en el foro efecto de cosa juzgada o constituirse en título inscribible en un registro público. Otras dificultades derivan de los últimos avances del DIPriv en este punto. En un primer momento, se pretende reducir la exigencia de

---

<sup>21</sup> Sentencia del TS de 3.3.1997. RJA 1997, 1638. Hace una interpretación literal del derogado párrafo segundo del art. 12.6 del CC. El avance apuntado en esta decisión, sin embargo, no se ha consolidado en la jurisprudencia, que mantiene, salvo en casos excepcionales como el señalado, una clara continuidad que no se ve afectada en lo esencial ni siquiera por los cambios legislativos. Por ejemplo, en la sentencia de 30.4.2008 (W. RJ 2008, 2685. FD 3º) se considera que el Derecho extranjero es una cuestión de hecho que debe probarse, lo que reproduce casi literalmente lo afirmado en la antes citada de 13.1.1885.

exequátur a los supuestos en los que se solicita precisamente la ejecución. En el marco de la Unión Europea, se plantea como objetivo final la supresión de la exigencia incluso para los casos en que se pretende la ejecución, y en esa línea se han alcanzado algunos logros.

Pero las principales dificultades terminológicas atañen, probablemente, al concepto de orden público. Este concepto jurídico indeterminado se utiliza en las distintas ramas del Derecho en muy diversos sentidos. En lo que interesa al DIPriv, se habla en la práctica de “normas de *orden público*” en sentido interno, de “leyes de *orden público*” en el sentido del DIPriv, y de “excepción de *orden público*”.

Las primeras son normas imperativas del Derecho privado de los Estados que no admiten pacto en contrario. A ellas se refieren los art. 6.2 y 1255 del Código civil (en adelante, “CC”). La aplicación de estas reglas a las relaciones internacionales depende, normalmente, de que el Derecho del foro sea aplicable. Si es aplicable un Derecho extranjero, debe descartarse en principio la aplicación de las mismas y aplicar ese Derecho, incluidas sus normas imperativas. Las reglas del CC sobre legítimas, por ejemplo, son normas de orden público en este sentido: siendo aplicable el Código, las legítimas deben ser respetadas; cuando no es aplicable el Derecho español, hay que atenerse, en su caso, a las reglas del ordenamiento extranjero que responde al principio de libertad de testar. Así lo ha entendido el TS, sin justificarlo, en la sentencia de 15.11.1996<sup>22</sup>. Dado que algunos Derechos civiles españoles desconocen la institución de la legítima, no sería razonable afirmar que la protección de determinados parientes en la sucesión testamentaria es un principio fundamental del Derecho español<sup>23</sup>.

Algunas normas imperativas del Derecho privado de los Estados extienden, sin embargo, su imperatividad a las relaciones internacionales, de manera que en su ámbito de aplicación no se admite la intervención de normas de conflicto ni, en consecuencia, la remisión a una ley extranjera. La defensa de un interés particularmente relevante explica, por ejemplo, que la Ley de protección jurídica del menor de 1996 se aplique “a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad” (art. 1). Estas normas de aplicación general han sido tratadas por parte de la doctrina como “leyes de orden público” y se alude a ellas como “leyes de policía” en el artículo 8 del CC (“Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”). Ninguna de estas denominaciones es satisfactoria. La primera produce inevitablemente confusión. La segunda procede, como se ha visto, del Derecho francés, y es aún más equívoca. Sin embargo, las “leyes de policía” han encontrado acogida en el Derecho de la UE: en

<sup>22</sup> FD 8º, inciso final. RJA 1996, 8212.

<sup>23</sup> Son también normas imperativas, en este sentido, las que establecen la mayoría de edad o las reglas de prescripción: no se aplican, en principio, a las relaciones internacionales.

primer lugar, sin definición, en el art. 7 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, “CR 80”); la definición llega jurisprudencialmente, en un asunto relativo a la normativa belga de protección de los trabajadores, en la sentencia “Arblade”<sup>24</sup>; finalmente, el legislador comunitario ha recogido en lo sustancial esta jurisprudencia en el art. 9 del Reglamento “Roma I” (en adelante, “RRI”), que sustituye al CR 80<sup>25</sup>.

En las ocasiones en que, finalmente, es necesario excluir la aplicación de la ley extranjera designada por la norma de conflicto, porque su aplicación produciría un resultado manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento del foro, se recurre en DIPriv a la “excepción de orden público”<sup>26</sup>. A ella se refiere el art. 12.3 del CC: “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”. Por ejemplo, según doctrina reiterada, tanto en el TS como en la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, “DGRN”), el varón marroquí no puede contraer matrimonio en España si está ya casado, aunque ese matrimonio se permita en su ley nacional, en principio aplicable.

En aras de la claridad y la coherencia en la terminología podría actualmente denominarse a las primeras “normas materiales imperativas” y a las segundas “normas materiales internacionalmente imperativas”. A falta de una alternativa más adecuada, podrían reservarse los términos “orden público” para la excepción contemplada en último lugar.

Para referirse a la excepción de orden público, la Ley de adopción internacional de 28 de diciembre de 2007 alude al “orden público internacional español”, expresión sin precedentes en la normativa española (art. 23, 31 y 34). La terminología que en este trabajo se propone presenta, de un lado, la ventaja de destacar que la exclusión de la ley extranjera designada por la norma de conflicto debe ser excepcional y, de otro, evita los inconvenientes destacados al tratar de la denominación de la disciplina.

Los tribunales españoles afirman en ocasiones que las normas de conflicto son “normas de orden público”<sup>27</sup>. Con los mismos objetivos señalados, mejor harían si afirmarían que dichas normas son normas imperativas que se aplican de oficio (art. 12.6 del CC).

Para terminar con el análisis de las dificultades suscitadas por los términos utilizados, puede ser útil una referencia a los reglamentos europeos. El problema afecta a todas las ramas jurídicas, pero tiene una incidencia especial en DIPriv, como en

<sup>24</sup> Sentencia del TJUE de 23.11.1999, asuntos C-369/96 y 376/96, ap. 30. El art. 3 del Código civil belga ha sido derogado por el Código de Derecho internacional privado de 2004.

<sup>25</sup> “1. 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”.

<sup>26</sup> La excepción opera igualmente para denegar efectos en España a las resoluciones y actos extranjeros.

<sup>27</sup> Por ejemplo, la sentencia de la AP de Castellón de 15.7.2009. W. AC 2009, 1876.

seguida se comprobará. En el Derecho español se distinguen, de la forma conocida, las leyes de los reglamentos. Los reglamentos adoptados por la UE en el campo del DIPriv son leyes en sentido material que gozan de primacía sobre el Derecho español<sup>28</sup>. Al “transformarse” el Convenio de Bruselas de 1968, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (en adelante, “CB 68”), en el Reglamento europeo 44/2001 (conocido como “Bruselas I”), se ha podido ver en ese paso un desarrollo del Convenio por el Reglamento (en adelante, “RBI”), lo que naturalmente es erróneo<sup>29</sup>. El Reglamento sustituye al Convenio en virtud de la atribución a las instituciones europeas de una competencia legislativa de la que antes carecían.

Pero antes de analizar las peculiaridades del DIPriv y su incidencia en la interpretación, son convenientes unas consideraciones sobre la traducción jurídica, que tiene obviamente una relevancia especial en esta rama del Derecho. Los documentos de cualquier naturaleza redactados en una lengua extranjera tienen normalmente que traducirse para que puedan ser tenidos en cuenta en España por un juez, funcionario, etc. Los textos de los convenios internacionales deben igualmente traducirse al español cuando no hay versión auténtica en esta lengua (por ejemplo, los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado). Se ha suscitado en este sentido un problema muy peculiar, al que se trata de poner remedio, en el caso de los convenios que tienen un texto español diferente en unos y otros Estados<sup>30</sup>. El Derecho de la UE, ordenamiento multilingüe (son ya veintitrés las lenguas oficiales), vive con especial intensidad esta necesidad de traducir textos legislativos, jurisprudenciales, etc.<sup>31</sup>.

Las dificultades en lo relacionado con la traducción son conocidas. La traducción jurídica se encuentra con obstáculos particulares, y no es difícil que induzca a errores en la práctica: si en la traducción de la ley de otro Estado aparece la palabra “tutela”, por ejemplo, puede entenderse que se refiere a la tutela tal y como esta institución se entiende en el foro, pero no siempre va a ser así<sup>32</sup>. No puede perderse de vista en

<sup>28</sup> Hay que lamentar que no prosperara el buen criterio de los redactores del fracasado “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa” de 2004: los reglamentos pasaban a llamarse “leyes europeas” y las directivas “leyes marco europeas”; se establecía una nueva categoría de “reglamentos” para denominar a los actos no legislativos de ejecución (art. I-33).

<sup>29</sup> Por ejemplo, Auto de la AP de Granada de 22.9.2006. W. JUR 2007, 184462.

<sup>30</sup> BORRÁS, Alegría y GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *Recopilación de los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-2007)*, 2ª ed. revisada y puesta al día, Madrid, Marcial Pons, 2008. La primera edición se publicó en 1996. Las versiones auténticas de los convenios de La Haya se redactan actualmente en francés y en inglés. La obra citada contiene traducciones que se ponen a disposición de los Estados de lengua española con el carácter de recomendación.

<sup>31</sup> Que el Derecho de la Unión Europea, incluidas las sentencias del TJUE, se redacte desde un principio en las lenguas de todos los Estados miembros muestra la trascendencia política que se atribuye al proceso de integración y singulariza a la UE entre las organizaciones internacionales (FENET, Alain, “Diversité linguistique et construction européenne”, *RTDE*, 2001, 2, p. 238). En el caso particular de las sentencias del TJUE puede ser útil tener presente que la versión original es la redactada en francés, lengua de trabajo del Tribunal.

<sup>32</sup> Sentencia del TS de 21.6.1991. RJ 1991, 4570.

ningún caso que el texto que se toma en consideración es una traducción, que debe ser utilizada con la máxima prudencia.

Estas dificultades de la traducción jurídica se ponen vivamente de manifiesto cuando se ponen en contacto ordenamientos pertenecientes a diferentes familias jurídicas. Ciertos términos de la lengua inglesa, que sirven para denominar instituciones extrañas fuera del mundo anglosajón, se han considerado intraducibles: en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado se ha elaborado el Convenio de 1 de julio de 1985 sobre la ley aplicable al “trust” y a su reconocimiento, no en vigor para España; también el RBI utiliza sin traducir el término “trust” (art. 5.6, 23.4 y 5, 60.3). En ocasiones se opta también por no traducir términos que aparentemente tienen una traducción fácil, pero que puede inducir a confusión: en el Reglamento sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (conocido como “Bruselas II”, en adelante “RBII”) se hace referencia al “domicile” en el sentido del Derecho del Reino Unido y de Irlanda (art. 3, 6, 7). En este ámbito, resulta conveniente en la práctica no traducir la expresión “public notary”, pues el “notario público” de los países anglosajones es a veces un mero legitimador de firmas, no cumple una función equivalente a la del notario del modelo latino, como el notario español.

La frecuente relación con los sistemas de Derecho musulmán da lugar a dificultades semejantes en el caso, por ejemplo, de la institución de protección de menores denominada “kafala”, a la que luego se vuelve. El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, sobre responsabilidad parental y medidas de protección de los menores, todavía no en vigor en España, usa el término “kafala”, sin traducir, en los art. 3 y 33.

En el contexto descrito, cabe resaltar, para terminar, la utilidad en DIPriv de ciertas expresiones latinas que, en la medida en que se pueden considerar consagradas, no necesitan traducción. Una referencia a la regla “locus regit actum”, por ejemplo, es siempre clara: se aplica a la forma de un acto jurídico la ley del lugar de celebración<sup>33</sup>.

### III. Dificultades particulares y mayor libertad del juez en la interpretación en este ámbito

El DIPriv presenta entre las distintas ramas del Derecho unos rasgos peculiares, en cierta medida ya apuntados, que propician una mayor libertad del juez en el tratamiento de los asuntos propios de esta disciplina. Conviene tratarlos ahora, antes de

<sup>33</sup> Acerca del uso del latín en el TJUE y de la relevancia de esa lengua en la creación progresiva de un Derecho común europeo, MASSON, Antoine, y DUPARC-PORTIER, Pascale, “Usages et réflexivité du latin à la Cour de justice des Communautés européennes”, *RTDE*, 2007, 4. Se destaca, en particular, que dicho uso es más frecuente en las observaciones de las partes y en las conclusiones de los Abogados Generales que en las sentencias del Tribunal, que se muestra prudente en este aspecto. Un buen ejemplo en el asunto “Tacconi” (sentencia de 17.9.2002, asunto C-334/00): el Abogado General Geelhoed utiliza las expresiones “accessorium sequitur principale”, “actor sequitur forum rei”, “neminem laedere” y “culpa in contrahendo”, esta última usada también por una de las partes (ap. 28, 31, 49 y nota 4).

afrontar el estudio de los criterios de interpretación. El panorama que se dibuja, sin duda complejo, ha llevado a la profesora Gaudemet-Tallon a utilizar las imágenes del arco iris (bello, pero difuso) y del funámbulo sobre el alambre (que tiene que guardar el equilibrio sin pausa, pero sin precipitación) para ilustrar su curso general en la Academia de La Haya<sup>34</sup>.

### III.1. Carácter estatal del Derecho internacional privado

El DIPriv no es, como se ha dicho, Derecho internacional. En él sólo es internacional el objeto: la relación que tiene contacto con dos o más Estados y, en su caso, el litigio que nace en esa relación. La reglamentación de las relaciones internacionales se afronta desde el sistema de DIPriv elaborado por cada Estado, y la resolución de los litigios internacionales se busca a través de los órganos jurisdiccionales estatales. Para René David, usar instrumentos internos para resolver cuestiones internacionales es como intentar la cuadratura del círculo<sup>35</sup>. La inevitable tensión entre lo internacional (fines) y lo estatal (medios), en el complejo contexto actual, conduce a Marc Fallon a preguntarse si el DIPriv padece esquizofrenia<sup>36</sup>. Las soluciones son estatales y, por tanto, no van a ser siempre buenas soluciones para problemas que son internacionales. El DIPriv no encuentra siempre una buena solución y debe contentarse, modestamente, con la mejor de las soluciones posibles para el caso planteado.

El carácter relativo de las respuestas se comprueba con rotundidad en los casos de las relaciones “claudicantes” y del “forum shopping”. Por el carácter estatal de las normas de conflicto, pueden ser distintas las leyes aplicables a una relación. Un matrimonio, por ejemplo, puede ser válido en un Estado pero inexistente en otro: se trataría de un matrimonio claudicante. Del mismo modo, el carácter estatal de las normas de competencia judicial internacional explica que para resolver un litigio puedan ser competentes los órganos jurisdiccionales de dos Estados, lo que abre la puerta al “forum shopping”: las partes tienen que plantearse en qué Estado les resulta más conveniente litigar; como no siempre estarán de acuerdo en este punto, puede ocurrir que demanden en Estados diferentes y que se dicten dos sentencias, de eficacia territorialmente limitada, sobre el mismo asunto. Aunque sea más raro, puede ocurrir también que ningún órgano jurisdiccional estatal se considere competente para dirimir un litigio internacional. No hay, evidentemente, un órgano jurisdiccional superior que pueda dar respuesta a estas situaciones. Finalmente, pueden aparecer situaciones claudicantes en el caso en que no se reconocen los efectos de una

---

<sup>34</sup> GAUDEMÉT-TALLON, Hélène, “Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel)”, *RCADI*, 2005, volumen 312, p. 23.

<sup>35</sup> Citado en JUENGER, Friedrich K., “The *lex mercatoria* and Private International Law”, *RDU*, 2000, 1, p. 177.

<sup>36</sup> FALLON, Marc, “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté Européenne”, *RCADI*, 1995, volumen 253, p. 26.

sentencia extranjera: las mismas personas que están divorciadas en un Estado siguen casadas en otro, por ejemplo.

Nadie duda de la necesidad de evitar, en lo posible, estas deficiencias. Al legislador le compete, desde luego, acometer su tarea sin descuidar esta perspectiva. Pero a todo aplicador del Derecho le corresponde también, en su propio ámbito de competencia, tratar de encontrar la solución deseable.

Aunque no lo exija una norma legal, el autorizante de un matrimonio puede advertir a los contrayentes, si la relación tiene contacto con otro Estado, de la posibilidad de que el matrimonio sea inválido en éste, o de que su régimen de bienes sea regido por distintas leyes: fácil es, por ejemplo, contraer además de un matrimonio religioso uno civil; en la medida en que esté permitido, pueden determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Esta actuación preventiva evita, sin duda, la aparición de relaciones claudicantes y de futuros litigios. Ante un matrimonio claudicante, cabe invocar la protección constitucional de la familia para evitar en lo posible sus peores consecuencias<sup>37</sup>.

Mediante el recurso a la excepción de litispendencia internacional, progresivamente aceptada por los jueces españoles, pero carente de regulación en el Derecho español, pueden evitarse muchas de las mencionadas situaciones de multiplicación de litigios: el juez se declara provisionalmente incompetente si resulta probable (nunca es seguro) el reconocimiento de los efectos de la sentencia que va a dictarse en el pleito extranjero iniciado en primer lugar. En supuestos de probada mala fe procesal (se presenta la demanda, por ejemplo, con el único fin de retrasar o impedir el reconocimiento de la futura sentencia extranjera), los jueces españoles pueden abstenerse de conocer al amparo del art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, "LOPJ"). Se ha planteado también la posibilidad de una actuación preventiva en los casos en que el juez goza de competencia pero constata que los órganos jurisdiccionales de otro Estado se encuentran, dadas las circunstancias, en una posición más favorable para resolver el litigio. La declaración de incompetencia en este caso, practicada por los jueces anglosajones ("forum non conveniens"), tropieza

---

<sup>37</sup> En el ámbito del Derecho público, el Tribunal Constitucional alemán (sentencia de 30.11.1982) ha declarado que la protección constitucional del matrimonio y la familia exige reconocer el derecho a una pensión de viudedad a la esposa en el caso de un matrimonio, celebrado en Alemania ante un sacerdote británico, entre un militar de esa nacionalidad y una mujer alemana, válido en el Reino Unido, pero inválido en Alemania por el carácter obligatorio del matrimonio civil en este país (LAGARDE, Paul, Nota, RCDIP, 1985, p. 429). Se discute la aplicación del mismo criterio a los aspectos de Derecho privado (KINSCH, Patrick, "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", RCADI, 2005, volumen 318, pp. 119-127). En cualquier caso, el reconocimiento de situaciones válidamente constituidas conforme a un Derecho extranjero es una de las líneas que se destacan en la evolución actual del DIPriv, especialmente en la UE (LAGARDE, Paul, "Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures", RZ, 2004, 2, p. 227). En la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 4.5.1971, la protección del derecho constitucional mencionado conduce, sin embargo, a la celebración de un matrimonio claudicante, de acuerdo con el Derecho español entonces vigente, entre un español y una alemana divorciada (PUENTE EGIDO, José, "Comentarios sobre una sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana", ADI, 1975, volumen II, p. 725-752).

en el Derecho español con el principio de legalidad<sup>38</sup>. La sumisión de las partes a los tribunales de un Estado, en los ámbitos en que se admite, favorece, en este sentido, la resolución del pleito por un solo juez estatal.

En los supuestos en los que el juez constata, por otro lado, que no goza de competencia, pero que resulta imposible o muy gravoso el acceso a los tribunales de otros Estados, se propone la declaración de competencia para evitar la denegación de justicia. Este “foro de necesidad” plantea igualmente dificultades desde la perspectiva del principio de legalidad, pero se ha utilizado ya en algún caso por los jueces españoles<sup>39</sup>.

En cuanto a los efectos de la sentencia extranjera, el sistema español es un sistema abierto, favorable a que esos efectos se produzcan, por lo que resulta procedente una interpretación restrictiva de los requisitos establecidos, como lista cerrada, para el reconocimiento y la declaración de ejecutividad.

En la práctica hay que contentarse con la mejor solución posible, como se ha dicho. Pero el legislador no puede resignarse y debe acometer las necesarias reformas para el perfeccionamiento del DIPriv. Un verdadero perfeccionamiento requiere, no obstante, compromisos interestatales que de algún modo “internacionalicen” las soluciones que se dan en los diferentes Estados. El convenio ha sido el cauce tradicional. Ahora, en el marco de la UE, los reglamentos y otros actos de las instituciones. Por este camino se puede superar, al menos entre ciertos Estados y para determinados ámbitos materiales, la relatividad de las soluciones: la ley aplicable se aplica por un solo juez estatal cuya sentencia produce efectos en otros Estados.

De las normas españolas, convencionales y europeas se va a tratar en seguida. Antes parece oportuno analizar la relatividad del razonamiento jurídico en DIPriv, consecuencia de su carácter estatal.

### III.2. Relatividad del razonamiento jurídico

Se ha afirmado ya el carácter relativo de las soluciones que aporta el DIPriv. Si el asunto planteado se analiza, por ejemplo, desde la perspectiva española, se alcanza la solución española, que puede coincidir o no con la que se alcanzaría desde la perspectiva de otro Estado con el que la situación tenga contacto. El razonamiento jurídico que conduce a esas soluciones es también relativo, como es natural. Es esencial para todos los aplicadores del Derecho “situarse”, adoptar la perspectiva de razonamiento adecuada. El mismo razonamiento puede ser correcto o erróneo según el

---

<sup>38</sup> De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, el “forum non conveniens” es incompatible con la reglamentación ahora contenida en el Reglamento “Bruselas I” (Sentencia de 1.3.2005, “Owusu”, asunto C-281/02). El legislador de la UE ha autorizado la “remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto” en el art. 15 del RBII.

<sup>39</sup> Sentencia de la AP de Murcia de 12.5.2003. W. AC 2003, 1676. El legislador de la UE ha autorizado el uso de un “forum necessitatis” en el art. 7 del Reglamento sobre alimentos (en adelante, “RA”), todavía no plenamente aplicable.

punto de vista adoptado; distintos razonamientos pueden ser necesarios para afrontar un caso concreto desde diferentes puntos de vista. Se pone bien de relieve, por ejemplo, en un asunto ya mencionado en que se desarrollan pleitos en Maryland y en España: el TS rechaza la invocación por una de las partes de la doctrina de los actos propios, al entender que no actúa la parte contraria en contra de sus propios actos por hacer uso de argumentos jurídicos distintos en dicho Estado norteamericano y en España<sup>40</sup>.

Particulares dificultades para situarse, en este sentido, se han experimentado en los frecuentes litigios relativos a los trabajadores de la Administración del Estado en el exterior. En el caso de un contrato de trabajo sometido a la ley israelí, la trabajadora al servicio del Consulado General de España en Jerusalén considera de aplicación en su demanda salarial el Reglamento relativo a los funcionarios públicos del Estado de Israel<sup>41</sup>. En otro asunto, un trabajador de la Embajada de España en Turquía reclama una pensión de jubilación del Sistema de Seguridad Social español al amparo de la normativa turca de Seguridad Social<sup>42</sup>. Estimada la demanda presentada por una trabajadora de la Embajada en Argentina, en un supuesto de despido, el Abogado del Estado recurre sosteniendo la incompetencia de los tribunales españoles, criterio que, a pesar de su falta de fundamento legal, es compartido por el TSJ en su sentencia; el recurso para la unificación de doctrina es finalmente estimado por el Tribunal Supremo<sup>43</sup>. Parece claro que la normativa de un Estado extranjero sobre funcionarios se aplica a los funcionarios del mismo, que las prestaciones de la Seguridad Social española sólo pueden regirse por el Derecho español y, por último, que los tribunales españoles son indiscutiblemente competentes para conocer de un asunto laboral en el cual la demandada es la Administración española.

En la práctica española ha sido frecuente tratar las relaciones y litigios internacionales como si fueran internos, ignorando el elemento extranjero, lo que se debe, en primer lugar, a estas dificultades. En el asunto que da lugar a la sentencia del TS de 10.6.2005, se achaca incongruencia a la sentencia de la AP porque, según el recurrente, se desestima la demanda por falta de prueba del Derecho belga, que no ha sido alegado por ninguna de las partes. El Tribunal desestima el motivo: una vez que se pone de relieve el elemento extranjero en el proceso, y en la medida en que las normas de conflicto se aplican de oficio, no cabe hablar de incongruencia entre sentencia y demanda<sup>44</sup>. En el caso resuelto por el TS en la sentencia de 4.7.2007, el elemento de extranjería no se pone de manifiesto hasta la casación<sup>45</sup>; en el resuelto

<sup>40</sup> Sentencia del TS de 15.11.1996. FD 7<sup>o</sup>.

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, "TSJ") de Madrid de 10.10.2005. El Juzgado de lo Social aplica la norma invocada. W. AS 2005, 2933.

<sup>42</sup> El asunto llega al Tribunal Constitucional (en adelante, "TC"). Auto de 4.11.2004. W. RTC 2004, 422.

<sup>43</sup> Sentencia del TS (Social) de 29.9.1998. W. RJ 1998, 8554.

<sup>44</sup> W. RJ 2005, 6491.

<sup>45</sup> TOL 1.113.014.

por el mismo Tribunal el 30.4.2008, ocurre en segunda instancia<sup>46</sup>. Si en el supuesto de 2005 el TS hace una especie de aplicación conjunta del Derecho belga, conocido según parece por el Tribunal, y del Derecho español, pues ambos conducen al mismo resultado, en los dos últimos el TS aplica Derecho español por desconocimiento del Derecho extranjero aplicable<sup>47</sup>.

Puede comprobarse así, en segundo lugar, que ignorar el elemento extranjero evita la aplicación de las normas de DIPriv y, en su caso, del Derecho de otro Estado, lo que simplifica considerablemente la resolución del litigio<sup>48</sup>. En la aplicación del Derecho extranjero, concretamente, es necesario un cambio de perspectiva: las reglas extranjeras deben aplicarse, en la medida de lo posible, como las aplicaría el juez del Estado correspondiente. A este criterio debe ajustarse la aplicación, más en particular, de las normas de conflicto extranjeras en caso, por ejemplo, de reenvío (art. 12.2 del CC): los conceptos jurídicos contenidos en las mismas deben interpretarse en general conforme al Derecho extranjero, aunque no coincidan con los conceptos españoles. Esta precisión tiene gran trascendencia en el caso del domicilio, pues lo que se entiende por tal en el Derecho privado varía notablemente de unos Estados a otros. De los problemas que plantea la aplicación del Derecho extranjero se trata más adelante.

La resolución de un juez extranjero tiene que valorarse desde el punto de vista español, por otra parte, cuando se pretende que dicha resolución produzca efectos en España al amparo, concretamente, de la reglamentación contenida en la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 (en adelante, "LEC 1881"). En particular, debe decidirse si la declaración de competencia judicial internacional adoptada por ese juez es apropiada, no excesiva. Un elemento determinante para resolver, aunque no en todos los casos, es la aplicación por el juez extranjero de un criterio de competencia también contemplado en la LOPJ: si los tribunales españoles son competentes, en materia de obligaciones contractuales, cuando el contrato debe cumplirse en España, tiene que valorarse como adecuada la actuación de un tribunal extranjero que se ha declarado competente para dirimir un litigio sobre un contrato que tiene que cumplirse en el Estado extranjero correspondiente<sup>49</sup>.

### III.3. Normas españolas, convencionales y europeas

Para todas las ramas del Derecho español puede afirmarse que las normas tienen tres orígenes: unas, obviamente, son las normas españolas; otras se han elaborado en

---

<sup>46</sup> TOL 1.311.945.

<sup>47</sup> En la sentencia del TS de 27.12.2006 (W. RJ 2006, 9907. FD 2º) se afirma que el pago del servicio prestado es "de seguro" una obligación básica de acuerdo con el Derecho extranjero aplicable, que no ha sido probado. No son raras las argumentaciones de este tipo en la jurisprudencia española.

<sup>48</sup> En los asuntos mencionados de 2007 y 2008 se evita entrar en los problemas de DIPriv que plantean las uniones de hecho internacionales y el "trust" de finalidad sucesoria, carentes de regulación legal.

<sup>49</sup> Sentencia de la AP de Madrid de 12.2.2008. TOL 1.295.939.

el contexto de las relaciones internacionales que entabla el Estado español; y finalmente, otras han nacido en el ámbito del proceso de integración europea<sup>50</sup>. Esta confluencia de normas españolas, convenios internacionales y Derecho de la UE tiene, sin embargo, una relevancia particular, dado su objeto, en DIPriv<sup>51</sup>.

El DIPriv vigente en España es cada vez más Derecho europeo, lo que tiene consecuencias importantes para la actuación de los jueces españoles. La vinculación entre juez y ordenamiento se debilita, no hay ya *una* ley del foro, pues el juez español es también juez de la UE<sup>52</sup>. En su faceta de juez europeo debe tener en cuenta, en primer lugar, la necesidad de una interpretación adecuada de los conceptos utilizados por las normas del DIPriv de la UE: si se ha definido el concepto por la norma, y/o ha sido precisado en la jurisprudencia del TJUE, a esa definición y/o precisiones debe atenerse el juez español, aunque no coincidan con el contenido del concepto en el Derecho español (interpretación autónoma o europea de los conceptos). Por ejemplo, debe entenderse por resolución, en la aplicación del RBI, lo que como tal se define en su art. 32: “cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado miembro con independencia de la denominación que recibiere, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquidare las costas del proceso”. En la jurisprudencia cabe destacar que se ha establecido una definición autónoma de “materia civil y mercantil”, por ejemplo<sup>53</sup>. El TJUE ha considerado, en general, y en aras de la interpretación uniforme, que los conceptos utilizados por el RBI son conceptos autónomos, cuyo significado debe de precisarse de acuerdo con los objetivos y sistema del propio Reglamento, no mediante una remisión al Derecho de los Estados miembros<sup>54</sup>. Sólo si el texto europeo lo permite puede el juez español utilizar el concepto español. Ante la falta de acuerdo al respecto, el RBI no define, por ejemplo, un concepto clave en el régimen que establece, el domicilio de la persona física: para determinar si una persona física está domiciliada en un Estado miembro se aplica la ley de éste (art. 59).

El juez español debe tener en cuenta, en segundo lugar, que corresponde al TJUE, dentro del ámbito de aplicación de los Tratados, el control de la actuación de los órganos jurisdiccionales. El Tribunal goza para ello de las competencias que se le han atribuido, en particular, por lo que se refiere al DIPriv, de la competencia para resolver las cuestiones prejudiciales de interpretación que le planteen los jueces y tribunales de los Estados miembros (art 267 del Tratado de Funcionamiento de la

<sup>50</sup> El Derecho de la UE es el ordenamiento de una organización internacional de integración. No es Derecho estatal, naturalmente, pero tampoco Derecho internacional.

<sup>51</sup> Acerca de la “eclosión” del DIPriv de la UE, BORRÁS, Alegría, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *RCADI*, 2005, volumen 317, p. 524.

<sup>52</sup> ARENAS GARCÍA, Rafael, “El Derecho...”, p. 81.

<sup>53</sup> Sentencia del TJUE de 15.2.2007, “Lechouritou”, asunto C-292/05, ap. 29 y siguientes. Desde el punto de vista español es necesario destacar que el RBI se aplica al contrato de trabajo.

<sup>54</sup> Sentencia del TJUE de 28.4.2009, “Meletis Apostolides”, asunto C-420/07, ap. 41.

Unión Europea, en adelante “TFUE”). En la cuestión prejudicial no hay recurso ante un tribunal jerárquicamente superior que determine la solución a dar al asunto planteado: el Tribunal determina la interpretación ajustada al Derecho de la UE, interpretación a la que debe atenerse el juez estatal en su resolución. La jurisprudencia así establecida, sobre el alcance de un concepto, o sobre el uso de la excepción de orden público<sup>55</sup>, por ejemplo, vincula a todos los jueces de los Estados miembros de la UE<sup>56</sup>. No se sigue, sin embargo, el sistema de precedente, por lo que nada impide plantear una nueva cuestión prejudicial invitando al Tribunal a una modificación o matización de su propia jurisprudencia. En el Derecho español, como es sabido, la jurisprudencia no es vinculante, pero el Tribunal Supremo puede casar una sentencia inferior que se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida.

También las normas contenidas en convenios internacionales deben recibir una interpretación autónoma que permita alcanzar los objetivos previstos, pero no hay en este caso un tribunal que pueda exigirla, estableciendo una jurisprudencia vinculante para los jueces y tribunales de los Estados parte.

De la interpretación de las normas europeas, convencionales y españolas se va a seguir tratando. Ahora queda resaltar la complejidad del sistema de normas de DIPriv cuya interpretación y aplicación se encomienda a los jueces y tribunales españoles: normas elaboradas en momentos muy diferentes, de distintos orígenes y redactadas con distintos lenguajes jurídicos, sujetas a criterios diversos de interpretación y de control de su aplicación. Las normas españolas se encuentran dispersas, además, por muy diversos textos legales. No se ha llegado a elaborar una Ley de Derecho internacional privado, y el momento actual, caracterizado por el desarrollo del DIPriv de la UE, no resulta quizás el más apropiado para ello.

Cabe destacar, en este punto, la vigencia en España de las modernas reglas europeas de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras junto a normas internas de siglo y medio de antigüedad. Las primeras suponen el paso más avanzado que el Derecho internacional privado ha dado en el sector mencionado. Las segundas, contenidas en la LEC 1881, pero que fueron tomadas por ésta, con escasas modificaciones, de la Ley homónima de 1855, por avanzadas que fueran en el momento de su promulgación, no se ajustan a las circunstancias actuales. Sólo se ha alterado la regla de competencia judicial en el procedimiento de exequátur: si en el siglo XIX se atribuyó, por fundadas razones, al Tribunal Supremo, ahora se ha atribuido a los Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de lo Mercantil<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Sentencia del TJUE de 28.3.2000, “Krombach”, asunto C-7/98, ap. 21-23.

<sup>56</sup> Se confunden en ocasiones el TJUE, institución de la UE, con sede en Luxemburgo, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, institución del Consejo de Europa, con sede en Estrasburgo. Las competencias de uno y otro tribunal y el valor de sus sentencias son, como se sabe, diferentes.

<sup>57</sup> Leyes de 23 de diciembre de 2003 y 3 de noviembre de 2009. Con la reforma de urgencia de 2003 se ponía fin a una situación anómala que obligaba a solicitar, por ejemplo, el exequátur de una sentencia francesa ante el Tribunal Supremo o ante el Juzgado de Primera Instancia, dependiendo de si era relativa al régimen económico de un matrimonio (aplicación del régimen general) o si se trataba de una condena por incumplimiento de un contrato (aplicación del RBI).

Los jueces españoles tienen que elegir la regla aplicable de entre las normas europeas, convencionales y españolas vigentes, lo que no es tarea fácil. Deben tener muy presente, en especial, que los convenios internacionales son aplicables directamente desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y que los reglamentos de la Comunidad Europea lo son a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. En caso contrario, puede considerarse aplicable una norma interna formalmente vigente pero que ha sido sustituida, parcial o incluso totalmente, por la norma convencional o europea. Es relativamente frecuente, en este sentido, la aplicación de los art. 10.5 (contratos en general) y 10.6 (contrato de trabajo) del CC, que han quedado desplazados en buena medida con la entrada en vigor en 1993 del CR 80<sup>58</sup>. A veces se invocan tanto el texto desplazado como el que lo ha sustituido<sup>59</sup>. En otras ocasiones aplican cumulativamente los textos europeos o convencionales, por un lado, y los internos por otro<sup>60</sup>. Esta práctica, que parece responder a un deseo de dar una motivación más sólida a la resolución, en los casos en los que unas y otras reglas conducen en principio a un mismo resultado, no es acertada, pues puede hacer olvidar las peculiaridades de la interpretación en unos y otros ámbitos y, en especial, la necesidad de las actuaciones mencionadas de los jueces españoles, como jueces comunitarios, en la aplicación del Derecho de la UE. Los jueces deben atender también con especial cuidado a las reglas que establecen el ámbito de aplicación de estos textos, cuya utilización no es siempre sencilla, pues de otro modo pueden aplicar un tratado o reglamento equivocado, o aplicar la normativa interna siendo de aplicación un convenio o reglamento o viceversa. Aunque puede tenerse por superado el viejo recelo de los jueces españoles respecto de las normas de origen no español, la complejidad del sistema puede dar lugar a errores en la práctica<sup>61</sup>.

Elegida la norma aplicable, los jueces españoles se van a encontrar, en medio de esa disparidad, con la necesidad de interpretar y aplicar reglas de contenidos muy variados. Un buen ejemplo es seguramente el de las reglas aplicables para el caso de que la norma de conflicto española remita al Derecho de un Estado en que conviven dos o más ordenamientos jurídicos (remisión a un Estado plurilegislativo). El art. 12.5 del CC busca la solución en las normas que en el Estado en cuestión se hayan elaborado para la solución de los conflictos internos. Algunos convenios internacionales

<sup>58</sup> Sentencia del TS (Social) de 14.5.2003. TOL 276.332. FD 3º.

<sup>59</sup> Sentencia del TSJ de Cataluña de 8.4.1998. AS 1998, 2056. Para el Tribunal (FD 2º), el art. 6 CR 80 concreta la norma del art. 10.6 CC.

<sup>60</sup> Por ejemplo, sentencia de la AP de Barcelona de 5.4.2006. W. JUR 2006, 236937. Aplica la LOPJ y el RBI para determinar el criterio a seguir en caso de pluralidad de demandados.

<sup>61</sup> En la sentencia de la AP de Valencia de 16.3.2004 (W. JUR 2004, 174797. FD 2º), por ejemplo, se equivoca el tribunal cuando entiende que, por no ser aplicable el RBII en Dinamarca, no se aplica este Reglamento en un litigio matrimonial por ser danés uno de los cónyuges. En algunos casos, los jueces siguen experimentando resistencia a aplicar textos de origen no español: en la sentencia del TSJ de Madrid de 3.6.1999 (W. AS 1999, 1956. FD 2º) se tacha de "ininteligible" al art. 6 del CR 80. La redacción puede no ser muy afortunada, pero es inteligible.

vigentes se atienen al mismo criterio (Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, art. 16); otros buscan la solución a través de las propias normas de conflicto del convenio (Convenio de La Haya de 1971 sobre ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera, art. 12); unos terceros combinan las dos respuestas (Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, art. 36 y 37). En el Derecho europeo la respuesta se da mediante las mismas normas de conflicto en los Reglamentos RRI y “Roma II” (en adelante, “RRII”) según disponen los art. 22.1 y 25.1. Ante este panorama, y tratándose de un terreno especialmente difícil, no es raro que los jueces españoles se sientan desorientados y opten en general por resolver el problema sin decir cómo lo hacen: aplican, por ejemplo, el Derecho inglés sin justificar por qué no se aplican el escocés o el irlandés<sup>62</sup>.

### III.4. Relaciones internacionales e intraeuropeas

Desde la óptica del DIPriv, se han distinguido siempre relaciones internas e internacionales: las primeras son las que se localizan completamente dentro de las fronteras de un Estado; en las segundas se ponen en contacto dos o más Estados. La reglamentación de estas últimas se complica por la necesidad de determinar la ley aplicable y, en caso de litigio, el juez competente.

En el contexto de un mundo globalizado, la relación internacional ha perdido ahora su anterior carácter excepcional, lo que permite afirmar que la distinción entre relación interna e internacional se debilita<sup>63</sup>. O, lo que viene a ser lo mismo, que en la relación internacional pueden diferenciarse grados de internacionalidad: según la mayor o menor intensidad del contacto con el foro, la relación será “más o menos internacional”. Por ejemplo, en la sentencia del TS de 21.6.1991, ya mencionada, se señala que la menor necesitada de protección es, a la luz de las circunstancias, “más española que holandesa”<sup>64</sup>. Se trata de una afirmación de carácter sociológico que destaca la escasa internacionalidad de la relación jurídica y la intensidad de la conexión del supuesto con España. Aunque el Tribunal no entra en el fondo, por motivos procesales, está poniendo así de manifiesto la inadecuación del punto de conexión nacionalidad para determinar la ley aplicable en determinadas materias, como la protección de menores. En el momento en que se dicta la sentencia está en vigor en España el Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores, que permite aplicar la ley de la residencia habitual del menor, conexión más ajustada a las necesi-

<sup>62</sup> Sentencia del TS de 23.9.2002. W. RJ 2002, 8029.

<sup>63</sup> ARENAS GARCÍA, Rafael, “El Derecho...”, p. 31. Un análisis detenido de las causas en GAUDEMET-TALLON, “Le pluralisme...”, p. 36 y siguientes.

<sup>64</sup> FD 1<sup>o</sup>. La menor es hija de padres holandeses y goza de la nacionalidad holandesa, pero ha nacido en Malasia, donde trabajaba su padre, y reside en España desde los cuatro años. En la actualidad, comienza a hablarse de personas “expátridas”, personas que desarrollan una vida nómada, cosmopolita, sin conectarse de hecho con ningún Estado (GAUDEMET-TALLON, “Le pluralisme...”, p. 29).

dades actuales de la vida internacional de las personas, que se mueven con una facilidad desconocida en tiempos anteriores<sup>65</sup>.

La intensidad mayor o menor del contacto de la relación con el foro ha permitido modular la intervención del orden público. En el campo más conocido, se suele afirmar que un varón extranjero casado no puede contraer matrimonio en España, aunque se lo permita su ley nacional, pero que si el matrimonio se ha celebrado anteriormente en otro país puede producir ciertos efectos en España: puede reconocerse el derecho del hijo a obtener alimentos de su padre, por ejemplo, pero no puede inscribirse la unión en el Registro Civil. La exclusión, en su caso, de la aplicación de la ley extranjera conlleva normalmente la aplicación del Derecho español, lo que se justifica precisamente por el contacto que la relación presenta con España.

Desde el punto de vista de la competencia judicial internacional, se sugiere que las reglas deben atribuir competencia para todos los litigios suficientemente conectados con el foro y sólo para éstos. En la práctica, no es fácil alcanzar una reglamentación tan acabada que evite las situaciones mencionadas al tratar del foro de necesidad y del “forum non conveniens”: casos razonablemente conectados para los que el juez no goza de competencia y casos no suficientemente conectados para los que, en cambio, goza de ella.

En la actualidad, como consecuencia del desarrollo del Derecho de la UE, se interpone entre las dos categorías anteriores, relaciones internas e internacionales, una tercera, las llamadas hasta ahora relaciones intracomunitarias y que pueden denominarse en la actualidad relaciones internas europeas o intraeuropeas<sup>66</sup>. Junto al Derecho español, que rige naturalmente en el territorio español, está vigente el Derecho de la UE, cuyo ámbito de aplicación territorial se define en el art. 355 del TFUE de manera que se incluye, en particular, todo el territorio español.

La UE, al igual que los Estados, ha establecido en su Derecho privado reglamentaciones imperativas de carácter protector que precisan una delimitación, legal o jurisprudencial, de su ámbito de aplicación en el espacio. Por ejemplo, las directivas europeas en materia de consumo exigen a los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para asegurar la aplicación de las reglas protectoras, aunque se designe como ley aplicable la de un tercer Estado, siempre que el contrato tenga un vínculo estrecho con el territorio de uno de los Estados miembros de la UE<sup>67</sup>. A falta de regla en la correspondiente directiva, en la sentencia “Ingmar” el TJUE ha seguido el mismo criterio respecto de la protección comunitaria del agente comercial: el

<sup>65</sup> La reglamentación del Convenio trata de simplificarse a través de un nuevo Convenio, de 1996, que cuando entre en vigor en España sustituirá al de 1961.

<sup>66</sup> Sobre las dificultades de la distinción, BORRÁS, “Le droit...”, p. 346.

<sup>67</sup> El art. 67 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Texto refundido de 16.12.2007) contiene la transposición española, en la que se concretan algunos supuestos de “estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo”, referencia territorial adecuada en la medida en que el Derecho europeo del consumo se aplica también en Islandia, Noruega y Liechtenstein (Acuerdo de Oporto de 2.5.1992 por el que se crea el Espacio Económico Europeo).

contacto estrecho puede derivar, en particular, del hecho de que el agente desarrolle su actividad en el territorio de un Estado miembro, cualquiera que sea la ley a la que las partes hayan sometido el contrato<sup>68</sup>. Ahora sólo interesa poner de relieve la aparición del espacio europeo, junto al espacio estatal, como nuevo espacio jurídico. Sobre el recurso a la técnica de los vínculos más estrechos se vuelve más adelante.

Por lo que se refiere al DIPriv de la UE, es necesario distinguir dos situaciones. Los reglamentos sobre ley aplicable, por ejemplo el RRI (art. 2) se aplican con carácter universal, a todas las relaciones jurídicas distintas de las internas. Los reglamentos sobre competencia judicial y reconocimiento de decisiones son aplicables, en cambio, a las relaciones que, con arreglo a lo establecido por los mismos, pueden denominarse relaciones intraeuropeas, de manera que se deja para el DIPriv de los Estados miembros la reglamentación de las relaciones internacionales propiamente dichas. Pero determinar en concreto hasta dónde se aplica un reglamento y qué campo queda, por ejemplo, para el DIPriv español no es siempre sencillo. Especiales problemas plantea en este sentido la determinación del ámbito de aplicación de las diferentes clases de reglas que contiene el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia (en adelante, "RI")<sup>69</sup>. Definida por el "RI" la situación intraeuropea de insolvencia, sobre la base, en términos generales, de que el deudor tenga su centro de intereses principales en la UE, queda indirectamente definida la situación internacional, cuya reglamentación corresponde al legislador español. Éste, por razones de coherencia sistemática, aunque propiamente no estaba obligado a hacerlo, se ha ajustado en todo lo posible al Derecho europeo al establecer las normas de DIPriv de la Ley Concursal (art. 10, 11 y 199-230), que se aplicarán cuando el deudor tenga su centro de intereses principales fuera de la UE. Se ha evitado así un incremento adicional de la complejidad del sistema de normas de DIPriv aplicable a la insolvencia internacional<sup>70</sup>.

No debe terminarse este epígrafe sin precisar que el pluralismo jurídico no acaba en la consideración de los ordenamientos estatales y de la UE. Existen, como se sabe, ordenamientos no estatales, entre los cuales destaca, desde el punto de vista español, el Derecho canónico. El Ordenamiento de la Iglesia puede hacerse presen-

---

<sup>68</sup> Sentencia del TJUE de 9.12.2000, asunto C-391/98, ap. 25. La ley de California se ha elegido como ley aplicable por las partes, una sociedad con domicilio en California y otra, la agente, con domicilio en el Reino Unido.

<sup>69</sup> Por ejemplo, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, de 10.10.2008, se aplican las normas sobre competencia internacional del Reglamento a una situación interna (W. AC 2009, 375).

<sup>70</sup> Sobre el "RI", VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, Cívitas, 2004. Las diferencias introducidas en la reglamentación de las situaciones europeas, respecto de las internacionales, deben estar siempre justificadas en virtud de las necesidades del proceso de integración: el grado de confianza entre los Estados miembros permite, por ejemplo, el establecimiento de un régimen muy flexible para el reconocimiento de las resoluciones judiciales (VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., "Estado de origen vs. Estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho internacional privado", en "Pacis artes": obra homenaje al profesor Julio D. González Campos, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2005, volumen II, p. 1790).

te, por su naturaleza no territorial y ámbito universal, en las relaciones internacionales e intraeuropeas. En el segundo caso cabe destacar que, en virtud de lo previsto en el art. 63 del RBII, las resoluciones de los tribunales eclesiásticos que declaren la nulidad de un matrimonio canónico, siempre que gocen de eficacia civil en España, Italia, Malta o Portugal de acuerdo con los Tratados entre estos Estados y la Santa Sede, son reconocidas en los demás Estados de la Unión Europea en las condiciones establecidas para las resoluciones civiles, es decir, sin necesidad de exequátur. Puede afirmarse, por tanto, que las resoluciones eclesiásticas que han alcanzado la eficacia civil en España extienden así potencialmente su eficacia a todo el espacio jurídico de la UE<sup>71</sup>.

### III.5. Carácter privado del Derecho internacional privado

Prevalece hoy, como se ha dicho, una concepción del DIPriv como rama del Derecho privado orientada a satisfacer las necesidades de las personas que intervienen en las relaciones internacionales. Estas necesidades son, en principio, las mismas que se plantean en las correspondientes relaciones internas. Por ejemplo, en toda situación de crisis familiar, interna o internacional, hay que buscar la mejor respuesta posible para la protección de los derechos e intereses de los hijos y de los padres, tanto en los aspectos personales como en los patrimoniales. Por eso puede decirse que el razonamiento en DIPriv debe ser ante todo un razonamiento de Derecho privado. No obstante, hay que tener en cuenta también que ese razonamiento se efectúa en un contexto de pluralidad de Estados, cada uno con su propio ordenamiento y sus propios jueces y tribunales, siendo éstos los únicos competentes para la ejecución de resoluciones en el territorio correspondiente. El razonamiento de Derecho privado debe realizarse desde una óptica internacional. Se ha podido hablar por ello de la “doble lógica” del DIPriv<sup>72</sup>.

En el delicado terreno de la sustracción internacional de menores, el caso “Carrascosa”, antes mencionado, es quizá buena muestra de las graves consecuencias que puede tener la ausencia de esa doble perspectiva. Los tribunales españoles no aplican bien el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción (en adelante, “CLH 80”). Aciertan cuando consideran que la menor tiene en el momento del secuestro residencia habitual en Nueva Jersey, pero se equivocan al entender que el traslado no es ilícito. El padre norteamericano goza, por atribución de pleno derecho conforme al Derecho de ese Estado, del derecho relativo al cuidado de la menor y, en particular, del de decidir sobre su lugar de residencia, por lo que tiene derecho de custodia en el sentido del CLH 80, y lo ejerce efectivamente. El Convenio protege ese

<sup>71</sup> EZQUERRA UBERO, José Javier, “Las sentencias canónicas de nulidad matrimonial en el Reglamento de la Comunidad Europea de 29 de mayo de 2000” en *Iglesia, Estado y sociedad internacional. Libro-homenaje a D. José Giménez y Martínez de Carvajal*, Madrid, Universidad San Pablo-CEU, 2003, p. 112-129.

<sup>72</sup> VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “Estado de origen...”, p. 1788.

derecho, como parece natural, incluso en el caso del padre separado que lo ejerce, en virtud de acuerdo entre los progenitores, durante los fines de semana y períodos vacacionales. El traslado de la menor a España por su madre española es ilícito porque infringe ese derecho. Si los tribunales españoles hubieran apreciado la ilicitud del traslado conforme al Derecho aplicable, habrían ordenado la restitución de la niña a Nueva Jersey, según dispone el CLH 80, y así se habría podido evitar una situación muy perjudicial para la misma.

¿Pretenden proteger el Juzgado y la AP de Valencia a la madre española? Si es así, se equivocan también, pues el interés más relevante es aquí sin duda el de la menor, que en lo posible debe seguir manteniendo contacto con su padre y con su madre en el Estado de su residencia habitual, como por otra parte aconseja el psicólogo de dicho Juzgado. En las resoluciones españolas subyace quizá una perspectiva inapropiada de conflicto entre Estados, cuando lo que existe es un conflicto entre padres separados con elementos internacionales<sup>73</sup>. Sin embargo, esa perspectiva de conflicto interestatal se extiende de algún modo a la madre, que entiende que el conflicto se ha resuelto en España a su favor y se presenta ante los jueces norteamericanos, en el marco del procedimiento de divorcio allí iniciado, invocando las resoluciones españolas que ella entiende que le otorgan la custodia de su hija. Ignora, sorprendentemente, que la atribución de la custodia se está discutiendo ante los tribunales de Nueva Jersey y, sobre todo, que ha sido procesada por secuestro y desobediencia a las órdenes judiciales. El resultado es conocido: la negativa de la madre a devolver a su hija a los Estados Unidos ha determinado su detención y posterior condena a catorce años de prisión. La niña ha permanecido en España, a cargo de sus abuelos maternos, y no se relaciona con ninguno de sus progenitores. Situación insatisfactoria, desde el punto de vista internacional, por la falta de armonía de las soluciones española y norteamericana. Y, sobre todo, situación lamentable desde la perspectiva del Derecho privado<sup>74</sup>.

Conviene recordar, finalmente, que la distinción entre Derecho público y privado es relativa y cambia con el tiempo. No puede hoy desconocerse la relevancia de la intervención estatal en sectores como el Derecho de los menores. Tampoco la presencia de intereses públicos en la resolución adecuada, por ejemplo, de las situaciones de insolvencia. Estas precisiones valen para las relaciones internacionales como para las internas<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> La AP considera que la madre ha actuado en el ejercicio del derecho fundamental a la libre circulación y residencia que la Constitución reconoce a los españoles (auto de 17.1.2006. W. JUR 2007, 129967. FD 3º). La conducta antijurídica contra la que los Estados luchan por medio del CLH 80 se interpreta por el Tribunal como ejercicio de un derecho fundamental.

<sup>74</sup> Intentando evitar la condena penal, se han producido negociaciones entre representantes de los dos Estados afectados, lo que es inusual en DIPriv. El acuerdo propuesto a los progenitores (en esencia, la niña se queda en España al cuidado de su madre con un amplio régimen de visitas para su padre) ha sido rechazado por la madre.

<sup>75</sup> RUTGERS, Jacobien W., "The Rule of Reason and Private Law or the Limits to Harmonization" en SCHRAUWEN, Annette (ed.), *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, 2005, p. 149.

### III.6. Las normas de conflicto y de competencia judicial internacional como normas localizadoras

En DIPriv se utilizan normas localizadoras con dos objetivos distintos, aunque relacionados: para la designación de la ley aplicable, las normas de conflicto; para la determinación del juez competente, las normas de competencia judicial internacional. No deben confundirse unas con otras, pues pueden utilizar criterios de localización diferentes. En un litigio sucesorio, por ejemplo, son competentes los tribunales españoles si el causante tuvo su domicilio último en territorio español; aplicarán la ley francesa si era francés en el momento del fallecimiento. Puntos de conexión y criterios de competencia judicial internacional pueden coincidir, pero no siempre coinciden. Las confusiones no son raras en la práctica<sup>76</sup>.

Aunque la adecuada distinción entre “ius” y “forum” es imprescindible, por tanto, para alcanzar la respuesta correcta a un problema de DIPriv, no pueden ignorarse las ventajas que presenta la aplicación por el juez estatal de su propio Derecho. Esa coincidencia entre juez y ley puede alcanzarse de manera espontánea por la actuación de las normas aplicables en el caso concreto. En caso contrario, cabe que las partes, al menos en ciertos ámbitos, elijan el juez y/o la ley para lograr el mismo resultado, evitando así la aplicación de un Derecho extranjero. En un contrato internacional, caso más significativo, las partes pueden decidir que las controversias derivadas del mismo se resuelvan ante los tribunales de un determinado Estado y que éstos apliquen su propia ley<sup>77</sup>. Como una manifestación más de la concepción del DIPriv como rama del Derecho privado, la autonomía de la voluntad se extiende en la actualidad, aunque con limitaciones, a otros ámbitos distintos del contractual. En España, por ejemplo, a los efectos del matrimonio<sup>78</sup>.

Uno de los rasgos peculiares de las normas de conflicto y de competencia judicial internacional reside en que el supuesto, primero de sus elementos, se fija en ellas por medio de conceptos jurídicos, lo que plantea el problema de la calificación. En el caso concreto, es necesario determinar, por ejemplo, si la responsabilidad es contractual o extracontractual, lo que puede comportar consecuencias distintas en el juez competente y la ley aplicable<sup>79</sup>. Esta calificación es una operación de carácter jurídi-

<sup>76</sup> El TS, en la sentencia ya citada de 29.9.1998, corrige el error cometido por el TSJ al interpretar como normas de competencia judicial internacional las normas de conflicto de los art. 10.6 CC y 6 CR 80. Es aplicable una ley extranjera por el lugar de prestación de los servicios, pero como la Administración española demandada tiene su domicilio en España son competentes los tribunales españoles (art. 25.1º LOPJ).

<sup>77</sup> En un litigio contractual entre sociedades española y francesa, que se han sometido a los tribunales franceses y han elegido como aplicable la ley francesa, la Audiencia Provincial de Madrid (sentencia de 17.5.2005. W. JUR 2005, 166439) considera digno de protección el interés de la parte española demandada en que el litigio se dirima en Francia, pues evita la prueba del Derecho francés en España.

<sup>78</sup> Desde 1990, a falta de ley personal común, la ley aplicable es la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio (art. 9.2 CC).

<sup>79</sup> En la sentencia “Tacconi”, ya citada, se califica como extracontractual la responsabilidad derivada del precontrato (ap. 24-26).

co, por lo que cabe afirmar que la calificación contenida en la demanda no vincula al juez<sup>80</sup>.

En las situaciones jurídicas internacionales puede ser necesario un “ensanchamiento” de las categorías internas. Para determinar, por ejemplo, si una “adopción” constituida en el extranjero puede ser inscrita como adopción en el Registro Civil español, la DGRN ha elaborado una doctrina en virtud de la cual la adopción “extranjera” debe cumplir una función sustancialmente equivalente a la de la adopción española, lo que se concreta en el cumplimiento de tres requisitos: primero, que produzca los mismos efectos de la filiación por naturaleza; segundo, que por la adopción se extingan los vínculos jurídicos entre el adoptado y la familia de origen; y, tercero, que no quepa revocación por la voluntad de las partes<sup>81</sup>. En el marco así definido, las diferencias no sustanciales que puedan existir entre el ordenamiento extranjero y el español son, en este sentido, irrelevantes. Cabe hablar, en consecuencia, de la existencia de un concepto de adopción particular para el tratamiento de las situaciones internacionales, que es más amplio que el concepto puramente español. Fuera de dicho marco, no es posible la inscripción. La “kafala” del Derecho musulmán, por ejemplo, en la medida en que sólo obliga al constituyente a hacerse cargo del menor y procurarle manutención y educación, no puede “valer” como adopción. Sin embargo, en virtud del mismo criterio funcional, la constitución de una “kafala” puede ser tenida en cuenta a efectos de acogimiento del menor.

En las normas de conflicto y de competencia judicial estatales la calificación se efectúa en principio, con arreglo al Derecho del foro (lo establece expresamente para las primeras el art. 12.1 del CC). Sin embargo, como se ha visto, para que tales normas puedan cumplir su función deben interpretarse extensiva (o “internacionalmente”) los conceptos utilizados<sup>82</sup>. Puede ser necesario también recurrir al Derecho de otro Estado para comprender el alcance de una institución extraña como la “kafala” o el “trust”. El Derecho comparado se constituye así, naturalmente, en un elemento auxiliar imprescindible para lograr el resultado óptimo en tales operaciones. La calificación puede ser difícil en el caso particular, pero no imposible, en la medida en que los sistemas estatales de Derecho privado son respuestas particulares a problemas que son, sin embargo, universales: adecuada protección de los menores, utilización de los bienes materiales, intercambio de bienes y servicios, etc.<sup>83</sup>.

Las normas de conflicto y competencia judicial internacional contienen, en segundo lugar, un criterio de localización que suele denominarse “punto de con-

<sup>80</sup> Sentencia del TS de 31.10.2007. TOL 1.174.758. FD 2º.

<sup>81</sup> Resolución-Circular de la DGRN de 15.7.2006. La doctrina registral ha sido acogida en la mencionada Ley de adopción internacional (art. 26.2).

<sup>82</sup> El TS ha hecho también una interpretación “internacional” del término “sentencia” utilizado en el art. 951 LEC 1881. Ha incluido en el mismo resoluciones de divorcio de alcaldes o notarios, siempre que éstos cumplan una función equivalente en lo esencial a la que cumple el juez español en un procedimiento de divorcio (Autos de 12.5.1998 y 24.11.1998. W. RJ 1998, 4344 y 9226).

<sup>83</sup> BATIFFOL, Henri, *Aspects...*, p. 43-47. Sobre el papel del Derecho comparado, más ampliamente, KIIKERI, Markku, *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Dordrecht, Kluwer, 2001, p. 94.

ción” en las primeras y “foro” en las segundas. Cuando tiene carácter jurídico, como en el caso del domicilio, se plantea un problema próximo al de la calificación, que en las normas estatales se resuelve también, en general, conforme al Derecho del foro. La excepción es la nacionalidad: en la medida en que cada Estado tiene competencia exclusiva para determinar quiénes son sus nacionales, no hay otro camino para determinar si una persona tiene una nacionalidad que acudir al Derecho del Estado que la otorga.

Un problema particular de interpretación surge cuando la norma de conflicto remite a la ley del Estado con el que la situación presenta los vínculos más estrechos. Se trata de un concepto abierto cuya concreción se deja al juez con la finalidad de que éste pueda dar la mejor solución en las circunstancias del caso. La técnica llega a España, en el marco de la búsqueda de mayor flexibilidad de las soluciones en DIPriv, a través del Derecho de la UE, concretamente con el CR 80, que la recoge para determinar la ley aplicable en defecto de elección por las partes en el contrato (art. 4). Su uso puede facilitar, desde luego, el logro de una resolución justa del litigio, pero a costa de la seguridad jurídica. En el paso del Convenio al RRI, el nuevo art. 4 representa un intento de reforzar la previsibilidad de las soluciones: el contrato de compraventa de mercaderías, por ejemplo, se rige por la ley del país donde el vendedor tiene su residencia habitual, pero si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, se aplicará la ley de éste<sup>84</sup>.

No se mantiene la analogía entre las normas de conflicto y las normas de competencia judicial internacional más allá del supuesto y del factor de localización. La aplicación de las reglas de competencia conduce a la declaración de competencia o incompetencia de los tribunales del Estado en que se ha presentado la demanda. Si se declara la incompetencia, el litigio ha concluido en dicho Estado. Si el juez se considera competente, aplica las normas de conflicto, que remiten al Derecho del foro o al Derecho de otro Estado. En este último caso, el juez tiene que continuar con la tramitación del litigio aplicando la correspondiente ley extranjera, pero antes debe precisar si la remisión es a la ley material o si la remisión incluye las normas de conflicto, remisión global que puede dar lugar a un reenvío. La regla española del art. 12.2 del CC admite el reenvío cuando el Derecho designado por la norma de conflicto extranjera es el español, pero deja abiertas cuestiones como la de los campos en que puede operar.

En los tres aspectos señalados, los reglamentos europeos y convenios internacionales añaden reglas que tratan de facilitar la interpretación uniforme. Se han visto ya algunas al tratar de la interpretación por el juez español del Derecho de la UE. Por lo que se refiere a la interpretación de los conceptos del supuesto de la norma de conflicto, por ejemplo, el art. 1 del Convenio de La Haya de 1971 define lo que se

<sup>84</sup> Se hace uso también de la técnica en el RRII sobre obligaciones extracontractuales (art.4, entre otros).

entiende por “accidente de circulación por carretera” a los efectos de determinar en este ámbito la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual. En la determinación del domicilio de la persona jurídica como foro de competencia judicial internacional, se produce un cambio significativo en el paso del CB 68 al RBI: si el primero se remitía al DIPriv del foro (art. 53), el segundo contiene una definición, aunque muy amplia: se entiende que la persona jurídica está domiciliada “en el lugar en que se encuentre: a) su sede estatutaria; b) su administración central; c) su centro de actividad principal” (art. 60). Por último, cabe destacar que los reglamentos y convenios rechazan, en general, el reenvío. Ciertos convenios de La Haya, como el recién mencionado, remiten a la “ley interna” de los Estados, expresión inexacta a través de la cual se quiere precisar el carácter material de la remisión.

En cuanto a la designación de una ley extranjera como aplicable, han sido ya aludidos los principales problemas que suscita. El Derecho de otro Estado es siempre un elemento extraño en el foro, ajeno al sistema jurídico propio, por lo que ocupa inevitablemente una situación de inferioridad. El juez normalmente no lo conoce, por lo que hay que recurrir a medios de acreditación que permitan alcanzar un conocimiento suficiente de su contenido e interpretación. Una vez alcanzado ese conocimiento razonable, debe aplicarlo tal y como lo aplicaría el juez del Estado correspondiente, lo que no resulta fácil pues el juez, por un lado, tiene una formación jurídica básicamente estatal y, por otro, aplica su propio Derecho procesal. Ni en el mejor de los casos el juez del foro se sentirá tan seguro como en la aplicación del propio ordenamiento. Si el Derecho extranjero no se aplica, por desconocimiento, o se aplica mal, los objetivos previstos por la norma de conflicto no pueden lograrse. Aquí reside seguramente la principal debilidad del DIPriv.

La admisión del recurso de casación por infracción de ley extranjera ha planteado tradicionalmente dificultades relacionadas con la consideración de la ley extranjera como hecho y con la misión de garantizar la interpretación uniforme del Derecho español atribuida al TS. Una vez modificados estos presupuestos, la jurisprudencia es ahora favorable a admitirlo, pero no cabe ignorar que el TS ocupa aquí una posición peculiar, que le puede resultar incómoda: mientras que en la resolución de los recursos por infracción del Derecho español el Tribunal decide soberanamente cuál es la correcta interpretación de la norma, cuando se recurre por infracción de un Derecho extranjero está tan sujeto a los criterios de interpretación establecidos en el Estado extranjero como los demás órganos jurisdiccionales españoles<sup>85</sup>.

### III.7. Libertad del juez

En el tratamiento de la casación que acaba de hacerse se observa que el TS hace evolucionar el DIPriv en ausencia de norma al respecto. En páginas anteriores han

<sup>85</sup> Sentencia del TS de 4.7.2006, FD 2º. W. RJ 2006, 6080.

aparecido otros casos de laguna legal que los tribunales llenan de la manera que estiman más adecuada al caso concreto, como la litispendencia internacional. A ellos cabe añadir, por ejemplo, la carencia de reglas sobre sumisión a los tribunales de un Estado extranjero o sobre el Derecho aplicable en caso de desconocimiento de la ley extranjera o no aplicación de la misma por razones de orden público<sup>86</sup>. En el DIPriv español se deja todavía hoy a los jueces la resolución de cuestiones tan importantes como las mencionadas, y en muchas de ellas no se ha consolidado un criterio jurisprudencial en el TS.

Pero si los jueces gozan en el ámbito del DIPriv de un grado notable de libertad en su actuación no es sólo por el menor desarrollo de la disciplina. En la interpretación de ciertos conceptos, por ejemplo, los jueces disfrutaban inevitablemente de un amplio margen de actuación. Se ha tratado ya de la excepción de orden público: aunque el legislador trate aquí de sujetar dicho margen a ciertos límites, en definitiva sólo los jueces pueden decidir, en cada época, si el resultado al que conduciría la aplicación de una ley extranjera es *manifiestamente incompatible* con los principios *fundamentales* del ordenamiento del foro<sup>87</sup>.

En otros supuestos el propio legislador, a la vista de las dificultades que encuentra para dar la solución justa, establece criterios abiertos, flexibles, que dejan esa solución justa en manos del juez. Se ha analizado también antes la técnica de los vínculos más estrechos en la determinación de la ley aplicable, cuyo uso implica dejar al juez dicha determinación a la luz de la relevancia, apreciada más cualitativa que cuantitativamente, de los contactos de la relación en particular con cada uno de los Estados afectados<sup>88</sup>.

Las peculiaridades del DIPriv destacadas en este epígrafe explican que los jueces lleguen incluso a ignorar, a veces, la norma establecida por el legislador. ¿La conside-

<sup>86</sup> La sentencia de la AP de Madrid de 28.9.2000 (W. AC 2000, 1656) aplica al divorcio de dos iraníes la ley de la residencia habitual, ley española, en lugar de su ley nacional común, contraria al orden público español, en virtud de una aplicación analógica de los puntos de conexión sustitutivos del art. 107 del CC. A la analogía se ha recurrido también para dar solución a las situaciones en las que se atribuye competencia judicial internacional a los jueces españoles pero no hay un criterio de competencia interna que permita determinar el concreto juez español competente: en materia de divorcio, por ejemplo, y con referencia expresa al art. 4 del CC, en la sentencia de la AP de Madrid de 21.2.1997 (W. AC 1997, 234. FD 2<sup>o</sup>).

<sup>87</sup> Hay acuerdo actualmente acerca de la imposibilidad de elaborar una lista de supuestos en los que procede hacer uso de la excepción de orden público. Puede ser útil, sin embargo, acompañar con ejemplos las cláusulas generales de orden público, como se hace en el RRII en cuanto a la asignación de daños o intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva (considerando 32).

<sup>88</sup> En la sentencia del TSJ de Canarias de 21.3.2003 (W. AS 2003, 3836) se considera, en virtud de este criterio, recogido en el art. 6 CR 80, que es aplicable la ley española a un contrato de embarque celebrado entre un trabajador español y residente en España y una sociedad mixta hispanomarroquí constituida para la explotación del banco sahariano. Las reglas de flexibilización vigentes en España, como se ha visto, tanto en la designación de la ley aplicable como en las respuestas a los problemas del “forum non conveniens” y del foro de necesidad, son en todos los casos obra del legislador europeo. El legislador español, hasta el momento, no se ha mostrado favorable a la introducción de reglas de este tipo: para resolver la tensión entre justicia y seguridad jurídica, opta por la segunda. También en RRI (considerandos 20 y 21) y RRII (art. 4.3) se incluyen orientaciones o ejemplos que pueden ser útiles para la determinación de los vínculos más estrechos.

ran inapropiada, por ejemplo por su antigüedad, para resolver el problema suscitado? No aplican, como ya se ha dicho, el art. 12.5 del CC sobre remisión a un Estado plurilegislativo. En el campo del reconocimiento de sentencias extranjeras, el TS ha dejado prácticamente sin contenido, por otra parte, el régimen de reciprocidad de los art. 952 y 953 LEC 1881, lo que permite afirmar a la doctrina que dicho régimen ha caído en desuso<sup>89</sup>.

La propia complejidad de algunos problemas de DIPriv, como los derivados de la confluencia en un mismo asunto de normas procedentes de distintos ordenamientos, exige que los órganos jurisdiccionales se comprometan de un modo muy intenso a la hora de resolverlos. En el juicio de testamentaría del caso “Tarabusi” se discuten los derechos de la viuda española de un nacional italiano que ha adquirido, tras el matrimonio, la nacionalidad española. Son aplicables la ley italiana, en lo que se refiere al régimen económico del matrimonio, y la ley española, en cuanto a la sucesión. Si se obedece esta designación concurrente de ordenamientos, el resultado es la desprotección de la viuda: el régimen legal italiano es la separación de bienes y la normativa española de la sucesión intestada establece para ella sólo un derecho de usufructo. No es un resultado justo, y tampoco es razonable, porque los dos ordenamientos quieren proteger al viudo, aunque lo hacen por distintas vías: derechos sucesorios en Italia; régimen legal de gananciales en España<sup>90</sup>. Para evitarlo, el TS, sin apoyo legal, aplica la ley española tanto a la sucesión como al régimen matrimonial, de manera que la viuda obtiene el usufructo y la mitad de los gananciales<sup>91</sup>. La resolución es justa, pero su motivación no es satisfactoria. Se afirma, primero, que no se ha probado el Derecho italiano y, segundo, que el régimen de gananciales ha sido el practicado de hecho. El primer argumento es muy discutible en las circunstancias del caso; el segundo, indudablemente contrario a la ley.

La sentencia “Tarabusi” puso bien de relieve la dificultad en que se encontraban los tribunales españoles a la hora de afrontar la corrección de situaciones de desarmonía como la presentada en el caso. La discusión doctrinal posterior condujo al legislador en 1990 a añadir una regla de armonización particular en el último inciso del art. 9.8 del CC.

La armonización es buena prueba también de la consolidación del enfoque privatista del DIPriv. Como en los internos, en los litigios internacionales preocupa la consecución de un resultado materialmente justo, que responda a las exigencias de las personas afectadas por los mismos. No hay conflicto entre España e Italia en “Tarabusi”: hay un conflicto entra la hija del causante, por una parte, disconforme

---

<sup>89</sup> En el Auto de 20.1.2004 (W. JUR 2004, 54318. FD 1º), el TS censura al demandante su invocación de la reciprocidad: en ausencia de reglamento o tratado, y no habiéndose probado la reciprocidad negativa, basta con cumplir las condiciones del art. 954 tal y como han sido completadas en la jurisprudencia.

<sup>90</sup> En el interior de cada sistema jurídico se vinculan las regulaciones del régimen matrimonial y de la sucesión de tal modo que la protección del cónyuge supérstite resulta equilibrada. Este equilibrio se puede romper por la actuación de las normas de conflicto.

<sup>91</sup> Sentencia de 30.6.1962 (PUENTE EGIDO, J., *Derecho...*, p. 227). Considerandos 4º y 5º.

con la declaración de herederos abintestato, efectuada con arreglo al Derecho español, y su madre y su hermano, por otra<sup>92</sup>. En esta dirección, el TS prescinde de una de las normas de conflicto aplicables y, aunque no lo reconoce, crea una regla nueva para el caso, que conduce a la aplicación del Derecho español<sup>93</sup>.

La experiencia del DIPriv prueba que los jueces crean Derecho en la resolución de los casos que se les presentan, y contribuyen así decisivamente, con el auxilio de la doctrina, al desarrollo de esta rama jurídica. Los jueces españoles, en DIPriv como en los demás ámbitos jurídicos, están sometidos al imperio de la Ley, con mayúscula, en los términos establecidos en el art. 117 de la Constitución. Para comprender el significado de este principio básico es útil contrastar el precepto constitucional con la determinación que se hace en el Tratado de la Unión Europea de la misión que se atribuye al Tribunal de Justicia: en la Unión de Derecho que es la UE, “garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados” (art. 19). Se habla aquí también de “Derecho” con mayúscula, lo que se ha interpretado como referencia al Derecho no escrito, a la idea de Derecho en la terminología de Platón<sup>94</sup>. Sobre esta base, el TJUE se ha considerado con título para la creación judicial de Derecho y para la definición, en concreto, de principios generales, dentro del ámbito de aplicación de los Tratados<sup>95</sup>. La sumisión a la Ley de los jueces y tribunales españoles puede interpretarse igualmente en sentido amplio.

En un Estado de Derecho, no obstante, la creación de Derecho corresponde básicamente al legislador y la seguridad jurídica es un valor fundamental, por lo que los jueces deben prudentemente contenerse en su actuación. Ésta, en todo caso, está sujeta en general al control de un órgano jurisdiccional superior. La actuación de los tribunales superiores es la que no parece que pueda sufrir otro control que el de la doctrina.

Un cierto grado de inseguridad, aunque produce malestar en el jurista, es inevitable en Derecho, y más en DIPriv. La realización de la justicia es, al fin y al cabo, la misión que se encomienda a los tribunales<sup>96</sup>. Como el DIPriv busca la realización de la justicia en un campo especialmente difícil, no es extraño que los jueces se sientan

<sup>92</sup> Los cónyuges creyeron vivir en régimen de gananciales. La hija pretende, en resumen, privar a su madre de la mitad del patrimonio acumulado por su padre durante el matrimonio. Derecho privado, desde luego, incluidas sus miserias.

<sup>93</sup> En España, como en general en los sistemas de Derecho continental, se ha sufrido la influencia de la doctrina anglosajona, pero se prefiere “barrer debajo de la alfombra” mediante una argumentación más o menos convincente fundada en la normativa vigente (Ver LANDO, Ole, “On some writers on the conflict of laws of contracts”, en FAWCETT, James (ed.), *Reform...*, p. 251).

<sup>94</sup> KAKOURIS, C. N., “L'utilisation de la Méthode Comparative par la Cour de Justice des Communautés Européennes”, en DROBNIG, Ulrich, y VAN ERP, Sjef, *The use of Comparative Law by Courts*, La Haya, Kluwer, 1999, p. 102.

<sup>95</sup> EVERLING, Ulrich, “On the judge-made law of the European Community's courts”, en O'KEEFFE, David, y BAVASSO, Antonio (Eds.) *Judicial Review in European Union Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*. volumen I, La Haya, Kluwer, 2000, p. 32, 35.

<sup>96</sup> Sobre estos aspectos, VRELLIS, Spyridon, “Conflict ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice”, *RCADI*, volumen 328, 2007, p. 462-470.

aquí con un margen de libertad más grande que el habitual. La justicia adquiere así en DIPriv, en algunos casos, la forma de equidad, cuya ponderación en la aplicación de las normas admite el art. 3.2 del CC.

Hay que tener en cuenta, de todos modos, que en la interpretación del Derecho los jueces están sometidos a unos cánones o criterios de interpretación desarrollados de una manera particular en cada ordenamiento. De ellos se trata seguidamente.

#### **IV. Los criterios de interpretación en Derecho internacional privado**

El art 3.1 del CC recoge, como es sabido, los cuatro elementos de la interpretación que se distinguen tradicionalmente en Derecho: literal, sistemático, histórico y teleológico. También lo hacen, con algunas particularidades, los art. 31 y 32 del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. La sentencia del TS de 22.6.1998<sup>97</sup>, dictada en un recurso en interés de ley, en el marco del asunto “Gürtler-Ramos”, permite una presentación muy completa de los mismos. En otro caso de sustracción de menores, el Ministerio Fiscal recurre en interés de ley al considerar un “desatino” el proceder de la AP de Almería que, habiendo dictado una resolución de retorno de los hijos con la madre a Suiza, conforme al CLH 80, dicta después otra resolución de separación matrimonial que atribuye al padre la custodia, lo que hace imposible la ejecución de la primera.

El TS declara haber lugar al recurso. Primero, porque la interpretación del art. 16 del CLH 80 efectuada por la AP es “literalista” y aislada, y conduce a “consecuencias frustrantes para la razón de ser del Convenio” Es una interpretación “errónea, por absurda y contraria a la finalidad, antecedentes históricos y legislativos, trabajos preparatorios del Convenio de La Haya (art. 1 de dicho Convenio; art. 31 y 32 del Convenio de Viena, art. 3 del CC)”<sup>98</sup>. En el caso, una sentencia suiza de divorcio ha aprobado el acuerdo de los cónyuges, en virtud del cual corresponde a la madre la custodia en Suiza y al padre un derecho de visita en España. En estas circunstancias, efectivamente, el CLH 80 exige el retorno de los menores, retenidos ilícitamente por el padre en España, al Estado donde residían habitualmente en el momento de la retención, Suiza. Es verdad que la letra del art. 16 apoya la interpretación de la AP, pero la letra no puede prevalecer sobre la finalidad del Convenio, tal y como resulta del conjunto de la reglamentación establecida por el mismo y, en particular, de su art. 1<sup>99</sup>. Conforme a las aludidas reglas de hermenéutica, debe entenderse que el pre-

<sup>97</sup> TOL 12.050.

<sup>98</sup> FD 9<sup>o</sup> y 11<sup>o</sup>.

<sup>99</sup> De los problemas de la traducción se ha hablado ya. En el momento del litigio, la versión española del CLH 80 no era correcta. El TS tendría que haberla cotejado con los textos auténticos del Convenio, inglés y francés. El texto actual, que añade la palabra señalada en negrita, del art. 16 es el siguiente: “Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor... las autoridades judiciales o administrativas a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor **no** tiene que ser restituido de conformidad con lo previsto en el presente Convenio...”.

cepto impide en el caso a los tribunales españoles decidir sobre la cuestión de fondo, la guarda de los menores.

Hay lugar al recurso, en segundo lugar, porque la sentencia de la AP vulnera el derecho de la madre a la tutela judicial efectiva, pues impide la ejecución de la resolución de retorno dictada en su favor. El TS considera que se propicia así, además, un resultado en fraude de ley intolerable (art. 6.4 del CC y, sobre todo, 11.2 de la LOPJ): “La demanda de separación del padre y, en general, toda su conducta procesal entraña una mala fe, una actuación desleal que pretende vulnerar la norma defraudada y supone el incumplimiento del deber jurídico de obediencia a las normas y la sentencia recurrida ha determinado que consiga sus objetivos”<sup>100</sup>.

La sentencia comentada revela de forma contundente la importancia actual de la interpretación teleológica en DIPriv. No es superfluo recordar aquí la doctrina que defendía el carácter formal de las normas de conflicto. De acuerdo con la misma, las normas de conflicto delimitan neutralmente el ámbito de aplicación de las diferentes leyes estatales, por lo que no es concebible una contradicción entre las normas de conflicto y la Constitución. Para la determinación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio, por ejemplo, se sostenía que la remisión a la ley del marido no puede considerarse contraria al principio de igualdad, pues la ley designada a través de esa regla puede garantizar, en el caso, un trato más favorable para la mujer que la ley personal de ésta: sólo el Derecho material, por tanto, puede discriminar a la mujer. En la medida en que prevalece hoy, como se ha destacado repetidamente, un enfoque del DIPriv como rama del Derecho privado, que busca la satisfacción de las necesidades de las personas que intervienen en las relaciones internacionales, este planteamiento es inaceptable. Los valores presentes en el Derecho material deben trasladarse a las normas de conflicto: si los privilegios del varón han desaparecido en la regulación material de los efectos del matrimonio, deben suprimirse también en la determinación de la ley aplicable a los mismos. La superación de las doctrinas señaladas ha venido de la mano del desarrollo de la protección de los derechos fundamentales. En 1983 y 1987 los tribunales de garantías constitucionales alemán e italiano, por este orden, han declarado la inconstitucionalidad, por contraria al principio de igualdad, de la remisión a la ley del marido. Lo mismo ha hecho en 2002 el TC<sup>101</sup>. Pero hay que recordar que ya en 1932 don Federico de Castro vio la necesidad de ajustar a la Constitución de 1931 las normas de

<sup>100</sup> FD 10<sup>º</sup> y 11<sup>º</sup>. El TS pone bien de relieve la gravedad de las consecuencias de una mala interpretación. Debido a la inmodificabilidad de la cosa juzgada, no cabe ya sino solicitar la reparación de los daños y perjuicios causados (FD 12<sup>º</sup>). Hay que lamentar, de nuevo, que no haya prevalecido el interés del menor. Sobre este punto se ha tratado antes, al abordar el asunto “Carrascosa”.

<sup>101</sup> Sentencia del TC de 14.2.2002. En ella se citan las sentencias alemana e italiana (FD 5). La reforma del Derecho matrimonial español en 1981 no afectó a la remisión a la ley nacional del marido. Se pone remedio a la situación con las normas de conflicto introducidas en 1990 (art. 9.2 y 9.3 del CC).

conflicto en materia matrimonial, y que bajo la vigencia de esa Constitución el TS dejó de aplicar la ley del marido<sup>102</sup>.

Hay que destacar, en este momento, cómo en la protección de los derechos fundamentales se está produciendo una convergencia de las doctrinas del TJUE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”), lo que permite hablar en ciertos casos de la consolidación de unos valores compartidos a escala europea. Por ejemplo, como resalta el TC en la mencionada sentencia de 2002, la igualdad de hombre y mujer<sup>103</sup>. La definición de estos valores conlleva en ocasiones, como se ha comprobado, modificaciones en las normas estatales de DIPriv. En el ámbito particular de la UE, el principio fundamental de no discriminación por razón de la nacionalidad y las libertades fundamentales, en particular la libertad de circulación y de residencia de los ciudadanos de la Unión (art. 18 y 21 del TFUE) pueden suponer también, al menos, alteraciones en el funcionamiento de las normas de DIPriv de los Estados miembros, como se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia del TJUE acerca de la ley aplicable al nombre y apellidos<sup>104</sup>.

En la medida en que se rechaza hoy la concepción formal de las normas de conflicto, se rechaza también la idea de una justicia conflictual, internacional o de localización. El DIPriv actual, en su conjunto, busca también la justicia material o, mejor, la justicia (sin adjetivos), como se ha puesto ya de manifiesto, por ejemplo, al tratar de la armonización<sup>105</sup>. El incremento de la presencia de valores u objetivos de Derecho material es precisamente uno de los rasgos que caracterizan la evolución actual del DIPriv. Ya se han mencionado algunos. La protección de la parte débil (menor, acreedor de alimentos, trabajador, consumidor, asegurado) en la relación jurídica, tanto en la designación de la ley aplicable como en la determinación del juez competente, el mantenimiento de la validez del acto jurídico mediante la designación alternativa de dos o más leyes, la integración de los inmigrantes a través de la

---

<sup>102</sup> DE CASTRO, Federico, “La Constitución española y el Derecho internacional privado”, *RDP*, 15 abril 1932, p. 105. Acerca de la jurisprudencia del TS, PUENTE EGIDO, José, “Incidencia del Derecho constitucional en la configuración de nuevas reglas de conflicto: examen de la jurisprudencia civil de nuestro Tribunal Supremo de 1933 a 1937 en la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges”, *REDI*, 1972, p. 327-348.

<sup>103</sup> La misma convergencia se ha producido en cuanto al derecho a contraer matrimonio de acuerdo con su nueva identidad sexual de las personas transexuales que, tras la operación correspondiente, han obtenido el reconocimiento legal del cambio de sexo (Sentencias del TEDH “Goodwin” e “I”, ambas de 11.7.2002; Sentencia del TJUE de 7.1.2004, “K. B.”, asunto C-117/01). La DGRN ha interpretado que el orden público español impide ahora la aplicación de una ley extranjera que niega la capacidad matrimonial del transexual en las circunstancias mencionadas (Resolución de 24.1.2005. W. RJ 2005/1954). En el asunto “Krombach” se han pronunciado coincidentemente el TJUE (sentencia citada de 28.3.2000) y el TEDH (sentencia de 13.2.2001) sobre el alcance del derecho a defenderse en juicio.

<sup>104</sup> Sentencias de 2.10.2003, “García Avello”, asunto C-148/02, y 14.10.2008, “Grunkin-Paul”, asunto C-353/06. Sobre las libertades de circulación del Derecho europeo como libertades fundamentales, SZYSZCZAK, Erika, “Free Trade as a Fundamental Value in the European Union” en *ECONOMIDES*, Kim, y otros, *Fundamental Values*, Oxford, Hart, 2000, p. 159-181.

<sup>105</sup> VRELLIS, Sp., “La justice «matérielle» dans une codification du droit international privé” en *E pluribus unum. Liber amicorum Georges A.L. Droz*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1996, p. 556.

utilización de puntos de conexión que favorecen la aplicación de la ley del foro, por ejemplo, son elementos que deben tenerse siempre muy presentes, como es natural, en la interpretación de las normas de DIPriv.

A lo largo del trabajo se han presentado otros supuestos de utilización de los distintos criterios de interpretación. Para terminar, conviene añadir una referencia a la ya citada sentencia del TS de 15.11.1996. Con apoyo de la doctrina, se inicia en esta resolución el proceso, no concluido, de elaboración de una jurisprudencia sobre el reenvío de primer grado en materia sucesoria. Combina el Tribunal en su resolución los criterios literal y sistemático para la interpretación del art. 12.2 del CC<sup>106</sup>. Entiende, primero, que cuando éste establece que se tenga en cuenta la remisión de la norma de conflicto extranjera al Derecho español, lo que quiere decir, según el Diccionario de la Real Academia, es que se tenga presente, se considere esa remisión, no que sea de obligada aceptación. Y, segundo, que se trata de una norma de carácter general para la aplicación de las normas de conflicto, que no puede interpretarse aisladamente, sino en relación con la norma de conflicto aplicable, aquí la relativa a la sucesión contenida en el art. 9.8 del CC. Como el Derecho español responde al principio de unidad de la sucesión, que se refleja en la remisión a la ley nacional del causante, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren, el TS concluye que debe rechazarse, en las circunstancias del caso, la remisión al Derecho español y aplicarse el Derecho material de Maryland. La aplicación de las normas de conflicto de Maryland conduciría al Derecho español para los inmuebles (en virtud del lugar de situación) y al Derecho de Maryland para los bienes muebles (por el domicilio último del causante), lo que significaría la fragmentación de la sucesión.

Hay que destacar, por otra parte, que el sentido del art. 12.2 del CC es claro, pero su redacción es incorrecta<sup>107</sup>. Lo que se quiere es aceptar la remisión de las normas de conflicto extranjeras sólo cuando opera a favor del Derecho español (reenvío de primer grado), lo que supone entender la remisión de la norma de conflicto española al Derecho extranjero no solo al Derecho material sino también al conflictual, pero excluir la remisión de las normas de conflicto extranjeras al Derecho de un tercer Estado (reenvío de segundo grado). Si la remisión es a la ley material no es posible ningún reenvío. En el texto del precepto, que data de 1974, se amalgaman una posición favorable a la remisión material, pues ésta hace prevalecer los criterios de las normas de conflicto españolas, y la conveniencia de aceptar la remisión de la norma de conflicto extranjera al Derecho español, pues facilita la labor a los jueces españoles<sup>108</sup>.

<sup>106</sup> FD 8º.

<sup>107</sup> "La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española".

<sup>108</sup> En 1985 se copian en la Ley cambiaria y del cheque las normas conflictuales del Derecho uniforme ginebrino, lo que supone admitir el reenvío, incluso en segundo grado, para la determinación de la ley aplicable a la capacidad para obligarse mediante letra de cambio, pagaré a la orden y cheque (art. 98 y 162).

## V. Recapitulación

De las reflexiones que se han ido desarrollando en este trabajo cabe extraer, en primer lugar, una conclusión general: los jueces españoles experimentan importantes dificultades en la interpretación y aplicación del laberinto normativo y jurisprudencial del DIPriv, lo que se traduce en un nivel elevado de inseguridad jurídica y, en ocasiones, en un fracaso en cuanto al objetivo de alcanzar un resultado justo en el caso planteado. De aquí pueden derivarse las siguientes observaciones más concretas:

PRIMERA. En el difícil contexto actual, la doctrina debe continuar esforzándose en su papel de crítica de la jurisprudencia y sustento de la tarea judicial y legislativa. En particular, debe trabajar para clarificar la terminología propia del DIPriv.

SEGUNDA. Dada la pluralidad normativa del DIPriv de los Estados miembros de la UE, debe buscarse el máximo grado de coherencia entre las reglas estatales, convencionales y europeas. El legislador español debe, primero, poner orden en la dispersa y a veces incoherente normativa española y, segundo, tratar de ajustarla en lo posible, en los campos afectados, a la europea. Debe evitarse igualmente una excesiva heterogeneidad entre las reglas introducidas por medio de convenios internacionales, y entre éstas y las internas y europeas. Si el sistema es complejo y está sometido, además, a cambios constantes, la consecuencia puede ser la inaplicación de las normas.

TERCERA. Si a los rasgos peculiares del DIPriv se unen las dificultades del momento actual, especialmente las derivadas del desarrollo del DIPriv de la UE, es fácil comprender que seguirá siendo muy relevante el papel de los jueces, y que sólo unos jueces bien formados en este campo podrán asegurar en el futuro una resolución justa de los litigios que afectan a la vida internacional de las personas.

### Abreviaturas utilizadas

ap.	apartado o apartados
AP	Audiencia Provincial
art.	artículo o artículos
CB 68	Convenio de Bruselas de 1968, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil
CC	Código civil
CLH 80	Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores
CR 80	Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DIPriv	Derecho internacional privado
FD	Fundamento de Derecho
LEC	Ley de enjuiciamiento civil de 2000

LEC 1881	Ley de enjuiciamiento civil de 1881
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
RA	Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos
RBI	Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (“Bruselas I”)
RBI	Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (“Bruselas II”)
RDP	Revista de Derecho privado
REDI	Revista española de Derecho internacional
RI	Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre los procedimientos de insolvencia
RRI	Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”)
RRII	Reglamento 864/2007, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)
RCADI	Recueil des cours de l’Académie de droit international
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDU	Revue de droit uniforme
RJA	Repertorio de jurisprudencia Aranzadi
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea (hasta 2009, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)
TOL	Base de datos “Tirant on line”. <a href="http://www.tirantonline.com">www.tirantonline.com</a>
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
W	Base de datos “Westlaw”. <a href="http://www.westlaw.es">www.westlaw.es</a>

